

UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN

FACULTE DE DROIT

CENTRE DE DROIT DES OBLIGATIONS

Les clauses limitatives et exonératoires

de responsabilité

dans les contrats internationaux

par Marcel FONTAINE

Doc. 85/2

Chronique destinée à paraître dans le
Journal du Droit des Affaires
Internationales

Les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité

et de garantie dans les contrats internationaux.

Le groupe de travail "contrats internationaux" est constitué de professeurs, d'avocats, de conseillers juridiques et de juristes d'entreprise de plusieurs pays. La huitième phase de nos débats (1), dont nous présentons ici les résultats, est consacrée aux clauses limitatives et exonératoires de responsabilité et de garantie dans les contrats internationaux.

Ont participé aux travaux sur ces clauses :

Mme ALLAIN-ROUGE (COFACE), MM. I. ANELLI (Juriste, Lugano), L. ARENTZ-HANSEN (Avocat à la Cour Suprême, Oslo), J.L. BISMUTH (Univ. de Paris XI), J.-A. BOON (Barreau de Bruxelles), F. BORTOLOTTI (Univ. de Bologne), O. BOSCHETTI (Gruppo Industrie Elettro Meccaniche), J.-T. BROWN (Solicitor, Conseil juridique et fiscal, Paris), M. CHOQUART (Kühne & Nagel), Mme F. CHOQUET (Solvay, Paris), MM. L. DABIN (Univ. de Liège), H. DAVID (Cockerill-Sambre), J.-M. DELEUZE (Univ. de Montpellier), M. OUBUISSON (Compagnie Générale d'Electricité), P. OURAND-BARTHEZ (SMH-ALCATEL), M. ELLAND-GOLDSMITH (Barrister, Paris), P.R. ELLINGTON (Solicitor, Londres), Melle C. FOX (Compagnie Générale d'Electricité), MM. D. FRANCON (Allevard Industries), A. GODEFROID (Union Minière), M.J. GOLUB (Seyfarth, Shaw, Fairweather & Geraldson), R. GONNE (Barreau de Bruxelles), Melle F. GREGOIRE (Barreau de Bruxelles), MM. B. HANDTIAU (Univ. de Louvain, Barreau de Bruxelles), A. HIRSCH (Univ. de Genève), A. HUBERT (Electrobel), R. JILLSON (Squire, Sanders & Oempsey), S. KAHN (Agence spatiale européenne),

(1) Précédentes chroniques du groupe de travail :

- Les clauses de hardship, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats à long terme, D.P.C.I., 1976, 2, 7-49.
- Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux D.P.C.I., 1977, 3, 73-122.
- Les clauses de l'offre concurrente, du client le plus favorisé et la clause de premier refus dans les contrats internationaux, D.P.C.I., 1978, 4, 185-220.
- Les clauses de force majeure dans les contrats internationaux, D.P.C.I., 1979, 5, 469-506.
- Aspects juridiques des contrats de compensation, D.P.C.I., 1981, 7, 179-223.
- Les clauses pénales dans les contrats internationaux, D.P.C.I., 1982, 3, 401-442.
- Les obligations "survivant au contrat" dans les contrats internationaux D.P.C.I., 1984, 1, 1-27.

W.-G. KRAFT (Barreau de Cologne), J.P. LAGASSE (Barreau de Bruxelles),
 P. LARERE (Rhône-Poulenc), Mme M. LEIMBACH (Multiconsult),
 MM. H. LESGUILLONS (Univ. de Paris X), H. LEVY-MORELLE (Solvay, Univ.
 de Bruxelles), Melle K. LIETART (Univ. de Louvain, Boels et Begault),
 MM. X. MALENGREAU (Barreau de Nivelles), L. MATRAY (Barreau et Univ. de
 Liège), S. MAUCQ (Univ. de Louvain), P.-C. MAYEUR (Bureau F. Lefebvre),
 B. MERCADAL (Univ. de Hte-Normandie), A.-R. MORILLOT (Compagnie Générale
 d'Electricité), R.M. MORRESI (Studio Bernini), A. NOVELLO (Agence Spatiale
 Européenne), R. PELLETIER (Goodrich, Riquelme y Asociados), G. PEVTCHIN
 (Squire, Sanders & Dempsey), O. PHILIPPE (Centre Interuniv. de Dr. comparé,
 Univ. de Louvain, Barreau de Bruxelles), A. PREVISANI (Renault), J.
 REVACLIER (Barreau de Genève), P. ROTHEY (Air Industrie), J.P. SALAZAR
 (CGEE Alsthom), G. SCHIAVDNI (International Counsel, Foster Wheeler),
 Mme J. SCHMIDT (Univ. de Lyon), MM. G. SCHUBERT (Cologne), O. SERVAIS
 (Univ. de Liège), M. STRAUCH (Barreau de Cologne), M. TAVERNE (Univ. de
 Louvain), R. TAYLOR (Solicitor, Londres), J. THILMANY (Univ. de Louvain),
 P. THYS (CGEE Alsthom), M. TROCHU (Univ. de Tours), J. VAN UYTVANCK
 (Pétrofina) et Th. WAELE (United Nations, New York).

X X X

SOMMAIRE

	Pages
<u>Introduction</u>	3.
<u>I. Notion - Comparaison avec certaines clauses voisines</u>	5.
<u>A. Notion</u>	5.
1) Responsabilité et garantie	6.
2) Clauses relatives aux déclarations pré-contractuelles	7.
3) Clauses exonératoires ou limitatives	9.
<u>B. Comparaison avec certaines clauses voisines</u>	9.
1) Clauses pénales	10.
2) Clauses de force majeure	11.
3) Hold-harmless agreements	12.

<u>II. Analyse des clauses exonératoires ou limitatives</u>	14.
<u>A. Clauses exonératoires</u>	14.
<u>B. Clauses limitatives</u>	17.
1) Limitation des conditions	17.
a) Atténuation de la portée des obligations	17.
b) Restriction de la responsabilité aux cas de dol ou de faute lourde	19.
c) Extension des cas d'exonération	20.
d) Déplacement de la charge de la preuve	24.
e) Limitation des délais pour agir	25.
f) Soumission de l'exercice du recours à des exigences particulières	27.
2) Limitation des effets	27.
a) Limitation en montant	28.
b) Exclusion de la solidarité	30.
c) Exclusion des dommages indirects	31.
d) Exclusion des dommages imprévisibles	35.
e) Limitation de la garantie au remboursement, au remplacement ou à la réparation de l'objet	37.
f) Limitation de la garantie à la garantie due en amont. Cession de la garantie	38.
<u>III. Observations complémentaires et considérations critiques</u>	41.
<u>A. Problèmes de validité</u>	41.
1) Droits nationaux	41.
2) Conventions internationales	49.
3) Droit international privé	50.
<u>B. Les dommages indirects et/ou imprévisibles</u>	53.
<u>C. Clauses limitatives et assurance</u>	56.
1) Pratiques contractuelles	57.
a) Le créancier est assuré	57.
b) Le débiteur est assuré	59.
c) La clause exonératoire évite l'assurance	61.
2) Assurance et validité des clauses exonératoires	62.
<u>Conclusion</u>	64.

X X X

L'importance des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité et de garantie n'est plus à démontrer. L'entreprise qui livre ses produits ou ses services encourt des risques préoccupants si ses fabrications s'avèrent défectueuses, si elle ne parvient pas à fournir des prestations correctes. Les garanties, les responsabilités auxquelles elle peut se voir exposée sont susceptibles de mettre à sa charge des dettes considérables, souvent disproportionnées par rapport à la gravité de son manquement comme à son intérêt dans le contrat (dans bien des systèmes juridiques, le moindre manquement entraîne l'obligation de réparer tout le dommage causé). Dans les contrats internationaux, ces dangers sont aggravés par les plus grands risques de défaillance, et parfois aussi en raison de la moins bonne connaissance des principes juridiques étrangers qui régiront la réparation.

Limitier l'étendue de ces garanties ou de ces responsabilités par des clauses conventionnelles appropriées présente d'appréciables avantages (1). Le débiteur se décharge de certains risques, ou il en circonscrit l'étendue, la rendant prévisible et supportable. Cette délimitation des responsabilités est parfois la condition nécessaire à la réalisation d'opérations particulièrement risquées ; elle peut être de nature à favoriser innovations et progrès techniques. Souvent, elle s'impose en vue de rendre le risque assurable, ou tout au moins de rendre supportable le coût de l'assurance (2). Enfin, elle peut également profiter au cocontractant, sous la forme d'une réduction de prix.

Certes, la médaille a deux faces, et les clauses limitatives et exonératoires présentent parfois un caractère abusif, lorsqu'elles créent des irresponsabilités trop caractérisées, et qu'elles privent exagérément le créancier lésé de recours légitimes. Les différents systèmes juridiques ont été confrontés à ce problème, et ces clauses voient partout leur validité soumise à certaines restrictions. L'intérêt de l'étude entreprise n'en est évidemment que renforcée.

Une centaine de clauses ont été réunies, en provenance de contrats internationaux divers. Les contrats de vente et de construction étaient les mieux représentés, mais l'échantillon comportait également des clauses extraites d'autres contrats, notamment de prêt, de mandat, de conseil, de licence de brevet et de louage de choses. Ces clauses ont été discutées lors de réunions que le groupe a tenues en 1983 et 1984 à Louvain-la-Neuve, Londres, Liège, Paris et Gesves. La présente chronique offre la synthèse des enseignements issus de ces rencontres (3).

(1) On comparera la technique des clauses limitatives à celle des limitations structurelles offertes par l'exercice d'activités économiques dans le cadre de personnes morales à responsabilité limitée.

(2) Ces différentes motivations inspirent également les limitations légales de responsabilité telles que celles que prévoient par exemple la plupart des conventions internationales en matière de transports (cfr. notamment CMR, art. 23-25 ; CIM, art. 31-37 ; Varsovie, art. 22).

(3) Le texte de la présente chronique n'engage évidemment pas les sociétés et les organismes représentés dans le groupe.

Nous examinerons d'abord la notion même de clause exonératoire ou limitative de responsabilité ou de garantie, en dressant les comparaisons nécessaires avec certaines clauses voisines (I). On procèdera ensuite à l'analyse systématique des principaux éléments susceptibles de figurer dans les clauses exonératoires ou limitatives (II). L'étude s'achèvera par quelques observations complémentaires et considérations critiques, où il sera notamment question de la validité de ces clauses (III):

La chronique s'accompagne d'une série d'études rédigées par des membres du groupe sur le régime des clauses limitatives et exonératoires dans divers droits nationaux (1), auxquelles il sera fréquemment fait référence.

✕ ✕ ✕

✕

I. - Notion - Comparaison avec certaines clauses voisines.

A. Notion.

L'expression "clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité ou de garantie" appelle plusieurs commentaires.

(1) P. LARERE, Les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité en droit français, infra, pp. _____ ; X. MALENGREAU, La clause d'exonération de responsabilité en droit belge, infra, pp. _____.
O. BOSCHETTI, Notes on Exemption Clauses under Italian Law, infra, pp. _____.
_____ ; R. PELLETIER, Les clauses d'exonération et de limitation de responsabilité en droit mexicain, infra, pp. _____ ; M. STRAUCH, La loi allemande sur les conditions générales et les clauses limitatives de responsabilité, infra, pp. _____ ; L. ARENTZ-HANSEN, The Wingull Arbitration Award of 1978, infra, pp. _____ ; P. ELLINGTON, Exclusion Clauses in English Law, infra, pp. _____.
_____ ; B. HANOTIAU, Les clauses d'exclusion et de limitation de garantie et de responsabilité en droit américain, infra, pp. _____. P.J. THYS et M.J. GOLUB, Limiting a Seller's Liability under United States Law in Commercial and Government Contracts, infra, pp. _____.

1) Responsabilité et garantie.

Les clauses examinées concernent soit la "responsabilité", soit la "garantie". Que faut-il entendre par ces termes ?

La responsabilité (liability, Haftung) peut être définie comme l'obligation de réparer le dommage causé à autrui. Cette obligation naît soit de l'inexécution d'un contrat (responsabilité contractuelle), soit de la commission d'un délit (responsabilité délictuelle). Les clauses exonératoires et limitatives concernent le plus souvent la responsabilité contractuelle, celle découlant du contrat où elles sont stipulées. Mais elles s'étendent parfois à la responsabilité délictuelle (1).

Le terme garantie (guarantee, Garantie), dans le présent contexte, se réfère à l'intensité de certaines obligations contractuelles, en particulier des obligations assumées par le vendeur à propos des défauts affectant le produit vendu. Le vendeur doit garantir, c'est-à-dire qu'il répond de ces vices de manière objective, indépendamment de l'existence d'une faute quelconque dans son chef. La loi délimite les conséquences du manquement à cette obligation de garantie (dans le Code Napoléon, c'est le choix pour l'acheteur entre la résolution de la vente ou la réduction du prix : art. 1644). La notion de faute peut retrouver son emprise là où l'acheteur souhaite exercer des recours plus étendus (cfr. l'article 1645 du même code, selon lequel "si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous dommages-intérêts envers l'acheteur").

Telle est du moins la conception dans les pays de "civil law", où les régimes de garanties s'opposent au régime général de la responsabilité pour faute. En "common law", cette opposition n'existe pas, puisque toutes les obligations contractuelles sont en principe conçues comme des obligations de garantie (2).

(1) Des exemples en sont notamment fournis infra, pp. 16, 20, 28 et 29 ; la validité de telles clauses est évoquée, infra, p. 45.

(2) Cfr. notamment K. ZWIGERT et H. KÖTZ, An Introduction to Comparative Law, 1977, II, pp. 174-175.

