



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

BANQUE DES MÉMOIRES

Master de Droit privé général
Dirigé par le professeur Laurent Leveneur
2020

Les conventions sur la responsabilité civile extracontractuelle

Auteur : Manon ZYCH

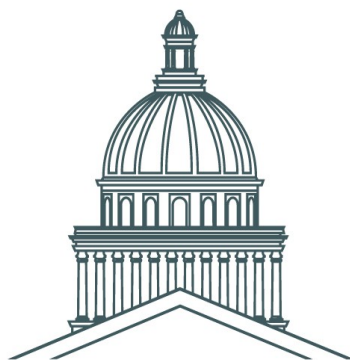
Sous la direction du professeur Jean-Sébastien Borghetti

Université Paris II Panthéon-Assas

**Master 2 Recherche Droit Privé Général
Dirigé par le professeur Laurent Leveneur**

Année universitaire 2019-2020

**LES CONVENTIONS SUR LA RESPONSABILITÉ
CIVILE EXTRA CONTRACTUELLE**



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON - ASSAS

Manon ZYCH

Sous la direction du professeur Jean-Sébastien Borghetti

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

TABLE DES ABRÉVIATIONS

AG	Assemblée générale
al.	alinéa
AN	Assemblée nationale
Art.	article
<i>Bull.</i>	<i>Bulletin</i>
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
Cass. civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cass. Com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
C. com.	Code de commerce
C. civ.	Code civil
ch.	Chambre
CCC	<i>Revue Contrats Concurrence et Consommation (LexisNexis)</i>
CE	Conseil d'Etat
CPC	Code de procédure civile
C. pr. exéc.	Code des procédures d'exécution
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
Décr.	Décret
<i>Defrénois</i>	<i>Répertoire général du notariat Defrénois</i>
<i>DH</i>	<i>Recueil Dalloz hebdomadaire</i>
Dir.	Directive
<i>DP</i>	<i>Recueil Dalloz périodique</i>
éd.	édition
<i>GAJC</i>	<i>Grands arrêts de la jurisprudence civile</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du palais</i>
<i>ibid</i>	<i>ibidem</i> , au même endroit
<i>JCP G</i>	<i>Jurisclasseur périodique (Semaine juridique), édition générale</i>

<i>JO</i>	<i>Journal officiel</i>
<i>JORF</i>	<i>Journal officiel de la République Française</i>
L.	Loi
Mél.	<i>Mélanges</i>
NPT	Arrêt non publié au bulletin des arrêts de la Cour de cassation mais titré sur legifrance.fr
obs.	observations
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i> , dans l'ouvrage cité
Ord.	Ordonnance
préc.	précité
Prop.	proposition
Rapp.	Rapport
<i>RCA</i>	<i>Revue responsabilité civile et assurances (LexisNexis)</i>
<i>RDC</i>	<i>Revue des contrats (Lextenso)</i>
Recomm.	Recommandation
Règl.	Règlement
<i>Rép. civ. Dalloz</i>	<i>Répertoire de droit civil Dalloz (encyclopédie)</i>
Rép. min.	Réponse ministérielle
<i>Resp. civ. et assur.</i>	<i>Responsabilité civile et assurance (LexisNexis)</i>
<i>Rev. gén. dr.</i>	<i>Revue générale du droit</i>
<i>RID comp.</i>	<i>Revue internationale de droit comparé (Persee)</i>
<i>RLDC</i>	<i>Revue Lamy droit civil</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil (Dalloz)</i>
<i>RTD com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial (Dalloz)</i>
S.	<i>Recueil Sirey</i>
Sect.	Section
Somm.	Sommaire
ss. dir.	sous la direction de
t.	Tome
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance
V.	voir

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIÈRE PARTIE. L'ÉTAT DES RÈGLES RELATIVES AUX CONVENTIONS SUR LA RESPONSABILITÉ EXTRA CONTRACTUELLE

Titre I. Le principe de prohibition en droit français

Chapitre I. La nullité jurisprudentielle des conventions sur la responsabilité extracontractuelle

Chapitre II. Le fondement de l'ordre public

Titre II. Le principe de validité en droit comparé

Chapitre I. Le principe de validité des conventions sur la responsabilité extracontractuelle

Chapitre II. Les limites du principe de validité

SECONDE PARTIE. LE RENVERSEMENT ANNONCÉ DES RÈGLES RELATIVES AUX CONVENTIONS SUR LA RESPONSABILITÉ EXTRA CONTRACTUELLE

Titre I. Une solution française contestable

Chapitre I. La remise en cause du caractère impératif des règles sur la responsabilité extracontractuelle

Chapitre II. Le rapprochement des responsabilités contractuelle et extracontractuelle

Titre II. Vers une solution plus équilibrée inspirée du droit comparé

Chapitre I. L'affirmation de la validité des conventions sur la responsabilité extracontractuelle

Chapitre II. L'affinement des règles relatives aux conventions sur la responsabilité extracontractuelle

CONCLUSION GÉNÉRALE

INTRODUCTION

1. La pratique des conventions sur la responsabilité civile s'est développée au XIXème siècle en même temps que les régimes de responsabilité sont venus répondre à des sources de risques nouvelles. L'essor de la mécanisation de l'agriculture et l'industrialisation croissante de la société ont contribué à faire de la responsabilité civile un sujet majeur en droit français. Les machines, les nouveaux moyens de transport et les animaux constituaient les grandes sources de dommages de l'époque. Dans le même temps, on a constaté une augmentation des contentieux, les victimes n'hésitant plus à intenter une action en réparation de préjudices divers et variés. Puis, l'assurance de responsabilité civile s'est étendue afin de répondre à la multiplication des actions¹. Ces facteurs ont concouru à l'évolution des règles de responsabilité civile contractuelle et extracontractuelle.

2. A mesure que les sources de risques ont évolué, la pratique des conventions sur la responsabilité civile s'est accrue. Ces conventions permettent au responsable éventuel d'aménager les règles de responsabilité civile. Les objets de ces conventions sont très variés².

Il peut d'abord s'agir pour le responsable éventuel d'aménager sa responsabilité. Cette modification peut aller dans le sens d'une restriction ou d'une aggravation. Les conventions réductrices peuvent ainsi prévoir de limiter le droit à réparation de la victime éventuelle en fixant un plafond ; ou encore limiter la responsabilité à la survenance de certains dommages. A l'inverse, l'aggravation de la responsabilité peut entraîner une extension de la responsabilité à des cas non légalement prévus telle la force majeure. Elle peut encore imposer des obligations supplémentaires comme le versement d'une somme d'argent complémentaire à l'indemnisation de la victime.

Ensuite, l'aménagement peut consister en la suppression de manière anticipée de la responsabilité civile encourue par le responsable éventuel. On parle dans ce cas d'exclusion de responsabilité, de convention exonératoire, de clause évasive de responsabilité ou de clause de non-responsabilité. Certains auteurs emploient encore le terme d'« immunité »³.

1 Leveneur-Azémar M., *Etude sur les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité*, thèse, LGDJ, 2017, n° 3.

2 Abras J., *L'aménagement conventionnel anticipé de la responsabilité extra-contractuelle*, thèse, PUAM, 2008, n° 3.

3 Genicon T., « L'immunité et les clauses de responsabilité », in Deshayes O. (dir.), *Les immunités de responsabilité civile*, CEPRISCA, PUF, 2009, p. 125.

3. Les conventions sur la responsabilité civile doivent être distinguées de plusieurs notions voisines. D'abord, elles ne se confondent pas avec les conventions faisant obstacle à l'indemnisation de la victime⁴. En effet, les premières ne modifient pas, à l'instar des secondes, les règles de mise en jeu de la responsabilité (par exemple en réduisant le délai d'exercice de l'action en responsabilité ou en allégeant ou en supprimant les obligations). Nous sommes dans ce second cas de figure détachés de toute logique de restriction ou d'aggravation de la responsabilité civile⁵.

Elles se distinguent ensuite des clauses pénales. La clause pénale est une clause par laquelle un contractant s'engage en cas d'inexécution de son obligation à verser à son cocontractant une somme forfaitaire à titre de dommages et intérêts⁶. Si sa mise en œuvre requiert la caractérisation de l'existence d'une responsabilité civile, elle ne doit pas être confondue avec une convention limitative ou exonératoire de responsabilité puisqu'elle a pour simple effet de fixer l'indemnité.

Enfin, il faut relever une différence entre les conventions sur la responsabilité civile et l'acceptation des risques. De prime abord, l'acceptation des risques constitue une cause d'exonération que l'on peut assimiler à une clause limitative ou exonératoire de responsabilité⁷. Pourtant, les deux notions diffèrent⁸. Tandis que l'acceptation des risques correspond au consentement de la victime éventuelle à ne pas intenter une action contre l'auteur éventuel⁹, la convention sur la responsabilité constitue un accord de volonté entre deux personnes au moins¹⁰. L'acceptation des risques découle d'une « attitude individuelle »,¹¹ d'une manifestation de volonté unilatérale. Surtout, l'acceptation des risques recouvre un champ d'application limité puisque cette notion est invoquée dans deux domaines notamment : le domaine médical et le domaine sportif¹².

4. La notion de convention sur la responsabilité civile étant établie et ces distinctions opérées, il s'agira désormais de se concentrer sur les conventions limitatives et exclusives de responsabilité conclues *ex ante*, c'est-à-dire avant la survenance de tout dommage.

4 Viney G. et Jourdain P., *Traité de droit civil – Les effets de la responsabilité*, 3^e éd., Lextenso, 2010, p. 438 s.

5 Abras J., *op. cit.*, n° 3.

6 Cornu G., *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., PUF, 2014, « Quadrige », p. 751.

7 Le Tourneau P., *Droit de la responsabilité et des contrats : régimes d'indemnisation*, 11^e éd., Dalloz, 2017, « Dalloz Action », n° 2144.31.

8 Delebecque Ph., *Régimes de réparation, Modalités de la réparation, Règles particulières à la responsabilité contractuelle, conventions relatives à la responsabilité*, JCI. Contrat-Distribution, 2021, n° 18.

9 Cornu G., *op. cit.*, p. 9.

10 Cornu G., *op. cit.*, p. 268.

11 Veyre L., « Quel avenir pour les clauses et contrats excluant ou limitant la réparation ? », CCC n° 12, décembre 2016, étude 13.

12 Le Tourneau P., *op. cit.*, n° 2144.140.

Les conventions qui étendent ou aggravent la responsabilité ne feront pas l'objet de notre étude, de même que celles passées après la survenance d'un dommage telle la transaction, convention par laquelle « *les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître* »¹³. Dans notre cas, la transaction permet à la victime et à l'auteur du dommage de s'accorder sur le montant de la réparation sans l'intervention du juge¹⁴. La transaction, qui aménage *ex post* les règles de responsabilité civile, constitue plutôt un mode alternatif de règlement des différends¹⁵. Le choix de porter notre attention sur les conventions réductrices de responsabilité civile se justifie par son enjeu pratique¹⁶ et l'importance de l'actualité en la matière, notamment eu égard au projet de réforme de la responsabilité civile¹⁷.

5. Par ailleurs, on constate qu'en la matière, une différence de régime classique oppose la responsabilité contractuelle et la responsabilité extracontractuelle. Alors que les conventions sur la responsabilité civile sont par principe admises en matière contractuelle¹⁸, elles se heurtent à une nullité de principe en matière extracontractuelle¹⁹. La matière contractuelle a longtemps été le seul siège des conventions *ex ante* portant sur la responsabilité civile. La jurisprudence a admis ce principe de validité très tôt²⁰. Initialement, les clauses de responsabilité contractuelle opéraient un simple renversement de la charge de la preuve²¹ (le débiteur ne pouvant se soustraire au paiement de dommages et intérêts si le créancier arrivait à établir sa faute dans l'inexécution du contrat). Puis, les tribunaux leur ont donné pleine efficacité : la clause exonère alors le débiteur même si sa faute est établie²². L'admission se justifie par le principe de liberté contractuelle et l'autonomie de la volonté. Elle est néanmoins assortie de nombreuses exceptions, notamment en cas de faute lourde et de faute dolosive²³ ; mais aussi, et plus généralement, avec l'application des dispositions relatives aux clauses abusives et aux clauses déséquilibrantes. Ces limites sont devenues si importantes en pratique que l'on constate depuis une vingtaine d'années un phénomène de « reflux »²⁴ des dites conventions en matière de responsabilité contractuelle. Dans le même temps, on peut observer un intérêt croissant pour les conventions sur la responsabilité civile extracontractuelle²⁵.

13 V. article 2044 al. 1er du Code civil.

14 Le Tourneau P. *La responsabilité civile*, 3^e éd., Dalloz, 1982, n° 361.

15 Jacquemin Z., « Les contrats relatifs à la responsabilité », *RDC* n°116n1, 2019, p. 275.

16 V. *infra*. n° 9.

17 Projet de réforme de la responsabilité civile, mars 2017, présenté le 13 mars 2017 par Jean-Jacques Urvoas, garde des sceaux, ministre de la justice, suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016.

18 Starck B., Roland H. et Boyer L., *Obligations – Tome 1. Responsabilité délictuelle*, 5^e éd., Litec, 1996, n° 1361.

19 Fabre-Magnan M., *Droit des obligations – Tome 2. Responsabilité civile et quasi-contrats*, 3^e éd., PUF, 2013, « Thémis », n° 446.

20 Cass. civ., 24 janvier 1874, *DP* 1876. 1. 133 ; *DP* 1874. 1. 305.

21 Cass. civ., 9 novembre 1915, *DP* 1921. 1. 23 ; *S.* 1921. 2. 1.

22 Cass. com., 15 juin 1959, *D.* 1960. 97, note Rodière.

23 Brun P., *Responsabilité civile extracontractuelle*, 5^e éd., LexisNexis, 2018, « Manuels », n° 100.

24 Genicon T., « L'immunité et les clauses de responsabilité », *op.cit.*

25 *Ibid.*

6. Cet intérêt se justifie à divers égards et mérite que notre attention se porte exclusivement sur l'étude des conventions qui aménagent *ex ante* les règles de la responsabilité civile extracontractuelle. En effet, la question des conventions portant sur la responsabilité civile contractuelle a largement été abordée, notamment depuis les jurisprudences Chronopost²⁶ et Faurecia II²⁷ ainsi que l'introduction dans le Code civil de l'article 1170 relatif aux clauses privant de sa substance l'obligation essentielle du débiteur. En revanche, la question des conventions portant sur la responsabilité extracontractuelle reste en marge. Trois monographies s'y sont attardées depuis 2008²⁸ sans pour autant que la doctrine ne s'adonne à de longs débats en la matière. Or, la question se pose et est légitime, à telle enseigne que ces auteurs plaident en faveur de leur validité.

7. Classiquement, les notions de contrat et de responsabilité extracontractuelle s'opposent fermement. Si ces deux matières forment le droit des obligations français traditionnel, elles reposent sur des raisonnements propres à chacun. Alors que le contrat trouve ses racines dans le principe de liberté contractuelle, la responsabilité revêt une fonction curative²⁹. La responsabilité civile correspond à une obligation légale de répondre du dommage que l'on a causé à autrui³⁰. Il pourrait alors paraître de prime abord paradoxal de parler de conventions sur la responsabilité civile extracontractuelle. Pourtant, il est ici question de conventions qui modifient *ex ante* la réaction juridique prévue par une règle de responsabilité extracontractuelle. Un responsable potentiel et une victime éventuelle s'accordent pour aménager cette règle avant même la survenance du dommage³¹.

8. Historiquement, le droit romain – qui a largement imprégné le droit français – validait les conventions aménageant la responsabilité extracontractuelle³². Cette possibilité était ouverte tant entre contractants qu'entre tiers en relation de fait. Le droit romain réservait cependant le cas du dol dans lequel toute convention sur la responsabilité était prohibée³³. De surcroît, une étude historique réalisée par M. Abras prouve que l'Ancien droit allait probablement dans le sens d'une admission de la validité des conventions sur la responsabilité extracontractuelle³⁴. L'auteur montre qu'en réalité la prohibition trouve sa source dans une confusion doctrinale ancienne³⁵.

26 Cass. com., 22 octobre 1996, arrêt « Chronopost », *Bull. civ.* 1996, IV, n° 261, *Defrénois* 1997, p. 333, obs. D. Mazeaud, *JCP G* 1997, I, 4025, obs. G. Viney, *D.* 1997, p. 121 ; note A. Sériaux.

27 Cass. com., 29 juin 2010, arrêt « Faurecia II », *JCP* 2010. 787, note Houtcieff ; *D.* 2010. 1382, note Mazeaud D.

28 Abras J., *op. cit.* ; Leveneur-Azémar M., *op. cit.* Et Conte H., *Volonté et droit de la responsabilité civile*, thèse, 2019, PUAM.

29 Jacquemin Z., « Les contrats relatifs à la responsabilité », *RDC* n°116n1, 2019, p. 275.

30 Cornu G., *op.cit.*, p. 916.

31 Abras J., *op. cit.*, n° 2.

32 Abras J., *op. cit.*, n° 108 s.

33 *Ibid.*

34 Abras J., *op. cit.*, n° 117 s.

35 *Ibid.*

En dépit des solutions posées en droit romain et en Ancien droit, les rédacteurs du Code civil de 1804 n'ont pas jugé bon de traiter des conventions aménageant *ex ante* les règles de la responsabilité civile extracontractuelle, estimant que ces règles sont « intangibles »³⁶. La question ne se posait pas au moment de l'élaboration du Code, si bien que les rédacteurs sont restés silencieux en la matière. D'ailleurs si pour eux la prohibition des conventions en cause allait de soi, on peut se demander pourquoi ils n'ont pas pris le soin de l'intégrer dans le Code civil – peut-être était-elle trop évidente pour être consacrée par écrit. Toujours est-il qu'au moment de la rédaction du Code de 1804, aucune disposition n'évoquait les conventions en matière extracontractuelle. Seule la jurisprudence est venue poser un principe de prohibition en déclarant que « les articles 1382 et 1383 du Code civil sont d'ordre public, leur application ne peut être neutralisée contractuellement par anticipation, de sorte que sont nulles les clauses d'exonération ou d'atténuation de la responsabilité en matière délictuelle »³⁷.

9. Pour certains, la discrétion du législateur s'explique par le fait que les conventions sur la responsabilité extracontractuelle soulèvent un « faux problème »³⁸. Bon nombre d'auteurs considèrent qu'en pratique, de telles conventions sont difficilement concevables³⁹. Comment l'auteur éventuel d'un dommage pourrait-il connaître à l'avance la victime éventuelle dudit dommage ? Par essence, la responsabilité civile extracontractuelle s'applique entre tiers qui ne se connaissent pas ; et c'est ce qui la distingue de la responsabilité contractuelle qui s'applique entre contractants⁴⁰. Dans l'hypothèse où une telle convention serait conclue, la nature de la responsabilité encourue deviendrait-elle contractuelle ? La réponse à cette seconde question doit nécessairement être négative. En effet, quand bien même les agents aménagent par convention leur responsabilité extracontractuelle, la nature de la responsabilité encourue ne devient pas contractuelle puisque le dommage ne découle pas de l'inexécution d'une obligation issue de ladite convention⁴¹. Leur accord constitue un aménagement conventionnel du régime de responsabilité extracontractuelle, et non une contractualisation de celui-ci⁴². Les parties à la convention ne réglementent pas leur comportement mais les conséquences du dommage éventuel⁴³. Dès lors, la conclusion d'une convention limitative ou exonératoire de responsabilité extracontractuelle ne change pas la nature de la responsabilité.

36 Abras J., *op. cit.*, n° 1.

37 Cass. 2^e civ., 17 février 1955, arrêt « SNCF c. Cie La Préservatrice et autres », *JCP* 1955, II, 8951, n. Rodière R., *D.* 1956, p. 17, n. Esmein P., *GAJC*, n° 182, obs. Terré F. et Lequette Y.

38 Abras J., *op. cit.*, préface de Leduc F., p. 7.

39 V. par ex. : Leveneur L., note sous Cass. 1^e civ., 5 juillet 2017, 16-13.407, *CCC* n° 11, novembre 2017, comm. 217 ; Le Tourneau P. *La responsabilité civile*, 3^e éd., Dalloz, 1982, n° 361.

40 Cornu G., *op. cit.*, p. 917.

41 Abras J., *op. cit.*, préface de Leduc F., p. 7 et n° 6.

42 *Ibid.*

43 Leveneur-Azémar M., *op. cit.*, n° 7.

Nous nous devons d'apporter une réponse positive à la première question. Dans la pratique, ces conventions sont envisageables dans certaines circonstances. D'abord, elles peuvent être conclues entre des tiers qui entretiennent une relation de fait. On peut aisément concevoir que deux personnes qui se connaissent, sans pour autant être liées par un contrat, s'accordent pour régler à l'avance les conséquences dommageables éventuelles que leur situation de fait ou leur activité pourraient générer. Nous sommes ici dans un cas de figure où l'auteur éventuel et la victime potentielle du dommage se connaissent et ce, avant même la survenance du dommage. Les illustrations sont nombreuses et M. Abras en donne une longue énumération au sein de sa thèse⁴⁴. Parmi elles, on compte les relations entre voisins, les activités de services bénévoles, les actes de concurrence ou encore les situations où plusieurs professionnels interviennent sur un même chantier sans pour autant être liés par contrat. On pense encore au domaine des négociations précontractuelles ou aux chaînes de contrats non translatives de propriété⁴⁵. Ce sont autant d'exemples que de possibilités d'aménager les règles de la responsabilité extracontractuelle.

Ensuite, il est tout à fait envisageable que de telles conventions soient conclues entre contractants. Ces derniers peuvent en effet voir leur responsabilité extracontractuelle engagée à chaque fois qu'ils causent un dommage à leur contractant. Il en va ainsi lorsque le dommage ne trouve pas sa source dans l'exécution du contrat mais aussi lorsqu'il résulte d'un abus dans le contrat qui ne procède pas d'une inexécution du contrat⁴⁶. On peut alors concevoir que des parties à un contrat s'accordent pour aménager les règles de la responsabilité extracontractuelle.

10. Ces illustrations rappellent la possibilité de conclure des conventions sur la responsabilité extracontractuelle. En pratique, les enjeux sont importants et méritent que la question de leur validité soit posée. Si les conventions sur la responsabilité permettent en matière contractuelle une meilleure prévoyance du coût d'exécution et une baisse des prix⁴⁷, leur utilité en matière extracontractuelle susciterait également des avantages. De telles clauses encourageraient les initiatives privées et favoriseraient une réduction des frais d'assurance⁴⁸. Elles pourraient aussi marquer la volonté d'un éventuel responsable à s'engager à tout faire pour empêcher la survenance d'un dommage mais encore éviter tout malentendu entre deux agents liés par une situation de fait⁴⁹.

44 Abras J., *op. cit.*, n° 4.

45 Genicon T., « L'immunité et les clauses de responsabilité », *op.cit.*

46 Abras J., *op. cit.*, n° 4.

47 Veyre L., « Quel avenir pour les clauses et contrats excluant ou limitant la réparation ? », CCC n° 12, décembre 2016, étude 13.

48 *Ibid.*

49 Abras J., *op. cit.*, n° 5.

11. La solution de prohibition des conventions sur la responsabilité extracontractuelle paraît alors critiquable au regard des intérêts importants que la notion en cause met en jeu. Certains auteurs prônent la consécration d'un principe de validité et dénoncent les fondements du droit positif. Ils remettent notamment en cause le caractère d'ordre public des règles sur la responsabilité extracontractuelle⁵⁰. La position française paraît d'autant plus contestable eu égard à l'étude des solutions en droit comparé. En effet, la majorité des droits étrangers admettent la validité de principe des conventions sur la responsabilité civile extracontractuelle⁵¹.

