

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le point sur la faute extracontractuelle et ses éléments constitutifs

Goffaux, Boris

Published in:

Les grandes évolutions du droit des obligations

Publication date:

2019

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Goffaux, B 2019, Le point sur la faute extracontractuelle et ses éléments constitutifs. Dans *Les grandes évolutions du droit des obligations*. Anthemis, Limal, p. 7-35.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Le point sur la faute extracontractuelle et ses éléments constitutifs

BORIS GOFFAUX

Assistant à l'UNamur

Avocat au barreau de Namur

Propos liminaires

Vaste sujet, faut-il l'écrire, que celui de la faute extracontractuelle.

Il semble que la faute, notion évolutive et protéiforme, ne puisse se définir une fois pour toutes¹. X. Thunis observe à juste titre que « L'étude de la faute illustre une sorte de loi épistémologique : plus un concept est fondamental, moins il est définissable »².

C'est sans doute à travers l'analyse de ses éléments constitutifs et l'examen jurisprudentiel qui en est fait que la faute s'appréhende le mieux.

Les auteurs belges s'accordent pour considérer que la faute présente un versant objectif – la méconnaissance d'une norme de conduite – et un versant subjectif – l'imputabilité du fait dommageable à son auteur.

Le pôle objectif de la faute (section 1) consiste en la transgression matérielle d'une règle de droit.

Selon les conclusions bien connues du procureur général J. Velu (alors avocat général), précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 13 mai 1982³, la violation d'une norme juridique peut prendre deux formes distinctes :

– Soit la faute renvoie à un acte ou une abstention qui, sous réserve d'une cause de justification, méconnaît une règle juridique – une norme de

¹ Encore doit-on à la doctrine quelques belles définitions du concept. Pour un inventaire de ces définitions, voy. R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, Les Nouvelles, t. 5, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 1967, pp. 163 et s., n^{os} 251 et s.; X. THUNIS, « Théorie générale de la faute », in *Responsabilités - Traité théorique et pratique*, sous la responsabilité de J.-L. FAGNART, Bruxelles, Kluwer, 2001, dossier 20, vol. 1, pp. 16 et s., n^{os} 17 à 29.

² X. THUNIS, « Théorie générale de la faute », in *Responsabilités - Traité théorique et pratique*, op. cit., dossier 20, vol. 1, p. 5.

³ J. VELU, conclusions précédant Cass., 13 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1056. La formulation alors employée par l'avocat général est encore régulièrement reprise en jurisprudence. Voy., par exemple, Cass., 25 mars 2010, *Pas.*,

droit national ou une norme de droit international ayant des effets directs dans l'ordre juridique interne – imposant de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée.

- Soit elle consiste en un comportement qui, sans constituer un manquement à de telles normes, s'analyse en une erreur de conduite que n'aurait pas commise une personne normalement prudente et diligente placée dans les mêmes conditions.

Le projet de loi visant à réformer le droit de la responsabilité extracontractuelle rend compte de cette dichotomie en définissant la faute comme « un manquement à une règle de conduite qui résulte de la loi ou à la règle générale de prudence qu'il convient de respecter dans les rapports sociaux »⁴.

L'élément subjectif de la faute (section 2), absent du projet de réforme, implique que l'agent ait agi consciemment et librement au moment des faits. L'on verra que l'utilité de cette condition est discutée en doctrine.

Aux côtés de ces deux composantes, **la prévisibilité du dommage** (section 3) est également citée comme élément de la faute⁵. Une opinion (qui paraît être abandonnée aujourd'hui) présente la prévisibilité comme un critère dissocié des pôles objectif et subjectif de la faute⁶. D'autres auteurs estiment en revanche que la prévisibilité du dommage est prise en compte dans l'appréciation de l'élément objectif⁷ ou qu'elle se fonde dans la composante morale⁸.

La présente étude s'attache à faire l'analyse (non exhaustive) de ces éléments constitutifs. La jurisprudence récente, nous le verrons, a ravivé certaines controverses, outre que le projet de réforme fait parfois montre d'innovations en la matière.

Nos propos se voudront, sinon synthétiques, en tout cas généraux. Il ne sera pas question ici de traiter de matières spécifiques telles que la responsabilité

2010, I, p. 1007; concl. du ministère public précédant Cass., 28 septembre 2006, *J.T.*, p. 594, spéc. p. 598; Cass., 25 octobre 2004, *J.T.T.*, 2005, p. 106; concl. du ministère public précédant Cass., 25 novembre 2002, *Pas.*, 2002, p. 2230.