De part et d'autre cependant, et malgré la différence constatée dans l'extension relative des obligations de garantie, "responsabilité" et "garantie" se situent sur deux plans distincts. Le terme "responsabilité" concerne les conséquences d'un manquement, alors que le terme "garantie" se réfère d'abord à l'intensité d'une obligation. Mais toute "garantie" est assortie de conséquences, et l'on rejoint ici le niveau où se situe la "responsabilité". Par ailleurs, un régime de responsabilité s'inscrit dans certaines conditions, parmi lesquelles figure la portée des obligations concernées (un manquement s'apprécie par rapport au contenu de l'obligation violée). Il existe donc des liens étroits entre les deux notions. Nous traiterons simultanément des clauses limitatives de responsabilité et de garantie, tout en veillant chaque fois à les identifier.

2) Clauses relatives aux déclarations pré-contractuelles.

Dans certains systèmes juridiques ou à propos de certains contrats, des conséquences précises sont attachées par la loi aux déclarations inexactes faites par l'une des parties lors de la conclusion du contrat. En droit anglais, notamment, le Misrepresentation Act de 1967 sanctionne de telles déclarations, selon qu'elles ont été fraudulent, negligent ou innocent; dans certains cas, le contrat peut être annulé et des dommages-intérêts peuvent être octroyés (1). Dans la plupart des pays, le droit des assurances assortit également de conséquences diverses les réticences ou les fausses déclarations du futur souscripteur qui ont faussé l'appréciation du risque par l'assureur : selon les cas et selon les pays, nullité du contrat, déchéance ou réduction de l'indemnité, adaptation des primes, etc... (2).

(1) Cfr. ANSON'S Law of Contract, 23rd ed., pp. 213-245.

(2) Cfr. E. STEINDORFF, Certains aspects de la déclaration du risque et de ses conséquences en droit comparé, dans L'harmonisation du droit du contrat d'assurance dans la C.E.E., 1981, pp. 193-277.

Ces conséquences ne se rattachent pas à proprement parler à la responsabilité contractuelle, puisqu'elles sanctionnent des comportements préalables à la conclusion du contrat. Mais elles font aussi l'objet de clauses exonératoires ou limitatives, dans certains documents antérieurs au contrat, ou souvent dans le contrat lui-même.

Un prospectus décrivant un produit porte par exemple une mention selon laquelle :

- *"The information is not to be taken as a warranty or representation for which we assume legal responsibility nor as permission or recommendation to practice any patented invention without a licence. It is offered solely for your consideration, investigation, verification and shall form no part of any contract with customer".*

Un contrat minier stipule :

- *"AI makes no representation or warranty with regard to the Property, completion dates, efficacy or efficiency of equipment, machinery, plant or processes, production quotas, mine yield or other results of the operation of the Facilities".*

Certains contrats d'assurance comportent des clauses dites d'"incontestabilité", par lesquelles l'assureur renonce, sous certaines conditions, à se prévaloir des réticences ou des fausses déclarations dont le souscripteur aurait été l'auteur.

- *"Le contrat est incontestable dès le moment de sa souscription, hormis le cas de fraude".*
- *"S'il est spécifié dans les conditions particulières que la Compagnie a procédé à l'inspection des risques assurés au moment de la souscription de la police, elle renonce à réclamer de plus amples détails et ne peut opposer aucune déchéance due à l'omission ou l'erreur involontaires commises à ce moment dans la description des risques. Toutefois, en cas de constatations ultérieures de pareille omission ou erreur, l'assuré s'oblige à payer les augmentations de primes qui en résulteraient."*

Ces clauses relatives aux déclarations pré-contractuelles paraissent avoir peu retenu l'attention des commentateurs. Convient-il notamment de leur appliquer le même régime qu'aux clauses limitatives et exonératoires de responsabilité ? On y reviendra (1).

(1) Cfr. infra, pp. 48-49.

3) Clauses exonératoires ou limitatives.

Ces deux types de clauses apportent des modifications conventionnelles au régime de responsabilité ou de garantie prévu par la loi applicable.

Une clause exonératoire (exemption, exclusion or exculpatory clause, Haftungsfreizeichnungsklausel) a pour objectif de supprimer toute responsabilité ou toute obligation de garantie dans le chef du débiteur.

- *"Les délais de livraison sont donnés seulement à titre indicatif et sont fonction des possibilités d'approvisionnement. Ils sont respectés dans la limite du possible. Les retards ne peuvent, en aucun cas, justifier l'annulation de la commande ni une demande de dommages-intérêts. Aucune pénalité ne pourra être appliquée en cas de retard, même en cas de mise en demeure".*

Une clause limitative (limitation of liability clause, Haftungsbegrenzungsklausel) ne supprime pas toute responsabilité ou toute obligation de garantie, mais elle en restreint les conditions ou les effets. De nombreuses techniques sont disponibles, qui seront analysées plus loin. Voici un premier exemple d'une telle clause, où la limitation porte sur le montant des dommages-intérêts :

- *"The total liability of X and/or the Principals in connection with the Agreement whether in contract or in negligence or otherwise howsoever ... shall not exceed the sum of 100.000 pounds sterling in aggregate ...".*

B. Comparaison avec certaines clauses voisines.

Les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité ou de garantie inscrites dans les contrats internationaux coexistent avec d'autres clauses dont les objectifs sont parfois très similaires.

1) Clauses pénales.

Les clauses pénales ont fait l'objet d'une chronique précédente du groupe de travail (1). Ces clauses stipulent en général le paiement de sommes d'argent en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle. Elles ont pour première fonction de fixer forfaitairement, a priori, le montant des dommages-intérêts qui seraient dus en cas de manquement. Leur intérêt est ainsi pour le créancier de prévenir les contestations sur l'existence ou le montant du dommage ; lorsque leur montant est élevé, elles peuvent également jouer le rôle d'un moyen de pression pour inciter le débiteur à s'exécuter correctement, et d'une peine civile en cas de défaillance.

Les clauses limitatives de responsabilité sont à première vue très différentes. Elles jouent à l'avantage du débiteur, et non du créancier. Elles ne prennent pas nécessairement la forme d'une limitation de sommes (2). Lorsque c'est le cas, elles établissent un plafond qui n'est souvent qu'un maximum, en-dessous duquel le montant de l'indemnité doit, en général, encore être déterminé, alors que la clause pénale détermine une indemnité forfaitaire.

Les deux techniques se rapprochent cependant dans certaines clauses qui revêtent la double nature. Il est en effet fréquent que la clause pénale soit inspirée non par le créancier, mais le débiteur lui-même, pour fixer à un niveau modéré le montant de la pénalité. Une telle clause rejoint la clause limitative de responsabilité, même si le plafond devient ici un forfait. Le phénomène avait déjà été relevé dans la chronique relative aux clauses pénales (3).

(1) Les clauses pénales dans les contrats internationaux, D.P.C.I., 1982, pp. 401-442.

(2) Ibid., pp. 434-435.

(3) Ibid., p. 435.

2) Clauses de force majeure.

Ces clauses ont également été examinées par le groupe de travail (1). Elles prévoient l'exonération du débiteur et le sort de ses obligations (en général, dans un premier temps, leur suspension) lorsque les prestations sont empêchées par la survenance d'obstacles qui ne lui sont pas imputables et qui présentent certaines caractéristiques (imprévisibilité, irrésistibilité, etc...).

La distinction peut paraître très nette avec les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité, puisque ces dernières concernent les conséquences de manquements fautifs, alors que les clauses de force majeure règlent le sort des défaillances non imputables.

Il existe toutefois deux points de rencontre. En premier lieu, les différents systèmes juridiques connaissent des cas de responsabilité sans faute, où le débiteur répond même de l'inexécution due à la force majeure ; telle est même la solution de principe en common law. Dans une telle hypothèse, la clause de force majeure équivaut à une clause exonératoire ou limitative de responsabilité, puisqu'elle supprime ou restreint certains cas où la responsabilité du débiteur serait engagée.

Par ailleurs, là où le droit commun admet l'exonération du débiteur lorsque l'inexécution est due à une cause étrangère, celle-ci n'est prise en considération que lorsqu'elle satisfait à certaines conditions. Une clause de force majeure qui assouplit ces conditions (en écartant par exemple l'exigence de l'imprévisibilité de l'événement) étend la portée de l'exonération à des domaines où la responsabilité serait normalement engagée. Elle rejoint ainsi les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité (2).

(1) Les clauses de force majeure dans les contrats internationaux, D.P.C.I., 1979, pp. 469-506.

(2) Ibid., pp. 498-499 ; on rappellera diverses illustrations de cette situation, infra, pp. 20-23.

3) Hold-harmless agreements.

Il n'est pas toujours possible, pour un débiteur, de stipuler dans le contrat une clause l'exonérant de tout ou partie de sa responsabilité ; pareille exonération est encore plus malaisée à obtenir en ce qui concerne la responsabilité délictuelle, qui naît le plus souvent de rapports avec des tiers.

Une autre technique est parfois disponible pour aboutir à un résultat analogue : celle qui consiste à reporter sur un cocontractant le poids de la responsabilité que le stipulant pourrait assumer envers autrui. Supposons que A traite avec B, et que pour cette opération, il obtienne le concours de C. A assume une responsabilité contractuelle envers B. N'étant pas à même de restreindre cette responsabilité dans son contrat avec B, il obtient de C que ce dernier le tiendra indemne de tout recours dont il pourrait faire l'objet de la part de B (ou de tiers). Faute de pouvoir s'exonérer de sa responsabilité envers son client, A se fait couvrir par son fournisseur. La clause peut aussi jouer en sens contraire, lorsque c'est A qui s'engage à indemniser C des conséquences de tout recours exercé par B ou par un tiers. De telles stipulations portent souvent le nom de "hold-harmless agreement", ou encore de "contractual indemnity clause" (1).

En voici trois exemples :

- *"The Consultant shall indemnify and hold harmless the Company for and against any and all claims, damages, expenses and costs, including those asserted by third parties, arising out of its services hereunder, except in respect of defective or erroneous work or as otherwise provided hereunder".*

(1) Cfr. à leur sujet National Underwriter Company, Georgia Chapter, The Hold Harmless Agreement, Cincinnati, Ohio, 1977 ; J. ADAMS et R. BROWNSWORD, Contractual Indemnity Clauses, J. of Bus. Law, mai 1982, pp. 200-209.

- *"Le Fournisseur garantit le Constructeur contre toutes conséquences, directes ou indirectes, de la responsabilité pouvant lui incomber personnellement notamment celles découlant du non-respect des règles en vigueur dans le pays de destination du véhicule et/ou de ses obligations stipulées par le ou les contrats passés avec le Constructeur, en raison des dommages corporels, matériels ou immatériels causés aux tiers, au Constructeur et à ses ayants cause. A cette fin, le Fournisseur devra s'assurer en conséquence.*

Le Fournisseur garantit le Constructeur contre toute revendication ou réclamation de tiers relative à son Produit, fondée sur une contrefaçon ou atteinte à des droits de Propriété Industrielle".

- *"Nonobstant toute disposition contraire figurant dans le présent Document, le Client sera dans l'obligation d'indemniser l'Ingénieur-Conseil et de dégager sa responsabilité de toutes demandes d'indemnisation et dépenses, ainsi que de tous dommages et intérêts ou coûts (y compris les revendications de la part de tiers), se rapportant directement ou indirectement à l'exécution des Services, dans la mesure où ces demandes d'indemnisation, de dommages et intérêts, ou de remboursement de dépenses et de coûts seront totalement en dehors des responsabilités de l'Ingénieur-Conseil, telles qu'elles sont décrites dans la partie II du présent Contrat.*

Cette indemnisation et ce dégagement de responsabilités par le Client ne s'appliqueront pas aux cas où les demandes d'indemnisation, de dommages et intérêts, ou bien encore de remboursement de dépenses, résulteront d'une négligence flagrante ou d'une action criminelle de l'Ingénieur-Conseil". (Conditions FIDIC - TGC, art. 2.4.1.).

Il ne s'agit donc pas de clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité, puisque celle-ci est maintenue envers le créancier préjudicié, mais d'une technique visant à reporter le poids de cette responsabilité sur autrui. L'effet est analogue à celui d'une assurance de responsabilité.(1).

(1) Pour un autre exemple de hold-harmless agreement, à propos des contrats relatifs à l'exploitation de l'espace, cfr. P. THYS ET M.J. GOLUB, infra, p.

II. - Analyse des clauses exonératoires ou limitatives.

L'analyse qui suit tente de dresser le tableau des principaux éléments susceptibles d'être présents dans les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité ou de garantie, avec les nombreuses variantes, bonnes ou moins bonnes, que peut connaître leur rédaction.

A. Clauses exonératoires.

Les clauses exonératoires sont évidemment plus rares que les clauses limitatives. Plus difficiles à faire admettre dans la négociation du contrat, elles risquent aussi de voir leur validité contestée, du moins lorsqu'elles concernent l'inexécution d'obligations essentielles (1).

Dans ce premier exemple, un donneur de licence écarte dans son chef toute obligation de garantie en cas de recours de tiers contre le licencié :

- *"RPT shall not be liable to licensee because of any claim of infringement by licensee of any third party's patent or patent application by reason of the use of the license herein granted to licensee".*

Un conseiller fiscal n'entend pas assumer les conséquences d'une méconnaissance d'un droit étranger, sauf dans certains cas :

- *"Toute responsabilité du conseiller fiscal du chef de violation ou d'inobservation d'un droit étranger est exclue, sauf si le conseiller fiscal est tenu par un mandat en exécution duquel la connaissance du droit étranger est requise de lui".*

(1) Cf. infra, p. 44.