12. Le projet de réforme de la responsabilité civile⁵² semble avoir entendu ces critiques puisqu'il propose de renverser le principe de prohibition et d'admettre la validité des conventions sur la responsabilité extracontractuelle, en réservant cependant certains cas de figure⁵³. Il s'agira alors d'analyser ces propositions au regard du droit positif mais aussi eu égard aux solutions du droit comparé. Si l'apport du projet pourrait être bienvenu pour certains, nous nous devons de nous interroger sur sa consistance et les améliorations éventuelles à lui apporter.

13. Dès lors, notre étude portera sur la manière dont sont appréhendées les conventions sur la responsabilité civile extracontractuelle en droit positif et prospectif français mais aussi au regard des solutions du droit comparé. Nous nous demanderons s'il est pertinent d'utiliser la liberté contractuelle afin de porter atteinte aux règles de la responsabilité extracontractuelle⁵⁴. Nous discuterons ainsi de la légitimité du renversement du principe de prohibition en la matière en gardant à l'esprit le nécessaire équilibre à maintenir entre le respect de la liberté contractuelle et la préservation des intérêts de chacun⁵⁵. Si les conventions sur la responsabilité extracontractuelle constituaient un « non sujet »⁵⁶ au moment de la rédaction du Code civil en 1804, le projet de réforme change la donne et nous pousse d'autant plus à se poser la question de leur validité.

14. Par conséquent, il s'agira d'exposer les règles relatives aux conventions sur la responsabilité extracontractuelle en droit français puis en droit comparé. Pour cela, nous procéderons à l'analyse des solutions de droit positif. Puis, nous étudierons l'éventualité d'une consécration du principe de validité en droit français à la lumière des solutions proposées par les

50 V. *infra.*, n° 104 s.

51 Abras J., *op. cit.*, n° 147.

52 Projet de réforme de la responsabilité civile, mars 2017, présenté le 13 mars 2017 par Jean-Jacques Urvoas, garde des sceaux, ministre de la justice, suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016.

53 V. art. 1281 s. du projet.

54 Jacquemin Z., « Les contrats relatifs à la responsabilité », *RDC* n°116n1, 2019, p. 275.

55 Veyre L., « Quel avenir pour les clauses et contrats excluant ou limitant la réparation ? », *CCC* n° 12, décembre 2016, étude 13.

56 Abras J., *op. cit.*, n° 1.

droits étrangers, la doctrine et le projet de réforme. Il convient de consacrer un premier développement à l'état des règles relatives aux conventions sur la responsabilité extracontractuelle (Première partie) avant de s'intéresser à leur renversement annoncé (Seconde partie).

PREMIÈRE PARTIE. L'ÉTAT DES RÈGLES RELATIVES AUX CONVENTIONS SUR LA RESPONSABILITÉ EXTRA CONTRACTUELLE

SECONDE PARTIE. LE RENVERSEMENT ANNONCÉ DES RÈGLES RELATIVES AUX CONVENTIONS SUR LA RESPONSABILITÉ EXTRA CONTRACTUELLE

PREMIÈRE PARTIE. L'ÉTAT DES RÈGLES RELATIVES AUX CONVENTIONS SUR LA RESPONSABILITÉ EXTRA CONTRACTUELLE

15. Classiquement, le droit français prohibe les conventions limitatives ou exonératoires de responsabilité extracontractuelle. Il s'agit là d'une différence de régime majeure entre responsabilité extracontractuelle et responsabilité contractuelle qui admet de son côté de telles conventions. La nullité de principe en matière extracontractuelle est fondée sur l'impérativité des règles relatives à la responsabilité extracontractuelle. A l'inverse, l'étude du droit comparé montre que la plupart des droits étrangers connaissent un principe de validité des conventions qui aménagent *ex ante* les règles de la responsabilité extracontractuelle. Ces systèmes admettent toutefois des limites à l'admission de ces conventions. Une approche duale permettra d'analyser d'abord le principe de prohibition français (Titre I) et ensuite le principe d'admission en droit comparé (Titre II).

Titre I. Le principe de prohibition en droit français

16. Traditionnellement, le juge français pose un principe de nullité des conventions sur la responsabilité extracontractuelle (Chapitre I). Il fonde sa position sur le caractère d'ordre public des règles relatives à la responsabilité extracontractuelle (Chapitre II).

Chapitre I. La nullité jurisprudentielle des conventions sur la responsabilité extracontractuelle

17. La jurisprudence française affirme un principe général de prohibition des conventions sur la responsabilité extracontractuelle (Section I). Sa position paraît constante et claire. Il en va différemment concernant la portée de la solution qui révèle certaines incertitudes quant au champ d'application de la prohibition jurisprudentielle (Section II).

Section I. L'affirmation jurisprudentielle générale de la prohibition

18. Si le principe de prohibition des conventions sur la responsabilité extracontractuelle semble bien ancré en droit positif français, on constate que les textes sont silencieux en la matière (§1). C'est la raison pour laquelle le juge est intervenu en affirmant très tôt cette interdiction (§2).

§1. Le silence du législateur

19. Comme déjà évoqué, les rédacteurs du Code civil de 1804 ont décidé de ne pas légiférer sur les conventions qui aménagent la responsabilité extracontractuelle avant la survenance d'un éventuel dommage. En réalité, ces derniers estimaient qu'il était évident que de telles conventions étaient prohibées, dans la mesure où il était inconcevable de neutraliser l'application des règles relatives à la responsabilité extracontractuelle⁵⁷. La discussion n'était pas ouverte en la matière. Malgré la rigidité de la position des rédacteurs, certains auteurs ont proposé l'introduction d'un principe de validité des conventions en matière de responsabilité extracontractuelle. Seulement, leur tentative fut vaine et vue par les rédacteurs du Code civil comme une « injure »⁵⁸.

20. Le Code civil ne pose aucun principe général de prohibition des conventions sur la responsabilité extracontractuelle. Peut-être ce principe va-t-il de soi, à tel point qu'il n'a pas été jugé utile et nécessaire et de le mettre par écrit. Pourtant, cette nécessité s'est révélée à propos de certains cas particuliers dans lesquels le législateur est intervenu ponctuellement afin de prohiber les conventions limitatives ou exonératoires de responsabilité extracontractuelle.

On trouve une telle interdiction en matière de bail à ferme et de droit de chasse où le législateur sanctionne les clauses de non responsabilité des détenteurs du droit de chasse sur les propriétés voisines pour les « dégâts causés aux cultures par les lapins de garenne et le gibier vivant dans leurs bois »⁵⁹. L'expression « insérée dans les baux » ne doit pas remettre en cause la nature de la responsabilité en cause puisque le détenteur du droit de chasse n'est pas lié contractuellement au fermier mais au propriétaire bailleur. Dès lors, puisqu'il n'est redevable d'aucune obligation contractuelle envers le fermier, la responsabilité qu'il encourt est extracontractuelle⁶⁰.

57 Abras J., *op. cit.*, n°1.

58 *Ibid.*

59 V. article L. 415-6 du Code rural et de la pêche maritime.

60 Leveneur-Azémar M., *op. cit.*, n° 76.

On retrouve encore une telle prohibition dans le domaine de la responsabilité du fait des produits défectueux. Le législateur y inscrit une prohibition des clauses visant à écarter ou limiter la responsabilité en cause, en réservant cependant le cas des clauses stipulées entre professionnels qui visent les « dommages causés aux biens qui ne sont pas utilisés par la victime principalement pour son usage ou sa consommation privée »⁶¹. On relève que cette exception n'était pas prévue dans la directive européenne à l'origine du régime de la responsabilité du fait des produits défectueux⁶². Nous pouvons légitimement nous interroger sur le choix du législateur de consacrer la prohibition des conventions sur la responsabilité extracontractuelle dans le domaine des produits défectueux plutôt qu'un autre. Cela semble s'expliquer d'une part par la nécessité de se conformer aux exigences européennes⁶³, d'autre part par la vocation de la disposition à couvrir tant la matière extracontractuelle que la matière contractuelle où de telles clauses sont en principe admises⁶⁴.

21. Les interventions ponctuelles du législateur nuancent ainsi le mutisme du législateur mais ne se substituent pas à l'édition d'un principe général de prohibition. C'est la raison pour laquelle le juge est intervenu en la matière.

§2. L'intervention du juge

22. Très tôt, la jurisprudence est venue poser un principe de prohibition. Elle a affirmé sa position de principe dans plusieurs arrêts au XXème siècle. On relève toutefois quelques décisions datant du XIXème siècle qui déjà prohibaient les conventions limitatives et exonératoires de responsabilité en matière extracontractuelle, notamment en matière d'accidents du travail⁶⁵.

23. Traditionnellement, c'est un arrêt de 1955⁶⁶ qui consacre le principe général de prohibition en la matière. Le juge de la Cour de cassation y affirme expressément que « les articles 1382 et 1383 du Code civil sont d'ordre public, leur application ne peut être neutralisée contractuellement par anticipation, de sorte que sont nulles les clauses d'exonération ou d'atténuation de la responsabilité en matière délictuelle »⁶⁷.

61 V. article 1245-14 du Code civil.

62 Dir. 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux.

63 *Ibid.*

64 Brun P., *op. cit.*, n° 774 s.

65 V. par ex. : Cass. civ., 15 mars 1876, *S.* 1876, 1, 337 et Cass. civ., 19 août 1878, *S.* 1879, 1, 422 en matière d'accident de travail.

66 Cass. 2è civ., 17 février 1955, arrêt « SNCF c. Cie La Préservatrice et autres », préc.

67 *Ibid.*

En l'espèce, une compagnie ferroviaire avait donné à bail un hangar à une société. Il était indiqué que le locataire s'engageait à prendre à sa charge tous les risques que pourraient courir tous objets ou marchandises entreposés dans ledit hangar et garantissait en outre le bailleur de toutes condamnations prononcées contre elle. Un incendie se déclare et les marchandises en cause sont altérées. Les juges du fond écartent l'application de la clause de non-responsabilité invoquée par la compagnie ferroviaire qui forme alors un pourvoi en cassation. C'est à cette occasion que la Cour de cassation, reprenant l'argumentation des juges du fond, prononce la nullité de principe des clauses d'exonération ou d'atténuation de responsabilité en matière extracontractuelle.

24. Cet arrêt n'est pas la première illustration de la position rigide de la Cour de cassation⁶⁸. Pour autant, il est important de relever la rigueur et la « netteté »⁶⁹ de la solution. Les commentateurs de l'arrêt relèvent que c'est d'autant plus marquant qu'ici la situation semblait relever de la matière contractuelle (existence d'un contrat de location). Il est donc surprenant que la Cour de cassation décide de prendre une position en matière extracontractuelle⁷⁰.

25. Néanmoins, le principe de prohibition des conventions sur la responsabilité extracontractuelle n'en est pas moins clair et a été réaffirmé à plusieurs reprises dans la deuxième moitié du XX^{ème} siècle⁷¹. La solution était claire et constante, si bien que les auteurs exposaient déjà dans les manuels la nullité des conventions limitatives et exonératoires de responsabilité extracontractuelle⁷². Aujourd'hui, le droit positif en la matière est intact et les manuels affichent toujours clairement la solution traditionnelle de principe⁷³.

26. Il est intéressant de relever une décision récente du 5 juillet 2017 rendue par la première chambre civile de la Cour de cassation⁷⁴. Dans cet arrêt, le juge du droit reproduit la solution classique et énonce avec clarté que « les articles 1382 et 1383, devenus 1240 et 1241 du Code civil, sont d'ordre public et que leur application ne peut être neutralisée contractuellement par anticipation, de sorte que sont nulles les clauses d'exonération ou d'atténuation de la responsabilité en matière délictuelle ». Il convient de s'attarder un instant sur cet arrêt.

68 V. par ex. : Cass. civ., 3 janvier 1933, *DH* 1933. 113 ; 21 mars 1933, *DH* 1933. 301 ; 18 juillet 1934, *DP* 1935. 1. 38., note Roger ; Cass. civ. 2^e sect. Civ., 11 décembre 1952, *D.* 1953. 317, note Savatier.

69 Capitant H., Chénéde F., Lequette Y. et Terré F., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile – Tome 2. Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, 13^{ème} éd., Dalloz, 2015, « Grands arrêts », n° 185.

70 *Ibid.*

71 V. par ex. : Cass. civ., 28 novembre 1962, *D.* 1963. 465, note Borricand, *JCP* 1964. II. 13710, note Juglart, *RTD civ.* 1964. 750, note Rodière ; 15 juin 1994, *Bull. civ.* II, n° 155.

72 V. par ex. : Le Tourneau P., *La responsabilité civile*, 3^e éd., Dalloz, 1982, n° 361.

73 V. par ex. : Brun P., *op. cit.*, p. 68.

74 Cass. 1^{ère} civ., 5 juillet 2017, n° 16-13.407, *JCP G* 2018, n° 262, obs. Stoffel-Munck Ph.

En l'espèce, une société acquiert les titres sociaux d'un groupe industriel. Un contrat de garantie contenant une clause limitative d'indemnisation est conclu en parallèle de la cession. Par la suite, une pollution en sous-sol du site est découverte, occasionnant des coûts de traitement très élevés pour l'acquéreur. Ce dernier entend faire supporter ces sommes par le vendeur en se plaçant sur le terrain du dol pour obtenir des dommages et intérêts. Le vendeur invoque la mise en jeu de la clause limitative d'indemnisation. C'est à cette occasion que la Cour de cassation rappelle qu'en matière extracontractuelle, les clauses de responsabilité ne sont pas admises.

Cette décision récente rapporte la preuve de l'importance du sujet en pratique. On aurait pu légitimement croire que le principe de prohibition était en déclin, en l'absence d'intervention récente du juge, mais l'arrêt de 2017 relance le débat. Il faut cependant relever qu'en l'espèce une faute intentionnelle était visée, de sorte que l'inefficacité de la clause paraît davantage cohérente que s'il s'était agi d'une faute non intentionnelle⁷⁵. En outre, cet arrêt présente l'intérêt de fournir une illustration – en pratique très rare – d'une convention sur la responsabilité extracontractuelle⁷⁶.

27. L'affirmation jurisprudentielle du principe de prohibition paraît alors très claire et constante, surtout depuis que le juge a renouvelé sa position en 2017. Toutefois, la portée de cette solution semble incertaine, notamment quant à son domaine d'application.

Section II. La portée incertaine du principe de prohibition

28. La généralité du principe de prohibition des conventions limitatives et exonératoires de responsabilité extracontractuelle est discutable. A titre liminaire, il convient de relever l'existence de jurisprudences certes isolées mais qui admettent la validité de telles conventions⁷⁷. Ces décisions s'appuient principalement sur le fait que le dommage causé ne résulte pas d'une faute prouvée de son auteur – en particulier entre l'exploitant d'une mine et le propriétaire du sol ou entre propriétaires d'animaux placés sans surveillance dans un pâturage commun⁷⁸. Bien qu'opposés au principe de prohibition des conventions sur la responsabilité extracontractuelle, il n'apparaît pas nécessaire de s'attarder sur ces arrêts qui demeurent marginaux.

75 Leveueur L. note sous Cass. 1^è civ., 5 juillet 2017, 16-13.407, CCC n° 11, novembre 2017, comm. 217.

76 *Ibid.*

77 V. par ex. : Cass. civ., 2 juillet 1851, *DP* 51. 1. 189., *S.* 51. 1. 447. ; 12 décembre 1899, *S.* 1901, 1, 497, note Tissier., *D.* 1900, 1, 361, note Gény ; 27 juillet 1938, *Gaz. Pal.* 1938, 2, 669 et Cass. req., 2 juillet 1851, *D.* 1851, 1, 447 ; 16 novembre 1931, *DH* 1931. 555., *Gaz. Pal.* 1932. 1. 45.

78 Starck B., Roland H. et Boyer L., *op. cit.*, n° 1364.

29. Dès lors, il s'agira plutôt d'analyser la portée de la solution jurisprudentielle classique. La position de la jurisprudence française est claire concernant la responsabilité extracontractuelle pour faute (§1). En revanche, la portée générale de la solution est discutable s'agissant des autres faits générateurs de responsabilité extracontractuelle (§2).

§1. La prohibition explicite des conventions sur la responsabilité pour faute

30. La position traditionnelle de la Cour de cassation est certaine s'agissant de la responsabilité extracontractuelle pour faute. La formule énoncée ci-dessus concerne exclusivement des cas de conventions limitatives ou exonératoires de responsabilité pour faute⁷⁹. Sont effectivement visés les articles 1382 et 1383, devenus 1240 et 1241 du Code civil⁸⁰, textes qui posent le principe de responsabilité pour faute.

31. Cette solution s'explique aisément au regard du nécessaire respect de l'« équilibre entre la liberté d'agir et la sécurité des individus et des groupes », équilibre dit si « essentiel à l'organisation de la vie sociale » qu'il est légitime de prohiber les conventions qui aménagent les règles de la responsabilité extracontractuelle pour faute⁸¹. Il n'est pas concevable de tolérer l'impunité des fautes délictuelles. C'est la fonction répressive mais aussi préventive de la responsabilité pour faute qui s'y oppose⁸². Nous développerons davantage ces idées lors de l'étude du fondement du principe de prohibition⁸³.

32. En pratique, les manifestations de cette prohibition sont multiples. On les retrouve en matière d'accident de travail⁸⁴, de transport aérien⁸⁵, de transport bénévole⁸⁶ ou encore de communication d'incendie⁸⁷.

33. Certains relèvent que la solution classique concerne uniquement les cas de responsabilité pour faute⁸⁸. La solution est ferme mais pas pour autant générale. Sa portée est discutable⁸⁹.

79 V. les arrêts cités *supra*.

80 *Ibid.*

81 Capitant H., Chénéde F., Lequette Y. et Terré F., *op. cit.*, n° 185.

82 Starck B., Roland H. et Boyer L., *op. cit.*, n° 1363 s.

83 V. *infra*. n° 39 s.

84 V. par ex. : Cass. civ., 15 mars 1876, préc.

85 V. par ex. : Cass. civ., 28 novembre 1962, *JCP* 1964, II, 13710, note Juglart, *D.* 1963, 465, note Borricand.

86 V. par ex. : Cass. 2^e civ., 20 mars 1956, *D.* 1956, 2, 445.

87 V. par ex. : Cass. 2^e civ., 17 février 1955, arrêt « SNCF c. Cie La Préservatrice et autres », préc. Et

88 Fabre-Magnan M., *op. cit.*, n° 446 et Starck B., Roland H. et Boyer L., *op. cit.*, n° 1363 s.

89 Capitant H., Chénéde F., Lequette Y. et Terré F., *op. cit.*, n° 185.

§2. La portée discutable de la solution jurisprudentielle

34. Certains auteurs considèrent que la solution jurisprudentielle vaut quel que soit le fondement de la responsabilité extracontractuelle encourue⁹⁰. D'autres s'accordent sur la portée limitée du principe de prohibition⁹¹. Le principal argument avancé est celui de l'analyse littérale de la solution qui vise exclusivement les articles du Code civil relatifs à la responsabilité pour faute⁹². De cette manière, une distinction serait à réaliser entre d'une part les conventions sur la responsabilité pour faute, et d'autre part les conventions relatives aux autres cas de responsabilité extracontractuelle. La solution ne serait pas applicable aux cas de responsabilité sans faute (fait d'autrui, fait de la chose par exemple). Une autre querelle doctrinale s'intéresse à la nature de la faute visée par le juge. S'agit-il uniquement d'une faute prouvée ou bien de n'importe quel type de faute ? Cependant, le débat est clos et aujourd'hui la doctrine reconnaît unanimement la généralité du champ d'application de la prohibition en matière de responsabilité pour faute⁹³.

35. Un autre argument utilisé par les défenseurs de cette cause réside dans l'existence de jurisprudences qui admettent ponctuellement la licéité de conventions limitant ou supprimant des chefs de responsabilité objective⁹⁴, notamment en droit minier⁹⁵, en droit rural⁹⁶ ou en droit maritime⁹⁷. Pour autant, il ne faut pas être si catégorique. En effet, ces arrêts concernent des domaines bien particuliers et sont relativement isolés.

36. Deux approches s'opposent. Pour les uns, la solution est critiquable⁹⁸ et la distinction mérite d'être opérée, de sorte que la portée de la solution se limite aux seuls cas de responsabilité pour faute. La question des conventions sur les autres cas de responsabilité se pose alors⁹⁹.

90 V. la position de Philippe Le Tourneau sur ce point : Le Tourneau P., *Droit de la responsabilité et des contrats : régimes d'indemnisation*, 11^e éd., Dalloz, 2017, « Dalloz Action », n° 2335.00 et Le Tourneau P. *La responsabilité civile*, 3^e éd., Dalloz, 1982, n° 361 s.

91 V. par ex. : Starck B., Roland H. et Boyer L., *op. cit.*, n° 1364.

92 V. *supra*. n° 30.

93 Pour une étude complète du débat doctrinal en cause, V. Abras J., *op. cit.*, n° 38 à 43.

94 Capitant H., Chénéde F., Lequette Y. et Terré F., *op. cit.*, n° 185.

95 V. par ex. : Cass. civ., 12 décembre 1899, S. 1901. 1. 497, note Tissier, D. 1900. 1. 361., note Gény ; 27 juillet 1938, Gaz. Pal. 1938. 2. 669 : il s'agissait dans ces deux arrêts de conventions passées entre l'exploitant d'une mine et le propriétaire de la surface ayant pour objet d'écartier ou de limiter le jeu des dispositions qui mettent à la charge dudit exploitant la réparation des dommages causés par l'exploitation même régulière de la mine.

96 V. par ex. : Cass. civ., 2 juillet 1851, DP 51. 1. 189., S. 51. 1. 447. ; Cass. req., 16 novembre 1931, DH 1931. 555., Gaz. Pal. 1932. 1. 45 : il s'agissait dans ces deux arrêts des conventions par lesquelles les propriétaires d'animaux placés ensemble, sans surveillance, dans un pacage commun, prévoient de se décharger réciproquement de leur responsabilité au cas où l'un des animaux en blesserait un autre.

97 V. par ex. : Cass. 2^e civ., 23 janvier 1959, 57-10.063, Champollion : Bull. civ. II, n° 80.

98 V. par ex. : Marty et Raynaud, *op. cit.*, n° 627 et Esmein P., « De l'influence de l'acceptation des risques par la victime éventuelle d'un accident », *RTD Civ.*, 1938, n° 387 s.

99 Fabre-Magnan M., *op. cit.*, n° 446.

Pour les autres, la distinction est légitimement contestable et il y a lieu d'étendre au maximum le champ d'application du principe de nullité des conventions qui limitent ou exonèrent la responsabilité extracontractuelle encourue par un potentiel responsable¹⁰⁰.

37. Reste que la délimitation du domaine de la solution jurisprudentielle classique est incertaine. Bien que la première thèse soit attrayante, d'éminents auteurs ont plaidé en faveur de la seconde. Si la position des tribunaux paraît contradictoire¹⁰¹ et moins ferme en la matière, la jurisprudence apparaît hostile à l'admission des conventions relatives à la responsabilité extracontractuelle pour faute. Dans sa monographie, M. Abras réfute la thèse de la validité des conventions sur la responsabilité sans faute en s'appuyant sur plusieurs arguments¹⁰². Surtout, la jurisprudence n'a jamais expressément consacré une telle validité. A l'inverse, son hostilité envers de telles clauses se manifeste à divers égards. On en trouve des illustrations en matière de responsabilité du fait d'autrui¹⁰³ et en matière de responsabilité du fait des choses¹⁰⁴.

38. Ainsi faut-il en conclure que le droit positif français s'oppose, en principe, aux conventions limitatives ou exonératoires de responsabilité d'une manière générale. Toute convention est interdite, sans qu'il soit nécessaire d'opérer une distinction¹⁰⁵. Le principe de prohibition étant désormais établi, il reste à en déterminer son fondement.

Chapitre II. Le fondement de l'ordre public

39. La jurisprudence française fonde la prohibition des conventions limitatives et exonératoires de responsabilité en matière extracontractuelle sur le caractère d'ordre public des règles relatives à la responsabilité extracontractuelle. Nous nous intéresserons d'abord à la notion d'ordre public en tant qu'elle constitue un fondement général à la prohibition (Section). Puis, nous analyserons plus précisément le contenu du fondement de l'ordre public avancé (Section II).