⁴ Nous soulignons. Voy. l'article 5.147 de l'avant-projet de loi dans sa version du 6 août 2018. Voy. à ce propos, Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, p. 44.

⁵ Cass., 5 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 802; Cass., 17 avril 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 820; Cass., 13 juin 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 1169.

⁶ En ce sens, L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle - L'acte illicite*, Bruxelles, Bruylant, 1991, pp. 46 et s., spéc. n° 26.

⁷ Voy. parmi d'autres, R.O. DALCQ, « Examen de jurisprudence (1968-1972) - La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *R.C.J.B.*, 1974, p. 4.

⁸ Voy. entre autres, B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'interprétation en droit de la responsabilité civile », in *La faute dans différentes branches du droit*, Conférence du Jeune barreau de Nivelles, U.C.L., 1999, pp. 33 et s.

des pouvoirs publics ou de faire état, plus largement, des controverses liées à la faute des personnes morales⁹.

Section 1

L'élément objectif de la faute ou la méconnaissance d'une norme de conduite

Sous-section 1

La violation d'une règle déterminée

Les principes. – Il est de jurisprudence constante que la transgression matérielle d'une règle légale ou réglementaire est en soi constitutive de faute et entraîne la responsabilité de son auteur, pourvu que cette transgression soit commise librement et consciemment¹⁰.

Par la suite, la Cour a précisé son enseignement, indiquant que seule constituait en soi une faute, la violation libre et consciente d'une norme de droit *imposant d'agir ou de s'abstenir de manière déterminée*¹¹. Cette règle est reprise telle quelle dans l'exposé des motifs du projet de réforme¹².

La violation d'une norme de comportement précis suffit à établir l'existence d'un acte objectivement illicite, sans qu'il y ait lieu de rechercher si l'agent s'est comporté comme tout homme normalement prudent et raisonnable¹³. Il est à supposer, en effet, que le bon père de famille aurait pris la peine de se conformer à la règle légale ou réglementaire qui l'enjoignait d'agir ou de s'abstenir de façon déterminée. La doctrine observe par ailleurs qu'il est indifférent que la règle légale soit inopportune ou qu'elle prescrive une mesure de prévention excessive. « Aucune de ces considérations, écrit B. Dubuisson, ne saurait prévaloir sur le constat de la violation de la norme »¹⁴.

⁹ La faute de la personne morale fait l'objet de vives discussions en doctrine, notamment sur le rôle de la théorie de l'organe en comparaison d'autres modes d'imputabilité. Voy. entre autres, J. DELVOIE, *Orgaantheorie in rechtspersonen van privaatrecht*, Anvers-Cambridge, Intersentia, 2010, pp. 326 et s. À noter que l'article 5.146 du projet de réforme (dans sa version du 6 août 2018), organisant la responsabilité pour faute, abandonne toute référence à « l'homme », tandis que le principe de l'égalité de traitement des personnes physiques et morales pour l'application des règles de la responsabilité extracontractuelle est instauré à l'article 5.144.

¹⁰ Cass., 10 avril 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 682.

¹¹ Cass., 13 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1056, concl. Av. gén. J. VELU, *J.T.*, 1982, p. 772, *R.C.J.B.*, 1984, p. 10, note R.O. DALCQ.

¹² Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, pp. 49 et s.

¹³ Liège, 17 mars 1999, *R.G.D.C.*, 2000, p. 564.

¹⁴ Voy. B. DUBUISSON, « Le médecin normalement prudent et diligent : carnet de conduite », in *États généraux du droit médical et du dommage corporel*, 2^e éd., Limal, Anthemis, 2018, p. 129.

Les conditions. – L'on se gardera toutefois d'une application trop automatique du principe d'unité entre faute et illégalité. La violation d'une norme légale n'est pas nécessairement synonyme d'acte objectivement illicite, et moins encore de faute.