Une situation courante est celle où l'organisateur d'un spectacle ou d'une manifestation s'exonère de toute responsabilité en cas de manquement à l'obligation de sécurité qui pourrait être mise à sa charge :

- *"Le porteur du présent ticket renonce, en cas d'accident, à tout recours envers le comité du Salon".*

Le gérant d'un parking s'exonère de même en cas de dommage aux voitures, ou de vol :

- *"Le parking décline toute responsabilité concernant les dégâts et le vol aussi bien des voitures que des objets y contenus. Nous nous bornons à vous louer un emplacement et nous n'assumons aucune responsabilité de dépositaire".*

On aura remarqué le procédé consistant à renforcer l'exonération de responsabilité d'une mention destinée à dénier l'existence de l'obligation elle-même dont la méconnaissance pourrait engager la responsabilité (ici l'obligation de garde qui résulterait d'un contrat de dépôt). Une technique analogue est illustrée par les exemples suivants concernant respectivement la fourniture d'une assistance technique et la stipulation de délais de livraison : l' "obligation" est énoncée, mais elle se voit dénier tout caractère contraignant.

- *"The technical assistance and the services which A undertakes to perform for B in accordance with this Agreement will be of an advisory nature only, and due to this all of the responsibility for the utilization of the technical recommendations provided by A, its employees, its affiliates or their employees in accordance with this Agreement, shall rest solely with B".*
- *"Les délais de livraison sont donnés seulement à titre indicatif et sont fonction des possibilités d'approvisionnement. Ils sont respectés dans la limite du possible. Les retards ne peuvent, en aucun cas, justifier l'annulation de la commande ni une demande de dommages-intérêts. Aucune pénalité ne pourra être appliquée en cas de retard, même en cas de mise en demeure".*

Une entreprise du secteur chimique livre des procédés à une société d'engineering en vue de l'exécution de projets. L'habitude s'est instaurée de majorer le prix d'une "marge d'aléas" destinée à couvrir les oublis éventuels dans la nomenclature des fournitures nécessaires. Un contrat ne comporte pas cette marge d'aléas ; dès lors, l'entreprise chimique s'exonère des conséquences de "aléas" susceptibles d'intervenir, par cette clause dont la rédaction manque sans doute de précision :

- *"Etant donné qu'il n'y a pas eu de "marge d'aléas" prévue par B à la disposition de A, B prendra à sa charge les aléas qui pourraient intervenir (oubli de nomenclature, par exemple)".*

La clause suivante a longuement retenu l'attention du groupe :

- *"B. shall bear all liabilities, in contract, in torts (including negligence or otherwise, for any damage whatsoever, to person or property, sustained during the period of time from the delivery of the prototype by A until restitution of the latter to A pursuant to article 6. Accordingly A shall bear no liability whatsoever for any kind of damage, given the fact that the prototypes are delivered "as such", that no warranty whatsoever is granted by A with regard to the performance, quality or design of such prototypes and finally that B alone is responsible for installing the prototypes on its facilities and for the testing work to be performed therewith".*

Cette clause est extraite d'un contrat de coopération entre A et B concernant le développement d'un produit nouveau. Le prototype fabriqué par A est livré à B pour qu'il soit procédé aux essais. A entend s'exonérer de toute responsabilité en cas de dommage causé par le prototype.

La clause est sans doute efficace si B lui-même subit un préjudice. Quel est cependant le régime applicable si la victime est un tiers ? Si ce tiers agit contre B, la clause empêchera tout appel de A en garantie. Mais si la victime dirige son recours contre A (ce qui est possible, le tiers étant étranger à cette stipulation contractuelle), la clause permet-elle à A de se faire couvrir par B ? Joue-t-elle dans ce cas le rôle d'un hold-harmless agreement de B envers A ? On admettra que le doute est permis, la rédaction n'étant pas suffisamment précise.

B. Clauses limitatives.

Les clauses limitatives de responsabilité ou de garantie peuvent être classées en deux catégories, selon qu'elles restreignent les conditions de la responsabilité, ou ses effets.

1) Limitation des conditions

Il s'agit de restreindre les conditions où la responsabilité peut être engagée. Plusieurs techniques sont disponibles : atténuer la portée des obligations assumées, restreindre les cas de responsabilité au dol ou à la faute lourde, étendre les cas d'exonération, déplacer la charge de la preuve, limiter les délais pour agir, soumettre les recours à des exigences particulières.

a) Atténuation de la portée des obligations

A propos des clauses exonératoires, on a relevé le procédé consistant à dénier l'existence ou la force obligatoire de l'obligation même dont la violation est prise en considération. La même idée se retrouve à propos des clauses limitatives. On agit sur l'origine même de la responsabilité éventuelle, l'obligation, pour en restreindre les contours ou l'intensité par rapport à ce qu'elle est en droit commun.

Très fréquemment, les professionnels caractérisent l'intensité des obligations qu'ils assument par référence aux "règles de l'art", ou aux "usages" de la branche. En voici quelques exemples :

- *"Le bureau d'études s'engage à exécuter les études qui lui sont confiées au mieux de son expérience et selon les règles de l'art de l'ingénieur".*
- *"The Consultant will provide all the expert advice and skills which are normally required for the class of services for which it is engaged".*
- *"A exercera les missions à elle confiée selon les usages en vigueur dans la profession minière internationale. Toute décision qui pourrait intervenir à l'encontre de ce principe n'engagerait pas la responsabilité de A".*
- *"A will exercise due diligence in the fulfillment of its obligations in accordance with this Agreement and its performance will be in accord with the regular practices in the petroleum industry".*

- *"A undertakes to perform its obligations under this Agreement in a prudent and sound manner and to apply the same degree of diligence it would apply if it were the sole owner of the Property and the Facilities to be developed in connection therewith, and to be mindful of the interest of B and to use the best copper industry practice known to A which is applicable to this Agreement and the Project".*

Le professionnel qui se réfère aux règles de l'art ou aux usages de la branche se sent souvent rassuré : il ne sera rien exigé de lui qui dépasse ses méthodes habituelles de travail. Il faut évidemment supposer que l'intéressé se conforme effectivement à ces règles et usages, et réserver les difficultés éventuelles liées à la preuve de leur existence et de leur contenu.

Mais de telles stipulations constituent-elles des clauses limitatives de responsabilité ? Tout dépend de l'état de ces usages par rapport aux solutions générales du droit commun. Les conditions de la responsabilité sont atténuées si les usages en cause admettent certaines tolérances dans la qualité des prestations. Mais certaines règles de l'art peuvent au contraire imposer une rigueur accrue au professionnel concerné dans l'exécution de ses tâches.

La définition des contours ou de l'intensité d'une obligation ne conduit à une limitation de responsabilité que lorsqu'elle déforce le régime qui serait applicable en l'absence de la clause.

Il en est ainsi de cette clause qui restreint l'obligation de garantie d'un fournisseur aux spécifications fonctionnelles expressément énumérées, écartant toute garantie liée à l'adéquation du produit aux besoins du preneur.

- *"Le Fournisseur garantit que le Produit est conforme aux spécifications fonctionnelles figurant en Annexe 1 ; cette garantie ne saurait en aucun cas être considérée comme une garantie de résultat, portant sur l'adéquation du Produit aux besoins du Preneur".*

Constitue également une clause limitative de responsabilité la stipulation qui transforme une obligation de résultat en une simple obligation de moyens. Dans ce contexte, on soulignera par exemple la récente prise de position du Guide pour la rédaction des contrats internationaux d'ingénierie-conseil de la Commission Economique pour l'Europe de l'ONU (Genève, 1983) qui rattache en principe aux obligations de moyens les engagements assumés par les ingénieurs-conseils (1).

Une autre façon d'atténuer la portée de ses obligations et de modaliser les conditions où peut naître un engagement. Telle est la démarche adoptée par ce conseiller fiscal :

- *"En ce qui concerne les explications et les renseignements donnés oralement par le conseiller fiscal ou son collaborateur, leur responsabilité ne peut être engagée que lorsqu'ils ont été confirmés par écrit".*

Les exemples qui précèdent illustrent des restrictions de nature juridique. Mais une responsabilité ou une garantie peuvent aussi être restreintes par des stipulations de nature technique, par exemple une définition peu généreuse du rendement promis d'une machine.

b) Restriction de la responsabilité aux cas de dol ou de faute lourde

On le rappellera plus loin, la plupart des systèmes juridiques privent d'effet les clauses exonératoires ou limitatives lorsque le manquement résulte du dol, et souvent aussi de la faute lourde du débiteur (2).

Allant au devant de cette solution, certaines clauses exonératoires réservent les hypothèses du dol ou de la faute lourde. La responsabilité est ainsi limitée à ces seules hypothèses, la faute légère restant exclue.

(1) Cfr. A. HUBERT, Le contrat d'ingénierie-conseil, 2ème éd., 1984, p. 72.

(2) Cfr. infra, p. 44.

Ce système est adopté dans les clauses suivantes, extraites de contrats relatifs à des prestations de services :

- *"A, et ses agents ne seront pas responsables, vis-à-vis de B de pertes, dommages, obligations ou dépenses encourues ou subies par B directement ou indirectement en conséquence de fournitures de service aux termes du présent contrat, à l'exception de toutes pertes, dommages, obligations ou dépenses résultant directement ou indirectement de la mauvaise foi, de négligences volontaires ou grossières constituant une faute lourde professionnelle de A et ses agents".*
- *"Neither A, its employees, nor any affiliated company of A or its employees, will be responsible for losses or damages that may be incurred by B or any third party by reason of any action or omission by B, its employees or any third party even though said action or omission was based on technical information or advice furnished by A, its employees any of its affiliated companies or its employees, in accordance with this Agreement, except if such damages or losses were caused by fraud, bad faith or gross negligence on the part of A or its employees".*

Dans d'autres cas, la responsabilité pour faute légère est maintenue mais limitée, et c'est la limitation qui disparaît en cas de dol ou de faute lourde :

- *"Notwithstanding the above, the limit of cumulative liability under paragraph B shall not apply to CONTRACTOR's liabilities arising from gross negligence and willfull acts of CONTRACTOR for which CONTRACTOR's liability under CONTRACT shall be unlimited."*

c) Extension des cas d'exonération

Les relations susceptibles d'exister entre clauses de force majeure et clauses limitatives de responsabilité ont déjà été évoquées. (1). Une clause de force majeure a pour effet de restreindre la responsabilité lorsqu'elle élargit le champ de l'exonération par rapport aux solutions normales du droit applicable.

(1) Cfr. supra, p. 11.

On en citera quelques exemples, repris à notre précédente chronique sur les clauses de force majeure (1).

Tantôt, l'exigence d'imprévisibilité est passée sous silence :

- *"In the Contract "force majeure" shall mean any occurrence outside the control of the parties preventing or delaying their performance of the contract..."*.
- *"En cas de survenance d'événements indépendants de la volonté des parties et d'impossibilité d'exécution totale ou partielle par une des parties engagées par la présente convention..."*.

Tantôt, c'est l'inévitabilité de l'événement qui est négligée :

- *"The contracting parties are relieved of their obligations for partial or complete failure to comply with the contract liabilities with regard to the delivery terms if such failure is due to force majeure. Force majeure regards all circumstances occurred after the signature of the contract and as a result of any event of exceptional nature, that could not have been anticipated by the contracting parties at the signature of the contract..."*.

Tantôt encore, la rédaction ne fait aucune allusion à l'effet que l'événement doit avoir sur l'exécution du contrat :

- *"On entend par force majeure pour l'exécution du contrat tous les événements indépendants de la volonté des parties, imprévisibles ou, si prévisibles, inévitables"*.

Ces omissions peuvent résulter d'inadvertances ; certaines d'entre elles traduisent peut-être le souci d'assouplir les conditions classiques de la force majeure. Mais ce souci est plus évident dans les clauses qui assortissent expressément les critères traditionnels de qualifications destinées à en tempérer la rigueur.

(1) Les clauses de force majeure dans les contrats internationaux, D.P.C.I., 1979, pp. 473-475.

L'inévitabilité est par exemple atténuée dans la clause suivante :

- *"On entend par force majeure pour l'exécution du contrat tout acte ou événement imprévisible, irrésistible, hors du contrôle des parties et qui ne pourra être empêché par ces dernières malgré des efforts raisonnablement possibles".*

Dans un autre exemple, l'appel à la raison vise également l'imprévisibilité :

- *"... tout événement, circonstance ou état de fait que le vendeur ne pouvait raisonnablement ni prévoir, ni empêcher et auquel il lui a été impossible de porter remède de manière à pouvoir respecter les délais contractuels de livraison".*

L'atténuation des exigences concerne cependant le plus souvent l'impact des événements de force majeure sur l'exécution des obligations contractuelles. Une impossibilité absolue d'exécution n'est pas toujours exigée :

- *"On entend par force majeure ... tout acte ou événement imprévisible, irrésistible et indépendant de la volonté des parties rendant momentanément humainement impossible l'exécution de leurs obligations ou de certaines d'entre elles".*
- *"Sont considérés comme cas de force majeure ou assimilés, outre les cas communément admis par la jurisprudence belge et française ...*

(suit l'énumération d'une série d'événements)

"... et en général, toutes les causes étrangères à la volonté ou à l'influence des contractants qui pourraient mettre obstacle à la marche normale de l'approvisionnement, de la fabrication ou des expéditions des contractants".

- *"If either party is prevented from or delayed in carrying out any of the provisions of this Agreement by reason of ...*

(énumération d'événements)

"... or any beyond its control making it impossible or exorbitant from an industrial or commercial standpoint to perform its obligations hereunder ...".

On notera que cette dernière clause s'écarte sur deux plans de la force majeure classique : elle atténue l'exigence d'impossibilité d'exécution et elle omet le critère d'imprévisibilité.

L'effet de ces différentes clauses est d'exonérer le débiteur en des circonstances où le droit commun l'aurait rendu responsable.