100 Capitant H., Chénéde F., Lequette Y. et Terré F., *op. cit.*, n° 185.

101 Starck B., Roland H. et Boyer L., *op. cit.*, n° 1363 s.

102 V. Abras J., *op. cit.*, n° 60 à 70.

103 V. par ex. : Cass. 2^e civ., 28 novembre 1962, *JCP* 1964, II, 13710, note Juglart : il s'agissait d'une clause de non-responsabilité conclue entre un commettant et la victime de la faute de son préposé. La victime a assigné le commettant en indemnisation de son préjudice. Ce dernier a invoqué la clause de non-responsabilité mais la Cour de cassation a écarté son application au motif qu'« en cette matière, sont nulles les clauses d'exonération ou d'atténuation de responsabilité ».

104 V. par ex. : Paris, 1^{er} décembre 1954, *D. S.* 1958, 85.

105 Veyre L., « Quel avenir pour les clauses et contrats excluant ou limitant la réparation ? », *CCC* n° 12, décembre 2016, étude 13.

Section I. L'ordre public, fondement général de la prohibition

40. Si les juridictions françaises se fondent sur le caractère d'ordre public des règles de responsabilité extracontractuelle pour justifier la prohibition en cause, il faut toutefois relever que cette référence n'est pas systématique (§1). Pour autant, il demeure possible de constater que la jurisprudence française entend donner au fondement de l'ordre public un caractère général (§2).

§1. La référence non systématique au fondement de l'ordre public

41. D'une manière générale, l'étude de la jurisprudence en la matière nous mène au constat selon lequel les tribunaux se réfèrent exceptionnellement à l'ordre public lorsqu'ils sanctionnent les conventions sur la responsabilité extracontractuelle¹⁰⁶. Le juge semble se référer à l'impérativité des règles de responsabilité extracontractuelle uniquement en cas de dommage causé par la faute du responsable¹⁰⁷. On note là encore l'existence d'une plus grande clarté en matière de responsabilité extracontractuelle pour faute. On retrouve alors la formule classique de l'arrêt de 1955 selon laquelle « sont nulles les clauses d'exonération ou d'atténuation de responsabilité en matière délictuelle, les articles 1382 et 1383 du Code civil étant d'ordre public, et leur application ne pouvant être paralysée d'avance par convention »¹⁰⁸.

42. On remarque alors que le juge ne se réfère pas à la notion d'ordre public lorsqu'il annule une convention qui limite ou supprime un cas de responsabilité sans faute¹⁰⁹. C'est le cas en matière de responsabilité du fait d'autrui¹¹⁰ mais aussi s'agissant de la responsabilité du fait des choses¹¹¹. Il est possible de relever quelques arrêts marginaux où le juge a pris le soin de justifier la prohibition des conventions sur la responsabilité extracontractuelle sans faute par l'impérativité des règles mais ces décisions demeurent anecdotiques¹¹².

43. L'absence d'automaticité de la référence au fondement de l'ordre public est source d'incertitudes en la matière. Pour autant, il semble qu'il faille considérer que la notion est bien présente en matière de responsabilité sans faute pour deux raisons.

106 Abras J., *op. cit.*, n° 84 s.

107 Abras J., *op. cit.*, n° 86.

108 Cass. 2^e civ., 17 février 1955, arrêt « SNCF c. Cie La Préservatrice et autres », préc.

109 Abras J., *op. cit.*, n° 86.

110 V. par ex. : Cass. civ., 23 novembre 1949, *D.* 1950, 165.

111 V. par ex. : Cass. 2^e civ., 23 janvier 1959, *D.* 1959, 1, 101.

112 V. par ex. : Cass. 2^e civ., 29 mars 1962, préc. en matière de responsabilité du fait d'autrui.

D'une part, le juge français a sans doute cessé de se fonder sur le caractère d'ordre public des règles sur la responsabilité extracontractuelle tant la solution était acquise en la matière. D'autre part, il apparaît finalement que « l'esprit de la jurisprudence » va dans le sens d'une extension maximale du fondement de l'ordre public à toutes les règles de responsabilité extracontractuelle¹¹³.

§2. La généralisation du fondement de l'ordre public

44. Dans sa thèse, M. Abras démontre que l'irrégularité de la jurisprudence dans l'invocation du fondement de l'ordre public des règles de responsabilité extracontractuelle ne constitue pas un obstacle à la généralisation dudit fondement¹¹⁴. Trois arguments peuvent être avancés à ce stade¹¹⁵.

45. D'abord, il relève que si les juridictions ne font pas systématiquement référence au caractère d'ordre public des règles de responsabilité extracontractuelle, il n'en demeure pas moins qu'elles sanctionnent rigoureusement les conventions limitatives et exonératoires de responsabilité, que l'on soit en matière de responsabilité pour faute ou sans faute. L'ordre public serait alors soutenu. Il constituerait un fondement implicite du principe de prohibition.

46. Ensuite, si le juge ne vise pas l'ordre public, il rappelle dans ses arrêts que la volonté ne saurait faire obstacle à la mise en œuvre des règles de responsabilité extracontractuelle. Nous rajouterons que l'impuissance de la volonté en la matière rappelle l'une des caractéristiques principales des règles impératives, celle selon laquelle il est impossible d'y déroger par la volonté. Là encore, on comprend que le fondement de l'ordre public est insinué par les tribunaux. C'est d'ailleurs la grande différence qui demeure entre responsabilité extracontractuelle et responsabilité contractuelle. En effet, en matière contractuelle, la faute existe uniquement car les parties ont conclu ensemble un contrat. Or, en matière extracontractuelle, la qualification de faute ne dépend pas de l'appréciation des parties, raison pour laquelle il n'est pas concevable de permettre à la volonté d'avoir une quelconque incidence sur l'évaluation de la faute¹¹⁶. Cette différence de régime s'explique du point de vue du créancier : la victime d'une faute extracontractuelle serait plus légitime à obtenir réparation de son dommage que le contractant « frustré ». Les règles sont alors plus protectrices en matière de responsabilité civile extracontractuelle¹¹⁷.

113 Abras J., *op. cit.*, n° 87 s.

114 Abras J., *op. cit.*, n° 89 s.

115 *Ibid.*

116 Capitant H., Chénéde F., Lequette Y. et Terré F., *op. cit.*, n° 185.

117 Le Tourneau P., *Droit de la responsabilité et des contrats : régimes d'indemnisation*, 11^e éd., Dalloz, 2017, « Dalloz Action », n° 2335.00.

47. Enfin, il est nécessaire de rappeler que la loi qualifie d'ordre public certaines règles de responsabilité extracontractuelle, raison pour laquelle le juge pourrait s'abstenir de s'y référer expressément. Il en va ainsi en matière de responsabilité du fait des produits défectueux¹¹⁸ et de responsabilité du fait des accidents de la circulation¹¹⁹.

48. Ainsi, le fondement de l'ordre public doit être généralisé à l'ensemble des règles relatives à la responsabilité extracontractuelle. Reste à en déterminer l'exact contenu.

Section II. Le contenu du fondement de l'ordre public avancé

49. Le caractère d'ordre public des règles de responsabilité civile extracontractuelle présente plusieurs composantes. Classiquement, on attribue deux fonctions au droit de la responsabilité civile : la fonction normative qui vient sanctionner les comportements dommageables et la fonction indemnitaire qui permet la réparation des dommages subis¹²⁰. Nous analyserons le contenu du fondement de l'ordre public à la lumière de ces deux fonctions traditionnelles de la responsabilité civile extracontractuelle. L'ordre public revêt une composante relative à la fonction normative de la responsabilité extracontractuelle (§1) et une composante relative à sa fonction indemnitaire (§2).

§1. Ordre public et fonction normative de la responsabilité extracontractuelle

50. Le caractère d'ordre public des règles sur la responsabilité extracontractuelle découle d'abord de la fonction normative de ces règles. Cette fonction justifie la prohibition des conventions limitatives ou exonératoires de responsabilité extracontractuelle. Précisément, c'est la nécessité de dissuader les comportements déviants qui pousse le juge français à condamner de tels aménagements. Cela est au moins valable en matière de responsabilité pour faute¹²¹. Il s'agit d'inciter les agents à ne pas relâcher leur vigilance. De telles immunités conventionnelles empêcheraient la prévention et la répression des comportements dommageables. Or, le responsable doit assumer la sanction de ses actes fautifs. De cette manière, la fonction normative de la responsabilité extracontractuelle s'associe aisément avec l'impérativité des règles en la matière.

118 V. article 1245-1 s. du Code civil et Cass. ch. Mixte, 7 juillet 2017, n° 15-25.651.

119 V. loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 et Cass., 2^e civ., 12 mai 2010, n° 09-13.297.

120 Le Tourneau P., *op. cit.*, n° 010.11.

121 Abras J., *op. cit.*, n° 95 s.

51. Aussi, le fondement de l'ordre public se rattache à l'« équilibre nécessaire entre le respect de la liberté d'agir et la sécurité des individus »¹²². Cet équilibre se doit d'être intangible. Il est donc opportun que les individus n'aient pas la possibilité de l'aménager. Là encore, on retrouve l'idée selon laquelle la fonction normative justifie l'impérativité des règles de responsabilité extracontractuelle. Il s'agit de limiter les dangers qui pourraient être engendrés par des conventions limitant ou supprimant la responsabilité extracontractuelle encourue par un agent¹²³.

52. D'ailleurs, cet argument de sûreté publique a été repris en jurisprudence. En effet, certaines juridictions ont pu énoncer que « la prévision d'un délit à venir est contraire à l'ordre public »¹²⁴ ou encore que la validité des conventions qui aménagent *ex ante* les règles de la responsabilité extracontractuelle sont « contraires à la sûreté publique »¹²⁵. Ainsi, on comprend que le fondement de l'ordre public avancé en la matière procède de la fonction normative de la responsabilité extracontractuelle. Mais il se comprend d'autant plus avec sa fonction indemnitaire.

§2. Ordre public et fonction indemnitaire de la responsabilité extracontractuelle

54. Le fondement de l'ordre public des règles sur la responsabilité extracontractuelle se déduit ensuite de la fonction indemnitaire de ces règles.

55. Cette fonction indemnitaire impose l'impérativité des règles sur la responsabilité extracontractuelle afin de protéger les victimes¹²⁶. La protection de la victime est fortement liée au principe de réparation intégrale, règle selon laquelle la victime a droit à la réparation intégrale du dommage qu'elle a subi : tout le dommage, et pas plus que le dommage¹²⁷. Cette règle entraîne le refus du système de réparation forfaitaire¹²⁸, sauf disposition légale qui l'autorise expressément, et la prohibition des dommages et intérêts punitifs¹²⁹. Surtout, le principe de réparation intégrale justifie que les limitations ou exclusions de responsabilité extracontractuelle soient prohibées.

122 Veyre L., « Quel avenir pour les clauses et contrats excluant ou limitant la réparation ? », CCC n° 12, décembre 2016, étude 13.

123 *Ibid.*

124 Dijon, 24 juillet 1874, *S.* 1875, 2, 73.

125 V. par ex. : Cass. civ., 15 mars 1876.

126 Abras J., *op. cit.*, n° 99 s.

127 V. par ex. : Cass. com., 5 mai 2015.

128 La réparation forfaitaire permet de fixer le montant de l'indemnisation indépendamment du préjudice subi par la victime.

129 Les dommages et intérêts punitifs correspondent à une indemnité ayant pour objet de sanctionner le comportement du responsable fautif en plus de la réparation du préjudice subi.

56. Plus encore, l'exigence d'une réparation minimale justifie le caractère d'ordre public des règles sur la responsabilité extracontractuelle. La fonction indemnitaire de ces règles impose que soit assurée une sorte de compensation élémentaire obligatoire aux victimes. Il est nécessaire que les victimes conservent la possibilité d'obtenir réparation de leur préjudice. Cette faculté intéresse directement l'ordre public notamment puisque le cas concerne la situation de la victime éventuelle avant même la survenance du dommage qu'elle pourrait subir¹³⁰. Le pouvoir judiciaire joue un rôle important dans la garantie de cette réparation. A ce titre, certains auteurs analysent les conventions sur la responsabilité extracontractuelle sous l'angle d'une restriction du pouvoir du juge relativement à l'étendue de la réparation¹³¹. Ils rappellent la nécessaire prise en compte par le juge de dispositions impératives légales¹³² ou conventionnelles qui restreignent les pouvoirs du juge en limitant ou en excluant la réparation. Les dispositions conventionnelles visent les conventions sur la responsabilité extracontractuelle. Ces dernières étant prohibées, le juge retrouve son pouvoir d'évaluation du préjudice et est à même d'octroyer aux victimes l'indemnité à laquelle elles peuvent prétendre¹³³. Il faut ici rappeler que la prohibition ne vaut pas pour les conventions postérieures au dommage qui elles sont licites en vertu du principe selon lequel il est possible de renoncer à un avantage acquis¹³⁴.

57. Enfin, et pour être complet, il faut mentionner la place spécifique qu'occupe la réparation de l'atteinte à la personne. Il s'agit du cas le plus évident, de la situation pour laquelle la doctrine majoritaire s'accorde pour admettre l'impérativité des règles de responsabilité extracontractuelle¹³⁵. La fonction indemnitaire de la responsabilité prend tout son sens lorsqu'est en cause la réparation d'un dommage corporel. Son indemnisation constitue un enjeu sociétal majeur¹³⁶ renforcé par les droits et libertés fondamentaux¹³⁷.

58. La position du droit français en matière de conventions sur la responsabilité civile extracontractuelle est très stricte. Fondé sur le caractère d'ordre public des règles de responsabilité extracontractuelle, le principe de prohibition est pourvu d'un champ d'application étendu puisqu'il concerne tant les cas de responsabilité pour faute que les cas de responsabilité sans faute. Loin de cette rigueur, les solutions du droit comparé apportent une toute autre approche. En effet, la majorité des systèmes juridiques étrangers adoptent un principe de validité en la matière.

130 Abras J., *op. cit.*, n° 102 s.

131 Starck B., Roland H. et Boyer L., *op. cit.*, n° 1309 et 1361 s.

132 Sont ici visées les dispositions de droit spécial qui imposent des réparations forfaitaires (v. par ex. : domaine des accidents de travail, domaine de l'énergie nucléaire, domaine des transports).

133 Le Tourneau P., *op. cit.*, n° 2335.00 s.

134 Starck B., Roland H. et Boyer L., *op. cit.*, n° 1309 et 1361 s. : sont ici visées les transactions.

135 Capitant H., Chénédy F., Lequette Y. et Terré F., *op. cit.*, n° 185.

136 Viney. G. et Jourdain P., *op. cit.*, n° 194-1.

137 Bacache-Gibeili M., *Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, 3^e éd., Economica, 2016, n° 558.

Titre II. Le principe de validité en droit comparé

59. L'étude des solutions du droit comparé mène au constat d'une position inverse à celle adoptée par le droit français. En effet, la grande majorité des systèmes étrangers connaissent un principe de validité des conventions sur la responsabilité civile extracontractuelle (Chapitre I). Toutefois, l'admission n'est pas absolue et le droit comparé réserve certaines limites (Chapitre II).

Chapitre I. Le principe de validité des conventions sur la responsabilité extracontractuelle

60. Comme nous avons pu l'établir à propos du droit français, nous analyserons dans un premier temps la règle de validité en droit comparé (Section I). Puis, dans un second temps, nous étudierons les différents fondements avancés pour la justifier (Section II).

Section I. Exposé du principe de validité

61. A l'exception de certains droits Proches-Orientaux¹³⁸ tels que le droit marocain¹³⁹, le droit libyen¹⁴⁰, le droit égyptien¹⁴¹, le droit jordanien¹⁴², le droit syrien¹⁴³ ou encore le droit émirien¹⁴⁴, la plupart des systèmes étrangers admettent la validité des conventions limitatives ou exonératoires de responsabilité civile extracontractuelle. Pour plus de clarté, nous reprendrons la dichotomie classique qui oppose les systèmes de droit civil aux systèmes de *Common law*. Il s'agira alors d'étudier le principe de validité dans les systèmes de tradition civiliste (§1) puis dans les systèmes de *Common law* en s'attardant notamment sur le cas du droit anglais (§2).

138 Abras J., *op. cit.*, n° 127.

139 Les articles 77 et 78 du Code civil marocain posent les principes de responsabilité pour faute simple et pour faute intentionnelle. Ils disposent *in fine* que « toute stipulation contraire est sans effet ».

140 L'article 220 alinéa 3 du Code civil libyen dispose que « toute clause déchargeant une personne de sa responsabilité pour des actes illicites est nulle » (« 3. Any clause discharging a person from responsibility for unlawful acts is void »).

141 L'article 217 alinéa 3 du Code civil égyptien qui pose le principe de responsabilité pour faute extracontractuelle est interprété comme étant d'ordre public. Il n'est donc pas possible de stipuler une convention limitative ou exonératoire de responsabilité extracontractuelle.

142 L'article 270 du Code civil jordanien prohibe toute convention dérogeant aux règles de la responsabilité civile extracontractuelle.

143 L'article 218 du Code civil syrien, inspiré du Code civil égyptien, prohibe également les conventions limitatives et exonératoires de responsabilité civile extracontractuelle.

144 L'article 296 du Code civil émirien, inspiré lui aussi du Code civil égyptien, dispose qu'« est frappée de nullité toute clause qui tend à exonérer une personne de sa responsabilité délictuelle ».

§1. Principe de validité et systèmes de tradition civiliste

62. La plupart des pays européens de tradition civiliste reconnaissent la validité des conventions limitatives et exonératoires de responsabilité extracontractuelle¹⁴⁵. Nous ne serons pas exhaustif, l'idée étant de montrer que d'une manière générale, la solution en droit comparé va dans le sens d'une validité de principe des conventions sur la responsabilité extracontractuelle.

63. C'est d'abord le cas du droit belge. Historiquement, le droit belge se fonde sur notre Code civil français de 1804. M. Abras y voit pour cette raison un « instrument fondamental de comparaison »¹⁴⁶. Mais alors même qu'il s'appuie sur le Code civil français, le droit belge retient un principe de validité des conventions sur la responsabilité extracontractuelle, principe diamétralement opposé au notre¹⁴⁷. La Cour de cassation belge a en effet admis très tôt que les parties puissent « à l'avance, par stipulation, étendre ou restreindre leur responsabilité »¹⁴⁸. La solution a été confirmée dans un arrêt de 2004 où le juge belge énonce que « les clauses restrictives ou exclusives de responsabilité sont en principe valables »¹⁴⁹. Cette différence de régime s'explique notamment par la conception de l'ordre public adoptée par le droit belge. Nous reviendrons ultérieurement sur le fondement de cette solution¹⁵⁰.

64. Le droit allemand adopte une position similaire et reconnaît la validité des conventions qui dérogent à l'application des règles de responsabilité extracontractuelle¹⁵¹. D'ailleurs, le droit allemand l'admet également en matière contractuelle, si bien qu'aucune distinction entre les deux ordres de responsabilités n'est opérée¹⁵². On constate ainsi que le droit allemand octroie une grande marge de liberté aux agents et aux contractants.

65. Il en va de même pour le droit québécois. En effet, la jurisprudence admet depuis la fin du XIX^{ème} siècle que les règles de responsabilité extracontractuelle puissent être aménagées par convention¹⁵³. En 1994, le Code civil québécois a indirectement consacré la règle¹⁵⁴.

145 Mazeaud D., « Les conventions portant sur la réparation », RDC n° 1, 2007, p. 149.

146 Abras J., *op. cit.*, n° 130.

147 Leveneur-Azémar M., *op. cit.*, n° 470.

148 Cass. Belg., 21 février 1907, *Pas.*, 1907, 1, 135.

149 Cass. Belg., 26 mars 2004, n° C020038F, non publié.

150 V. *infra*. n° 75 s.

151 Schmidt-Salzer J., « Droit allemand », in *Les clauses limitatives ou exonération de responsabilité en Europe*, Actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990, LGDJ, p. 47 s.

152 Viney G., Jourdain P. et Carval S., *op. cit.*, n° 214.

153 Cour d'appel du Québec, *R. c. Grenier*, 1899, 20, *R. C. S.* 42 ; *Canada Steamship Lines Ltd. c. Le roi*, 1952, *A. C.* 192.

154 Le principe de validité découle de la lecture a contrario de l'article 1474 du Code civil québécois.

66. Enfin, on relève une position identique dans d'autres droits de tradition civiliste tels le droit suisse¹⁵⁵ – ici le principe de validité vaut tant en matière extracontractuelle qu'en matière contractuelle –, le droit polonais où le principe de validité présente une origine légale¹⁵⁶, le droit turc¹⁵⁷, le droit italien¹⁵⁸ – comme pour le droit québécois, le principe de validité se déduit d'une lecture a contrario des textes –, le droit portugais¹⁵⁹ ou encore le droit suédois¹⁶⁰.

67. Reste somme toute à relever que le Groupe d'étude sur un Code civil européen constitué au début des années 2000 a élaboré un projet de Code civil européen qui prévoyait que les clauses de responsabilité soient en principe valables en matière extracontractuelle, preuve que la position majoritaire des pays européens de tradition civiliste va dans le sens d'un principe de validité.

68. Si la majorité des pays européens de tradition civiliste (et le droit québécois) connaissent un principe de validité des conventions limitatives et exonératoires de responsabilité extracontractuelle, les systèmes de *Common law* adoptent une position analogue.

§2. Principe de validité et systèmes de *Common law*

69. Contrairement aux droits de tradition civiliste, les systèmes de *Common law* ne reposent pas sur une théorie générale des obligations et sont marqués par la casuistique. En *Common law*, la responsabilité civile extracontractuelle ne peut être engagée que si des délits spécifiques, des *torts*, ont été commis¹⁶¹. Ces *torts* correspondent à des situations où la violation d'une règle de droit ou d'un devoir légal entraîne une obligation de réparer le dommage causé par le délit¹⁶². Il n'y a donc pas de principes généraux de la responsabilité extracontractuelle en droit anglais. L'originalité du droit anglais, système de *Common law*, mérite que l'on traite à part sa position en la matière.

155 Leveneur-Azémar M., *op. cit.*, n° 62.

156 L'article 473 §1 du Code civil polonais de 1964 dispose que « le débiteur peut, par contrat, accepter la responsabilité pour l'inexécution ou l'inexécution d'une obligation en raison de circonstances désignées pour lesquelles il n'est pas responsable en vertu de la loi » (« §1. Dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi »). Cet texte est réputé applicable aux deux ordres de responsabilité.

157 Viney G., Jourdain P. et Carval S., *op. cit.*, n° 214.

158 L'article 1299 du Code civil italien dispose que « toute convention qui exclut ou limite préventivement la responsabilité du débiteur pour dol ou faute grave est nulle » (« E' nullo qualsivasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave »).

159 Viney G., Jourdain P. et Carval S., *op. cit.*, n° 214.

160 Duwa B. W. V., in *Les clauses limitatives ou exonération de responsabilité en Europe*, Actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990, LGDJ, p. 197.

161 Jolowicz J.A., *Droit anglais*, 2^e éd., Dalloz, 1992, « Précis », §197.

162 Gabdin-George G., Beplate H., Brunon-Ernst A. et alii, *Glossaire de droit anglais*, 2^e éd., Dalloz, 2018, p. 289 s.

70. D'une manière générale, le droit anglais reconnaît la validité des conventions limitatives ou exonératoires de responsabilité¹⁶³. L'admission vaut tant en matière contractuelle qu'extracontractuelle¹⁶⁴. Le principe n'est pas expressément posé mais il se déduit aisément de la liberté contractuelle, *freedom of contract*¹⁶⁵. L'esprit du droit anglais est en réalité de soumettre ces conventions, *limitation and exclusion clauses*, à une appréciation in concreto de son caractère raisonnable, *reasonableness*¹⁶⁶. On parle de la *rule of construction approach*.