Pour jouer à plein, le principe requiert le respect de plusieurs conditions :

- Le comportement doit être prescrit par une loi, un règlement ou un traité international ayant un effet direct dans l'ordre juridique interne. En tout état de cause, la règle transgressée doit être impérative et contraignante¹⁵ ;
- Il s'agit que la norme impose un comportement (un acte ou une abstention) déterminé, ce qui implique un examen minutieux de la règle concernée et du commandement qu'elle contient¹⁶. Certaines normes légales ou constitutionnelles, sans être porteuses d'une injonction précise, se contentent de rappeler le devoir général de prudence auquel son destinataire est tenu. D'autres, en revanche, contiennent des obligations bien définies. L'on citera, pour l'exemple, la prescription des articles 45 et 47.1. du Code de la route, dont la violation serait en soi illicite¹⁷. Selon ces dispositions, le chargement d'un véhicule doit être disposé de telle sorte que, dans des conditions de route normales, il ne puisse nuire à la visibilité du conducteur ou constituer un danger pour celui-ci, les personnes transportées et les autres usagers. Du reste, une signalisation spécifique est requise au cas où le chargement dépasserait de plus d'un mètre l'extrémité arrière du véhicule.

Un examen préalable du contenu de la norme pourrait toutefois ne pas se justifier en certaines circonstances. L'on admettra que l'exigence d'une telle analyse n'apparaît pas toujours clairement en jurisprudence, notamment lorsqu'elle traite du domaine de la responsabilité de l'administration¹⁸.

¹⁵ Th. LÉONARD, « Faute extra-contractuelle et juridictions commerciales : principes et plaidoyer pour un retour à une vision unitaire de la faute », *R.D.C.*, 2011, p. 961.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 961 et s. et les références citées. Les rédacteurs de l'avant-projet de loi écrivent en ce sens : « Le principe d'identité entre faute et illégalité est donc ici consacré mais pas de manière automatique. En effet, il est nécessaire de procéder au préalable à un examen de la norme en question en vue d'analyser la précision du commandement qu'elle contient et de déterminer ainsi sa teneur et sa portée ». Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, p. 50.

¹⁷ Pol. Bruges, 16 septembre 2004, *T.G.R.*, 2005, p. 64.

¹⁸ Voy. B. DUBUISSON, « Le médecin normalement prudent et diligent : carnet de conduite », *op. cit.*, pp. 130 et s. ; D. DE ROY et D. RENDERS, « La responsabilité extracontractuelle du fait d'administrer : vue d'ensemble », *R.G.A.R.*, 2016, n° 15.295. Voy. également Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, p. 51.

- Si la réunion des deux conditions précédentes confère à l'acte son caractère objectivement illicite, l'acte en question ne pourrait être érigé en faute que si il est le fruit d'une volonté libre et consciente. La capacité de discernement de l'agent (tout comme sa liberté de choix) est, ici autant qu'ailleurs, un élément constitutif de la faute¹⁹. Nous exposerons, dans la suite de cette contribution, si au discernement, compris dans son sens général, doit s'ajouter la conscience spécifique de l'illégalité de l'acte²⁰.
- Quant à la prévisibilité du dommage, la doctrine s'interroge : est-elle un préalable obligé à la reconnaissance d'une faute en cas de violation de la loi ? Certains arrêts rendus par la Cour de cassation donnent à penser que le recours à la prévisibilité est exclu une fois avérée la transgression d'une obligation légale ou réglementaire²¹. Encore que cette jurisprudence s'interprète différemment selon les auteurs²². La problématique est intimement liée à la question de savoir si la prévisibilité se range dans l'élément d'illicéité ou plutôt dans la composante morale de la faute. Un rattachement de la prévisibilité du dommage à l'élément subjectif justifierait en effet que l'on en tienne compte en cas de violation d'une norme déterminée. Nous y reviendrons²³.

Sous-section 2

La violation de la norme générale de prudence

Les principes. – Le législateur serait bien incapable de légiférer en toute matière qui serait source de dommages. Il est dès lors reconnu qu'en l'absence d'une règle à caractère déterminé, la faute peut encore résider dans la violation de la norme générale de prudence²⁴.

La manière d'apprécier cette violation n'est guère discutée. Il est communément admis aujourd'hui que la faute, comprise comme la transgres-

¹⁹ Voy. les nuances apportées par B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'interprétation en droit de la responsabilité civile », in *La faute dans différentes branches du droit*, *op. cit.*, pp. 30 et s.

²⁰ Voy. *infra* section 2, sous-section 2.

²¹ Cass., 31 janvier 1944, *Pas.*, 1944, pp. 178 et s. ; Cass., 22 septembre 1988, *Pas.*, 1989, I, pp. 83 et s. ; Cass., 22 février 1989, *Pas.*, 1989, I, pp. 631 et s.