On en rapprochera les clauses qui énumèrent divers cas d'exclusion de garantie, en ajoutant aux situations qui ne sont que la confirmation du régime normal (faute de l'utilisateur, cas de force majeure, etc...) certaines autres circonstances où la garantie pourrait en principe jouer. Dans l'exemple qui suit, on relèvera notamment les limitations de garantie que peuvent impliquer l'exclusion des dommages accidentels, et celle des pannes résultant de l'utilisation de fournitures non agréées :

- *"La garantie ne comprend pas la réparation des pannes dont la cause n'est pas imputable au fabricant et notamment :*
 - *la réparation des dégâts résultant d'une fausse manoeuvre caractérisée du personnel du client, d'un accident, d'une négligence, d'une utilisation anormale, de la malveillance ou d'actes de sabotage, faits de grève, d'émeutes ou de guerre, ni de la réparation de tous les dégâts provoqués par l'eau, les chutes et chocs brusques, l'effondrement des locaux, et d'une façon générale, tous accidents ou sinistres susceptibles de détériorer l'équipement.*

- la réparation de toute panne prenant son origine dans une installation électrique ou télégraphique défectueuse du client, dans la qualité du courant fourni ou dans des conditions d'installation non conformes aux spécifications indiquées par le FABRICANT.
- la réparation de toute panne due à l'utilisation de fournitures ne répondant pas aux normes agréées par le FABRICANT.
- la réparation de toute panne due à des matériels ou dispositifs non fournis par le FABRICANT et raccordés à l'équipement sans autorisation écrite préalable du FABRICANT."

d) Déplacement de la charge de la preuve

L'attribution de la charge de la preuve constitue un élément non négligeable d'un système de responsabilité. Le créancier doit-il par exemple prouver la faute de son débiteur, ou celle-ci est-elle présumée en cas d'inexécution, le débiteur ayant alors la charge de la preuve d'une éventuelle cause étrangère exonératoire ?

Le droit commun établit des principes en la matière. On connaît par exemple la distinction du droit français entre obligations de moyens et obligations de résultat (1). Pour le § 282 du B.G.B., en cas de doute sur l'imputabilité de l'impossibilité d'exécuter une prestation, la charge de la preuve incombe au débiteur (2).

En présence d'une solution de principe, qui met à sa charge la preuve de certains faits, un débiteur peut agir sur les conditions de sa

(1) Cfr. notamment A. WEILL et F. TERRE, Les Obligations, 3ème éd., n° 396-398.

(2) Cfr. notamment J. ESSER, Schuldrecht, 4ème éd., pp. 207-209.

responsabilité en reportant cette charge sur les épaules de son co-contractant. Tel est l'effet d'une clause qui transformerait une obligation de résultat en obligation de moyens, dont il a déjà été question. Un autre exemple est fourni par cette clause extraite d'un contrat d'assurance-incendie : l'assureur se débarrasse de la charge de prouver le cas d'exclusion devant justifier le refus de couverture :

- *"Les dispositions ci-dessus du 7° ne constituent qu'une énumération d'exclusions mais ne concernent pas la charge de la preuve. En ce qui concerne celle-ci, il est convenu qu'elle incombe exclusivement à l'assuré qui doit établir que les dommages ne se rattachent ni directement ni indirectement aux cas prévus par l'énumération. L'indemnité n'est due que si cette preuve est faite".*

e) Limitation des délais pour agir

La responsabilité (ou la garantie) connaît également des limites temporelles. L'institution même de la prescription extinctive constitue une limitation légale à la responsabilité : au-delà d'un certain délai, le débiteur ne peut plus être l'objet des recours du créancier. En droit français, l'acheteur doit invoquer la garantie des vices cachés dans un "bref délai" (art.1648 du Code civil).

Dans la mesure où ces délais peuvent valablement être abrégés, le débiteur trouve dans ce procédé un autre moyen de restreindre sa responsabilité (ou sa garantie) par rapport aux solutions du droit commun.

La technique se rencontre fréquemment à propos des garanties offertes par un vendeur :

- *"The warranty contained in Condition 12.2 shall apply in respect of matters whereof the Customer gives written notice within (12) months of performance of the Services giving rise to the Customer's claim after which any claim in respect thereof or in respect of any parts supplied shall be absolutely barred".*

- " 1. The Contractor shall warrant each Unit for a period of one (1) year from the date of first synchronization against defects in design, materials and workmanship.
- 2. However, such warranty period shall in any case expire fifteen (15) months from the date of readiness for shipment ex works of the generator in case shipment, transportation, erection, commissioning, field test or first synchronization are delayed, unless the reason for such delay is attributable to the Contractor, in which case the warranty period shall be extended by amount of such delay".
- "La garantie du tube est limitée à six mois ou 1.000 (mille) heures de fonctionnement".

Mais elle est utilisable dans d'autres circonstances.

Ainsi en témoignent ces deux clauses, extraites respectivement d'un contrat d'assurance et d'un contrat entre un avocat et son client :

- "Toute action en paiement des dommages est prescrite après un délai de six mois à compter du jour du sinistre ou des dernières poursuites judiciaires. Ce délai expiré, la Compagnie est déchargée aussi bien envers l'assuré qu'envers tous opposants, cessionnaires ou bénéficiaires".
- "Les créances de l'avocat contre son mandant se prescrivent par deux ans. Ce délai court à dater de la fin de l'année pendant laquelle le mandat a pris fin. Ce délai ne s'applique pas si la prescription prévue par la loi est plus courte. La créance du mandant du chef de dommages et intérêts, résultant du contrat existant entre l'avocat et lui, se prescrit par 3 ans, à dater de la naissance de la créance et, au plus tard, à dater de la fin du mandat".

f) Soumission de l'exercice du recours à des exigences particulières

Un moyen plus subtil de limiter les conditions de sa responsabilité est de soumettre l'exercice des recours à certaines exigences de forme, ou à la prise en charge de certains coûts, de manière à placer des obstacles sur la voie du créancier insatisfait. Cette technique est illustrée par les clauses suivantes :

- *"Any claim made under guarantee should be submitted to us without delay in writing, enclosing all grounds for the complaint. Handling will then occur in accordance with the procedure determined by us. Goods for which a claim under guarantee has been made, should be sent carriage paid to us, only following our specific request for their return".*
- *"L'acheteur ou le client est tenu de dénoncer par écrit les vices de la marchandise livrée dans un délai de 14 jours à compter de l'arrivée de celle-ci au lieu de destination..."*

2) Limitation des effets.

Les clauses dont on entreprend ici l'examen ne limitent plus les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée ou la garantie due, mais les effets de cette responsabilité ou de cette garantie. Lorsqu'il est acquis que le débiteur doit réparer, jusqu'où s'étend cette obligation ? Selon la réponse fournie par le droit applicable, diverses stipulations contractuelles peuvent limiter les engagements du débiteur.

a) Limitation en montant.

La responsabilité est le plus souvent illimitée. Tout le dommage doit être réparé. Le débiteur risque ainsi de s'exposer à une véritable ruine, surtout lorsque le préjudice potentiel est hors de proportion avec le profit qu'il retire du contrat. C'est pourquoi l'une des techniques les plus répandues de limitation de responsabilité consiste à stipuler des plafonds au-delà desquels le débiteur ne sera plus tenu (1).

Ces plafonds sont parfois fixés en montants absolus :

- *"The total liability of X and/or the Principals in connection with the Agreement whether in contract or in negligence or otherwise howsoever (including but not limited to the liabilities of X under Articles 1.3 and 1.4 of the Agreement) shall not exceed the sum of 150,000 pounds sterling in aggregate".*
- *"The liability of the Contractors to the Employer under Clause 15 for any one act or default shall not exceed the sum stated in Part II of these Conditions..."* (Conditions FIDIC-TEM, art. 16.4).

Très souvent cependant, les maxims se réfèrent à une mesure plus objective de l'intérêt qu'a le débiteur à l'exécution du contrat.

Le prix de sa prestation sert souvent de critère :

- *"A shall pay... liquidated damages at the rate of one per cent (1 %) of the contractual price per week of delay..."*
- *"X shall be held liable for direct proven damages arising from proven mistakes by concerning the supply or written technical data and information furnished to Licensee for a specific project under this Agreement up to a maximum amount of twenty-five percent (25 %) of the Royalties to be paid by Licensee for the said project".*

(1) On rappellera au passage la fonction limitative de responsabilité, susceptible d'être jouée par certaines clauses pénales (cfr. supra, p. 10). On rappellera aussi que la limitation en montant de la responsabilité est parfois l'oeuvre du législateur lui-même (cfr. supra, p. 4).

- *"Dans le cas où C n'assumerait pas ses obligations contractuelles définies à l'Annexe 1 ci-jointe, le seul recours du Client sera le droit de recouvrer un montant équitable qui n'excédera cependant pas les montants payés à C et relatifs à de tels Services".*
- *"The liability of M for negligence shall not, in any event, exceed the amount paid by Representative to M hereunder during the six (6) month period preceding the month in which the loss is alleged to have occurred".*
- *"Seller's total liability to Buyer for all claims of any kind, whether based upon contract, tort (regardless of the degree of fault or negligence) or otherwise for any loss or damage arising out of, connected with, or resulting from the performance or breach of these Conditions of Sale or any Purchase Order hereunder shall in no case exceed the amount of the price of the specific Product or service which gives rise to the claim".*

Cette technique est également utilisée dans les contrats relatifs à des prestations d'ingénieurs-conseils, qui limitent en général leur responsabilité au montant de leurs honoraires :

- *"En tout état de cause, la responsabilité du bureau d'études pour un dommage survenu restera dans un rapport équitable avec le montant des honoraires perçus, sans jamais dépasser le montant de ces honoraires".*
- *"La responsabilité de la société d'études sera, en tous les cas, limitée, d'une part, à la réparation des dommages directs causés et, d'autre part, au montant des honoraires convenus pour l'ouvrage en cause ou, dans le cas où il aurait été stipulé des honoraires fractionnés pour chaque mission, au montant des honoraires stipulés pour la mission au cours de laquelle la faute aurait été commise" (1).*

Une clause plus complexe ne fait jouer le plafond qu'au-delà des prestations de garantie effectuées par le vendeur et des sommes qu'il pourrait lui-même recouvrer auprès de ses fournisseurs, sous-traitants et assureurs :

(1) Sur le plafonnement de la responsabilité des ingénieurs-conseil, cfr. A. HUBERT, op. cit., pp. 82-86.

- "B. *CONTRACTORS liabilities to OWNER with regard to :*
 - a. *breach or default by CONTRACTOR in fulfilling warranties and guarantees pursuant to paragraphs 1 and B of ARTICLE 17 - WARRANTIES AND GUARANTEES.*
 - b. *claims, damages and costs awarded against OWNER for patent infringement pursuant to paragraph A-3 of ARTICLE 18 - PATENTS AND TECHNICAL INFORMATION.*
 - c. *indemnification for claims of third parties against OWNER pursuant to paragraph D of ARTICLE 19 - CONTRACTOR'S RESPONSIBILITY. shall be limited to a cumulative maximum amount of nine hundred million Italian Lire (Lit 900,000,000).*
- C. *The limit of cumulative liability under paragraph B shall be over and above CONTRACTOR's own services to be performed pursuant to above paragraph B-a plus any indemnification recovered from vendors, subcontractors (contracted in name and on behalf of ..., and insurances carried by CONTRACTOR pursuant to the CONTRACT".*

Le vendeur reste donc tenu de prêter sa garantie, et il doit transmettre à son acheteur les indemnités qu'il pourrait lui-même recevoir de certains tiers. C'est au-delà de ces valeurs que se calcule la limitation de la responsabilité qu'il pourrait encore encourir.

b) Exclusion de la solidarité

Lorsqu'un co-débiteur est tenu solidairement avec ses co-obligés, il est responsable pour le tout. Là où la solidarité est applicable de plein droit (elle peut résulter notamment d'un texte légal), toute stipulation conventionnelle qui l'écarte est assimilable à une clause limitative de responsabilité.

Voici un exemple extrait d'un contrat de coassurance régi par le droit belge, où la solidarité est en principe présumée entre codébiteurs commerçants :

- "L'assurance est souscrite par chacun des coassureurs pour ses parts et portion et sans solidarité, aux mêmes clauses et conditions que celles d'application entre la Compagnie et l'assuré".

c.) Exclusion des dommages indirects.

Au-delà du dommage résultant directement de l'inexécution d'une obligation contractuelle (par exemple, les malfaçons affectant le produit livré ou l'ouvrage construit), la défaillance du débiteur entraîne souvent la survenance pour le créancier de dommages indirects divers. La mauvaise qualité d'une machine, par exemple, entraîne l'interruption de toute la chaîne de production. L'explosion à l'atterrissage d'un pneu défectueux provoque la destruction d'un avion et la mort de nombreux passagers.

De tels préjudices peuvent être extrêmement importants, par rapport tant au dommage direct qu'à l'intérêt contractuel du débiteur. Souvent, ils présentent aussi un grand degré d'imprévisibilité (1).

La responsabilité pour dommages indirects est un problème classique - et difficile - dans tout système juridique. Nous y reviendrons (2). Compte tenu des incertitudes que peuvent présenter les solutions de droit commun, les rédacteurs de clauses limitatives de responsabilité veillent très souvent à écarter la prise en charge de ces dommages indirects.

L'exclusion peut prendre diverses formes. Elle est implicite lorsque la responsabilité est formellement limitée à la prise en charge des dommages directs :

- *"Le bureau d'études assume l'entière responsabilité des dommages directs résultant d'erreurs ou omissions dont seraient entachés les études, calculs, plans et autres documents fournis par lui en exécution du présent contrat".*
- *"In providing the Services, the Consultant's sole liability in respect of defective or erroneous work shall be to correct or refurnish without cost to the Company any particular item of Services rendered hereunder which proves defective or erroneous and is so notified to the Consultant by the Company from the Effective Date up to the period ending twelve months after submission of the Final Report".*

(1) Il sera question infra, de manière plus spécifique, de l'exclusion des dommages imprévisibles.

(2) Cfr. infra, pp. 53-56.