71. Un texte régit les clauses relatives à la responsabilité au sein d'un texte : l'Unfair Contract Terms Act 1977 (UCTA)¹⁶⁷. Les dispositions de cet acte ne prévoient pas de principe général de validité¹⁶⁸. Elles se contentent de réglementer certaines situations voire de poser des limites comme celle du préjudice corporel. En réalité, le UCTA vise les situations concernant la business liability, c'est-à-dire la responsabilité encourue pour les actes réalisés à l'occasion d'opérations commerciales¹⁶⁹. Initialement, le UCTA entend lutter contre les clauses abusives spécialement en matière contractuelle. Mais son champ d'application englobe également la matière extracontractuelle. En effet, la Section 2 du UCTA traite spécifiquement de la responsabilité extracontractuelle, *negligence liability*. Ce texte prohibe d'abord toute clause limitative ou exclusive de responsabilité en cas de décès ou d'atteinte à la personne résultant d'une négligence¹⁷⁰. Pour les dommages autres que corporels, le texte poursuit et énonce que de telles clauses sont prohibées, sauf à prouver qu'elles recouvrent un caractère raisonnable¹⁷¹. Le test du *reasonableness* implique d'apprécier le caractère disproportionné ou non des effets de la clause au regard de plusieurs critères¹⁷² tels les conséquences pratiques de la clause ou encore le déroulement des négociations. Plus encore, ces clauses doivent faire apparaître l'accord de l'agent traduisant son acceptation du risque en cause¹⁷³. En revanche, le domaine d'application de ce texte est limité puisqu'il exclut de son champ les *consumer contracts*, c'est-à-dire les contrats conclus avec des consommateurs¹⁷⁴.

72. En dehors du UCTA, les clauses exclusives de responsabilité sont admises et employées en matière extracontractuelle, notamment pour écarter l'application de l'*occupier's liability in*

163 Viney G., Jourdain P. et Carval S., *op. cit.*, n° 214.

164 Beale H., « Droit anglais », in *Les clauses limitatives ou exonération de responsabilité en Europe*, Actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990, LGDJ, p. 156.

165 Leveneur-Azémar M., *op. cit.*, n° 62.

166 Testu F.-X., *op. cit.*, n° 113.05.

167 Unfair Contract Terms Act 1977 c. 50.

168 Leveneur-Azémar M., *op. cit.*, n° 62.

169 Testu F.-X., *Contrats d'affaires*, 2^e éd., Dalloz, 2020, n° 113.09.

170 V. UCTA 1977, Section 2, (1).

171 V. UCTA 1977, Section 2,(2).

172 Testu F.-X., *op. cit.*, n° 113.11.

173 V. UCTA 1977, Section 2, (3).

174 V. UCTA 1977, Section 2, (4).

*negligence*¹⁷⁵. Ce cas de responsabilité extracontractuelle vise l'obligation de diligence qui incombe aux occupants d'un bien immobilier envers les visiteurs ou les intrus (*trespass*). L'*occupier's liability* est réglementée par deux actes de 1957¹⁷⁶ et 1984¹⁷⁷.

73. Le droit anglais reconnaît également la validité des conventions limitatives ou exclusives de responsabilité pour *misrepresentation* à condition que ces conventions soient raisonnables¹⁷⁸ (on retrouve ici le *test of reasonableness* susvisé). La responsabilité pour *misrepresentation* se rapproche du dol français ; il s'agit de la situation dans laquelle une fausse déclaration contribue à déterminer la conclusion d'un contrat¹⁷⁹. La validité des conventions en la matière est consacrée au sein du Misrepresentation Act 1967¹⁸⁰.

74. On observe dès lors que le droit anglais reconnaît d'une manière générale les conventions sur la responsabilité extracontractuelle. Or, il ne le fait pas au moyen d'un principe général de validité à l'instar des droits de tradition civiliste. Le principe de validité peut être constaté dans des dispositions de droit spécial. Pour le reste, il découle du principe de liberté contractuelle. Ainsi, la solution paraît moins évidente que celle retenue par les pays de tradition civiliste.

Section II. Les fondements du principe de validité

75. Nous avons pu relever un principe de validité des conventions sur la responsabilité extracontractuelle en droit comparé. Cette position repose sur deux principaux fondements. D'abord, elle se justifie par l'admission en droit comparé du cumul des responsabilités contractuelle et extracontractuelle (§1). Ensuite, la validité découle du constat selon lequel les systèmes étrangers se refusent à voir dans les règles de responsabilité extracontractuelle un caractère impératif (§2).

§1. L'admission du cumul des responsabilités contractuelle et extracontractuelle

76. L'existence d'un concours entre responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle justifie en droit comparé la validité des conventions en la matière.

175 Mc Bride J. N. et Bagshaw R., *Tort Law*, 6^e éd., Pearson, 2018, n° 10.1 s.

176 Occupier's Liability Act 1957.

177 Occupier's Liability Act 1984.

178 Testu F.-X., *op. cit.*, n° 12.32.

179 Testu F.-X., *op. cit.*, n° 12.28.

180 V. article 3 du Misrepresentation Act 1967.

77. A ce stade, il convient en préambule de rappeler la solution française. Il existe en droit français un principe de non cumul selon lequel la responsabilité extracontractuelle est inapplicable lorsque les conditions de la responsabilité contractuelle sont réunies. Cette règle n'est édictée par aucun texte mais le projet de réforme de la responsabilité civile entend la consacrer¹⁸¹. Elle s'explique essentiellement par le domaine d'application étendu de la responsabilité extracontractuelle. Les règles s'appliquent à tous types de dommages, et notamment au préjudice économique pur. Il existe alors un champ d'application commun aux responsabilités contractuelle et extracontractuelle, si bien que la règle de non cumul permet d'éviter toute atteinte à l'équilibre des risques conclus entre les parties. En revanche, tel n'est pas le cas en droit comparé puisque le champ d'application de la responsabilité extracontractuelle est davantage défini et restreint.

78. C'est d'abord le cas du droit belge où on relève l'existence d'un concours entre responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle. Il se justifie par la volonté du juge de maintenir la force des devoirs extracontractuels face au contrat¹⁸² – on constate d'ailleurs que l'objet est opposé à la justification française du principe de non cumul –. Il en va de même pour le droit allemand et le droit anglais¹⁸³ qui admettent le cumul des responsabilités lorsque les conditions des deux cas de responsabilité sont remplies. Il existe alors une option entre responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle. Ainsi, dans un tel cas de concours des responsabilités, les parties peuvent décider de limiter ou d'exclure la responsabilité contractuelle, la responsabilité extracontractuelle ou bien les deux responsabilités. Le principe de validité des conventions sur la responsabilité prend alors tout son sens. Il se justifie encore, et surtout, par l'absence d'impérativité des règles de responsabilité extracontractuelle en droit comparé.

§2. L'absence d'impérativité des règles de responsabilité extracontractuelle

79. La principale raison pour laquelle la solution en droit comparé s'oppose à la position du droit positif français réside dans l'absence d'impérativité des règles relatives à la responsabilité extracontractuelle dans la majorité des systèmes étrangers. On constate que la conception de l'ordre public diffère selon que la notion est appréhendée en France ou en droit comparé.

181 V. article 1233 du projet de réforme : « En cas d'inexécution d'une obligation contractuelle, ni le débiteur ni le créancier ne peuvent se soustraire à l'application des dispositions propres à la responsabilité contractuelle pour opter en faveur des règles spécifiques à la responsabilité extracontractuelle ».

182 Van Ommeslaghe P., « Droit belge », in *Les clauses limitatives ou exonération de responsabilité en Europe*, Actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990, LGDJ, p. 235.

183 Abras J., *op. cit.*, n° 135.

80. En effet, la plupart des pays européens ne reconnaissent pas le caractère d'ordre public des règles relatives à la responsabilité extracontractuelle¹⁸⁴. En droit belge, il existe trois catégories de lois : les lois d'ordre public pour lesquelles aucune dérogation n'est possible, les lois protectrices pour lesquelles certaines dérogations sont possibles et les autres lois qui ne rentrent dans aucune des deux premières catégories et pour lesquelles les dérogations sont possibles. Les règles de responsabilité contractuelle relèvent de cette dernière catégorie. Le juge belge l'a expressément affirmé dès 1907 : « les dispositions des articles 1382 et suivants du Code civil ne réglementent que des intérêts privés et individuels et n'ont pas pour but exclusif de sauvegarder un intérêt général ; qu'il en résulte que ces dispositions n'ont pas le caractère de lois d'ordre public »¹⁸⁵. Les règles de responsabilité extracontractuelle sont donc supplétives de volonté et il est donc possible de les aménager¹⁸⁶. Toutefois, le droit belge requiert que la volonté des agents soit certaine quant à l'exclusion de responsabilité¹⁸⁷. Cette exigence tempère l'absence d'impérativité des règles.

81. Quant au droit allemand, il ne connaît pas de notion analogue à l'ordre public français. Il se réfère aux *guten sitten*, notion proche de la morale¹⁸⁸. Il s'agit d'un ensemble de règles représentant « l'esprit du droit et sa finalité »¹⁸⁹. Toutefois, les règles de responsabilité extracontractuelle ne relèvent pas de cette catégorie. Dès lors, les conventions qui limitent ou excluent les règles de responsabilité extracontractuelle sont valides.

82. On retrouve la même position en droits italien et portugais où les règles de responsabilité extracontractuelle ne constituent pas des règles fondamentales¹⁹⁰. En droit suisse, ces mêmes règles ne sont pas considérées comme étant d'ordre public non plus¹⁹¹. Cette absence d'impérativité s'explique par le principe de l'autonomie privée¹⁹². Enfin, et sans être exhaustif, on relève une solution identique en droit suédois¹⁹³. Le juge suédois estime que de telles conventions limitatives ou exonératoires de responsabilité extracontractuelle constituent des pratiques raisonnables au sens de l'article 36 de la loi générale sur les conventions qui impose qu'une convention soit raisonnable eu égard à son contenu et aux circonstances de sa conclusion et de son exécution¹⁹⁴.

184 Leveneur-Azémar M., *op. cit.*, n° 470.

185 Cass. Belg., 21 février 1907, préc.

186 Wéry P., *Droit des obligations, Volume 1. Théorie générale du contrat*, 2^e éd., Larcier, 2011, n° 764.

187 Cass. Belg., 16 octobre 1902, *Pas.*, 1902, 1, 350.

188 Fromont M., *Droit allemand des affaires*, Montchrestien, 2001, n° 177 s.

189 Abras J., *op. cit.*, n° 135.

190 Galgano F., *Diritto Privato*, Cedam, 1987, p. 251.

191 Abras J., *op. cit.*, n° 137.

192 Leveneur-Azémar M., *op. cit.*, n° 62.

193 Duwa B. W. V., in *Les clauses limitatives ou exonération de responsabilité en Europe*, Actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990, LGDJ, p. 197.

194 *Ibid.*

83. Dès lors, on remarque que le principe d'admission des conventions sur la responsabilité extracontractuelle en droit comparé s'oppose au principe de prohibition français. On retrouve cette opposition sur le plan des fondements puisque le droit français donne aux règles de responsabilité civile un caractère d'ordre public pendant que les règles en la matière sont supplétives de volonté dans la majorité des systèmes étrangers étudiés. Pour autant, bien que non impératives, ces règles ne sont pas absolues et font l'objet d'exceptions dans certains cas de figure.

Chapitre II. Les limites du principe de validité

84. Il existe différentes limites au principe de validité des conventions limitatives et exonératoires de responsabilité extracontractuelle en droit comparé. Ces limites bouleversent le jeu de ces conventions, soit qu'elles en empêchent la conclusion, soit qu'elles en paralysent les effets. Ces réserves touchent à la fois à la validité et à l'efficacité de ces conventions. Une seconde distinction adoptée par M. Abras conduit à opposer les limites relatives à la nature du fait générateur de responsabilité de l'auteur éventuel aux limites relatives à la nature du dommage de la victime éventuelle¹⁹⁵. Pour la clarté de l'exposé, nous reprendrons cette dichotomie en étudiant d'abord les limites concernant la nature du dommage (§1) puis la nature du fait générateur (§2).

85. A titre liminaire, il convient d'exclure de notre étude certaines limites au principe de validité tirées de règles de responsabilités spéciales. Dans ces situations, l'ordre public ressurgit et s'oppose à tout aménagement des règles. C'est le cas en droit suisse en matière de responsabilité consécutive aux dommages causés par la circulation des véhicules automobiles et des cyclomoteurs¹⁹⁶ ou encore en matière d'accidents de circulation par chemin de fer et par bateau¹⁹⁷. Il en va de même pour les dommages liés à l'énergie atomique¹⁹⁸. Ces trois textes prohibent les dérogations conventionnelles aux responsabilités en cause. On retrouve le même raisonnement en droit polonais s'agissant de la responsabilité des entreprises, établissements et possesseurs des engins mécaniques de communication actionnés par les forces de la nature¹⁹⁹. Enfin, en droit belge, la même solution est posée concernant la responsabilité des dirigeants d'établissements accessibles au public en cas de dommages causés par incendie ou explosion²⁰⁰.

195 Abras J., *op. cit.*, n° 143.

196 V. article 87 de la loi du 19 décembre 1958.

197 V. article 16 de la loi fédérale du 28 mars 1905.

198 V. article 16-1 de la loi fédérale du 23 décembre 1959.

199 Abras J., *op. cit.*, n° 151, note de bas de page n° 611.

200 V. loi du 30 juillet 1979.

Section I. Les limites relatives à la nature du dommage

86. Les limites qui ont trait à la nature du dommage subi par la victime éventuelle ciblent essentiellement le dommage corporel. La nécessité d'apporter une protection renforcée à la personne humaine justifie que soit posée une telle limite à la validité des conventions sur la responsabilité extracontractuelle. On retrouve d'ailleurs l'exception de l'atteinte à la personne dans certains systèmes de tradition civiliste mais aussi en *Common law*.

87. Concernant les systèmes de *Common law* d'abord, le UCTA susmentionné prohibe les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité contractuelle et extracontractuelle en cas de décès ou de dommage corporel²⁰¹. Cette réserve restreint le domaine du principe de validité.

88. Les droits de tradition civiliste admettent de la même façon la limite de l'atteinte à la personne. On relève ainsi que le législateur québécois réserve le dommage corporel et moral causé à autrui en énonçant expressément que l'on ne peut « aucunement exclure ou limiter sa responsabilité » dans un tel cas de figure²⁰². La loi suisse consacre également clairement cette limite en posant que « la loi n'exclut les conventions des parties que lorsqu'elle édicte une règle de droit strict ou lorsqu'une dérogation à son texte serait contraire aux mœurs, à l'ordre public ou aux droits attachés à la personnalité »²⁰³. On relève alors qu'ici, les règles sur la responsabilité extracontractuelle sont intangibles et retrouvent à certains égards un caractère d'ordre public. Le droit suisse illustre particulièrement cela en plaçant au même niveau de protection l'ordre public et la protection de la personne. Le droit hongrois, le grec, le droit allemand ou encore le droit italien condamnent eux aussi les conventions de responsabilité en cas d'atteinte à la personne, actes considérés comme contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs²⁰⁴. Enfin, et de manière moins explicite, le droit polonais sanctionne les conventions sur la responsabilité extracontractuelle en présence d'un dommage corporel en considérant un tel acte comme « contraire aux règles de vie en société »²⁰⁵. Ainsi le juge polonais prohibe de telles conventions en faisant application d'un texte plus général qui prévoit la nullité des actes juridiques contraires aux règles de vie en société.

89. Cependant, la position des systèmes de tradition civiliste n'est pas uniforme. En effet, certains pays ne reprennent pas la limite du dommage corporel. C'est d'abord le cas du droit suédois

201 V. UCTA 1977, Section 2 (1).

202 V. article 1474 al. 2 du Code civil québécois.

203 V. article 19 §2 du Code des obligations suisse.

204 V. article 87 du Code civil hongrois et Article 179 du Code civil hellénique.

205 V. article 58 §2 du Code civil polonais.

qui analyse les conventions limitatives ou exonératoires de responsabilité extracontractuelle en cas d'atteinte à la personne comme une pratique « raisonnable » conforme à l'article 36 de la loi générale sur les conventions²⁰⁶. C'est encore le cas du droit belge où les agents peuvent déroger aux règles de responsabilité extracontractuelle même en cas de dommage corporel²⁰⁷. En effet, le juge belge n'opère aucune distinction selon la nature du dommage en cause²⁰⁸. Cette différence de régime en droit belge s'explique par la conception adoptée de la protection de la personne physique. On constate en effet un principe de libre disponibilité de la vie nettement plus affirmé que dans les autres systèmes européens²⁰⁹. En témoigne la législation belge relative à l'euthanasie²¹⁰.

Section II. Les limites relatives à la nature du fait générateur de responsabilité

90. Les limites relatives à la nature du fait générateur de responsabilité encouru par le responsable éventuel visent d'une part la faute lourde (§1), et d'autre part la faute intentionnelle ou dolosive (§2). A titre liminaire, il convient de relever que la définition de ces deux notions diffère selon le système juridique étudié. A ce stade, il convient simplement de préciser que la faute lourde est une faute non intentionnelle mais qui présente une certaine grossièreté ; pendant que la faute intentionnelle correspond à la faute qui révèle la mauvaise foi volontaire de son auteur²¹¹. La plupart des systèmes juridiques étrangers s'accordent sur la raison d'être de ces notions mais y parviennent avec des définitions et des moyens différents²¹².

§1. La faute lourde

91. La plupart des systèmes juridiques admettent que la faute lourde rend inefficace les conventions sur la responsabilité extracontractuelle. Bien que non intentionnelle, la faute lourde se caractérise par une négligence grossière²¹³. On observe que deux principaux régimes se dessinent en droit comparé s'agissant de l'appréciation de la faute lourde. Alors que certains pays recourent à une

206 Abras J., *op. cit.*, n° 150 *in fine*.

207 Van Ommeslaghe P. , « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en droit belge », *in Les obligations en droit français et en droit belge, convergences et divergences*, Bruylant/Dalloz, 1994, p.184 s.

208 V. par ex. : Cass. Belg., 28 juin 1928, *Pas.* 1928, 1, 211 ; 25 septembre 1959, *Pas.*, 1, 118 et 26 mars 2004, préc.

209 Abras J., *op. cit.*, n° 150, note de bas de page n° 604.

210 V. Loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie.

211 V. sur ce point Abras J., *op. cit.*, n° 144 s.

212 Abras J., *op. cit.*, n° 144.

213 V. par exemple le droit québécois qui définit la faute lourde comme la faute qui « dénote une insouciance, une imprudence ou une négligence grossières » (article 1474 al. 1er du Code civil québécois).

présomption irréfragable de mauvaise foi, d'autres adoptent une position plus tempérée en opérant une appréciation *in concreto* dans chaque situation. En revanche, et comme pour la limite du dommage corporel, le droit belge n'admet pas la faute lourde comme limite du principe de validité²¹⁴. Cette solution est constante en droit positif belge et s'explique par le fait que la faute lourde, étant non intentionnelle, est moins grave qu'un dol et ne révèle pas nécessairement la mauvaise foi²¹⁵.

92. L'Italie²¹⁶, la Suisse²¹⁷, la Grèce²¹⁸, la Turquie²¹⁹ et le Portugal²²⁰ emploient la présomption irréfragable de mauvaise foi dès lors qu'est établie l'existence d'une faute lourde. Ainsi, lorsqu'une imprudence grossière est caractérisée, la mauvaise foi de son auteur sera irréfragablement établie et ce dernier ne pourra pas bénéficier du jeu d'une éventuelle convention limitative ou exclusive de responsabilité extracontractuelle. Le droit québécois adopte une position similaire et retient que « la bonne foi ne peut être évoquée en présence d'une faute lourde »²²¹. Cette solution jurisprudentielle a par la suite été consacrée dans le Code civil de 1994²²² qui donne désormais une définition de la faute lourde : « la faute lourde est celle qui dénote une insouciance, une imprudence ou une négligence grossières »²²³.

93. D'autres systèmes ont une position plus nuancée et s'attèlent à vérifier la réalité de la mauvaise foi de l'auteur du dommage dans chaque situation. La faute lourde ne caractérise pas nécessairement la mauvaise foi de son auteur. Le droit polonais adopte une appréciation *in concreto* de la faute lourde²²⁴. Si la mauvaise foi est établie, la convention limitative ou exonératoire de responsabilité extracontractuelle sera annulée. Dans la même veine, le droit suédois condamne les conventions sur la responsabilité extracontractuelle lorsque celles-ci sont jugées comme étant « déraisonnables » au sens de l'article 36 de la loi générale sur les conventions précité. C'est le cas lorsque la faute lourde dommageable révèle la mauvaise foi de son auteur au regard des circonstances. On remarque encore l'appréciation *in concreto* qui est fait de la faute. Il faut

214 V. par ex. : Cass. Belg., 26 mars 2004, préc.

215 Abras J., *op. cit.*, n° 145, note de bas de page n° 538.

216 L'article 1229 al. 1er du Code civil italien dispose que « toute convention qui exclut ou limite la responsabilité du débiteur pour faute intentionnelle ou négligence grave est nulle » (« È nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave »).

217 En droit suisse, le juge se réfère aux circonstances de chaque situation afin de prendre en compte l'énormité du comportement de l'agent.

218 Abras J., *op. cit.*, n° 147.

219 *Ibid.*

220 *Ibid.*

221 V. Flaubert c. commission de la sûreté et de la sécurité du travail, (1986), R.J.Q., 2804, 2806, 2807.

222 L'article 1474 al. 1er du Code civil québécois dispose que « une personne ne peut exclure ou limiter sa responsabilité pour le préjudice matériel causé à autrui par une faute intentionnelle ou une faute lourde ; la faute lourde est celle qui dénote une insouciance, une imprudence ou une négligence grossières ».

223 Article 1474 al. 1er du Code civil québécois.

224 Abras J., *op. cit.*, n° 147, note de bas de page n° 569.

cependant relever qu'en pratique, la mauvaise foi n'est quasiment jamais retenue. En droit suédois, la prohibition est théorique car la notion de faute lourde n'est pas exploitée²²⁵.

94. Enfin, en ce qui concerne les systèmes de *Common law*, on relève que le droit anglais ne fait pas référence dans les textes à la faute lourde. Toutefois, la jurisprudence anglaise prend parfois en compte le comportement de l'agent afin de paralyser le jeu d'une clause limitative ou exclusive de responsabilité contractuelle ou extracontractuelle²²⁶. La gravité du comportement d'un agent peut ainsi lui enlever le bénéfice d'une clause de responsabilité. « Affaire de casuistique »,²²⁷ l'approche anglaise permet une certaine flexibilité dans le régime des conventions sur la responsabilité. Il n'y a donc pas de règle générale en droit anglais ; tout est affaire de circonstances.

§2. La faute intentionnelle ou dolosive

95. Si la quasi totalité des systèmes juridiques étudiés s'accordent pour faire de la faute intentionnelle une limite à la validité des conventions sur la responsabilité extracontractuelle, la difficulté tient au sens de la notion²²⁸.

96. Pour le droit belge, la faute intentionnelle réside dans la faute dommageable qui révèle la mauvaise foi de son auteur. Tant en matière contractuelle qu'extracontractuelle, lorsque l'auteur a agi de mauvaise foi, la convention de responsabilité stipulée à son égard est nulle²²⁹. La doctrine belge assimile la faute intentionnelle extracontractuelle au dol, notion non définie par la loi. Plusieurs thèses se sont opposées en doctrine sur ce point²³⁰. En 2002, la Cour de cassation belge a tranché, considérant que le dol constitue plus généralement une fraude ; prohibant ainsi « tous les actes de malveillance, par volonté de nuire à autrui, ou tous les actes de tromperie, notamment par la recherche dommageable d'un avantage aux dépens d'autrui, ou bien encore plus largement, tous les actes qui concrétisent une intention dommageable envers autrui »²³¹. L'auteur d'un tel acte ne peut donc pas bénéficier d'une clause limitative ou exonératoire de responsabilité. Il suffit dès lors que l'auteur ait voulu causer dans son principe un dommage à autrui.