²² Partisan d'un rattachement de la prévisibilité du dommage à l'élément subjectif de la faute, B. DUBUISSON écrit ainsi : « Jamais dans les arrêts cités, la Cour n'affirme clairement que la violation d'une norme de comportement déterminée rend inutile la preuve de la prévisibilité du dommage. Dès lors, la prévisibilité du dommage serait soumise au même régime probatoire que l'élément moral et pourrait faire l'objet d'une présomption réfragable » (« Faute, illégalité et erreur d'interprétation en droit de la responsabilité civile », in *La faute dans différentes branches du droit*, *op. cit.*, p. 34).

²³ Voy. *infra*, section 3.

²⁴ Voy. parmi de nombreuses décisions, Mons, 28 juin 2011, *R.G.A.R.*, 2011, n° 14.768 ; Mons, 28 février 2017, *E.&D.-T.&A.*, 2017/4, pp. 368 et s.

sion d'une norme de bon comportement, s'apprécie abstraitement, c'est-à-dire suivant le critère d'une personne normalement prudente, placée dans les mêmes conditions.

Les fondements de l'appréciation *in abstracto*. – Le choix d'une évaluation *in abstracto* s'est imposé sous l'impulsion de la doctrine et des juges, rien dans les articles 1382 et 1383 du Code civil ne suggérant qu'une appréciation particulière ait eu la faveur des rédacteurs du Code²⁵.

Plusieurs fondements ont été avancés pour justifier la référence à un type abstrait de comparaison. Tous ne convainquent pas. Ainsi, selon une opinion, l'évaluation *in abstracto* serait la seule possible, à défaut de pouvoir mener une réelle appréciation *in concreto*. « Il est difficile au juge », explique P. Esmein, « de savoir si un individu est capable ou non d'une attention normale [...] entrer dans cette voie ouvrirait la porte à des discussions sans fin et affaiblirait singulièrement la valeur des impératifs sociaux »²⁶. En vérité, il nous semble, comme à d'autres, que cette constatation déplace le problème plus qu'elle ne le résout : « que les possibilités d'établir la faute soient tributaires des moyens dont disposent les parties et l'institution judiciaire est un fait ». Mais il s'agit là d'un problème de preuve « qui ne touche pas à la définition de la notion de faute elle-même »²⁷.

D'autres arguments fondant le recours à un modèle abstrait nous paraissent plus décisifs. La référence à l'homme prudent et raisonnable a d'abord pour avantage de sécuriser les relations sociales. Chaque citoyen – il en va du bon ordre des rapports humains – doit pouvoir exiger des autres une conduite normale et être assuré d'obtenir réparation suite à la maladresse d'autrui²⁸. Que la faute soit appréciée abstraitement, au regard d'une norme objective de comportement, s'explique, ensuite, par la fonction indemnitaire du droit de la responsabilité civile. L'appréciation *in abstracto* joue incontestablement en faveur de la partie lésée, de par la référence faite au modèle rigoureux du bon père de famille. À l'inverse, une évaluation subjective de la faute, tournée vers

la personne du responsable, irait à rebours de cette tendance qu'ont les juridictions à faciliter l'indemnisation des victimes.

L'appréciation *in abstracto* : qu'est-ce à dire? – Encore convient-il de s'entendre sur ce que recouvre une appréciation *in abstracto*.

L'enseignement traditionnel peut se résumer comme suit²⁹ : afin d'établir si l'auteur a violé la norme générale de prudence, il s'agit de procéder en deux étapes. En premier lieu, il convient de s'interroger sur le comportement qu'aurait adopté, dans les mêmes circonstances de temps et de lieu, le « bon père de famille »³⁰, entendu comme l'homme prudent et attentif à ne pas préjudicier les intérêts d'autrui. Il n'est point question, à ce stade, de prêter à ce modèle de référence les traits et caractéristiques personnels de l'auteur. Seules sont pertinentes les qualités généralement attribuées à l'homme raisonnable. En second lieu, il s'agit de mener une analyse comparative entre le comportement adopté par l'auteur du fait dommageable et celui du bon père de famille. La faute viendra de l'écart existant entre la conduite de l'agent et l'attitude que l'on attendait de lui en pareilles circonstances.