- *"En cas d'échec du Constructeur dans les opérations de Réception Définitive prévues à l'Article 18.4 ci-dessus, ou a fortiori si le Constructeur n'était pas en mesure de procéder aux opérations de Réception Définitive conformément aux dispositions de l'Article 18.4 ci-dessus, le Constructeur indemnisera EMIR du préjudice direct subi par elle du fait du non-accomplissement par le Constructeur de la totalité des obligations lui incombant aux termes de la présente convention.*

A cet effet, il est expressément convenu que la réparation du préjudice direct subi par EMIR comprendra..."(suit une énumération limitative des catégories de dommages considérés comme préjudices directs).

L'exclusion des dommages indirects est claire mais discrète dans la clause suivante, qui se réfère à l'article 1150 du Code civil français :

- *"Les pénalités prévues au présent article constituent les seuls dommages-intérêts susceptibles d'être réclamés par le client conformément aux dispositions des articles 1150 et suivant du Code civil".*

Le plus souvent, l'exclusion est explicite, mais la terminologie varie :

- *"En tout état de cause, le préjudice indirect n'est pas couvert par le bureau d'études techniques".*
- *"The liability of the Consulting Engineer does not cover costs other than those for the re-instatement of Works. All liability for consequential damages is excluded". (Conditions FIDIC - TGC, art. 2.4.5.).*
- *"In no event shall either party be liable for special, indirect or consequential damages".*
- *"The Contractor's liability under the Article 32 shall be exclusive and in lieu of any conditions or warranty implied by law (including IMPLIED WARRANTIES OF FITNESS FOR PURPOSE AND MERCHANTABILITY) and save as in said Articles expressed neither the Contractor nor his Sub-Contractors, servants or agents shall be liable, whether in contract, tort or otherwise in respect of defects in or damages to such part, or for any injury,*

damage or loss of whatsoever kind attributable to such defects or damage. All such liability shall terminate upon expiration of the warranty period."

- *"La responsabilité des parties ne couvrira en aucun cas des dommages spéciaux, immatériels, incidents ou indirects."*

Les clauses suivantes écartent la couverture des dommages indirects, mais elles réservent le cas du dol ou de la faute lourde :

- *"Toutes les autres revendications de l'acheteur, en particulier la revendication de dommages et intérêts du fait du dommage indirect, sont à exclure, si elles sont fondées sur une violation contractuelle positive (1). Cette limitation ne s'applique pas si la violation du contrat résulte d'une négligence grave ou d'une faute intentionnelle."*
- *"Except as provided in Clause 31.1 (Delay in Completion) for a reduction of the Contract Sum for delay and except as provided in Clause 33.11 (Gross Misconduct), the Contractor shall not be liable to the Employer by way of indemnity or by reason of any breach of the Contract for loss of use (whether complete or partial) of the Works or of profit or of any contract or for any indirect or consequential damage that may be suffered by the Employer." (Conditions FIDIC - TEM, art. 16.1).*
- *"After taking over and save as in this Clause expressed, the Contractor shall be under no liability even in respect of defects due to causes existing before taking over. It is expressly agreed that the Purchaser shall no claim in respect of personal injury or of damage to property not the subject-matter of the Contract arising after taking over nor for loss of profit unless it is shown from the circumstances of the case that Contractor has been guilty of gross misconduct." (Conditions CEE-ONU n° 188A, art. 23.14).*

(1) Sur la notion de "violation contractuelle positive" en droit allemand, cfr. notamment J. ESSER, Schuldrecht, 4ème éd., pp. 380-383.

Les clauses qui viennent d'être citées se bornent à une référence abstraite aux dommages indirects. Comme cette notion est susceptible de provoquer des difficultés d'interprétation (1), les contractants jugent bon, dans bien des cas, d'énumérer à titre exemplatif divers types de préjudices indirects couverts par l'exclusion. On y relève particulièrement les pertes de bénéfices, le coût des fournitures de substitution, les dommages causés à d'autres biens que les produits livrés et les recours de tiers. Voici quelques exemples :

- *"Neither X nor the Principals shall in any circumstances be liable in contract or tort or otherwise to the Client for any loss of investment, loss of contracts, loss of production, loss of profits, loss of time, loss of use or any consequential or special loss or damage howsoever caused or arising, directly or indirectly sustained by the Client or by any other person, company or corporate body whatsoever".*

(1) Cfr. à ce sujet Le droit des contrats informatiques, Faculté de Droit de Namur, 1983, pp. 321-324.

- *"On no account, whether as a result of breach of contract, warranty, torts (including negligence) or otherwise shall either party be liable for special, incidental, indirect or consequential damages of any nature whatsoever, such as but not limited to : loss of profit or revenue or clients, loss of use of plants or facilities or any associated equipment, capital costs, costs of substitute equipment, facilities or services, costs of purchase or replacement of gas, oil, electricity, etc..., loss of or damage to property or equipment other than the delivered products, etc..."*.
- *"In no event, whether as a result of breach of contract, tort liability (regardless of the degree of fault or negligence) or otherwise, and whether arising before or after completion of Seller's obligations under these Conditions of Sale or any Purchase Order pursuant thereto, shall Seller be liable to Buyer for losses or damages caused by reason of unavailability of the Plant, Plant shutdowns or service interruptions, (including, but not limited to, loss of use, profits or revenue, inventory or use charges, cost of purchase or replacement power, interest charges or cost of capital, or claims of Buyer's customers), or special, consequential or penal damages of any nature"*.

Parmi les dommages indirects figurent parfois des dommages corporels. Mais ce type de préjudice apparaît rarement dans les énumérations de dommages exclus, sans doute en raison de l'invalidité fréquente d'une telle exclusion (1).

Une clause instaure un système intéressant : l'exclusion des dommages-intérêts est écartée dans la mesure où le débiteur peut lui-même les recouvrer de la part de son assureur ou de certains de ses contractants :

(1) Cfr. infra, p. 45.

- *"CONTRACTOR shall not be liable for any loss sustained by OWNER of its anticipated profits from operation of PLANT or other consequential damages except to the extent CONTRACTOR may recover such losses from insurances carried by CONTRACTOR pursuant to the CONTRACT, vendors, subcontractors, renters of construction tools and equipment. CONTRACTOR shall exert all reasonable efforts and diligence to recover such losses from such parties. In case such parties have to be sued CONTRACTOR has first to reach agreement with OWNER ; cost of action are on OWNER's account".*

d) Exclusion des dommages imprévisibles.

Un autre problème classique du droit de la responsabilité est de savoir si le débiteur doit réparation pour les dommages imprévisibles ou s'il est seulement tenu d'indemniser le préjudice dont il pouvait prévoir qu'il résulterait de son manquement (1).

La question des dommages imprévisibles est parfois confondue avec celle des dommages indirects. Il est vrai que plus le dommage est indirect, plus il a de chances d'être imprévisible. Mais ce n'est pas nécessairement le cas. Un dommage direct peut être imprévisible, comme certains préjudices indirects sont parfaitement susceptibles d'être anticipés.

(1) Cfr. infra, pp. 53-56.

Les rédacteurs de clauses envisagent moins souvent les dommages imprévisibles que les dommages indirects. Ils auraient cependant intérêt à ne pas les négliger, dans la mesure où, on l'a rappelé, certains dommages directs peuvent être imprévisibles dans leur ampleur et dès lors mériter une attention particulière au niveau de l'aménagement conventionnel de la responsabilité.

La formule suivante, déjà citée, rencontre le problème, puisqu'elle couvre l'article 1151 du Code Napoléon :

- *"Les pénalités prévues au présent article constituent les seuls dommages-intérêts susceptibles d'être réclamés par le Client conformément aux dispositions des articles 1150 et suivants du Code civil".*

Une allusion à la prévisibilité du dommage est présente dans cette clause qui instaure un système diversifié de limitation de responsabilité :

- *"Toute revendication de dommages et intérêts par le client, quel qu'il soit son fondement, qu'elle ait un rapport direct ou indirect avec la commande, qu'elle trouve sa source dans la livraison ou l'utilisation de notre matériel, est à exclure dans la mesure où nous, nos employés ou nos mandataires n'avons pas occasionné le dommage par notre négligence grave ou intentionnellement.*
En cas de négligence grave ayant entraîné un dommage, la revendication de dommages et intérêts par le client qui est commerçant ne peut dépasser l'indemnisation du dommage prévisible. Une revendication de dommages et intérêts formulée par un client qui n'est pas commerçant, du chef de retard ou d'impossibilité d'exécution suite à une négligence légère, ne peut dépasser le quart du prix d'achat de ladite marchandise".

Les conditions FIDIC rencontrent explicitement le problème des dommages imprévisibles :

- *"16.2. Where either the Employer or the Contractor is liable in damages to the other these shall not exceed the damages which the party in default could reasonably have foreseen at the date of the Contract".*
(Conditions FIDIC - TEM).

Il en est de même de l'article 26 des Conditions générales 188A et 574A de la Commission Economique pour l'Europe :

- *"Dans le cas où l'une des parties est tenue envers l'autre à des dommages-intérêts, ceux-ci ne peuvent excéder la réparation du préjudice que la partie fautive pouvait prévoir lors de la formation du contrat".*

e) Limitation de la garantie au remboursement, au remplacement ou à la réparation de l'objet.

L'obligation de garantie du vendeur est aménagée de façon variée par les différents systèmes juridiques, mais l'acheteur possède en général plusieurs recours. En droit français, par exemple, il a le choix entre la résolution de la vente ou la réduction de prix (art. 1644 du Code civil) ; en outre, si le vendeur est de mauvaise foi, il peut réclamer des dommages-intérêts (art. 1648). Les clauses conventionnelles de garantie restreignent le plus souvent l'obligation du vendeur au remboursement, au remplacement ou à la réparation de l'objet, écartant ainsi tous autres recours prévus par la loi.

Voici quelques exemples de telles clauses :

- *"Materials and articles sold or furnished by Buyer to Seller for the performance of the Order shall be inspected and accepted by Seller prior to use or processing, and Buyer's responsibility for defects is limited to replacement of such materials or articles or their value".*
- *Every new aircraft tire or tube, manufactured by E bearing that name and their serial number is guaranteed to be free from defects in workmanship and material.*

If our examination shows that such tire or tube has failed under the terms of this guarantee, we shall either repair it or make a reasonable allowance on the purchase of a new tire of same size, ply rating and speed rating.

There is no other warranty or guarantee, express or implied, applicable to these products".

- *"The sole liability of A hereunder shall be the repair and/or replacement of Products, or parts thereof, returned to a North American or European Manufacturing or Distribution Centre of A following written notice of the defect given within the Warranty Period. The repair and/or replacement shall be at the expense of A, provided that examination of the Products or parts thereof by A, discloses that the Products or parts thereof are defective in material and/or workmanship. In any event, all shipping costs to an North American or European Manufacturing or Distribution Centre of A shall be borne by the Distributor.*

Notwithstanding anything contained herein, A may authorize the Distributor to repair and/or replace the defective Products, or parts thereof, without their being returned to a North American or European Manufacturing Centre of A. However, the provisions of this paragraph shall apply only in the event that the Distributor, prior to carrying out such repair and/or replacement, has obtained the written consent of A, which consent may be refused for any reason whatsoever. The failure to obtain such prior written consent shall be an absolute bar to any recovery by the Distributor and/or any third party in respect of alleged defect in material and workmanship".

f) Limitation de la garantie à la garantie due en amont.
Cession de la garantie.

Lorsqu'un produit fait l'objet de ventes successives, on est en présence d'une série de garanties en cascade, dont la coordination doit évidemment retenir l'attention des intéressés.

Un mode d'articulation consiste à faire coïncider la garantie offerte au client avec celle dont on bénéficie soi-même en amont. Ce type de stipulation constitue en soi une manière de limiter sa garantie.

- *"Notwithstanding anything herein contained, with respect to the Printer and the Disk Drives purchased by the Distributor, and forming part of the Products, the warranty of A shall be limited to the extent that A is able to enforce a claim for liability against the manufacturer of such equipment"*.

Une autre technique consiste à céder au sous-acquéreur la garantie due par le vendeur initial (1). Le procédé est notamment utilisé dans le secteur aéronautique, où l'acheteur d'un avion se voit souvent céder par le constructeur les garanties dues par les fabricants des différents éléments. Lorsque pareille cession s'accompagne, au moins implicitement, d'une renonciation à tout recours en garantie contre le producteur, on rejoint le domaine des clauses non plus limitatives, mais exonératoires.

On en rapprochera une pratique fréquente dans les contrats de crédit-bail (leasing). La société de crédit-bail cherche à rester étrangère à tout litige d'ordre technique relatif au matériel en cause. Dans le contrat d'achat qu'elle conclut avec le fabricant, on rencontre la clause suivante :

- *"Article 6. Garanties.*

Le vendeur s'engage à faire bénéficier le locataire de la garantie d'éviction et de la garantie des vices cachés telles qu'elles résultent de la présente commande, de la loi et de l'usage.

En cas de contestation relative notamment à la construction, au fonctionnement ou au rendement du matériel livré, le locataire agit directement en garantie en vertu de la stipulation pour autrui dont il bénéficie par les présentes, et du mandat d'agir en résolution de la vente".

(1) On sait que dans certains droits, même en l'absence de toute cession conventionnelle, la jurisprudence reconnaît au sous-acquéreur le droit d'agir directement contre le vendeur initial (cfr. en droit français, J. GHESTIN, Conformité et garanties dans la vente, 1983, pp. 339-354).