225 Duwa B. W. V., in *Les clauses limitatives ou exonération de responsabilité en Europe*, Actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990, LGDJ, p. 197.

226 Leveneur-Azémar M., *op. cit.*, n° 585.

227 *Ibid.*

228 Abras J., *op. cit.*, n° 144.

229 V. par ex. : Cass. Belg., 3 avril 1959, *Pas.* 1959, 1, 773, *R.C.J.B.* 1960 ; 29 septembre 1972, *Pas.* 1973, 1, 121 et 28 février 1980, n° JC802S3_A, non publié.

230 Pour une analyse détaillée de ces thèses : V. Abras J., *op. cit.*, n° 146 et notes de bas de pages.

231 Cass. Belg., 11 juin 2002, n° JC02B63_2, n° JC02B63_3, n° JC02B63_4, n° JC02B63_5 et n° JC02B63_6.

97. De son côté, le droit québécois sanctionne expressément la faute intentionnelle en énonçant qu'« une personne ne peut exclure ou limiter sa responsabilité pour le préjudice matériel causé à autrui par une faute intentionnelle »²³². Le juge québécois adopte une approche restrictive de la faute intentionnelle en exigeant la réunion de trois conditions cumulatives : le comportement volontaire de l'auteur de la faute, la conscience de l'agent du caractère potentiellement dommageable de son acte et sa volonté de causer le dommage, quel qu'il soit²³³. Cette dernière condition révèle une intention de nuire de l'auteur de la faute. En définitive, le droit québécois définit la faute intentionnelle comme la faute volontaire commise avec l'intention de nuire, c'est-à-dire de causer le dommage en son principe. Elle suppose donc que l'agent ait eu conscience que son acte allait causer un dommage à autrui et qu'il ait persisté intentionnellement à la commettre²³⁴. Elle demeure établie même si l'auteur n'a pas voulu toutes les conséquences dommageables²³⁵.

98. La plupart des autres systèmes étrangers de tradition civiliste connaissent également la limite de la faute intentionnelle, avec la même réserve selon laquelle sa définition varie selon les pays. En droit allemand, est prohibé tout aménagement des règles de responsabilité en cas de faute dommageable révélant la mauvaise foi de son auteur²³⁶. L'ordre public allemand, à savoir les *guten sitten*, s'oppose à la validité des conventions sur la responsabilité en cas de faute intentionnelle. Le droit italien adopte une approche analogue de la faute intentionnelle en la définissant comme la faute volontaire dommageable²³⁷. Il condamne d'ailleurs expressément les conventions qui dérogent à l'application de la responsabilité encourue pour faute intentionnelle²³⁸ (responsabilité qualifiée d'ordre public). Les droits polonais²³⁹ et suédois²⁴⁰ consacrent une conception différente de la faute intentionnelle et exige que l'intention de nuire de l'agent soit démontrée. Enfin, le droit suisse définit

232 V. article 1474 al. 1er du Code civil québécois.

233 V. par ex. : Cour d'appel de Montréal, chambre civile, province du Québec, 5 avril 2000 ; confirmé par 10 octobre 2001 et Cour supérieure, Canada, province du Québec, district de Chicoutimi, 28 janvier 2004.

234 Cour d'appel de Montréal, chambre civile, province du Québec, 5 avril 2000, préc.

235 Cour d'appel de Montréal, chambre civile, province du Québec, 12 mai 2006.

236 L'article 276 al. 2 du B.G.B. énonce que « le débiteur ne peut être par avance déchargé de sa responsabilité pour faute intentionnelle ». Cette disposition est transposable en matière extracontractuelle en raison de l'admission du cumul des responsabilités contractuelle et extracontractuelle en droit allemand.

237 Alpa V. G., « Droit italien », in *Les clauses limitatives ou exonération de responsabilité en Europe*, Actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990, LGDJ, p. 137 s.

238 L'article 1229 al. 1er du Code civil italien dispose que « toute convention qui exclut ou limite la responsabilité du débiteur pour faute intentionnelle ou négligence grave est nulle » (« È nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave »).

239 L'article 473 §2 du Code civil polonais dispose que « la convention selon laquelle le débiteur ne sera pas responsable des dommages qu'il pourrait causer intentionnellement au créancier est nulle » (« §2. Nieważne jest zastrzeżenie, iż dłużnik nie będzie odpowiedzialny za szkodę, którą może wyrządzić wierzycielowi umyślnie »). La nullité de la convention relative à la responsabilité civile extracontractuelle pour faute intentionnelle est prononcée sur le fondement de l'article 58 §2 du Code civil polonais qui dispose qu'« un acte juridique contraire aux règles de vie en société est nul » (« §2. Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego »).

240 Duwa B. W. V., in *Les clauses limitatives ou exonération de responsabilité en Europe*, Actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990, LGDJ, p. 190. La nullité est ici fondée sur l'article 36 de la loi générale sur les conventions.

la faute intentionnelle comme la faute volontaire commise avec l'intention de causer le dommage²⁴¹ et prohibe également toute convention sur la responsabilité extracontractuelle dans un tel cas²⁴².

99. Enfin, en *Common law*, les dispositions de droit anglais ne font pas référence non plus à la faute dolosive. Comme pour le cas de la faute lourde, c'est le juge qui neutralise ou non le jeu d'une clause selon la gravité du comportement de l'agent²⁴³.

100. **Conclusion de la première partie.** En définitive, on remarque que la position du droit français s'oppose strictement à celle du droit comparé. D'un côté, le juge français prohibe avec rigueur les conventions portant sur les règles de responsabilité extracontractuelle en se fondant sur le caractère d'ordre public de ces règles. De l'autre, les solutions du droit comparé démontrent une plus grande liberté en la matière en admettant généralement l'aménagement conventionnel anticipé de ces règles que les systèmes étrangers n'analysent pas comme étant des dispositions impératives. Pour autant, la position des droits voisins n'est pas absolue, si bien que certaines limites sont réservées. Dans ces cas, la plupart des droits étrangers acceptent de faire ressurgir l'ordre public afin de protéger certaines victimes dans certaines situations particulières. Ainsi, ces limites prouvent la place équilibrée de l'ordre public dans les droits étrangers²⁴⁴. Pour être complet, il faut encore noter que ces limites ne sont valables qu'en cas de faute personnelle²⁴⁵. En effet, beaucoup de systèmes juridiques étrangers admettent que l'on puisse exonérer ou limiter la responsabilité encourue pour la faute d'une personne dont on répond. En ce cas, l'exonération ou la limitation de responsabilité sont admises. Il en va ainsi en droit belge²⁴⁶, en droit allemand²⁴⁷, en droit suisse²⁴⁸ et en droit grec²⁴⁹. En revanche, le droit italien n'adopte pas cette position²⁵⁰. Ainsi, la position française est largement minoritaire²⁵¹. Ce constat justifie que les fondements du principe de prohibition soient analysés et la question d'un éventuel renversement de la position du droit positif français, posée.

241 V. par ex. : Trib. Féd., 1^è Cour civ., 29 août 2002 ; 14 février 2005.

242 L'article 100 al. 1er du Code civil suisse dispose qu'« est nulle toute stipulation tendant à libérer d'avance le débiteur de la responsabilité qu'il encourt en cas de dol ». Ce texte est réputé applicable à la matière extracontractuelle.

243 V. *supra*. n° 94.

244 Abras J., *op. cit.*, n° 155.

245 Abras J., *op. cit.*, n° 151, note de bas de page n° 609.

246 Van Ommeslaghe P. , « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en droit belge », in *Les obligations en droit français et en droit belge, convergences et divergences*, Bruylant/Dalloz, 1994, p.192 s.

247 V. article 278 al. 2 du B.G.B.

248 V. article 101 §2 du Code des obligations.

249 V. article 179 du Code civil hellénique.

250 L'article 1229 al. 2 du Code civil italien dispose à ce titre qu'« est nulle toute convention préventive d'exonération ou de limitation de responsabilité dans le cas où le fait du débiteur ou de son auxiliaire constitue une violation des dispositions d'Ordre public » (« È nullo altresì qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico »).

251 Leveneur-Azémar M. *op. cit.*, n° 470.

SECONDE PARTIE. LE RENVERSEMENT ANNONCÉ DES RÈGLES RELATIVES AUX CONVENTIONS SUR LA RESPONSABILITÉ EXTRA CONTRACTUELLE

101. En l'état actuel du droit positif français, la solution générale quant aux conventions sur la responsabilité civile extracontractuelle est à la prohibition. Fondée sur le caractère d'ordre public des règles de responsabilité extracontractuelle, cette position s'avère plutôt isolée lorsqu'on la compare à celle adoptée par les systèmes juridiques étrangers. Ce constat de l'« isolement dans l'espace »²⁵² du droit français conduit à remettre en cause le principe de prohibition et à proposer une solution alternative en envisageant l'introduction en droit français d'un principe de validité des conventions limitatives et exonératoires de responsabilité extracontractuelle.

102. Les auteurs du projet de réforme de la responsabilité civile vont dans ce sens et proposent un principe d'admission des conventions sur la responsabilité extracontractuelle en droit français²⁵³. Cette proposition est accompagnée de plusieurs limites à cette validité. Néanmoins, si les rédacteurs du projet semblent s'être inspirés des solutions de droit comparé concernant l'admission d'un principe de validité en la matière, le constat est tout autre s'agissant des limites puisqu'on observe certaines différences entre les propositions du projet de réforme français et les solutions applicables dans les systèmes étrangers étudiés²⁵⁴.

103. Dès lors, nous étudierons en quoi la solution de prohibition en droit français paraît contestable notamment s'agissant du fondement de l'ordre public des règles de responsabilité civile extracontractuelle ; mais aussi au regard des solutions rendues en matière de responsabilité civile contractuelle et du mouvement de rapprochement que l'on peut constater entre les deux ordres de responsabilité (Titre I). Nous proposerons ensuite, à la lumière du projet de réforme de la responsabilité civile et des solutions de droit comparé, l'introduction d'un principe de validité des conventions sur la responsabilité extracontractuelle en droit français (Titre II).

252 Abras J., *op. cit.*, n° 105.

253 V. article 1281 s. du projet de réforme sur la responsabilité civile en droit français.

254 Abras J., *op. cit.*, n° 142.

Titre I. Une solution française contestable

104. La principale critique apportée au principe de prohibition des conventions sur la responsabilité civile extracontractuelle en droit français concerne la contestabilité du fondement avancé du caractère d'ordre public des règles de responsabilité extracontractuelle (Chapitre I). Un second grief fait état du rapprochement des responsabilités contractuelle et extracontractuelle, phénomène rendant la solution de prohibition discutable (Chapitre II).

Chapitre I. La remise en cause du caractère impératif des règles sur la responsabilité extracontractuelle

105. Si certains arguent du caractère d'ordre public des règles de responsabilité civile extracontractuelle pour justifier le principe de prohibition des conventions limitatives et exonératoires, d'autres adoptent un regard plus critique sur cette analyse. En effet, de nombreux auteurs jugent que le « dogme » du caractère impératif des règles qui intéressent la responsabilité civile extracontractuelle est « peu convaincant »²⁵⁵. Le doyen Savatier énonçait déjà que le recours à l'ordre public pour fonder le principe de prohibition des conventions sur la responsabilité extracontractuelle était une « pure superstition »²⁵⁶. Deux arguments permettent de remettre en cause le caractère d'ordre public des règles sur la responsabilité extracontractuelle et en même temps le principe de prohibition. D'abord, nous pouvons relever que le double objectif poursuivi par la responsabilité extracontractuelle peut être relativisé, de sorte que le caractère impératif qui en découle peut être remis en question en la matière (Section I). Ensuite, nous pouvons également contredire l'impérativité des règles en cause en démontrant l'absence de contrariété à l'ordre public des règles relatives à la responsabilité extracontractuelle (Section II).

Section I. La relativité des fonctions classiques de la responsabilité extracontractuelle

106. Tant la fonction normative (§1) que la fonction indemnitaire (§2) de la responsabilité extracontractuelle peuvent être relativisées s'agissant des conventions sur la responsabilité.

255 Veyre L., « Quel avenir pour les clauses et contrats excluant ou limitant la réparation ? », CCC n° 12, décembre 2016, étude 13, n° 9.

256 Savatier R., *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. II, LGDJ, 1951, p. 255.

§1. Le caractère relatif de la fonction normative

107. La fonction normative de la responsabilité extracontractuelle a pour principal objectif de réprimer les comportements « déviants »²⁵⁷. Nous rappelons ici que cette fonction classique des règles de responsabilité extracontractuelle conduit le juge à prohiber les conventions limitatives ou exonératoires afin de répondre au besoin nécessaire de dissuader les comportements dommageables²⁵⁸. Cependant, cet argument doit être relativisé pour deux raisons.

108. D'une part, le responsable éventuel ne bénéficie d'une convention limitant voire supprimant la responsabilité qu'il encourt qu'à l'égard de son cocontractant. Dès lors, il demeure entièrement responsable envers toute autre personne à qui il causerait un dommage²⁵⁹. Cet élément, déjà, doit inciter tout agent à rester vigilant dans toutes sortes de situations, quand bien même il profiterait d'une convention sur la responsabilité qu'il encourt²⁶⁰. La convention ne visant qu'une personne ou un groupe de personnes, l'obligation de prudence de l'agent est maintenue. La responsabilité extracontractuelle conserve son rôle répressif malgré l'existence d'une telle convention. L'impérativité avancée des règles n'apparaît donc ni nécessaire, ni absolue²⁶¹.

109. D'autre part, à supposer que la validité de telles clauses limitatives ou exclusives de responsabilité extracontractuelle soient admises, il ne faudrait pas oublier que le droit commun des clauses relatives à la responsabilité s'applique. Dès lors, en cas de dommage causé intentionnellement ou de négligence grossière, le responsable éventuel ne bénéficiera pas de la convention relative à la responsabilité qu'il encourt²⁶². Preuve, encore une fois, que le caractère normatif de la responsabilité extracontractuelle est préservé. Le caractère d'ordre public des règles de responsabilité extracontractuelle peut ainsi être remis en cause du point de vue de leur fonction normative. Il ne saurait, en effet, découler de cet objectif classique de la responsabilité extracontractuelle ; d'autant que la mission dissuasive des comportements déviants peut être atteinte par d'autres techniques juridiques détachées de toute impérativité²⁶³.

257 Genicon T., « L'immunité et les clauses de responsabilité », in Deshayes O. (dir.), *Les immunités de responsabilité civile*, CEPRISCA, PUF, 2009, p. 125.

258 V. *supra*. n° 50 s.

259 Leveneur-Azémar M., *op. cit.*, n° 85.

260 Genicon T., « L'immunité et les clauses de responsabilité », in Deshayes O. (dir.), *Les immunités de responsabilité civile*, CEPRISCA, PUF, 2009, p. 125.

261 Leveneur-Azémar M. *op. cit.*, n° 86.

262 Leveneur-Azémar M., *op. cit.*, n° 85 et 86.

263 *Ibid.*

§2. Le caractère relatif de la fonction indemnitaire

110. La fonction indemnitaire de la responsabilité extracontractuelle permet la réparation des dommages subis par les victimes. Pour rappel, elle implique une protection accrue de la victime par l'application du principe de réparation intégrale²⁶⁴. Cette exigence imposerait le caractère d'ordre public des règles sur la responsabilité extracontractuelle. Toutefois, là encore, cette démonstration tirée de la fonction indemnitaire de la responsabilité extracontractuelle peut être remise en cause.

111. Pour cela, il nous faut prouver que le principe de réparation intégrale n'est pas absolu. Plusieurs auteurs soulignent à ce titre que ce principe n'est pas impératif²⁶⁵. Seul le principe de réparation serait impératif et non celui de la réparation intégrale ; or seul ce dernier est concerné par les conventions sur la responsabilité extracontractuelle.

L'illustration principale de ce constat réside dans la validité des conventions aménageant la réparation et conclues après la survenance d'un dommage²⁶⁶. Ces conventions constituent des transactions, actes définis comme des « *contrats par lesquels les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître* »²⁶⁷ et réglementés par les articles 2044 et suivants du Code civil. Est ici visée la situation dans laquelle l'auteur du dommage et la victime s'accordent pour fixer le montant de la réparation sans l'intervention du juge alors même qu'une instance est déjà en cours²⁶⁸. Bon nombre d'auteurs accusent le fait que les conventions sur la responsabilité extracontractuelle sont nulles lorsqu'elles ont été conclues avant la réalisation du dommage, alors qu'elles sont admises lorsqu'elles l'ont été après la survenance du dommage sous forme de transactions²⁶⁹. La licéité des conventions qui aménagent *ex post* la responsabilité extracontractuelle s'explique par le principe général selon lequel il est loisible de renoncer à un avantage requis²⁷⁰.

En réalité, le raisonnement selon lequel le principe de réparation intégrale est d'ordre public devrait conduire à priver d'effet ces transactions²⁷¹. Néanmoins, la jurisprudence valide ces transactions et le législateur consacre parfois leur utilisation²⁷². Preuve que l'impérativité des règles de responsabilité extracontractuelle n'est que relative voire contestable.

264 V. *supra*. n° 55 s.

265 V. par ex. : Bacache-Gibeili M., *op. cit.*, n° 602.

266 Leveneur-Azémar, *op. cit.*, n° 84.

267 V. article 2044 du Code civil.

268 En procédure civile, les parties procèdent alors à un désistement d'instance (v. articles 394 s. du CPC).

269 Le Tourneau P., *La responsabilité civile*, 3^e éd., Dalloz, 1982, n° 361 s.

270 Starck B., Roland H. et Boyer L., *op. cit.*, n° 1368.

271 Brun P., *op. cit.*, n° 99 et 100.

272 *Ibid.*

Ainsi, bien que leur existence soit dénoncée par certains auteurs²⁷³, les transactions constituent la preuve majeure que l'argument tiré du caractère d'ordre public des règles de responsabilité extracontractuelle est inexact²⁷⁴.

112. On comprend alors que la jurisprudence rejette la validité des conventions sur la responsabilité extracontractuelle lorsqu'elles sont conclues avant la survenance du dommage. Pourtant, le montant des dommages peut être prévisible et sa fixation à l'avance pourrait être bénéfique tant du point de vue du responsable éventuel que de la victime éventuelle. En effet, la limitation ou la suppression de la responsabilité encourue pourrait être la contrepartie d'un avantage accordé à la victime potentielle, tel le versement d'une somme forfaitaire²⁷⁵. Aménager ainsi la réparation d'un potentiel dommage n'aurait alors rien de surprenant, si bien que l'argument avancé du caractère d'ordre public du principe de réparation intégrale semble là encore erroné.

113. Dès lors, la relativité des fonctions classiques normative et indemnitaire de la responsabilité extracontractuelle conduit à remettre en cause l'impérativité des règles régissant la responsabilité extracontractuelle et dans le même temps le principe de prohibition des conventions en la matière. Le caractère d'ordre public avancé ne saurait découler du double objectif de la responsabilité civile extracontractuelle²⁷⁶. Ce premier grief nous conduit à contredire le principe de prohibition des conventions limitatives et exonératoires de responsabilité extracontractuelle en exposant l'absence de contrariété à l'ordre public de ces aménagements.

Section II. L'absence de contrariété à l'ordre public des conventions sur la responsabilité extracontractuelle

114. La contrariété à l'ordre public des conventions sur la responsabilité extracontractuelle n'est « pas évidente »²⁷⁷ et mérite d'être remise en question. Un premier argument en sa faveur est relatif au principe de non cumul des responsabilités en droit français (§1). Un second argument est tiré de l'analyse des solutions apportées par les droits spéciaux et le droit comparé (§2).

273 V. notamment Starck B., Roland H. et Boyer L., *op. cit.*, n° 1204 s. : les auteurs dénoncent les abus en la matière et prouvent que parfois l'arrangement est si mauvais qu'il conduit finalement à un procès. Ils exposent un double danger : le caractère inférieur voire dérisoire des sommes offertes et le fait que la victime ait pu initialement croire que son dommage était bénin alors que plus tard, il se révèle bien plus grave.

274 V. position analogue : Jacquemin Z., « Les contrats relatifs à la responsabilité », *RDC* n°116n1, 2019, p. 275, n° 9.

275 *Ibid.*

276 Leveneur-Azémar M., *op. cit.*, n° 86.

277 Leveneur L., note sous Cass. 1^è civ., 5 juillet 2017, 16-13.407, *CCC* n° 11, novembre 2017, comm. 217.

§1. Le principe de non cumul des responsabilités,
preuve de l'impertinence du fondement avancé de l'ordre public

115. Traditionnellement, le droit français connaît un principe de non cumul des responsabilités contractuelle et extracontractuelle en vertu duquel la responsabilité du débiteur d'une obligation contractuelle ne peut être engagée sur le terrain extracontractuel pour la réparation du dommage qui résulterait de la violation de cette obligation²⁷⁸. Le principe de non cumul exclut toute option entre les deux ordres de responsabilité. Lorsque les conditions de la responsabilité contractuelle sont réunies, les règles de responsabilité extracontractuel sont inapplicables. Bien qu'absente des textes en droit positif, le projet de réforme de la responsabilité civile entend consacrer cette règle²⁷⁹. En faveur du non cumul, on trouve l'argument selon lequel la responsabilité extracontractuel est d'ordre public²⁸⁰. La règle permettrait d'éviter que le large domaine de la responsabilité extracontractuelle n'empiète trop sur celui de la responsabilité contractuelle. Admettre le cumul bouleverserait alors l'équilibre des risques convenu entre les contractants²⁸¹.

116. Néanmoins, c'est cette règle de non cumul, ou plutôt de non option²⁸², fondée en partie sur l'impérativité des règles de responsabilité extracontractuelle, qui conduit à remettre en cause sa justification même. Affirmer le caractère d'ordre public de la responsabilité extracontractuelle est incorrect puisque tout contrat exclut la possibilité d'appliquer le fondement de la responsabilité extracontractuelle²⁸³. En réalité, la règle d'exclusivité qui découle du principe de non cumul paralyse le jeu des règles de responsabilité extracontractuelle. L'impérativité en cause est dès lors largement contestable. Le principe de prohibition des conventions sur la responsabilité extracontractuelle serait alors un « trompe-l'oeil » puisqu'il suffit de conclure un contrat pour écarter l'application des règles relatives à la responsabilité extracontractuelle²⁸⁴. Finalement, si la règle de non cumul remet en cause le caractère d'ordre public des règles de responsabilité extracontractuelle, elle pourrait de surcroît mettre en lumière l'existence d'un principe de validité, plus « subtil »,²⁸⁵ des conventions sur la responsabilité extracontractuelle. Selon le professeur Borghetti, ce constat expliquerait que le contentieux soit si discret en la matière.

278 Cornu G., *op. cit.*, p. 685.

279 V. article 1233 du projet de réforme : « En cas d'inexécution d'une obligation contractuelle, ni le débiteur ni le créancier ne peuvent se soustraire à l'application des dispositions propres à la responsabilité contractuelle pour opter en faveur des règles spécifiques à la responsabilité extracontractuelle ».

280 Capitant H., Chénéde F., Lequette Y. et Terré F., *op. cit.*, n° 185.

281 *Ibid.*

282 Capitant H., Chénéde F., Lequette Y. et Terré F., *op. cit.*, n° 185.

283 Borghetti J.-S., « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *RTD civ.*, 2010, p. 1.

284 *Ibid.*

285 *Ibid.*

117. Dès lors, si les règles de responsabilité extracontractuelle étaient réellement d'ordre public, le principe de non cumul des responsabilités n'aurait pas de raison d'être. Ce premier argument nous conduit à nier l'impérativité de la responsabilité extracontractuelle et par la même à remettre en cause le principe de prohibition des conventions sur la responsabilité extracontractuelle.