Selon une opinion largement répandue, la faute est d'évaluation abstraite en ce qu'elle s'apprécie au regard de l'acte en lui-même, indépendamment des caractéristiques personnelles de l'auteur (âge, sexe, état de santé, éducation, instruction, expérience). Seules les caractéristiques du défendeur qui dépassent les capacités de l'homme normalement prudent et diligent³¹ peuvent être prises en considération. Ainsi, il est tenu compte des aptitudes qui ressortissent

²⁵ Voy. C. HENNAU et G. SCHAMPS, « Responsabilité pénale et responsabilité civile : une parenté contestée », *Ann. Dr.*, Bruxelles, 1995, pp. 150 et s. L'analyse des travaux préparatoires du Code de 1804 n'est pas plus éclairante. Les auteurs du Code n'optent pas explicitement pour une évaluation abstraite de la faute extracontractuelle. Voy. É. MONTERO et B. GOFFAUX, « La référence au paradigme du bon père de famille », *For. ass.*, 2014, pp. 1 et s. P. ESMÉIN, « La faute et sa place dans la responsabilité civile », *Rev. tr. dr. civ.*, 1949, p. 485. Dans le même sens, A.-Ch. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, Paris, L.G.D.J., 1982, pp. 329 et s. *Contra*, Y. HANNEQUART, « Faute civile – Faute pénale », *Ann. Dr.*, 1983, p. 106; J. VERHAEGEN, « L'imprudence punissable en législation et en jurisprudence belges », *J.T.*, 1979, pp. 349-355.

²⁷ X. DANDOY, « Appréciation *in abstracto* de la faute civile extracontractuelle », *Ann. Dr.*, 2007, p. 133, à la suite de N. DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, Paris, L.G.D.J., 1965, p. 138.

²⁸ N. DEJEAN DE LA BATIE, *op. cit.*, p. 157.

²⁹ Parmi d'autres auteurs, voy. à ce sujet, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, t. 1, 5^e éd., Paris, Montchrestien, 1957, n^{os} 429 à 439; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 2, Bruxelles, Bruylant, 1964, n^o 944; R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 166, n^{os} 263-264 et pp. 183-184, n^{os} 314-320; *Idem*, « Examen de jurisprudence (1968-1972). La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *R.C.J.B.*, 1973, p. 631, n^o 5; L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle – L'acte illicite*, *op. cit.*, spéc. n^o 21, p. 39 et p. 41; X. THUNIS, « Théorie générale de la faute », in *Responsabilités – Traité théorique et pratique*, sous la responsabilité de J.-L. FAGNART, livre 20bis, vol. 2, Waterloo, Kluwer, 2006, pp. 28-31, n^{os} 30 à 32; N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, « Responsabilité civile et responsabilité pénale », in *Responsabilités – Traité théorique et pratique*, sous la responsabilité de J.-L. FAGNART, livre 2, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 65, n^o 98; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, t. 1bis, Brugge, die Keure, 2013, pp. 43-45.

³⁰ Sans doute cette référence au « bon père de famille » n'est-elle plus appropriée... Il est préférable, selon nous, de se référer au critère (plus englobant et plus en phase avec la jurisprudence de la Cour de cassation) de « la personne prudente ». Voy. en ce sens, É. MONTERO et B. GOFFAUX, « La référence au paradigme du bon père de famille », *op. cit.*, p. 15. Dans l'exposé des motifs de l'avant-projet de loi, il est précisé que « Le projet ne maintient pas la référence au "bon père de famille" qui est incompatible avec le principe du respect de l'égalité des genres et avec la volonté claire d'étendre le champ d'application de la règle aux personnes morales » (Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, p. 53).

³¹ Pour des illustrations jurisprudentielles, R.-O. DALCQ et G. SCHAMPS, « La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle. Examen de jurisprudence (1987 à 1993) », *R.C.J.B.*, 1995, pp. 587 et s.; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT et M. DEBAENE, « Overzicht van rechtspraak: aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1994-1999) », *T.P.R.*, 2000, pp. 1609 et s.

aux qualifications professionnelles de l'agent³². Le comportement d'un sportif, d'un journaliste, d'un médecin³³ sera comparé à celui d'une personne de même profession, normalement prudente et diligente, placée dans les mêmes conditions³⁴.