Le contrat de location conclu avec l'utilisateur stipule une renonciation de celui-ci à tout recours en garantie contre son bailleur, compte tenu de la possibilité qui lui est ouverte d'agir directement contre le fabricant :

- "3.5. Par dérogation aux dispositions de l'article 1724 du Code civil, le locataire renonce à toute indemnité et droit de résiliation vis-à-vis du bailleur, sauf bénéfice de la garantie du vendeur, même dans le cas où le matériel est hors d'usage pendant plus de 40 jours pour quelque cause que ce soit.
- 3.6. Contrairement aux articles 1719 et suivants du Code civil, tous les frais nécessités par l'emploi, l'entretien et les réparations du matériel sont à la charge du locataire".
- "4.1. Le locataire déterminant les conditions techniques et financières du contrat de vente en qualité de mandataire du bailleur, d'une part, disposant de la jouissance du matériel dans le cadre des présentes, d'autre part, étant susceptible de lever l'option d'achat stipulée en l'article 8 ci-dessous enfin, bénéficie de la garantie donnée par le fabricant.
- 4.2. Afin que cette garantie puisse s'exercer dans les meilleures conditions, le locataire bénéficie, aux termes des conditions générales du bon de commande, d'une stipulation pour autrui, lui permettant d'intervenir directement près du fournisseur et du constructeur, et éventuellement, d'exercer tous recours contre eux, dans le seul but d'obtenir la bonne exécution du contrat de vente.
- 4.3. Cependant, si le locataire, en sa qualité d'utilisateur du matériel, estime nécessaire d'agir à ses frais en résolution du contrat de vente, le bailleur propriétaire lui donne, à cette fin, par les présentes, mandat d'ester, toutefois révocable pour justes motifs, les impératifs commerciaux étant dès à présent considérés comme tels. Dans l'une et l'autre hypothèse, il doit informer préalablement le bailleur de son action et lui communiquer toutes pièces de procédure lui permettant de préserver ses droits".

III. - Observations complémentaires et considérations critique

Au terme de cette analyse des principales techniques utilisées dans la rédaction des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité, nous voudrions attirer l'attention sur les problèmes de validité qui peuvent se poser à l'égard de certaines de ces clauses, selon le droit applicable (A), revenir et insister sur l'importante question des dommages indirects et/ou imprévisibles (B) et mettre l'accent sur les liens étroits qui rapprochent souvent les clauses limitatives et exonératoires des questions d'assurance (C).

A. Problèmes de validité.

La validité des clauses limitatives et exonératoires mérite d'être examinée au regard des droits nationaux, des conventions internationales et du droit international privé.

1) Droits nationaux.

a) Les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité suscitent la méfiance de la plupart, sinon de l'ensemble des systèmes juridiques. Elles dérogent de front au régime de la responsabilité, particulièrement imprégné de certaines des valeurs morales qui sous-tendent le droit des obligations. Un débiteur défaillant doit répondre du préjudice qu'il cause. A première vue, il paraît choquant qu'il puisse s'y soustraire. Cette situation préoccupe d'autant plus qu'elle traduit souvent un déséquilibre de force existant entre les parties.

Certes, la liberté des conventions reste le principe dans bien des pays, et les clauses limitatives sont a priori valables, mais de nombreuses restrictions viennent affecter cette validité. La principale caractéristique de ces restrictions réside dans leur très grande diversité. En droit comparé, le régime des clauses limitatives est très loin de l'harmonisation. Les négociateurs de contrats doivent en être conscients. En rédigeant une telle clause, il est particulièrement impératif de s'informer des principes qui vont la régir dans la loi applicable au contrat.

Des membres du groupe de travail ont rédigé une série d'études sur divers droits nationaux, publiées à la suite de la présente chronique (1). On y trouvera de remarquables illustrations de diverses techniques utilisées pour restreindre la validité des clauses limitatives. Nous nous bornerons ici à en proposer un bref tableau d'ensemble (2).

Les régimes applicables aux clauses limitatives et exonératoires de responsabilité reposent en général sur des solutions jurisprudentielles, plus rarement sur des textes légaux. Des grandes codifications classiques, seuls le Code suisse des obligations et le Code civil italien consacrent à ces clauses des dispositions spécifiques (3). Le Code Napoléon et le BGB, entre autres, sont muets (4).

(1) Cfr. infra, pp.

(2) Pour des examens comparatifs plus approfondis, cfr. E. VON HIPPEL, The Control of Exemption Clauses. A Comparative Study, 16 Int. Comp. L. Q. (1967), pp. 591-612, et surtout G. EORSI, The Validity of Clauses Excluding or Limiting Liability, 23 Amer. J. of Comp. L., (1975), pp. 215-235.

(3) Cfr. le recueil des textes législatifs publiés, infra, pp.

(4) L'absence de dispositions spécifiques aux clauses limitatives ou exonératoires ne signifie évidemment pas que la validité de pareilles clauses n'ait pu être mise en cause, dans certains pays, sur base d'autres textes à portée plus générale ; cfr. par exemple, M. STRAUCH, infra, pp. à propos du § 242 du BGB.

Des textes plus nombreux régissent les clauses limitatives insérées dans certains contrats particuliers. On citera notamment, à propos de la vente, les §§ 2-316 et 2-719 du Uniform Commercial Code américain (1). Les rapports nationaux mentionnent une série d'autres textes ; cfr. par exemple, en droit italien, les articles 1487 et 1490 du Code civil à propos de la vente, l'article 1579 relatif au bail, l'article 1681 concernant le transport, l'article 1713 à propos du mandat et l'article 1785 quater en matière de dépôt (2) ; en droit mexicain, l'article 15 al. 13 de la loi sur les transferts de technologie (3).

Dans certains pays, les clauses limitatives font également l'objet de dispositions spéciales dans les législations récentes sur les conditions générales, ou sur les clauses abusives ; cfr. par exemple, le § 11-7.º de l'A.G.B. allemande de 1976 (4), les sections 2, 3, 5, 6 et 7 de l'Unfair Contract Terms Act anglais de 1977 (5), et les articles 2 et 4 du décret français du 24 mars 1978 (6).

On relèvera enfin que des différences de régime existent parfois en fonction de la qualité des parties, professionnel ou non-professionnel, ou encore commerçant ou non-commerçant. Evoquons à titre d'exemples l'incidence de la présomption de mauvaise foi qui pèse sur le vendeur professionnel en droit français (7) et en droit belge (8), ainsi que les distinctions établies par la loi allemande sur les conditions générales selon que le client est ou non commerçant (9), comme par la loi française sur la protection et l'information du consommateur selon que le cocontractant est ou non professionnel (10).

(1) Cfr. B. HANOTIAU, infra, pp.

(2) Cfr. O. BOSCHETTI, infra, pp.

(3) Cfr. R. PELLETIER, infra, pp.

(4) Cfr. M. STRAUCH, infra, pp.

(5) Cfr. P. ELLINGTON, infra, pp.

(6) Cfr. J. GHESTIN, Conformité et garanties dans la vente, 1983, pp. 298-300 ; cfr. également la recommandation de la Commission française des clauses abusives commentée ibid., pp. 300-303. Cette même Commission a émis de nombreuses autres recommandations relatives aux clauses limitatives et exonératoires dans d'autres contrats très divers.

(7) Cfr. P. LARERE, infra, p.

(8) Cfr. X. MALENGREAU, infra, p.

(9) Cfr. M. STRAUCH, infra, P;

(10) Cfr. J. GHESTIN, op. cit., pp. 296-297.

b) En dehors des textes particuliers qui privent d'effet certains types précis de clauses limitatives et exonératoires, quels sont les principaux fondements sur base desquels ces clauses peuvent voir leur validité mise en cause ?

1. Les clauses limitatives et exonératoires sont partout inefficaces en cas de dol, de manquement intentionnel du débiteur. C'est sans doute le seul point où se fait l'unanimité (1). On soulignera ici l'importance de la présomption de mauvaise foi qui dans certains pays pèse sur le vendeur professionnel et qui se répercute sur la validité des clauses limitatives de garantie (2).

2. Les solutions sont par contre divergentes en cas de faute lourde. Celle-ci empêche le jeu de la clause notamment en Italie (3), en Allemagne (4) et en France (5), mais pas en Belgique (6), ni au Mexique (7).

La licéité de s'exonérer du dol ou de la faute lourde de ses préposés est appréciée différemment selon les pays (8).

3. Les clauses limitatives sont parfois écartées lorsqu'elles sont invoquées dans des conditions où l'obligation se trouve "vidée de sa substance" (9), où l'exonération affecterait une "Kardinalpflicht" (10). La common law a connu une approche similaire avec la doctrine de la "fundamental breach", mais celle-ci paraît avoir été écartée (11).

(1) Cfr. P. LARERE, infra, p. ; X. MALENGREAU, infra, p. ;
O. BOSCHETTI, infra, p. ; M. STRAUCH, infra, p. ; R. PELLETIER,
infra, p. ; P. ELLINGTON, infra, p. ; B. HANOTIAU, infra, p.

(2) Cfr. P. LARERE, infra, p. ; X. MALENGREAU, infra, p.

(3) Cfr. O. BOSCHETTI, infra, p.

(4) Cfr. M. STRAUCH, infra, p.

(5) Cfr. P. LARERE, infra, p.

(6) Cfr. X. MALENGREAU, infra, p. ; G. EORSI, [op. cit., p. 218] fait observer que cette évolution de la jurisprudence belge se situe à contre-courant de la tendance générale, favorable à une sévérité accrue à l'égard des clauses limitatives.

(7) Cfr. R. PELLETIER, infra, p.

(8) Comp. notamment à ce sujet, P. LARERE, infra, p. à propos de la France, et X. MALENGREAU, infra, p. à propos de la Belgique.

(9) Cfr. P. LARERE, infra, p. ; X. MELENGREAU, infra, p.

(10) Cfr. M. STRAUCH, infra, p.

(11) Cfr. P. ELLINGTON, infra, p.

4. Les clauses limitatives ou exonératoires voient parfois leur validité liée à l'appréciation de leur caractère "raisonnable". Cette solution apparaît notamment dans le § 2-316 du U.C.C. (1) et dans la section 3 de l'Unfair Contract Terms Act anglais (2).

5. Il est parfois illicite de modifier conventionnellement le régime de la responsabilité délictuelle. C'est notamment le cas en France (3) et au Mexique (4). Par contre, de telles clauses sont valables en Belgique (5) et en Italie (6).

6. Les clauses limitatives ou exonératoires sont souvent inapplicables à la responsabilité résultant de dommages corporels. Cette solution est notamment celle de l'Unfair Contract Terms Act anglais (7) ; on la rencontre aussi en France, malgré certaines controverses (8). Pareille restriction à la validité des clauses n'existe par contre pas en Belgique (9).

7. Lorsqu'une clause limitative de responsabilité revêt également la nature d'une clause pénale (10), elle est en outre soumise aux solutions qui peuvent régir de telles clauses dans le droit applicable (11).

(1) Cfr. B. HANOTIAU, infra, p.

(2) Cfr. P. ELLINGTON, infra, p.

(3) Cfr. P. LARERE, infra, p.

(4) Cfr. R. PELLETIER, infra, p.

(5) Cfr. X. MALENGREAU, infra, p.

(6) Cfr. O. BOSCHETTI, infra, p.

(7) Cfr. P. ELLINGTON, infra, p.

(8) Cfr. P. LARERE, infra, p.

(9) Cfr. X. MALENGREAU, infra, p.

(10) Cfr. supra, pp. 10-11.

(11) Sur ces solutions, cfr. Les clauses pénales dans les contrats internationaux, D.P.C.I., 1982, pp. 437-438, ainsi que les différentes études, pp. 443 et suiv.

On citera par exemple l'article 1252 nouveau du Code civil français, qui permet au juge de modérer ou d'augmenter la peine convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire (1).

8. Le respect d'exigences de forme peut être requis. On citera à cet égard le § 2-316 du Uniform Commercial Code, pour lequel toute modification à la garantie de qualité marchande doit utiliser le mot "merchantability", et en cas d'écrit, être formulée de manière très apparente (2).

9. Les clauses limitatives et exonératoires peuvent être affectées par les principes généraux d'une législation sur les clauses abusives (3). On citera notamment le § 2-302 du Uniform Commercial Code, relatif à l'"unconscionability" (4), ainsi que la nouvelle section 36 de la loi norvégienne sur les contrats, sanctionnant les clauses dont l'application serait "déraisonnable" ou "en contravention avec les bons usages des affaires" (5).

10. Enfin, les clauses limitatives et exonératoires insérées dans des conditions générales peuvent être soumises aux exigences auxquel-

(1) Cfr. D. FRANCON, La clause pénale en droit français, D.P.C.I., 1982, pp. 481-490.

(2) Cfr. B. HANDTIAU, infra, p. ; P. THYS et M.J. GOLUB, infra,

(3) Indépendamment des dispositions spécifiquement relatives aux clauses limitatives et exonératoires que ces législations sur les clauses abusives peuvent aussi contenir : cfr. supra, p. 43.

(4) Cfr. B. HANOTIAU, infra, p.

(5) Cfr. L. ARENTZ-HANSEN, infra, p.

les certaines législations subordonnent la validité de ces conditions et des clauses qui y sont inscrites (1) ; cfr. l'article 1341 du Code civil italien, exigeant une approbation expresse et écrite du co-contractant (2).

De manière plus générale, une clause limitative ou exonératoire n'est efficace que si la partie contre laquelle un débiteur prétend l'invoquer a été en mesure d'y consentir lors de la conclusion du contrat, situation qui n'est pas toujours vérifiée dans les contrats d'adhésion (3).

D'autre part, lorsqu'elles sont insérées dans des conditions générales préétablies, les clauses limitatives et exonératoires feront souvent l'objet d'interprétations restrictives, contra proferentem (4).

* * *

Il découle de cet inventaire que les techniques par lesquelles est souvent remise en cause la validité des clauses limitatives et exonératoires s'avèrent extrêmement variées, et se situent sur des plans très divers. Ceci confirme le conseil impérieux donné aux rédacteurs de telles clauses de les adapter aux exigences de la loi applicable au contrat.