§2. Les solutions tirées des droits spéciaux et du droit comparé

118. Les solutions dégagées dans les droits spéciaux français entraînent également une remise en cause du caractère d'ordre public de la responsabilité extracontractuelle. En effet, certains textes de droit spécial admettent de manière ponctuelle la validité des conventions relatives à la responsabilité extracontractuelle²⁸⁶. C'est le cas en matière de responsabilité du fait des produits défectueux où le législateur français permet la stipulation entre professionnels de clauses atténuant la responsabilité pour les « dommages causés aux biens qui ne sont pas utilisés par la victime principalement pour son usage ou sa consommation privée »²⁸⁷. C'est encore le cas dans le domaine du droit des transports où la loi autorise la limitation de la responsabilité extracontractuelle²⁸⁸. Ces admissions ponctuelles de l'aménagement par convention des règles de responsabilité extracontractuelle sont la preuve que ces dernières ne sont pas d'ordre public²⁸⁹.

119. Aussi, et comme déjà évoqué *supra*²⁹⁰, la position minoritaire du droit français au regard des solutions de droit comparé nous mène à douter de la pertinence du principe de prohibition des conventions sur la responsabilité extracontractuelle. La position du droit belge est particulièrement significative en ce que le juge belge déduit des mêmes textes applicables en droit français un principe de validité des conventions en cause, textes qu'il ne considère pas comme étant d'ordre public, à l'inverse de la position adoptée par le juge français²⁹¹.

120. En définitive, nous pouvons ainsi démontrer que les conventions sur la responsabilité civile extracontractuelle ne sont pas contraires à l'ordre public. D'ailleurs, ces conventions paraissent plutôt servir et renforcer l'ordre public²⁹² tant elles permettent de prévoir à l'avance des

286 Leveneur-Azémar M., *op. cit.*, n° 469.

287 V. article 1245-14 al. 2 du Code civil.

288 Leveneur-Azémar M., *op. cit.*, n° 355 s.

289 Leveneur-Azémar M., *op. cit.*, n° 469.

290 V. *supra*. N° 59 à 83.

291 Comme déjà évoqué *supra*, le Code civil belge est largement inspiré du Code civil français. Cela est particulièrement vrai s'agissant des articles 1382 et 1383 du Code civil relatifs à la responsabilité civile extracontractuelle pour faute.

292 Jossierand L., Cours de droit positif français, t. II, Sirey, 1939, n° 478 et Mazeaud D., « Les contrats portant sur la

solutions « opportunes et équilibrées », en évitant tout recours au pouvoir judiciaire²⁹³. En réalité, ces aménagements « indolores » participent de la « paix sociale »²⁹⁴. La remise en cause de l'impérativité des règles sur la responsabilité extracontractuelle doit nous conduire à envisager un principe de validité des conventions en cause et ainsi s'inscrire dans un mouvement plus général de rapprochement des responsabilités contractuelle et extracontractuelle.

Chapitre II. Le rapprochement des responsabilités contractuelle et extracontractuelle

121. Le principe de prohibition des conventions sur la responsabilité extracontractuelle s'oppose classiquement au principe de validité des conventions en matière contractuelle. Cette différence de régime traditionnelle nous interroge sur la pertinence de la position du droit français en matière extracontractuelle ; notamment au regard du phénomène général de rapprochement des responsabilités contractuelle et extracontractuelle. Nous présenterons d'abord ce mouvement de rapprochement (Section I) avant de le mettre en application en matière de conventions limitatives et exonératoires de responsabilité civile (Section II).

Section I. Présentation du mouvement de rapprochement des responsabilités

122. Traditionnellement, on distingue la responsabilité contractuelle de la responsabilité extracontractuelle (ou délictuelle). Cette distinction constitue la *summa divisio* classique du droit de la responsabilité civile²⁹⁵. Néanmoins, cette présentation fait l'objet depuis plusieurs dizaines d'années de critiques doctrinales qui font état d'un rapprochement des deux ordres de responsabilité²⁹⁶. Nous pouvons observer ce phénomène tant du point de vue du législateur que du point de vue du juge²⁹⁷. Dans la loi, on constate un rapprochement des responsabilités en matière de fait des produits défectueux où le législateur a entrepris de supprimer toute référence au contrat, soumettant alors tout intéressé aux mêmes règles de responsabilité²⁹⁸. On observe encore ce

réparation d'un préjudice », *RDC* n° 113s7, 2016, p. 778.

293 Leveneur-Azémar M., *op. cit.*, n° 87.

294 *Ibid.*

295 Viney G. et Jourdain P., *op. cit.*, n° 242.

296 Chénéde F., « Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuel, une *summa divisio* ? » in *Vers une réforme de la responsabilité civile française, regards croisés franco-québécois*, D., 2018, p. 31 s.

297 Leveneur-Azémar M., *op. cit.*, n° 472.

298 *Ibid.*

phénomène dans le domaine de la responsabilité médicale. En effet, depuis la loi Kouchner de 2002²⁹⁹, la responsabilité des professionnels de santé est devenue une responsabilité légale, dépassant ainsi le clivage traditionnel opposant la responsabilité contractuelle à la responsabilité extracontractuelle³⁰⁰. Plus encore, il est possible de relever un raisonnement analogue en matière de responsabilité du fait des accidents de la circulation dont le régime couvre toutes les victimes, qu'elles soient ou non liées au responsable par un contrat³⁰¹.

123. Un second argument traduit le rapprochement des responsabilités contractuelle et extracontractuelle. Il concerne les notions de faute contractuelle et de faute délictuelle. Depuis un arrêt du 6 octobre 2006³⁰², un tiers au contrat peut invoquer une inexécution contractuelle pour obtenir réparation du dommage qu'il a subi du fait de cette inexécution sur un fondement extracontractuel. Cette nouvelle solution nous mène à confondre la faute contractuelle et la faute délictuelle, si bien que certains auteurs en déduisent une identité des fautes contractuelle et délictuelle³⁰³. La Cour de cassation a réitéré sa position dans un arrêt récent de janvier 2020³⁰⁴. Cette solution souligne l'importance du mouvement de rapprochement qui existe entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle.

124. Dès lors, nous allons étudier en quoi ce phénomène nouveau pourrait être invoqué pour plaider en faveur du renversement du principe de prohibition des conventions sur la responsabilité et ainsi remettre en cause le caractère d'ordre public des règles de responsabilité extracontractuelle.

Section II. Remise en cause de la prohibition par la mise en application du mouvement de rapprochement des responsabilités au régime des conventions sur la responsabilité civile

125. Appliqué au régime des conventions sur la responsabilité civile, le mouvement de rapprochement des responsabilités nous conduit à constater l'impertinence de la différence classique de régime opposant les matières contractuelle et extracontractuelle (§1). Puis, il nous mène ensuite à envisager une unification des régimes en la matière (§2).

299 Loi n° 2002-303 du 5 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

300 On rappelle que depuis l'arrêt Mercier du 20 mai 1936, la Cour de cassation affirmait que la responsabilité médicale est en principe de nature contractuelle.

301 V. article 1er de la loi du 5 juillet 1985 et Leveneur-Azémar M., *op. cit.*, n° 472.

302 Cass. Ass. Plén., 6 octobre 2006, n° 05-13.255, Bull. A. P. n° 9., D. 2006, 2825, obs. Gallmeister.

303 Leveneur-Azémar M., *op. cit.*, n° 474.

304 Cass. Ass. Plén., 13 janvier 2020, n° 17-19.963.

§1. L'impertinence de la différence classique de régime

126. En doctrine, de nombreux auteurs s'opposent à la différence classique de régime qui oppose la responsabilité contractuelle à la responsabilité extracontractuelle en matière de conventions sur la responsabilité. Pour rappel, de telles conventions sont permises en matière contractuelle et prohibées en matière extracontractuelle.

127. Le professeur Brun appelle à relativiser cette opposition traditionnelle par la remise en cause du caractère d'ordre public des règles de responsabilité extracontractuelle. Selon lui, il est difficile de se tenir au seul argument selon lequel les articles 1240 et 1241 du Code civil sont d'ordre public et qu'ils ne peuvent être affectés par une convention³⁰⁵.

128. Pourquoi les règles sont-elles d'ordre public en matière extracontractuelle, de sorte que les conventions sont prohibées, alors qu'elles ne revêtent pas un tel caractère en matière contractuelle ?³⁰⁶ A ce titre, Geneviève Viney et Patrice Jourdain s'interrogent sur la portée du principe de réparation intégrale : pourquoi ce principe aurait-il « une portée impérative en matière délictuelle alors qu'il est considéré comme d'intérêt privé en matière contractuelle »³⁰⁷ ?

A cette question certains répondent que la différence de nature des règles est légitime et se justifie par une « considération relative au créancier »³⁰⁸. En effet, la victime d'une faute délictuelle serait plus « digne d'intérêt » que le « contractant frustré », de sorte que la protection de la première est accrue et que la réparation accordée à la seconde est moins rigoureuse³⁰⁹.

Pourtant, d'autres sont plus sceptiques et doutent de la pertinence de la distinction. L'argument de l'ordre public est contesté et contestable³¹⁰. Absent du domaine contractuel, il s'applique exclusivement au domaine extracontractuel. Cette différence de traitement est incorrecte pour deux raisons. D'une part, on constate en jurisprudence des exceptions au principe de validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité contractuelle. Parfois même, le juge s'appuie sur le caractère d'ordre public des règles pour justifier ces exceptions³¹¹. Aussi, comme

305 Brun P., *op. cit.*, n° 99 et 100.

306 Jacquemin Z., « Les contrats relatifs à la responsabilité », *RDC* n°116n1, 2019, p. 275.

307 Viney G. et Jourdain P., *op. cit.*, n° 214.

308 Le Tourneau P., *op. cit.*, n° 2335.00 s.

309 *Ibid.*

310 V. *supra.* n° 105 s.

311 V. par ex. : V. par ex. : Paris, 25 mars 1954, *JCP* 54, II, 8094, note Rodière à propos de la réparation d'un dommage subi par la personne physique. Le juge de la Cour d'appel énonce dans cet arrêt qu'une convention concernant la réparation d'un dommage corporel est contraire à l'ordre public, même en matière contractuelle.

énoncé *supra*, il est possible de faire le constat inverse dans le domaine extracontractuel où le législateur prévoit ponctuellement des exceptions au principe de prohibition des conventions sur la responsabilité extracontractuelle³¹². D'autre part, un raisonnement opéré à partir de l'identité des fautes contractuelle et délictuelle nous permet de démontrer l'impertinence de la distinction en cause. En effet, si la responsabilité extracontractuelle peut découler d'une faute contractuelle, alors il faut en conclure que faute délictuelle et faute contractuelle présentent un degré de gravité analogue³¹³. Dès lors, les conséquences d'une faute délictuelle devraient pouvoir être aménagées de la même façon que les conséquences d'une faute contractuelle le sont³¹⁴.

129. Ce double constat permet de relativiser la différence classique de régime qui oppose la matière contractuelle à la matière extracontractuelle. La validité de principe des conventions sur la responsabilité contractuelle est atténuée par l'existence d'exceptions légales et jurisprudentielles pendant que le principe de prohibition des conventions sur la responsabilité extracontractuelle est tempéré par l'émergence d'exceptions légales. Il permet également de rendre compte de l'incohérence de la distinction et de mettre en lumière la nécessité d'unifier les régimes.

§2. L'unification nécessaire des régimes

130. Pour la doctrine majoritaire, il paraît autant souhaitable que nécessaire d'unifier les régimes des responsabilités contractuelle et extracontractuelle s'agissant des conventions qui aménagent *ex ante* les règles de responsabilité civile³¹⁵. Dans un contexte de rapprochement des deux ordres de responsabilité, favorable à cette unification, il semble qu'une mise en commun des règles en la matière soit bienvenue. A la manière du droit polonais, il s'agirait alors d'étendre la solution posée en matière de responsabilité contractuelle afin d'admettre la validité des conventions limitatives ou exonératoires de responsabilité extracontractuelle³¹⁶.

131. Le professeur Le Tourneau plaide en ce sens et espère un fusionnement des régimes des responsabilités contractuelle et extracontractuelle relativement aux conventions sur la responsabilité civile et propose un principe général de validité, assorti néanmoins de quelques exceptions³¹⁷. Il convient dès lors d'accorder une place restreinte au caractère d'ordre public des règles de

312 V. *supra*. n° 118 à 120.

313 Leveneur-Azémar M., *op. cit.*, n° 475.

314 *Ibid.*

315 *Ibid.*

316 V. *supra*. n° 66.

317 Le Tourneau P., *op. cit.*, n° 361.

responsabilité civile, réduite aux seules exceptions posées au principe de validité. A cet égard, Mme Leveneur-Azémar dans sa thèse propose d'adopter un critère commun tiré des règles de responsabilité contractuelle. Elle entend en effet de prendre en compte l'existence ou non d'un déséquilibre structurel entre les parties afin de valider ou non la convention limitative ou exonératoire de responsabilité, tant dans le domaine contractuel que dans le domaine extracontractuel. Il s'agirait alors d'étendre le critère actuel utilisé en matière contractuelle³¹⁸.

132. En définitive, la différence de régime qui oppose traditionnellement la matière contractuelle à la matière extracontractuelle s'agissant des conventions de responsabilité n'étant pas pertinente et le caractère d'ordre public des règles de responsabilité extracontractuelle, absent ; il convient dès lors d'unifier les régimes en la matière et de proposer un principe général de validité de ces conventions. Il s'agit de proposer une solution plus cohérente et plus équilibrée, inspirée notamment du droit comparé et des critiques doctrinales que nous venons d'exposer. L'ouverture de l'admission des conventions sur la responsabilité extracontractuelle est souhaitable. C'est d'ailleurs dans ce sens que les rédacteurs du projet de réforme de la responsabilité civile se dirigent en proposant un principe de validité assorti de quelques exceptions.

318 Leveneur-Azémar M., *op. cit.*, n° 477.

Titre II. Vers une solution plus équilibrée inspirée du droit comparé

133. Le développement final de notre étude consiste à consacrer en droit prospectif français un principe de validité des conventions sur la responsabilité civile extracontractuelle. Nous analyserons à cet égard les propositions faites par le projet de réforme de la responsabilité civile en droit français présenté en mars 2017³¹⁹ mais aussi et plus généralement les propositions faites en doctrine s'agissant de l'introduction en droit français d'un principe d'admission (Chapitre I). Puis, nous présenterons les améliorations possibles en la matière en proposant un affinement des contours des règles relatives aux conventions sur la responsabilité extracontractuelle (Chapitre II).

Chapitre I. L'affirmation de la validité des conventions sur la responsabilité extracontractuelle

134. Plusieurs auteurs en doctrine se sont prononcés en faveur d'une admission de la validité des conventions sur la responsabilité civile extracontractuelle. Ces propositions semblent avoir été reprises par les dispositions du projet de réforme de la responsabilité civile qui consacre un principe général de validité des conventions sur la responsabilité en matières contractuelle et extracontractuelle. Néanmoins, la doctrine, au même titre que le projet de réforme, entend limiter ce principe de validité et énonce à ce titre certaines exceptions. Dès lors, nous présenterons d'abord les propositions relatives à l'introduction d'un principe de validité des conventions sur la responsabilité extracontractuelle en droit français (Section I) avant d'exposer les limites apportées à cette admission de principe (Section II). Nous étudierons à la fois les dispositions du projet de réforme de la responsabilité civile mais aussi les propositions faites en doctrine.

Section I. La validité des conventions sur la responsabilité extracontractuelle

135. A ce stade, il est important de nous placer sur le terrain du droit prospectif et d'affirmer l'introduction en droit français d'un principe de validité des conventions sur la responsabilité civile extracontractuelle. Plusieurs propositions ont été formulées en ce sens (§1) avant que les rédacteurs du projet de réforme de la responsabilité civile ne reprennent cette affirmation (§2).

319 Projet de réforme de la responsabilité civile, mars 2017, présenté le 13 mars 2017 par Jean-Jacques Urvoas, garde des sceaux, ministre de la justice, suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016.

§1. Doctrine et principe de validité

136. En doctrine, une large majorité d'auteurs prône l'admission en droit français d'un principe de validité des conventions sur la responsabilité extracontractuelle. Chacun d'eux vantent les mérites d'un tel aménagement conventionnel des règles de responsabilité en mettant notamment en exergue son utilité pratique. Conclues entre des agents « prévoyants »,³²⁰ ces conventions permettent une plus grande prévisibilité pour les parties et évitent de se rendre devant un juge. Aussi, il est nécessaire que le principe en la matière soit renversé et ces conventions, validées.

137. Dans sa thèse, M. Conte fonde la validité de principe des conventions limitatives et exonératoires de responsabilité extracontractuelle sur la volonté. Il démontre que cette dernière revêt un rôle très important en droit de la responsabilité civile extracontractuelle et soutient que ce rôle pourrait être davantage renforcé par la biais de l'introduction d'un principe de validité des conventions sur la responsabilité extracontractuelle en droit français³²¹. C'est cette même volonté qui doit permettre que des personnes puissent aménager entre elles la répartition des risques relatifs à la responsabilité civile extracontractuelle qu'elles encourent³²². La professeure Fabre-Magnan évoque à cet effet un « prolongement du phénomène de disponibilité du droit de la responsabilité »³²³. Toutefois, nous devons nous efforcer d'assurer un équilibre entre la disponibilité du droit de la responsabilité et la réduction des dangers que ces conventions peuvent créer³²⁴.

138. Pour cela, certains auteurs proposent d'opérer des distinctions supplémentaires en la matière. A cet égard, le professeur Genicon entend distinguer le régime des clauses exonératoires de responsabilité extracontractuelle du régime des clauses limitatives de responsabilité extracontractuelle³²⁵. Il envisage de valider d'une manière générale les conventions limitatives en ce que les impératifs de dissuasion des comportements déviants et de garantie d'une réparation minimale ne sont pas atteints. Or, la solution est moins générale pour les conventions exonératoires pour lesquelles il préconise de distinguer selon le fait générateur de responsabilité encouru³²⁶.

320 Leveneur-Azémar M., *op. cit.*, n° 481.

321 Conte H., *Volonté et droit de la responsabilité civile*, thèse, PUAM, 2017.

322 Fabre-Magnan M., *op. cit.*, n° 446.

323 *Ibid.*

324 Veyre L., « Quel avenir pour les clauses et contrats excluant ou limitant la réparation ? », *CCC* n° 12, décembre 2016, étude 13.

325 Genicon T., « L'immunité et les clauses de responsabilité », in Deshayes O. (dir.), *Les immunités de responsabilité civile*, CEPRISSCA, PUF, 2009, p. 125.

326 *Ibid.* Le professeur Genicon propose une différence de traitement entre la responsabilité pour faute et la responsabilité sans faute. Nous ne nous y attarderons pas ici puisque cette distinction a été reprise par les rédacteurs du projet de réforme que nous étudierons *infra*. n° 141 s.

De la même façon, le doyen Savatier annonce une distinction selon la nature de la règle violée³²⁷. Pour lui, il est possible de conclure une convention exonératoire de responsabilité extracontractuelle dès lors que la faute de l'auteur n'atteint pas un certain seuil de gravité³²⁸.

139. Par ailleurs, d'autres auteurs comme le professeur Le Tourneau bannissent l'introduction de distinctions supplémentaires, considérées comme « d'application délicate dans un domaine déjà trop complexe »³²⁹. Dès lors, il propose d'opérer une unification des régimes des deux ordres de responsabilité civile. Dans cette configuration, les conventions sur la responsabilité civile seraient en principe valables sauf faute lourde ou faute intentionnelle³³⁰.

140. En définitive, et d'une manière générale, la doctrine s'accorde pour valider les conventions sur la responsabilité civile extracontractuelle. Certains souhaitent abolir le principe de nullité de ces conventions en droit positif français ; d'autres proposent de l'atténuer³³¹. Les rédacteurs du projet de réforme ont proposé une solution de compromis.

§2. Projet de réforme et principe de validité

141. Le projet de réforme de la responsabilité civile en droit français comprend trois dispositions relatives aux conventions sur la responsabilité civile. Les articles 1281, 1282 et 1283 du projet sont insérés dans une section intitulée « les clauses excluant ou limitant la responsabilité », elle-même composante du chapitre « clauses portant sur la responsabilité ». Ces dispositions figurent plus généralement dans le titre III du livre III du Code civil et sont inspirées de l'avant-projet de loi du 29 avril 2016³³² mais également des projets « Catala »,³³³ et « Terré »³³⁴.

142. Tant l'avant-projet que le projet de réforme proposent un renversement du principe en matière de conventions sur la responsabilité civile extracontractuelle. En effet, l'article 1281 alinéa 1er du projet dispose, à l'instar de l'article 1281 de l'avant-projet, que « les clauses ayant pour objet ou pour effet d'exclure ou de limiter la responsabilité sont en principe valables, aussi bien en

327 Savatier R., *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. II, LGDJ, 1939, n° 664.

328 Le Tourneau P., *op. cit.*, n° 361 s.

329 *Ibid.*

330 Nous ne développerons pas ici l'idée d'unification des régimes des deux ordres de responsabilité. V. *supra*. n° 130 s.

331 Le Tourneau P., *op. cit.*, n° 361.

332 Avant-projet de loi réforme de la responsabilité civile du 26 avril 2016.

333 V. articles 1382 à 1382-4 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription du 22 septembre 2005 dit projet « Catala ».

334 Terré F., (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité*, D., Thèmes et commentaires, 2011.

matière contractuelle qu'extracontractuelle ». Les rédacteurs inversent ainsi le principe et l'exception³³⁵ et apportent une innovation majeure en matière extracontractuelle. Le projet de réforme procède à un abandon de la distinction de régime qui opposait responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle. Le principe de validité des conventions sur la responsabilité civile est général³³⁶ ; et il n'y a pas de doute possible : les rédacteurs du projet ont pris le soin de préciser que le principe vaut « aussi bien en matière contractuelle qu'extracontractuelle »³³⁷. On constate ainsi que les rédacteurs semblent avoir entendu les critiques formulées en doctrine et s'inscrivent plus largement dans le mouvement de rapprochement des ordres de responsabilité.

143. Le renversement annoncé du principe en matière de responsabilité civile extracontractuelle constitue une nouveauté importante. Il a le mérite de combler un vide juridique et de répondre aux impératifs d'accessibilité, d'intelligibilité et de prévisibilité de la loi³³⁸. L'introduction d'un principe général d'admission des conventions sur la responsabilité civile est source de sécurité juridique et d'équilibre³³⁹. Surtout, elle permet un alignement du droit français sur les droits européens³⁴⁰, contribuant ainsi à l'attractivité du droit français en la matière.

144. Les différences entre l'avant-projet de 2016 et le projet de 2017 sont mineures. D'abord, l'avant-projet insère les textes en cause dans le chapitre relatif aux effets de la responsabilité pendant que le projet introduit un chapitre spécifiquement dédié aux clauses portant sur la responsabilité³⁴¹. Ensuite, on parle désormais de clauses alors que l'avant-projet parlait de contrats³⁴². On note également une simplification générale de la rédaction des textes³⁴³. Enfin, certaines modifications ont été effectuées quant au contenu des dispositions. On compte notamment deux changements importants. Le premier concerne l'abandon par le projet de 2017 de la condition d'acceptation de la clause³⁴⁴. Initialement, l'avant-projet de réforme de 2016 conditionnait l'effet d'une convention sur la responsabilité extracontractuelle à son acceptation non équivoque par la

335 Fabre-Magnan M., *op. cit.*, n° 446.

336 Veyre L., « Quel avenir pour les clauses et contrats excluant ou limitant la réparation ? », *CCC* n° 12, décembre 2016, étude 13.

337 V. article 1281 du projet de réforme.

338 Mazeaud D., « Les contrats portant sur la réparation d'un préjudice », *RDC* n° 113s7, 2016, p. 778.

339 Veyre L., « Quel avenir pour les clauses et contrats excluant ou limitant la réparation ? », *CCC* n° 12, décembre 2016, étude 13.