Cette doctrine classique est inégalement suivie par les juridictions de fond. Celles-ci s'en écartent régulièrement et prennent en considération des caractéristiques personnelles du défendeur telles que l'âge³⁵, la connaissance antérieure ou l'expérience³⁶, l'état de diminution physique (maladie, handicap physique...) ³⁷. La Cour de cassation elle-même n'a jamais avalisé le principe suivant lequel l'appréciation abstraite de la faute interdit de prendre en considération les caractéristiques et qualités personnelles de l'auteur du fait dommageable. Elle suggère certes qu'il y a lieu d'apprécier la faute par rapport au comportement d'une personne prudente, placée dans les mêmes circonstances, mais sans jamais préciser que les circonstances *externes* doivent seules être retenues.

Les auteurs de l'avant-projet de loi adoptent une position que l'on pourrait qualifier d'intermédiaire. Il est dit, dans l'exposé des motifs, que l'appréciation *in abstracto*, « est, par principe, incompatible avec la prise en compte de caractéristiques personnelles propres à l'auteur, entendues comme des caractéristiques qui diffèrent d'un individu à un autre et qui ne sont donc pas généralisables (caractère, émotivité, intelligence, éducation...) »³⁸. Il est toutefois reconnu au juge la possibilité « de déterminer, en fonction des circonstances de l'espèce, si la prise en compte d'un amoindrissement des capacités liées, par

³² X. DANDOY, « Appréciation *in abstracto* de la faute civile extracontractuelle », *op. cit.*, pp. 114-115; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, Les dossiers du J.T., n° 74, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 25.

³³ Voy. B. DUBUISSON, « Le médecin normalement prudent et diligent : carnet de conduite », *op. cit.*, pp. 125 et s.

³⁴ Dans la détermination de la norme de prudence, le juge pourra, au besoin, s'inspirer de règles non juridiquement obligatoires et propres à la profession concernée (règles déontologiques, normes disciplinaires, etc.). Voy. B. DUBUISSON, « Le médecin normalement prudent et diligent : carnet de conduite », *op. cit.*, p. 135. Concernant la prise en compte de normes non juridiques applicables à une profession, l'exposé des motifs de l'avant-projet de loi précise : « Ceci suppose que l'on puisse déduire de ces règles, une règle de conduite que tout professionnel raisonnable et prudent doit respecter dans les relations avec les clients ou avec les tiers » (Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, p. 56).

³⁵ Voy. par ex., Gand, 13 mai 2004, *T. Verz.*, 2006, p. 249, *N.j.W.*, 2004, p. 1279, note I. BOONE; Gand, 10 septembre 2004, *R.G.D.C.*, 2006, p. 185; Gand, 21 novembre 1995, *T.G.R.*, 1996, p. 49.

³⁶ Voy. par ex., Mons, 6 avril 1998, *Bull. ass.*, 2000, p. 88; J.P. WAREMME, 1^{er} octobre 1992, *J.L.M.B.*, 2000, p. 72.

³⁷ Voy. par ex., Gand, 17 décembre 1992, *Rev. dr. santé*, 1996-1997, p. 351; Civ. Dinant, 6 octobre 1994, *J.J.P.*, 1996, p. 198.

³⁸ Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, p. 53. Voy. en ce sens, B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *op. cit.*, spéc. p. 24, n° 4.

exemple à l'âge, à une maladie ou un handicap, est compatible avec l'appréciation *in abstracto* de la faute »³⁹.

À dire vrai, l'opération consistant à ne retenir que les caractéristiques dites « généralisables » nous paraît d'un maniement délicat. L'on ne voit guère en effet quelle condition interne à l'individu ne pourrait être généralisée⁴⁰.

Un moyen de clarifier le débat serait de ne plus adhérer à cette distinction « circonstance interne *versus* circonstance externe » et de considérer que l'appréciation abstraite de la faute civile n'exclut pas, *par principe*, la prise en compte des caractéristiques propres à l'auteur⁴¹. Il convient, selon nous, d'apprécier le comportement de l'agent en tant que personne concrète, faite de chair et d'os, avec ses connaissances et son expérience, ses aptitudes, ses forces et faiblesses, dans des circonstances de fait, à l'aune d'une norme de référence : la prudence. La question de savoir ce que la prudence commandait de faire se pose en considération d'éléments de temps et de lieu bien entendu. Mais pas seulement : il s'agit aussi de prendre en compte la profession de l'agent, son niveau de spécialisation, ses connaissances, ses infirmités physiques éventuelles ou toute autre circonstance personnelle, sans qu'il faille opérer un tri selon le caractère généralisable ou non du critère concerné.