* * *

(1) Indépendamment des dispositions spécifiquement relatives aux clauses limitatives et exonératoires que ces législations sur les conditions générales peuvent aussi contenir; cfr. supra, p.43.

(2) Cfr. O. BOSCHETTI, infra, p. ;
sur le droit allemand, cfr. M. STRAUCH, infra, pp.

(3) Cfr. X. MALENGREAU, infra, p.

(4) Ibid., p. ; P. ELLINGTON, infra, p.

Dans la première partie de cette étude, on a signalé l'existence de clauses relatives aux déclarations pré-contractuelles, tendant à affranchir le bénéficiaire des conséquences pouvant être attachées à ses réticences ou fausses déclarations précédant la conclusion du contrat (1). Convient-il de leur appliquer les mêmes principes que ceux qui régissent les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité, et notamment d'apprécier leur validité sur ces bases ?

La question paraît n'avoir guère été discutée jusqu'ici dans la doctrine. Elle mériterait un examen approfondi dans les différents systèmes juridiques.

Dans certains cas, des principes analogues doivent certainement s'appliquer. En matière d'assurance, une clause d'incontestabilité ne peut couvrir une réticence ou une fausse déclaration dolosive (2) ; les clauses le précisent souvent en termes exprès.

Discutant de la clause citée plus haut, qui écartait toute responsabilité juridique pour les informations techniques contenues dans un prospectus (3), le groupe s'est demandé si pareille clause ne "vidait pas l'offre de sa substance". Mais était-ce une offre, ou seulement une simple documentation publicitaire ? Si c'était une offre, même les systèmes juridiques qui reconnaissent à l'offre une force obligatoire admettent que celle-ci puisse être écartée sous la forme d'une "offre sans engagement" (4). On ne paraît pas non plus contester la validité de la pratique fréquente des clauses dites "entire agreement" ou "des quatre coins", par laquelle une convention écarte du champ contractuel tout ce qui ne figure pas dans le contrat, notamment tout ce qui a précédé sa conclusion.

(1) Cfr. supra, pp. 7-8.

(2) Cfr. M. PICARD et A. BESSON, Les assurances terrestres en droit français, 5ème éd., I, n° 47D.

(3) Cfr. supra, p. 8.

(4) Cfr. par exemple, à propos du § 145 du BGB, K. LARENZ, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 2ème éd., pp. 435-436.

Ces différentes considérations paraissent fournir des arguments favorables à la validité de principe de la clause précitée. Serait-elle cependant prise en considération si elle devait couvrir un dol, ou une "fraudulent misrepresentation" ? Il est certainement permis d'en douter quant au dol, dans les systèmes juridiques qui reconnaissent ce vice du consentement en tant que tel. En droit anglais, on évoquera ici la section 8 de l'Unfair Contract Terms Act, d'après laquelle une clause restreignant la responsabilité ou les recours liés à une misrepresentation est sans effet sauf si elle est raisonnable.

2) Conventions internationales

Certaines conventions internationales établissent des régimes de responsabilité contractuelle qui représentent des solutions de compromis très délicates entre les intérêts des parties en cause et qui, à ce titre, excluent souvent la possibilité de dérogations conventionnelles.

En voici quelques exemples :

- *"Toute clause tendant à exonérer le transporteur de sa responsabilité ou à établir une limite inférieure à celle qui est fixée dans la présente Convention est nulle et de nul effet, mais la nullité de cette clause n'entraîne pas la nullité du contrat qui reste soumis aux dispositions de la présente Convention."* (art. 23, 1° de la Convention de Varsovie relative aux transports aériens).
- *"1.- Sous réserve des dispositions de l'article 40, est nulle et de nul effet toute stipulation qui, directement ou indirectement, dérogerait aux dispositions de la présente Convention. La nullité de telles stipulations n'entraîne pas la nullité des autres dispositions du contrat.*
- 2.- En particulier, serait nulle toute clause par laquelle le transporteur se ferait céder le bénéfice de l'assurance de la marchandise ou toute autre clause analogue ainsi que toute clause déplaçant le fardeau de la preuve."* (art. 41, 1° de la Convention C.M.R. relative aux transports routiers).

- "1.- Est nulle, toute stipulation qui, directement ou indirectement, dérogerait aux dispositions de la présente Convention dans un sens défavorable au voyageur.
La nullité d'une telle stipulation n'entraîne pas la nullité des autres dispositions du contrat.
 - 2.- En particulier, sont nulles toutes clauses cédant à l'organisateur de voyages ou à l'intermédiaire de voyages le bénéfice des assurances contractées par le voyageur, ou déplaçant le fardeau de la preuve."
- (art. 31 de la Convention de Bruxelles du 23 avril 1970 relative au contrat de voyage).
- "La responsabilité prévue en vertu de la présente directive ne peut être écartée ni limitée." (art. 10 de la proposition de directive européenne en matière de responsabilité du fait des produits défectueux).

3) Droit international privé

1. La clause limitative ou exonératoire de responsabilité inscrite dans un contrat international reste-t-elle soumise à la loi du contrat en vertu de laquelle sa validité pourrait être contestée, lorsque selon la loi du for, elle serait illicite ? Une telle situation pourrait par exemple se présenter à un tribunal français qui devrait connaître d'une clause excluant la responsabilité en matière délictuelle, le contrat étant soumis au droit belge (1).

Le problème est de savoir si les principes gouvernant la validité des clauses limitatives et exonératoires relèvent seulement de l'ordre public interne, ou de l'ordre public international. La question est évidemment d'un grand intérêt pour les praticiens du commerce international, mais le groupe n'a pu, à ce stade de ses recherches, rassembler que peu d'éléments de réponse (2).

(1) Cfr. supra, p. 45.

(2) Comp. à propos des clauses pénales, la discussion du même problème dans D.P.C.I., 1982, pp. 437-438.

Il semble que dans la plupart des pays, la jurisprudence soit fort rare sur le sujet. On relèvera cependant deux arrêts de la Cour de cassation de France. Dans une première affaire, une clause inscrite dans un contrat de transport maritime de New York à Pointe-à-Pitre a été jugée valable selon le droit français, alors que sa nullité était invoquée sur base de la loi américaine du lieu de conclusion (1). On remarquera qu'en l'espèce, l'hypothèse était inversée, puisque c'est la loi du for qui reconnaissait la validité de la clause. La prise de position de la Cour manque cependant de clarté, car la loi applicable au contrat n'apparaît pas de manière indiscutable (2).

L'autre arrêt, plus récent, annule par contre sur base de la loi française une clause limitative inscrite dans un contrat de transport entre la Chine et l'Indochine. Pour la Cour, "quelle qu'ait été la loi sous l'emprise de laquelle les parties avaient entendu contracter, quelle qu'ait été la valeur de leur convention au regard de cette loi, les tribunaux français ne pouvaient donner effet à cette convention conclue à l'étranger, qu'autant que celle-ci n'était pas, comme en l'espèce, contraire à l'ordre public français" (3).

On soulignera qu'entre les deux arrêts précités, la matière des transports maritimes s'était vue régie en France par la loi du 2 avril 1936, reprenant partiellement la Convention de Bruxelles du 25 août 1924, et que la jurisprudence avait de manière générale attaché à ces dispositions le caractère d'ordre public international. Plus récemment, cette rigueur se serait atténuée (4), et de toute façon, il n'est pas certain que

(1) Cass. fr., 5 déc. 1910, Sir., 1911, 1, 129, note LYON-CAEN.

(2) Cfr. A. TOUBIANA, Le domaine de la loi du contrat en droit international privé, Paris, 1972, pp. 44-46.

(3) Cass. fr., 21 févr. 1950, Rev. crit. dr. int. pr., 1950, 428.

(4) A. TOUBIANA, op. cit., pp. 47 et 48.

cette dissociation par rapport à la loi du contrat applicable à la clause limitative ou exonératoire inspirerait également la jurisprudence française dans d'autres domaines (1).

Quant à la situation en droit anglais, il semble que les tribunaux apprécieraient la validité de la clause sur base du droit du contrat (2).

Des recherches complémentaires s'imposent en ce domaine dans les différents systèmes juridiques. Il est probable que les conclusions de pareille étude comparative seraient très nuancées, compte tenu de la diversité des causes d'invalidité retenues par les droits nationaux respectifs à l'égard des clauses limitatives et exonératoires, et de l'importance que revêt sans doute, dans chaque cas d'espèce, l'intensité du rattachement du contrat litigieux à l'ordre juridique national.

2. Certaines législations récentes susceptibles d'affecter la validité des clauses limitatives ou exonératoires prennent explicitement position quant à leur application aux contrats soumis à un droit étranger.

L'Unfair Contract Terms Act anglais ne régit en principe pas un contrat soumis à un droit étranger, sauf si le choix de ce droit a été dicté par le souhait d'éluder l'application de l'Act (3). La loi allemande sur les conditions générales subordonne la validité du choix d'une loi étrangère, dans un contrat conclu avec un non-commerçant, à l'existence d'un intérêt reconnu à la validité de ce choix (§ 10-8 ; cfr. également le § 12) (4).

(1) Ibid., p. 49 ; cfr. cependant p. 116.

(2) Cfr. P. ELLINGTON, infra, p.

(3) Ibid., p.

(4) Cfr M. STRAUCH, infra, p.

B. Les dommages indirects et/ou imprévisibles

Un des problèmes les plus importants auxquels doivent faire face les rédacteurs de clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité est celui des dommages indirects ou imprévisibles.

L'inexécution d'une obligation contractuelle cause normalement des préjudices directs et prévisibles ; à leur égard, le débiteur est en mesure d'apprécier les risques qu'il assume en s'engageant, ou plus tard, en manquant à ses obligations. Un emprunteur qui par sa négligence, perd l'objet emprunté et ne peut donc le restituer, sait qu'il ampute le patrimoine de son créancier de la valeur de cet objet et qu'il en sera redevable. Mais très souvent, les conséquences d'une défaillance sont beaucoup plus étendues, soit que des préjudices indirects viennent s'ajouter au dommage direct (le prêteur allait par exemple tirer profit de cet objet en le revendant après sa restitution), soit que le dommage, qu'il soit direct ou indirect, présente une ampleur imprévue (l'objet perdu avait une valeur exceptionnelle ignorée de l'emprunteur).

Divers exemples de dommages indirects ou imprévisibles ont été cités plus haut à l'occasion de l'analyse des clauses (1). On se référera aussi à la sentence arbitrale norvégienne rendue en 1978 dans l'affaire Wingull et commentée plus loin par un membre du groupe (2). Le mauvais fonctionnement sur un navire d'un appareillage d'une valeur de 300.000 couronnes norvégiennes avait fini par provoquer un préjudice indirect de 16 millions de couronnes !

(1) Cfr. supra, pp. 31-37.

(2) L. ARENTZ-HANSEN, The Wingull Arbitration Award of 1978, infra, pp.

Le sort des dommages indirects et imprévisibles mérite donc de retenir l'attention particulière des rédacteurs de clauses limitatives et exonératoires. Tel est fréquemment le cas ; l'analyse des clauses en a rendu compte (1). Mais ces références aux dommages indirects et imprévisibles ne sont pas toujours rédigées avec l'attention nécessaire, et elles méconnaissent parfois des particularités du droit applicable. Par ailleurs, elles sont absentes de nombreuses clauses limitatives. Avant d'achever cette chronique, nous voudrions insister sur ce problème, en formulant quelques observations d'ordre général.

1. Jusqu'où doit s'étendre l'obligation de réparer ? Le débiteur responsable doit certainement indemniser les dommages directs et prévisibles. Mais qu'en est-il des dommages indirects ? Des dommages imprévisibles ? Le problème s'est nécessairement posé dans tous les systèmes juridiques, et en général, des frontières sont placées quant à l'étendue des dommages dont doit répondre le débiteur défaillant. Mais les solutions ne sont pas identiques. Avant de rédiger une disposition contractuelle sur le sujet, il est certainement souhaitable de vérifier le régime auquel l'on entend déroger.

En droit français et belge, par exemple, le siège de la matière se situe dans les articles 1150 et 1151 du Code civil ; ces textes établissent des principes restrictifs quant à la prise en charge par le débiteur des dommages indirects et imprévisibles, mais la jurisprudence témoigne souvent d'une moins grande rigueur (2). En common law, la problématique est dominée par la célèbre affaire Hadley v. Baxendale (3), où les

(1) Cfr. supra, pp. 31-37.

(2) Cfr. A. WEILL et F. TERRE, op. cit., pp. 438 et 484-486.

(3) 9 Ex. 341, 156 Eng. Rep. 145 (1854).

principes affirmés sont proches de ceux du droit français (1). En droit allemand et scandinave, par contre, la théorie de la "causalité adéquate" (tout dommage causé de manière adéquate par un manquement contractuel doit être réparé) conduit à une prise en charge plus étendue des dommages indirects (2).

On citera également la prise de position de l'article 74 de la Convention des Nations Unies sur la vente internationale de marchandises :

- *"Damages for breach of contract by one party consist of a sum equal to the loss, including loss of profit, suffered by the other party as a consequence of the breach. Such damages may not exceed the loss which the party in breach foresaw or ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract, in the light of the facts and matters of which he then knew or ought to have known, as a possible consequence of the breach of contract."*

2. Ces différentes solutions revêtent rarement un caractère impératif, et les clauses qui écartent ou limitent la réparation des dommages indirects et/ou imprévisibles ne semblent pas en soi menacées par une cause d'invalidité distincte de celles qui pèsent sur les clauses exonératoires ou limitatives en général (dol, faute lourde, caractère déraisonnable, etc...).