340 *Ibid.* et Mazeaud D., « Les contrats portant sur la réparation d'un préjudice », *RDC* n° 113s7, 2016, p. 778.

341 Jacquemin Z., « Les contrats relatifs à la responsabilité », *RDC* n°116n1, 2019, p. 275.

342 Veyre L., « Quel avenir pour les clauses et contrats excluant ou limitant la réparation ? », *CCC* n° 12, décembre 2016, étude 13.

343 Zoé Jacquemin note à ce titre une interversion des articles 1282 et 1283 du projet et souligne la cohérence de la décision en ce qu'il est plus pertinent de traiter en premier du cas le plus fréquent (à savoir la matière contractuelle) et en second du cas plus rare (la matière extracontractuelle) : Jacquemin Z., « Les contrats relatifs à la responsabilité », *RDC* n°116n1, 2019, p. 275.

344 V. article 1282 de l'avant-projet de réforme et article 1283 du projet de réforme.

victime. Cette exigence a été supprimée par les rédacteurs du projet de réforme, jugeant qu'elle faisait double emploi avec le droit commun des contrats³⁴⁵. La seconde modification concerne l'ajout dans le projet de réforme de l'expression « ou pour effet ». Sont désormais visées les clauses qui ont pour objet mais aussi simplement pour effet de limiter ou d'exclure la responsabilité³⁴⁶. Ce changement tend à élargir le champ d'application du principe de validité des conventions sur la responsabilité civile extracontractuelle³⁴⁷.

145. En définitive, le projet de réforme de la responsabilité civile en droit français présenté en mars 2017 consacre en droit prospectif un principe général de validité des conventions limitatives et exclusives de responsabilité civile. Il opère un renversement du principe de nullité en droit positif et innove largement en la matière. Pour autant, ce principe d'admission n'est pas absolu. En effet, les rédacteurs du projet de réforme ont prévu des limites à cette validité. En doctrine, la plupart des auteurs préconisaient déjà l'édiction d'exceptions au principe de validité.

Section II. Les limites au principe de validité des conventions sur la responsabilité extracontractuelle

146. Nous reprendrons une distinction décrite *supra* relativement aux limites du principe de validité des conventions sur la responsabilité extracontractuelle en droit comparé. Nous analyserons d'une part les limites tenant à la validité des conventions sur la responsabilité extracontractuelle (§1) et d'autre part les limites relatives à l'efficacité de ces conventions (§2).

§1. Les limites à la validité des conventions

147. En doctrine, de nombreux auteurs ont plaidé en faveur d'une limitation de l'interdiction des conventions sur la responsabilité civile extracontractuelle en droit positif aux seules conventions sur les dommages à la personne³⁴⁸. Ces auteurs proposaient ainsi un principe de validité de ces conventions certes général mais limité dans certains cas de figure.

345 Veyre L., « Quel avenir pour les clauses et contrats excluant ou limitant la réparation ? », CCC n° 12, décembre 2016, étude 13 : l'auteur relève que la condition d'acceptation non équivoque a également été supprimée s'agissant de la matière contractuelle puisque toute clause doit répondre à une exigence de connaissance.

346 Jacquemin Z., « Les contrats relatifs à la responsabilité », RDC n°116n1, 2019, p. 275.

347 Borghetti J.-S., « Un pas de plus vers la réforme de la responsabilité civile : présentation du projet de réforme rendu public le 13 mars 2017 », D., 2017, p. 770.

348 V. par ex. : Mazeaud MM., *Obligations*, t. III, n° 2575.

148. La principale restriction de la validité des conventions portant sur la responsabilité extracontractuelle concerne l'atteinte à la personne. Cette limite s'explique par la contrariété à l'ordre public d'une convention qui aménagerait la réparation d'un dommage corporel. En la matière, toute convention d'irresponsabilité, totale ou partielle, doit être annulée dès lors que le corps humain est hors du commerce juridique³⁴⁹. Dans sa thèse, M. Abras préconise une restriction similaire en s'appuyant sur les « exigences de morale sociale »³⁵⁰. Il s'agit de protéger un « impératif d'indemnisation du préjudice corporel »³⁵¹. Cependant, certains auteurs ont contesté l'argument selon lequel le corps humain est hors du commerce juridique, estimant que les conventions portant sur la responsabilité extracontractuelle se contentent d'aménager le montant de la réparation du dommage corporel de la victime éventuelle et non d'autoriser une telle atteinte³⁵². Toujours est-il qu'aujourd'hui, la doctrine majoritaire s'accorde pour ériger l'atteinte à la personne physique comme une limite majeure à la validité des conventions sur la responsabilité extracontractuelle.

149. Les rédacteurs des différents projets de réforme posaient déjà une telle réserve³⁵³, considérant que les conventions sur la responsabilité extracontractuelle ne sauraient limiter ou exclure la réparation d'un dommage corporel³⁵⁴. Le dernier projet de réforme de mars 2017 va dans le même sens et énonce que « la responsabilité ne peut être limitée ou exclue par contrat en cas de dommage corporel »³⁵⁵. Ce texte introduit une nouveauté importante en droit prospectif français.

150. Pour autant, cette innovation paraît « prévisible »³⁵⁶ et cohérente. En effet, plusieurs dispositions spéciales interdisent ou limitent les conventions exclusives de responsabilité en cas de dommage corporel³⁵⁷. Surtout, cette disposition s'inscrit dans un mouvement plus général de surprotection de l'individu qui subit un dommage corporel. Le dommage corporel constitue une atteinte « plus grave »³⁵⁸ que les autres et le droit commun tend à favoriser son indemnisation. Cette faveur se traduit notamment par l'introduction d'un délai de prescription spécifique à l'action en indemnisation des victimes de dommages corporels³⁵⁹.

349 Starck B., Roland H. et Boyer L., *op. cit.*, n° 1365.

350 Abras J., *op. cit.*, n° 170 s.

351 Mazeaud D., *Le régime de l'obligation de sécurité*, in Colloque sur l'obligation de sécurité, *Gaz. Pal.* 1997, n° 37.

352 Mazeaud D., « Les clauses limitatives de réparation », in *Les obligations en droit français et en droit belge, convergences et divergences*, Bruylant/Dalloz, 1994, p. 168.

353 Jacquemin Z., « Les contrats relatifs à la responsabilité », *RDC* n°116n1, 2019, p. 275.

354 V. article 1386-33 de la prop. loi, article 48 al. 2 du projet Terré et article 1382-1 du projet Catala.

355 Article 1281 al. 2 du projet de réforme.

356 Veyre L., « Quel avenir pour les clauses et contrats excluant ou limitant la réparation ? », *CCC* n° 12, décembre 2016, étude 13.

357 Illustration : article 1385-15 du Code civil en matière de responsabilité du fait des produits défectueux.

358 Thibierge L., *Les contrats limitant ou excluant la responsabilité (art. 1281 à 1283)* (en ligne), 22 août 2016 (consulté le 19 avril 2020), disponible sur : <https://reforme-obligations.dalloz.fr>.

359 V. article 2226 du Code civil : délai de prescription de dix ans.

151. Dès lors, on observe que doctrine et projet de réforme de la responsabilité civile s'entendent pour accorder une protection notable à l'atteinte à la personne physique, limitant ainsi la validité des conventions sur la responsabilité civile extracontractuelle. Néanmoins, nous ne retrouvons pas le même constat d'accord s'agissant des limites à l'efficacité de ces conventions³⁶⁰.

§2. Les limites à l'efficacité des conventions

152. Les limites à l'efficacité des conventions annoncées sont multiples. En doctrine, les auteurs proposent des restrictions différentes s'agissant de l'efficacité des conventions qui aménagent *ex ante* les règles de responsabilité civile extracontractuelle. A cet égard, le professeur Le Tourneau entend limiter l'efficacité des conventions sur la responsabilité extracontractuelle en cas de faute lourde ou de faute intentionnelle³⁶¹. Comme déjà évoqué *supra*, il propose en réalité un alignement des régimes des deux ordres de responsabilité. Pour rappel, en droit positif français, les clauses limitatives ou élusives de responsabilité contractuelle sont valables sauf en cas de faute lourde ou de faute intentionnelle³⁶². En la matière, la jurisprudence assimile le dol à la faute lourde³⁶³. Elle ajoute que la faute lourde se déduit de la gravité du comportement du débiteur³⁶⁴. La faute intentionnelle se caractérise par la volonté de son auteur de causer le dommage. Limiter l'efficacité des conventions sur la responsabilité extracontractuelle en cas de faute lourde ou de faute intentionnelle reviendrait ainsi à calquer le régime des clauses limitatives et exclusives de responsabilité contractuelle en matière extracontractuelle.

153. D'autres auteurs avancent des solutions différentes quant à l'efficacité de ces conventions. Starck propose de restreindre l'interdiction des conventions sur la responsabilité extracontractuelle aux seuls cas de responsabilité subjective³⁶⁵. Dès lors, serait affectée l'efficacité des conventions limitatives ou exclusives de responsabilité extracontractuelle pour faute prouvée de l'auteur du dommage³⁶⁶. Cette position a été reprise par les rédacteurs du projet de réforme³⁶⁷.

360 Abras J., *op. cit.*, n° 142.

361 Le Tourneau P., *op. cit.*, n° 361 s.

362 Brun P., *op. cit.*, n° 100.

363 Cass. com., 7 mai 1980, *JCP* 1980. II. 19473, note Rodière, *D.* 1981. 245, note Chabas.

364 V. par ex. : Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11.841, *JCP G* 2010, n° 1790, obs. Stoffel-Munck Ph. ; *D.* 2010, 1832, note. Mazeaud D. ; *RLDC* nov. 2010, n° 3994, note Pimont S.

365 Starck B., « Observations sur le régime des clauses de non-responsabilité ou limitatives de responsabilité, *D.*, 1974, *Chron.*, p. 157.

366 Starck B., Roland H. et Boyer L., *op. cit.*, n° 1364.

367 V. *infra*. n° 154.

Dans sa thèse, M. Abras suggère une présentation originale en limitant l'efficacité des conventions en cas de « faute de malveillance dommageable »³⁶⁸. Il définit cette notion comme la « faute volontaire qui implique l'intention de causer un dommage en son principe et qui reste caractérisée même si l'agent n'a pas précisément voulu toutes les conséquences dommageables de son action »³⁶⁹. Cette conception rappelle celle du droit québécois en la matière³⁷⁰. Par ailleurs, dans sa monographie, Mme Leveneur-Azémar propose une autre approche fondée sur le critère du déséquilibre structurel³⁷¹. Cette solution permet la prise en compte du déséquilibre entre les parties, cas de figure dans lequel toute convention sur la responsabilité extracontractuelle est prohibée. À l'inverse, la convention est valable en l'absence de déséquilibre entre les parties. Cette proposition participe au mouvement favorable à l'unification des régimes des deux ordres de responsabilité³⁷².

154. De son côté, le projet de réforme de la responsabilité civile en droit français limite l'efficacité des conventions sur la responsabilité extracontractuelle aux seuls cas de responsabilité sans faute. En effet, son article 1283 dispose qu'« en matière extracontractuelle, on ne peut exclure ou limiter la responsabilité pour faute ». Nous déduisons d'une lecture *a contrario* de ce texte que les conventions sur la responsabilité en la matière ne sont valables que pour limiter ou exclure des cas de responsabilité sans faute. Cette disposition traduit l'existence d'une différence de traitement entre les deux ordres de responsabilité. En effet, l'article 1282 du projet de réforme énonce qu'« en matière contractuelle, les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité n'ont point d'effet en cas de faute lourde ou dolosive. Elles sont réputées non écrites lorsqu'elles privent de sa substance l'obligation essentielle du débiteur ». À la lecture de ces deux dispositions, nous comprenons que les limites à l'efficacité des conventions sur la responsabilité civile diffèrent selon que l'on soit en matière contractuelle ou en matière extracontractuelle.

155. En définitive, nous pouvons observer que les auteurs en doctrine et les rédacteurs du projet de réforme de la responsabilité civile s'accordent sur l'introduction en droit français d'un principe de validité des conventions sur la responsabilité civile extracontractuelle. Néanmoins, ce principe souffre de limites étendues³⁷³ dont le champ d'application altère la substance même de la validité de ces conventions. Ainsi, nous achèverons notre étude en proposant une approche du principe de validité en droit prospectif français visant à affiner les contours du principe.

368 Abras J., *op. cit.*, n° 166 et 186 s.

369 Abras J., *op. cit.*, n° 189.

370 V. *supra*. n°97.

371 Leveneur-Azémar M., *op. cit.*, n° 388 s.

372 Leveneur-Azémar M., *op. cit.*, n° 477 s.

373 Veyre L., « Quel avenir pour les clauses et contrats excluant ou limitant la réparation ? », CCC n° 12, décembre 2016, étude 13.

Chapitre II. L'affinement des règles relatives aux conventions sur la responsabilité extracontractuelle

156. Le projet de réforme de la responsabilité civile présenté en mars 2017 constitue une « avancée notable »³⁷⁴ en droit français. Il est source d'une plus grande sécurité juridique en matière de conventions sur la responsabilité extracontractuelle. Néanmoins, nous pouvons légitimement nous demander si l'apport du projet de réforme parvient effectivement à un équilibre entre la liberté contractuelle annoncée et la protection des parties³⁷⁵. Dès lors, nous proposerons certaines améliorations en la matière afin d'affiner le renversement annoncé des règles relatives aux conventions sur la responsabilité civile extracontractuelle. Nous plaiderons d'abord en faveur de l'assouplissement du principe de validité des conventions (Section I). Puis, nous tenterons de perfectionner le régime des conventions sur la responsabilité extracontractuelle (Section II).

157. En préambule, il convient de revenir sur la place des dispositions du projet de réforme dans le Code civil. Pour rappel, ces textes sont situés dans le chapitre V relatif aux clauses portant sur la responsabilité. Toutefois, ces dispositions auraient pu être inscrites dans le chapitre III qui traite des causes d'exonération ou d'exclusion de la responsabilité³⁷⁶. En effet, les conventions sur la responsabilité civile traitent des causes d'exonération de la responsabilité. La création d'un chapitre unique portant sur les exonérations et les limitations de responsabilité permettrait de simplifier la lecture du droit de la responsabilité civile et d'apporter plus de clarté au projet de réforme.

Section I. L'assouplissement nécessaire du principe de validité des conventions sur la responsabilité extracontractuelle

158. Si les propositions des rédacteurs du projet de réforme, inspirées de la doctrine française et du droit comparé, consacrent un « hommage à la liberté contractuelle »³⁷⁷, il apparaît en réalité que le domaine d'application du principe de validité des conventions sur la responsabilité extracontractuelle est fortement réduit (§1). Cette place résiduelle du principe nous mène à plaider en faveur d'une plus large exploitation du principe d'admission en matière extracontractuelle (§2).

374 Thibierge L., *Les contrats limitant ou excluant la responsabilité (art. 1281 à 1283)* (en ligne), 22 août 2016 (consulté le 19 avril 2020), disponible sur : <https://reform-obligations.dalloz.fr>.

375 Jacquemin Z., « Les contrats relatifs à la responsabilité », *RDC* n°116n1, 2019, p. 275.

376 Borghetti J.-S., « Un pas de plus vers la réforme de la responsabilité civile : présentation du projet de réforme rendu public le 13 mars 2017 », *D.*, 2017, p. 770.

377 Thibierge L., *Les contrats limitant ou excluant la responsabilité (art. 1281 à 1283)* (en ligne), 22 août 2016 (consulté le 19 avril 2020), disponible sur : <https://reform-obligations.dalloz.fr>.

§1. Le champ d'application réduit du principe de validité des conventions

159. Le projet de réforme de la responsabilité civile présenté en mars 2017 prend le contrepied du droit positif français et annonce un renversement de la jurisprudence traditionnelle s'agissant des conventions sur la responsabilité civile extracontractuelle. Il constitue ainsi une innovation importante. De prime abord, le domaine d'application du principe de validité présenté à l'article 1281 du projet de réforme paraît assez large puisqu'il englobe à la fois les conventions qui ont pour objet de limiter ou d'exclure la responsabilité extracontractuelle encourue et celles ayant simplement pour effet la limitation ou l'exclusion de responsabilité civile. Cependant, il apparaît en réalité que le principe de validité est fortement réduit dans son champ d'application³⁷⁸.

160. Les limites du principe de validité semblent si étendues qu'elles altèrent la substance même du principe. L'exclusion générale de la faute inscrite à l'article 1283 du projet de réforme restreint vigoureusement la réalité de l'admission en matière extracontractuelle. En effet, la plupart des cas de figure en la matière sont tirés de la responsabilité pour faute. C'est sur ces exemples que la doctrine s'appuie pour plaider en faveur d'un principe de validité. Or, le projet de réforme admet certes un tel principe, mais prohibe les conventions sur la responsabilité extracontractuelle en cas de faute. A cet égard, certains auteurs relèvent que le principe de validité est réduit à « peau de chagrin »³⁷⁹. Finalement, le principe d'admission ne traduit pas vraiment une innovation compte tenu de l'importance des limites annoncées à l'efficacité des conventions sur la responsabilité³⁸⁰.

161. Dès lors, il apparaît nécessaire d'apporter davantage de nuances à l'admission des conventions sur la responsabilité civile extracontractuelle en exploitant plus largement leur validité.

§2. Vers une exploitation étendue du principe de validité des conventions

162. Eu égard au champ d'application résiduel du principe de validité des conventions sur la responsabilité civile, il convient de prendre la voie d'un système plus nuancé en exploitant davantage l'admission en matière extracontractuelle. Il est nécessaire d'assouplir le principe de validité en élargissant son domaine d'application³⁸¹.

378 Jacquemin Z., « Les contrats relatifs à la responsabilité », *RDC* n°116n1, 2019, p. 275.

379 *Ibid.*

380 Thibierge L., *Les contrats limitant ou excluant la responsabilité (art. 1281 à 1283)* (en ligne), 22 août 2016 (consulté le 19 avril 2020), disponible sur : <https://reforme-obligations.dalloz.fr>.

381 Le Tourneau P., *op. cit.*, n° 2335.24.

163. Pour cela, nous proposerons d'unifier les régimes des deux ordres de responsabilité afin de véritablement calquer le régime posé en matière contractuelle à la matière extracontractuelle. Le rapport du groupe de travail présenté à la Cour d'appel de Paris en avril 2019 plaide en faveur de cette unification, s'interrogeant sur la « pertinence de la différence de traitement »³⁸² que le projet de réforme opère entre la matière contractuelle et la matière extracontractuelle. Alors que seule la faute intentionnelle ou la faute lourde fait obstacle à la validité des conventions en matière contractuelle, n'importe quelle faute vient limiter l'admission en matière extracontractuelle.

164. Il est vrai que le critère de distinction ne va pas de soi³⁸³. Pourquoi pourrait-on exclure ou limiter la responsabilité encourue pour une faute simple en matière contractuelle et non en matière extracontractuelle ? Sur ce point, la doctrine est partagée.

Pour certains auteurs, il n'est pas pertinent³⁸⁴. Selon eux, les rédacteurs du projet de réforme auraient dû prévoir un rapprochement des deux responsabilités, soit dans le sens d'une responsabilité plus stricte en limitant le principe de validité en cas de faute, quelle que soit sa gravité et tant en matière contractuelle qu'extracontractuelle ; soit dans le sens d'une plus grande liberté contractuelle en limitant le principe de validité uniquement en cas de caractérisation d'une faute d'une certaine gravité telle une faute intentionnelle ou une faute lourde³⁸⁵.

Pour d'autres, cette différence de traitement est opportune puisque les spécificités de la matière contractuelle justifient que l'on tolère la faute simple. A l'inverse, un régime trop strict diminuerait l'utilité des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité contractuelle³⁸⁶. Il reste que le rapprochement n'a pas été retenu par le projet de réforme.

165. En définitive, nous pouvons reprocher aux rédacteurs du projet de réforme l'absence de rapprochement des régimes des deux ordres de responsabilité s'agissant des conventions qui aménagent *ex ante* la responsabilité civile. Nous regrettons également la place résiduelle du principe de validité en matière extracontractuelle et proposons ainsi une plus large exploitation du principe³⁸⁷.

382 Rapport du groupe de travail, Cour d'appel de Paris, « *La réforme du droit français de la responsabilité civile et les relations économiques* », avril 2019, Université de Versailles Saint-Quentin en Yvelines.

383 Genicon T., « L'immunité et les clauses de responsabilité », in Deshayes O. (dir.), *Les immunités de responsabilité civile*, CEPRISCA, PUF, 2009, p. 125.

384 Jacquemin Z., « Les contrats relatifs à la responsabilité », *RDC* n°116n1, 2019, p. 275.

385 Veyre L., « Quel avenir pour les clauses et contrats excluant ou limitant la réparation ? », *CCC* n° 12, décembre 2016, étude 13.

386 *Ibid.*

387 *Ibid.*

Section II. Le perfectionnement du régime des conventions sur la responsabilité extracontractuelle

166. L'assouplissement du principe de validité des conventions sur la responsabilité extracontractuelle nécessite de perfectionner le régime de ces conventions d'une part en améliorant leur efficacité (§1) ; d'autre part en précisant leur régime et leur mise en œuvre pratique (§2).

§1. Améliorer l'efficacité des conventions

167. L'amélioration de l'efficacité des conventions sur la responsabilité civile extracontractuelle complète l'assouplissement du principe de validité. En effet, il s'agit de réduire le champ d'application des limites annoncées, étendant ainsi le domaine de l'admission. Nous ne remettons pas en cause la limite annoncée de l'atteinte à la personne physique tant celle-ci est prévisible et parfaitement concevable. D'ailleurs, certains auteurs ont même plaidé en faveur d'un renforcement de la protection des victimes de dommages corporels en proposant la mise en place d'un régime spécifique propre à l'indemnisation de l'atteinte à la personne physique³⁸⁸.

168. En revanche, s'agissant de la limite annoncée de la faute, il y a lieu de s'interroger. D'abord, l'article 1283 du projet de réforme paraît remettre en cause la réalité du renversement souhaité par les rédacteurs du projet. L'article 1281 du même texte consacre un principe général de validité des conventions en matière contractuelle et en matière extracontractuelle. Ce faisant, il procède à un renversement de la solution de prohibition posée par le juge français en la matière. Pour autant, l'article 1283 pose une limite majeure à cette validité en réservant le cas de la responsabilité pour faute. C'est ce même cas de responsabilité pour faute qui fonde le principe de prohibition en droit positif. Dès lors, en réservant l'exception de la faute, le projet de réforme ne fait que reprendre la jurisprudence actuelle. Les rédacteurs du projet de réforme ne cassent pas la jurisprudence en la matière mais la consacrent en grande partie. Simplement, la jurisprudence qui était le principe devient une exception. Il reste que le projet de réforme permet de conclure des conventions sur la responsabilité extracontractuelle en dehors des limites du dommage corporel et de la faute, chose que le juge n'admet pas en droit positif. Ainsi, la réserve de la responsabilité pour faute nous mène à reconsidérer l'impact des propositions du projet de réforme en la matière.

388 Illustration : Thibierge L., *Les contrats limitant ou excluant la responsabilité (art. 1281 à 1283)* (en ligne), 22 août 2016 (consulté le 19 avril 2020), disponible sur : <https://reforme-obligations.dalloz.fr>.

169. Ensuite, il y a lieu de relever que le principe devenu exception inscrit à l'article 1283 du projet constitue certes une limite à la validité des conventions, mais son champ d'application est très étendu. Il implique que l'existence de n'importe quelle faute, quelle que soit sa gravité, prive d'effet toute convention limitative ou exonératoire de responsabilité extracontractuelle. Cette limite paraît trop stricte et semble affecter fortement la réalité du principe général de validité des conventions³⁸⁹. Il convient dès lors d'assouplir le système proposé en apportant davantage de nuances³⁹⁰. En doctrine, les auteurs appellent à un affinement nécessaire de la notion de faute afin que toute faute n'entraîne pas systématiquement l'inefficacité des conventions sur la responsabilité extracontractuelle. La plupart d'entre eux plaident en faveur d'un cantonnement de l'interdiction de l'exclusion ou de la limitation de la responsabilité extracontractuelle au cas de la faute intentionnelle³⁹¹. On retrouve à nouveau l'idée d'un rapprochement des régimes des deux ordres de responsabilité en la matière : il s'agirait ici de rendre la limite de la faute intentionnelle commune aux conventions sur la responsabilité contractuelle et sur la responsabilité extracontractuelle³⁹². D'autres auteurs proposent de restreindre la prohibition non seulement à la faute intentionnelle mais aussi à la faute lourde³⁹³. Plus largement, M. Abras prône dans sa thèse une limitation de l'interdiction à la faute de malveillance³⁹⁴.

170. Le principal risque de la réserve annoncée de la faute réside dans le contournement des règles. Puisqu'une convention sur la responsabilité extracontractuelle serait rendue inefficace en cas de faute, la victime cherchera à agir sur le terrain de la responsabilité pour faute plutôt que sur celui de la responsabilité sans faute afin d'écartier l'application de la convention initialement conclue entre elle et l'auteur du dommage³⁹⁵. Ce contournement affecte l'efficacité des conventions en pratique.

171. En définitive, il est primordial de revoir la rédaction de l'article 1283 du projet de réforme en assouplissant la réserve de la faute. Il convient de limiter la prohibition des conventions limitatives et exonératoires de responsabilité civile extracontractuelle au seul cas de la faute intentionnelle. *A minima*, il paraît nécessaire de calquer le régime en matière extracontractuelle sur la matière contractuelle en excluant seulement les cas de faute intentionnelle et de faute lourde³⁹⁶.

389 V. *supra*. n° 159 s.

390 Le Tourneau P., *op. cit.*, n° 2335.24.

391 Leveneur L., note sous Cass. 1^{er} civ., 5 juillet 2017, 16-13.407, CCC n° 11, novembre 2017, comm. 217.

392 Thibierge L., *Les contrats limitant ou excluant la responsabilité (art. 1281 à 1283)* (en ligne), 22 août 2016 (consulté le 19 avril 2020), disponible sur : <https://reforme-obligations.dalloz.fr>.

393 Le Tourneau P., *op. cit.*, n° 2335.24.

394 Abras J., *op. cit.*, n° 363 s.

395 Veyre L., « Quel avenir pour les clauses et contrats excluant ou limitant la réparation ? », CCC n° 12, décembre 2016, étude 13.

396 Rapport du groupe de travail, Cour d'appel de Paris, « *La réforme du droit français de la responsabilité civile et les relations économiques* », avril 2019, Université de Versailles Saint-Quentin en Yvelines.

§2. Préciser le régime des conventions

172. Pour être complet, nous devons nous efforcer de préciser le régime des conventions sur la responsabilité civile extracontractuelle. A cet égard, on constate que les rédacteurs du projet de réforme sont restés silencieux sur le régime et la mise en œuvre pratique des conventions. Certains auteurs proposent alors de recourir au droit commun des contrats pour combler ces lacunes³⁹⁷. Nous analyserons successivement la formation, le contenu et l'effet de ces conventions.

173. S'agissant de la formation des conventions, nous rappellerons qu'initialement, le projet de réforme conditionnait la validité de la convention limitative ou exonératoire de responsabilité extracontractuelle à la condition de son acceptation non équivoque. Cette exigence a été abandonnée en 2017. Sans doute les rédacteurs du projet de réforme ont-ils jugé que le droit commun des contrats suffisait à protéger ces conventions, notamment avec les vices du consentement et les règles relatives aux clauses³⁹⁸. A cet égard, la suppression de la condition relative au consentement paraît justifiée. De plus, la question du support des conventions n'a pas été abordée par les rédacteurs du projet de réforme. Faut-il déduire de ce silence que les conventions sur la responsabilité extracontractuelle sont des contrats consensuels ? Le cas échéant, l'écrit ne serait pas requis pour la validité de ces conventions, même si son emploi est fortement recommandé du point de vue de la preuve. Dès lors, la volonté semble totalement libre quant au support des conventions³⁹⁹. On comprend ainsi que la liberté règne s'agissant de la formation des conventions sur la responsabilité extracontractuelle, sous réserve de l'application du droit commun des contrats.

174. Hormis l'énoncé des limites de la faute et du dommage corporel, on remarque que le projet de réforme est peu précis relativement au contenu des conventions sur la responsabilité extracontractuelle. Notamment, il ne mentionne aucunement l'équilibre de la convention⁴⁰⁰. A priori, la convention peut être un acte à titre gratuit ou onéreux. Dans le second cas de figure, la limitation ou l'exclusion de responsabilité extracontractuelle pourrait être la contrepartie d'un certain avantage⁴⁰¹. Mais alors, dans une telle situation, il semblerait que la référence au droit commun des contrats suffise à pallier l'absence de texte relatif au contrôle de l'équilibre contractuel⁴⁰². En effet, le contenu des conventions sur la responsabilité extracontractuelle pourrait être contrôlé au titre de

397 Jacquemin Z., « Les contrats relatifs à la responsabilité », *RDC* n°116n1, 2019, p. 275.

398 *Ibid.*

399 *Ibid.*

400 Veyre L., « Quel avenir pour les clauses et contrats excluant ou limitant la réparation ? », *CCC* n° 12, décembre 2016, étude 13.

401 Jacquemin Z., « Les contrats relatifs à la responsabilité », *RDC* n°116n1, 2019, p. 275.

402 Veyre L., « Quel avenir pour les clauses et contrats excluant ou limitant la réparation ? », *CCC* n° 12, décembre 2016, étude 13.

l'article 1169 nouveau du Code civil relatif à la contrepartie illusoire ou dérisoire⁴⁰³. Ainsi, le silence des rédacteurs du projet de réforme paraît là encore justifié.

175. Enfin, s'agissant de l'effet des conventions, il y a lieu de distinguer leur effet dans le temps et leur effet sur les tiers. D'abord, le projet de réforme ne pose aucune règle sur la durée des conventions limitatives ou exonératoires de responsabilité extracontractuelle. Une fois de plus, il y a lieu de s'en remettre au droit commun des contrats et à l'appréciation du juge qui analysera chaque convention⁴⁰⁴. Toujours est-il que la sortie d'une convention qui serait à durée indéterminée devrait être toujours possible en application de l'article 1211 du Code civil⁴⁰⁵. Ensuite, les rédacteurs du projet de réforme ne traitent pas de l'opposabilité des conventions sur la responsabilité extracontractuelle. Ces conventions ont un effet *inter partes* incontestable⁴⁰⁶. Pour autant, nous pouvons nous interroger sur leur opposabilité aux tiers dans certains cas de figure, notamment lorsqu'une personne bénéficiant d'une convention limitative ou exclusive de responsabilité extracontractuelle est codébitrice solidaire d'un ou plusieurs autres agents qui ne bénéficient pas de cette convention. Cette difficulté nous mène à nous poser la question de l'opposabilité de la convention ; si bien qu'il apparaît nécessaire d'introduire une disposition spécifique⁴⁰⁷.

176. En définitive, les rédacteurs du projet de réforme sont restés silencieux sur un certain nombre de règles s'agissant de la mise en œuvre des conventions sur la responsabilité civile extracontractuelle. Si certaines lacunes sont justifiées par l'application du droit commun des contrats, d'autres méritent d'être comblées par l'introduction de dispositions spécifiques relatives au régime des conventions en matière extracontractuelle.

177. Conclusion de la seconde partie. Nous avons démontré que l'impérativité des règles relatives à la responsabilité civile extracontractuelle peut être remise en cause, notamment par la relativité de la double fonction de la responsabilité extracontractuelle mais aussi par l'absence de contrariété à l'ordre public des conventions qui limitent ou excluent cette responsabilité. Ces contestations, associées aux solutions du droit comparé et au mouvement de rapprochement des deux ordres de responsabilité, forment un terrain favorable au renversement de la solution classique française de prohibition des conventions sur la responsabilité extracontractuelle.

403 *Ibid.*

404 Abras J., *op. cit.*, n° 247.

405 Jacquemin Z., « Les contrats relatifs à la responsabilité », *RDC* n°116n1, 2019, p. 275.

406 Thibierge L., *Les contrats limitant ou excluant la responsabilité (art. 1281 à 1283)* (en ligne), 22 août 2016 (consulté le 19 avril 2020), disponible sur : <https://reform-obligations.dalloz.fr>.

407 Veyre L., « Quel avenir pour les clauses et contrats excluant ou limitant la réparation ? », *CCC* n° 12, décembre 2016, étude 13.

Les rédacteurs du projet de réforme de la responsabilité civile en droit français semblent avoir pris acte de ce phénomène puisqu'ils ont annoncé un renversement du principe d'interdiction. Ils consacrent un principe général de validité des conventions sur la responsabilité civile contractuelle et extracontractuelle, tout en réservant deux limites : la faute et le dommage corporel. Nous ne pouvons que saluer l'innovation du projet de réforme en la matière. Pourtant, il apparaît que les rédacteurs n'ont pas été assez précis sur la définition des contours du principe de validité. Dès lors, un perfectionnement des règles est nécessaire à la consécration véritable du principe de validité. Nous avons ainsi proposé une exploitation élargie du domaine d'application du principe d'admission, et dans le même temps, un affinement des règles d'efficacité des conventions. Le recours au droit commun des contrats doit être un allié majeur dans la précision du régime des conventions sur la responsabilité extracontractuelle. La réécriture des dispositions du projet de réforme couplée à l'utilisation des règles du droit commun des contrats devra permettre de renforcer la réalité du principe annoncé de validité des conventions sur la responsabilité extracontractuelle.

CONCLUSION GÉNÉRALE

178. L'étude des conventions sur la responsabilité civile extracontractuelle nous a permis de confronter la position du droit positif français à celle du droit comparé. Nous avons remarqué une très nette opposition entre le principe de prohibition des conventions en droit français et l'admission générale constatée dans les droits étrangers étudiés, plus particulièrement en Europe. La liberté de l'aménagement conventionnel des règles de la responsabilité extracontractuelle en droit comparé nous a conduit à remettre en cause la rigueur de la position française. La démarcation du juge français en la matière interpelle tant elle est minoritaire. Quand bien même nos voisins réservent certaines limites au principe de validité des conventions sur la responsabilité extracontractuelle, la liberté des agents demeure très étendue. La sévérité du droit français confrontée aux solutions du droit comparé mérite que l'on s'interroge sur sa pertinence, notamment à l'heure où les dispositions du projet de réforme de la responsabilité civile annonce le renversement de la solution.

179. Nous avons alors démontré que le fondement de l'interdiction en droit français est contestable. D'abord, nous avons remis en cause l'impérativité avancée des règles de responsabilité civile extracontractuelle. Ensuite, nous avons nié la contrariété à l'ordre public des conventions sur la responsabilité extracontractuelle. Les obstacles à la validité des conventions en la matière ont dès lors pu être écartés, de sorte que nous avons pu discuter de la légitimité du renversement annoncé du principe. Le mouvement de rapprochement des responsabilités contractuelle et extracontractuelle a contribué à construire un terrain favorable à l'introduction d'un principe de validité des conventions en droit français. A cet égard, nous avons analysé les propositions faites en doctrine et par les rédacteurs du projet de réforme en mars 2017. D'une manière générale, ces dernières vont dans le sens de l'introduction d'un principe de validité des conventions, assorti de certaines exceptions. Nous plaidons largement en cette faveur en insistant sur la nécessité de maintenir un équilibre entre la liberté contractuelle et la protection des agents. Nous avons enfin relevé qu'un affinement des dispositions du projet de réforme est nécessaire afin de préciser davantage les règles qui encadrent les conventions limitatives et exonératoires de responsabilité extracontractuelle. Ces modifications tendent à assouplir le principe de validité et perfectionner l'efficacité des conventions.

180. En définitive, notre étude aura démontré qu'il est pertinent d'utiliser la liberté contractuelle afin de valider les conventions qui aménagent *ex ante* les règles de responsabilité civile extracontractuelle. Cette innovation est bienvenue en droit de la responsabilité civile à l'heure où les règles ne cessent d'évoluer. Surtout, elle permet d'aligner la solution française sur la position générale du droit comparé, octroyant au droit français une attractivité et un rayonnement renforcés.

BIBLIOGRAPHIE

I. Dictionnaires juridiques et encyclopédies

Cornu G., *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris : PUF, 2014, « Quadrige », 1100 pages.

Delebecque Ph., *Régimes de réparation, Modalités de la réparation, Règles particulières à la responsabilité contractuelle, conventions relatives à la responsabilité*, JCI. C-D, 2011, n° 18.

II. Traités, ouvrages et manuels

Bacache-Gibeili M., *Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, 3^e éd., Paris : Economica, 2016, « Corpus, droit privé », 1098 pages.

Brun P., *Responsabilité civile extracontractuelle*, 5^e éd., Paris : LexisNexis, 2018, « Manuels », 690 pages.

Cabrillac R., *Droit des obligations*, 13^e éd., Paris : Dalloz, 2018, « Cours Dalloz », 456 pages.

Capitant H., Chénéde F., Lequette Y. et Terré F., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile – Tome 2. Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, 13^e éd., Paris : Dalloz, 2015, 2 tomes, « Grands arrêts », 892 pages.

Carbonnier J., *Droit civil – Tome 4. Les obligations*, 22^e éd., Paris : PUF, 2000, 4 tomes, « Thémis Droit », 610 pages.

Cartwright J., *Contract Law*, 3^e éd., Oxford : Hart Publishing, 2016, 336 pages.

Esmein P., « Méditation sur les conventions d'irresponsabilité au cas de dommage causé à la personne », in *Mélanges Savatier R.*, Paris : Dalloz, 1965, p. 271.

Fabre-Magnan M., *Droit des obligations – Tome 2. Responsabilité civile et quasi-contrats*, 3^e éd., Paris : PUF, 2013, 2 tomes, « Thémis », 608 pages.

Gabdin-George G., Beplate H., Brunon-Ernst A. et alii, *Glossaire de droit anglais*, 2^e éd., Paris : Dalloz, 2018, 484 pages.

Jolowicz J.-A., *Droit anglais*, 2^e éd., Paris : Dalloz, 1992, « Précis », 684 pages.

Kadner Graziano T., *Comparative tort law – Cases, materials and exercises*, Croydon : Routledge, 2018, 619 pages.

Koziol H. :

-*Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, Jan Sramek Verlag, 2012, 406 pages.

-*Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective*, Jan Sramek Verlag, 2015, 912 pages.

Le Tourneau P. :

-*La responsabilité civile*, 3^e éd., Paris : Dalloz, 1982, 600 pages.

-*Droit de la responsabilité et des contrats : régimes d'indemnisation*, 11^e éd., Paris : Dalloz, 2017, « Dalloz Action », 2702 pages.

Malaurie P., Aynès L., Stoffel-Munck P., *Droit des obligations*, 10^e éd., Paris : LGDJ, 2018, « Droit civil », 912 pages.

Mc Bride J. N. et Bagshaw R., *Tort Law*, 6^e éd., Pearson, 2018, 912 pages.

Starck B., Roland H. et Boyer L., *Obligations – Tome I. Responsabilité délictuelle*, 5^e éd., Paris : Litec, 1996, 3 tomes, 582 pages.

Terré F., Simler P., Lequette Y. et Chénéde F., *Droit civil – Les obligations*, 12^e éd., Paris : Dalloz, 2018, « Précis », 2036 pages.

Testu F.-X., *Contrats d'affaires*, 2^e éd., Paris : Dalloz, 2020, « Dalloz référence », 768 pages.

Viney G., Jourdain P., Carval S. et Ghestin J. (dir.), *Traité de droit civil : Les effets de la responsabilité*, 4^e éd., LGDJ : Paris, 2017, « Traités », 880 pages.

III. Thèses et mémoires

Abras J., *L'aménagement conventionnel anticipé de la responsabilité extra-contractuelle*, thèse, Aix-Marseille, PUAM, 2008, 346 pages.

Conte H., *Volonté et droit de la responsabilité civile*, thèse, Toulouse, PUAM, 2017, 572 pages.

Delebecque Ph., *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, thèse dactyl., Aix-Marseille 3, 1981, 663 pages.

Leveneur-Azémar M., *Etude sur les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité*, thèse, Paris, LGDJ, « Bibli. dr. Privé », 2017, 561 pages.

IV. Articles

Borghetti J.-S. :

-« La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *RTD civ.*, 2010, p. 1.

-« Un pas de plus vers la réforme de la responsabilité civile : présentation du projet de réforme rendu public le 13 mars 2017 », *D.*, 2017, p. 770.

Brun P., « Responsabilité civile », *D.*, 2017, p. 24.

Chénéde F., « Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuel, une summa divisio ? » *in Vers une réforme de la responsabilité civile française, regards croisés franco-québécois*, D., 2018, p. 31 s.

Genicon T., « L'immunité et les clauses de responsabilité », *in* Deshayes O. (dir.), *Les immunités de responsabilité civile*, CEPRISCA, PUF, 2009, p. 125.

Jacquemin Z., « Les contrats relatifs à la responsabilité », *RDC* n°116n1, 2019, p. 275.

L.C.B.G., « Exemption clauses. Contractual and Tortious liability », *The Modern Law Review (Wiley)*, 1954, Vol. 17, No. 2, p. 155-157.

Mazeaud D. :

-« Les conventions portant sur la réparation », *RDC* n° 1, 2007, p. 149.

-« Les contrats portant sur la réparation d'un préjudice », *RDC* n° 113s7, 2016, p. 778.

Starck B. « Observations sur le régime juridiques de clauses de non-responsabilité ou limitatives de responsabilité », *D.*, 1974, chron. 157.

Veyre L., « Quel avenir pour les clauses et contrats excluant ou limitant la réparation ? », *CCC* n° 12, décembre 2016, étude 13.

V. Notes de jurisprudence

Leveneur L., note sous Cass. 1^è civ., 5 juillet 2017, 16-13.407, *CCC* n° 11, nov. 2017, comm. 217.

VI. Actes de colloques

Alpa V. G., « Droit italien », *in Les clauses limitatives ou exonération de responsabilité en Europe*, Actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990, LGDJ, p. 137 s.

Beale H., « Droit anglais », *in Les clauses limitatives ou exonération de responsabilité en Europe*, Actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990, LGDJ, p. 156.

Duwa B. W. V., *in Les clauses limitatives ou exonération de responsabilité en Europe*, Actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990, LGDJ, p. 197.

Mazeaud D., « Les clauses limitatives de réparation », *in Les obligations en droit français et en droit belge, convergences et divergences*, Bruylant/Dalloz, 1994, p.164 s.

Schmidt-Salzer J., « Droit allemand », *in Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, Actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990, LGDJ, p. 47 s.

Van Ommeslaghe P. :

-« Droit belge », *in Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, Actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990, LGDJ, p. 235.

-« Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en droit belge », in *Les obligations en droit français et en droit belge, convergences et divergences*, Bruylant/Dalloz, 1994, p.184 s.

Viney G., Rapport de synthèse, in **Ghestin J.** (dir.), *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, Actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990, LGDJ.

VII. Ressources électroniques

Thibierge L., *Les contrats limitant ou excluant la responsabilité (art. 1281 à 1283)* (en ligne), 22 août 2016 (consulté le 19 avril 2020), disponible sur : <https://reforme-obligations.dalloz.fr>

TABLE DES MATIÈRES

Avertissement	II
Table des abréviations	III
Sommaire	V
Introduction	1
<u>Première partie. L'état des règles relatives aux conventions sur la responsabilité extracontractuelle</u>	9
Titre I. Le principe de prohibition en droit français	9
Chapitre I. La nullité jurisprudentielle des conventions sur la responsabilité extracontractuelle...9	
Section I. L'affirmation jurisprudentielle générale de la prohibition.....	10
§1. Le silence du législateur.....	10
§2. L'intervention du juge.....	11
Section II. La portée incertaine du principe de prohibition.....	13
§1. La prohibition explicite des conventions sur la responsabilité pour faute.....	14
§2. La portée discutable de la solution jurisprudentielle.....	15
Chapitre II. Le fondement de l'ordre public.....	16
Section I. L'ordre public, fondement général de la prohibition.....	17
§1. La référence non systématique au fondement de l'ordre public.....	17
§2. La généralisation du fondement de l'ordre public.....	18
Section II. Le contenu du fondement de l'ordre public avancé.....	19
§1. Ordre public et fonction normative de la responsabilité extracontractuelle.....	19
§2. Ordre public et fonction indemnitaire de la responsabilité extracontractuelle.....	20
Titre II. Le principe de validité en droit comparé	23
Chapitre I. Le principe de validité des conventions sur la responsabilité extracontractuelle.....	23
Section I. Exposé du principe de validité.....	23
§1. Principe de validité et systèmes de tradition civiliste.....	24

§2. Principe de validité et systèmes de <i>Common law</i>	25
Section II. Les fondements du principe de validité.....	27
§1. L'admission du cumul des responsabilités contractuelle et extracontractuelle.....	27
§2. L'absence d'impérativité des règles de responsabilité extracontractuelle.....	28
Chapitre II. Les limites du principe de validité.....	30
Section I. Les limites relatives à la nature du dommage.....	31
Section II. Les limites relatives à la nature du fait générateur de responsabilité.....	32
§1. La faute lourde.....	32
§2. La faute intentionnelle ou dolosive.....	34
<u>Seconde partie. Le renversement annoncé des règles relatives aux conventions sur la responsabilité extracontractuelle</u>	37
Titre I. Une solution française contestable	38
Chapitre I. La remise en cause du caractère impératif des règles sur la responsabilité extracontractuelle.....	38
Section I. La relativité des fonctions classiques de la responsabilité extracontractuelle.....	38
§1. Le caractère relatif de la fonction normative.....	39
§2. Le caractère relatif de la fonction indemnitaire.....	40
Section II. L'absence de contrariété à l'ordre public des conventions sur la responsabilité extracontractuelle.....	41
§1. Le principe de non cumul des responsabilités, preuve de l'impertinence du fondement avancé de l'ordre public.....	42
§2. Les solutions tirées des droits spéciaux et du droit comparé.....	43
Chapitre II. Le rapprochement des responsabilités contractuelle et extracontractuelle.....	44
Section I. Présentation du mouvement de rapprochement des responsabilités.....	44
Section II. Remise en cause du principe de prohibition par la mise en application du mouvement de rapprochement des responsabilités au régime des conventions sur la responsabilité.....	45
§1. L'impertinence de la différence classique de régime.....	46
§2. L'unification nécessaire des régimes.....	47

Titre II. Vers une solution plus équilibrée inspirée du droit comparé	49
Chapitre I. L'affirmation de la validité des conventions sur la responsabilité extracontractuelle..	49
Section I. La validité des conventions sur la responsabilité extracontractuelle.....	49
§1. Doctrine et principe de validité.....	50
§2. Projet de réforme et principe de validité.....	51
Section II. Les limites au principe de validité des conventions sur la responsabilité extracontractuelle.....	53
§1. Les limites à la validité des conventions.....	53
§2. Les limites à l'efficacité de conventions.....	55
Chapitre II. L'affinement des règles relatives aux conventions sur la responsabilité extracontractuelle.....	57
Section I. L'assouplissement nécessaire du principe de validité des conventions sur la responsabilité extracontractuelle.....	57
§1. Le champ d'application réduit du principe de validité des conventions.....	58
§2. Vers une exploitation étendue du principe de validité des conventions.....	58
Section II. Le perfectionnement du régime des conventions sur la responsabilité extracontractuelle.....	60
§1. Améliorer l'efficacité des conventions.....	60
§2. Préciser le régime des conventions.....	62
Conclusion générale	65
Bibliographie	67
Table des matières	71