On relèvera cependant l'exception que constitue à cet égard la disposition spécifique du § 2-712 (1) du Uniform Commercial Code américain, d'après lequel *"Consequential damages may be limited or excluded unless the limitation or exclusion is unconscionable"* (3), et l'on rappel-

(1) L'inspiration était même consciente, selon R. DANZIG, *Hadley v. Baxendale : a Study in the Industrialization of the Law*, Journal of Legal Studies, 1975, p. 257.

(2) Cfr. J. HELLNER, *Consequential Loss and Exemption Clauses*, Oxford Journal of Legal Studies, (1981), p. 14 ; J. ESSER, op. cit., I, p. 342.

(3) Cfr. B. HANOTIAU, infra, p.

lera que de nombreux systèmes juridiques interdisent l'application de clauses limitatives à la réparation des dommages corporels (1), qui constituent souvent (2), en matière contractuelle, des dommages indirects.

3. On recommandera donc particulièrement aux rédacteurs de clauses d'être attentifs à l'exclusion ou à la limitation des dommages indirects et/ou imprévisibles. Les intérêts en jeu sont considérables, et les solutions des droits nationaux peuvent présenter des différences appréciables, compte tenu notamment des interprétations jurisprudentielles.

L'analyse ci-dessus (3) a fourni différents exemples de rédaction. On veillera , selon le contrat en cause, à adapter la terminologie à celle du droit applicable. On tiendra évidemment compte des règles impératives que peut comprendre ce droit. Si l'on recourt à une énumération de types de dommages exclus, les différentes rubriques doivent être réfléchies en fonction des conséquences possibles, dans le cas d'espèce, du manquement considéré, et l'intérêt du débiteur est de conserver à cette liste un caractère exemplatif.

C. Clauses limitatives et assurance

Le phénomène de l'assurance affecte souvent les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, soit en inspirant diverses pratiques contractuelles, soit en se répercutant sur la validité des clauses.

(1) Cfr. supra, p. 45.

(2) Mais pas toujours : cfr. les cas du contrat de transport de personnes ou du contrat médical.

(3) Cfr. supra, pp. 31-37.

1) Pratiques contractuelles

Des liens étroits existent entre responsabilité et assurance. Le phénomène est bien connu. Cette complémentarité se retrouve dans le domaine des clauses limitatives et exonératoires, où l'assurabilité des risques en cause peut inspirer diverses techniques intéressantes. En voici quelques illustrations.

a) Le créancier est assuré.

1) La souscription d'une assurance de dommages par le créancier peut s'accompagner d'une exonération de responsabilité du débiteur et d'une réduction correspondante du prix contractuel. En voici un exemple, extrait d'un contrat d'entretien et de fourniture de pièces de rechange :

- *"The parties have agreed that it is more practicable for the Customer to affect insurance in respect of any loss damage of any kind which may arise out of or in connection with the performance of the Services under this Agreement, and the Fee has been reduced accordingly. It is therefore agreed that the Company will not be liable in any circumstances whatsoever for loss or damage of any kind suffered by the Customer or by any third party howsoever caused unless the same shall relate to personal injury or death and only then if the same shall arise out of the Company's negligence. Save as aforesaid the Company shall be under no liability whatsoever under or in connection with this Agreement whether performance or manufacture be by itself or of any other persons and any condition or warranty which might otherwise be implied or incorporated by the contract or by reason of Statute or Common Law is hereby excluded".*

Outre l'avantage éventuel d'un prix réduit, un créancier peut préférer la facilité d'une couverture d'assurance de dommages aux aléas d'une action en responsabilité. Telle serait notamment l'attitude de certaines sociétés pétrolières à l'égard des constructeurs de plates-formes de forage.

On soulignera cependant qu'un tel abandon de recours constitue pour l'assureur un important élément d'appréciation du risque, puisqu'il rend impossible le recours subrogatoire, et qu'il doit être déclaré par l'assuré à l'assureur, sous peine d'encourir les conséquences prévues par le régime applicable à la déclaration du risque (1) (2).

On veillera aussi à ce que la couverture d'assurance s'étende effectivement à tous les dommages sur lesquels porte l'exonération du fournisseur (par exemple aux dommages indirects). Dans le cas contraire, on appréciera l'intérêt de la clause suivante.

2) Dans ce contrat de vente de voiture, les assurances souscrites par le client n'entraînent l'exonération du vendeur qu'à concurrence des montants de leurs couvertures. Au-delà, le vendeur redevient responsable :

- *"En cas de dommage causé par une négligence légère, le vendeur voit sa responsabilité engagée pour autant que le dommage dépasse les prestations des assurances sociales, d'une assurance accidents ou d'une assurance dégâts matériels et que le dommage aux tiers ne soit pas couvert par l'assurance automobile obligatoire".*

(1) Cfr. supra, p. 7.

(2) De telles clauses, par lesquelles le "bénéfice de l'assurance" est "cédé" au débiteur, sont parfois frappées de nullité ; on y reviendra (cfr. infra, p. 63).

b) Le débiteur est assuré.

1) Si le débiteur a pu assurer sa responsabilité, l'utilité d'une clause limitative peut paraître moins évidente. Cette utilité demeure cependant lorsque la couverture d'assurance est limitée, ce qui sera très fréquemment le cas. Le débiteur veillera alors à calquer l'étendue de sa responsabilité sur celle de son assurance. Parfois, c'est le processus inverse qui se présentera : la stipulation d'une clause limitative permettra d'obtenir moins cher une assurance appropriée.

Voici un exemple de clause limitant la responsabilité à ce qui peut être recouvré d'autres sources, et notamment de l'assurance :

- *"CONTRACTOR shall not be liable for any loss sustained by OWNER of its anticipated profits from operation of PLANT or other consequential damages except to the extent CONTRACTOR may recover such losses from insurances carried by CONTRACTOR pursuant to the CONTRACT, vendors, subcontractors, renters of construction tools and equipment. CONTRACTOR shall exert all reasonable efforts and diligence to recover such losses from such parties. In case such parties have to be sued CONTRACTOR has first to reach agreement with OWNER ; cost of action are on OWNER's account".*

2) Une autre situation est celle où le débiteur renonce à la limitation de responsabilité si son client accepte de prendre lui-même en charge le coût de l'assurance de responsabilité. En voici un exemple, à propos de la limitation de la responsabilité d'un bureau d'études au montant de ses honoraires :

- *"S'il est reconnu, au bénéfice du client, un droit à réparation du préjudice direct subi, le montant de l'indemnité correspondante ne pourra excéder un maximum fixé au contrat. Quoiqu'il en soit, la responsabilité du bureau d'études techniques est toujours proportionnée au montant de ses honoraires relatifs à l'ouvrage incriminé et les dommages-intérêts qui peuvent lui être réclamés ne peuvent en aucun cas dépasser ce montant. Dans le cas où le client exigerait une couverture des responsabilités dépassant cette limite, une assurance spéciale sera prise par le bureau d'études techniques aux frais du client".*

3) Dans cet autre exemple, c'est la responsabilité à l'égard des tiers qui fait l'objet d'une assurance souscrite à charge du client, ainsi que les dommages aux équipements acquis aux frais du client pour l'usage de l'ingénieur-conseil :

- *"Sauf avis contraire exprimé par écrit par le Client, l'Ingénieur-Conseil devra, aux frais du Client, prendre et renouveler pour un temps et dans des conditions ayant l'approbation du Client, une assurance adéquate de responsabilité civile contre la perte ou les dommages subis par les équipements acquis, au moyen de fonds fournis par le Client, pour le seul usage de l'Ingénieur-Conseil, dans le cadre de l'exécution des Services, sous réserve que l'Ingénieur-Conseil fasse de son mieux pour souscrire à ses frais, une assurance couvrant raisonnablement ses risques professionnels". (Conditions FIDIC - TGC, art. 2.4.1.).*

Ici, la souscription d'une assurance de responsabilité à l'égard des tiers est imposée au consultant, mais son coût n'est pas directement mis à charge du client :

- *"The Consultant shall take out and/or maintain adequate insurance against third party liabilities in accordance with good recognized practice of reputable international professional engineers and consultants".*

Cette clause est liée à un engagement de "hold-harmless" souscrit par le consultant en faveur du client, à propos notamment des recours de tiers.

4) La limitation de responsabilité prévue au contrat ne joue parfois qu'au-delà de ce que le fournisseur peut recouvrer lui-même de diverses sources, et notamment de ses assurances :

- *"The limit of cumulative liability under paragraph B shall be over and above CONTRACTOR's own services to be performed pursuant to above paragraph B-a plus any indemnification recovered from vendors, subcontractors (contracted in name and on behalf of), and insurances carried by CONTRACTOR pursuant to the CONTRACT".*

c) La clause exonératoire évite l'assurance.

Dans certains contrats souscrits par le gouvernement américain, notamment en matière de défense, des clauses limitatives de responsabilité favorables au fournisseur sont introduites pour répondre aux exigences du gouvernement lui-même, qui entend rester son propre assureur et éviter de voir le prix grevé d'une prime d'assurance de responsabilité. En voici un exemple, cité par le rapport de MM. Thys et Golub publié ci-dessous (1) :

- *"(a) Except for remedies expressly provided elsewhere in this contract, the Contractor shall not be liable for loss of or damage to property of the Government (excluding the supplies delivered under this contract) occurring after acceptance of the supplies delivered under this contract and resulting from any defects or deficiencies in such supplies.*

(b) The foregoing limitations shall not apply when the defects or deficiencies in such supplies or the Government acceptance or such supplies resulted from willful misconduct or lack of good faith on the part of any of the Contractor's directors or officers, or on the part of any of his managers, superintendents, supervision or direction of :

(1) P.J. THYS et M.J. GOLUB, infra, pp.

- (i) all or substantially all of the Contractor's business ; or
- (ii) all or substantially all of the Contractor's operations at any one plant or separate location, in which this contract is being performed ; or
- (iii) a separate and complete major industrial operation in connection with the performance of this contract.

(c) Notwithstanding paragraph (a) above, if the Contractor carries insurance or has established a reserve for self-insurance covering liability for damages or losses suffered by the Government through purchase or use of the contract supplies required to be delivered to the Government under this contract, the Contractor shall be liable to the Government to the extent of such insurance or reserve for self-insurance for damages or losses to property of the Government occurring after acceptance of the supplies delivered to the Government under this contract and resulting from any defects or deficiencies in such supplies."

Le souci d'éviter le coût de l'assurance est encore évident dans certains contrats par la NASA, en rapport avec l'utilisation de la navette spatiale : c'est ici la responsabilité éventuelle du fournisseur envers lestiers qui est couverte par la NASA, cette fois sous la forme d'un "hold-harmless agreement"(1).

2) Assurance et validité des clauses exonératoires.

L'assurabilité d'un risque (en assurance de dommages par le créancier, ou en assurance de responsabilité par le débiteur) est-elle de nature à affecter la validité d'une clause limitative ou

(1) Ibid, pp. , où l'on trouvera le texte intégral de cette disposition.

exonératoire (1) ? Peut-on notamment justifier la licéité d'une telle clause par l'inassurabilité du risque par le débiteur, ou par son assurabilité par le créancier ?

Une législation prend position. D'après la section 11, (4) (b) de l'Unfair Contract Terms Act anglais, le caractère raisonnable d'une clause restrictive peut notamment s'apprécier en fonction de la possibilité qu'avait le débiteur de s'assurer. L'inassurabilité d'une responsabilité peut donc contribuer à justifier la validité d'une clause exonératoire ou limitative.

D'autre part, certains régimes de responsabilité sont basés sur des options très précises quant à la répartition des risques entre les co-contractants, et les solutions adoptées revêtent un caractère impératif. C'est notamment le cas de certaines conventions internationales en matière de transports, telles que la CMR, la CIM ou la Convention de Varsovie (2). De tels textes prévoient parfois que le "bénéfice de l'assurance" ne peut être cédé au transporteur, c'est-à-dire que ce dernier ne peut s'exonérer de sa responsabilité en raison du fait que son co-contractant a assuré les marchandises (3). Pareille cession du bénéfice de l'assurance modifierait en effet l'équilibre impérativement établi entre les parties. C'est notamment le cas de l'article 41, 2° de la Convention C.M.R., cité plus haut (4).

X + X

X + X

(1) On consultera notamment sur ce point les réflexions approfondies et nuancées de J. HELLNER, op. cit., pp. 44-48.

(2) Cfr. supra, pp. 49-50.

(3) Pour un exemple d'une telle clause, cfr. supra, p. 57.

(4) Cfr. supra, p. 49.

CONCLUSION

Les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité et de garantie ont sans doute fourni au groupe de travail l'un de ses thèmes les plus riches, et la chronique qui s'achève n'en a certainement pas épuisé le contenu.

La "responsabilité" est l'un des risques auxquels on s'expose en contractant, et son sort participe à la négociation sur la répartition des risques contractuels. Selon le rapport de force existant entre les contractants et selon le prix payé, les conséquences préjudiciables de l'inexécution d'une obligation seront réparties de telle ou telle manière entre le débiteur défaillant et le créancier lésé.

Cette répartition n'est pas l'objet des seules clauses limitatives et exonératoires. Le droit applicable avait déjà procédé à une certaine répartition (en laissant par exemple certains dommages indirects à charge du créancier). D'autres clauses peuvent avoir d'importantes répercussions sur la distribution des conséquences de l'inexécution, comme les clauses de force majeure ou les clauses pénales.

Les techniques de rédaction des clauses limitatives et exonératoires sont extrêmement variées, comme peut en témoigner l'analyse qui vient d'être présentée. La mise au point de telles clauses requiert cependant qu'une attention toute particulière soit portée à la question de leur validité selon le droit applicable. Le régime de la responsabilité est en effet étroitement lié à des préoccupations d'ordre moral, et les solutions du droit positif présentent souvent des aspects impératifs.

Comme par le passé, le groupe de travail espère que l'expérience et les réflexions livrées dans cette chronique apporteront une contribution utile aux praticiens du commerce international, et seront le point de départ de recherches plus approfondies.