Il est permis de parler d'une appréciation abstraite de la faute, dans la mesure où le jugement se fait en regard de la norme de prudence. Il revient cependant au juge d'évaluer le comportement d'un sujet concret. En estimant qu'une personne a fait preuve ou manqué de prudence, tout en faisant complètement fi de ses caractéristiques personnelles, l'on se met en porte-à-faux vis-à-vis de la notion même de prudence. La prudence est précisément cette sagesse pratique qui cristallise la connaissance de soi et de ses limites, l'expérience, le jugement, les habiletés... et qui permet d'ajuster son comportement en toutes situations⁴².

À tout prendre, il doit être tenu compte, dans l'appréciation de la norme de prudence, tant des circonstances externes (de temps et de lieu) que des circonstances internes à l'auteur (expérience, connaissance, infirmités, etc.).

³⁹ Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, p. 54.

⁴⁰ Voy. à ce propos, É. MONTERO et B. GOFFAUX, « La référence au paradigme du bon père de famille », *op. cit.*, p. 4.

⁴¹ Nous avons défendu cette opinion avec le Professeur Étienne MONTERO dans une contribution précitée parue dans la revue *Forum de l'assurance*. Voy. É. MONTERO et B. GOFFAUX, « La référence au paradigme du bon père de famille », *op. cit.*, pp. 1 et s.

⁴² *Ibidem*, pp. 5 et s.

Parmi une infinité de cas, ont été retenues par la jurisprudence comme circonstances de fait *externes* :

- la présence de nombreux enfants dans une cour de récréation qui augmente la dangerosité d'un jeu consistant à faire des ricochets avec des cailloux⁴³ ;
- la configuration d'un toboggan qui offre, dans la dernière partie, une certaine visibilité, impliquant qu'un utilisateur commet une faute s'il omet, à cet endroit, de freiner à l'approche d'un autre usager⁴⁴ ;
- la présence, dans une cour de récréation, d'une estrade à laquelle peuvent facilement accéder des enfants de première maternelle en raison de sa faible hauteur⁴⁵ ;
- la réalité du terrain qui, en l'espèce, nonobstant l'imprécision du plan, aurait dû attirer l'attention d'un entrepreneur normalement prudent et avisé sur la présence d'une taque, obstacle à un tracé rectiligne⁴⁶ ;
- les caractéristiques d'une rampe d'accès ayant causé la chute d'un usager, ladite rampe (d'une couleur foncée exactement similaire à celle du sol) constituant, en raison de son caractère très peu visible, un véritable danger pour les personnes désireuses de l'emprunter alors qu'il fait nuit⁴⁷ ;
- le caractère visible d'une rampe excluant, à l'inverse, toute responsabilité dans le chef de son propriétaire. En l'espèce, la couleur foncée de la rampe contrastait fortement avec la couleur claire du sol du couloir, outre qu'elle était bordée d'une latte métallique relativement large formant un contraste avec la teinte brune du plateau⁴⁸ ;
- la circonstance que, durant le Tour de France, chaque spectateur tente de s'emparer le plus rapidement possible des objets jetés à la foule par les caravanes publicitaires, expliquant qu'une personne, sans commettre de faute, marche par inadvertance sur la main d'une autre⁴⁹.

Les éléments *internes* à l'agent, pris en compte par les juges, sont également très variés. Citons principalement⁵⁰ :

- La profession ou la qualification :
 - jugé que « L'appréciation de la faute du journaliste s'analyse concrètement et, en dehors de la violation d'une norme particulière, par

référence au comportement du journaliste normalement prudent et avisé, au moment où l'information a été diffusée et en ayant égard à la publication dans son ensemble », étant entendu qu'un journaliste « doit vérifier ses sources » et qu'il « est soumis à une exigence de bonne foi et d'honnêteté »⁵¹ ;

- jugé que « Si une partie déçue par le jugement veut réclamer des dommages et intérêts à l'expert, il lui revient tout d'abord d'établir la faute de celui-ci, ensuite de démontrer que, si cette faute n'avait pas été commise, le juge lui aurait certainement donné raison. Pour ce qui est de la faute, il ne suffit pas de démontrer qu'une erreur est intervenue. Le domaine de l'expertise judiciaire est un de ceux où apparaît clairement que toute erreur n'entraîne pas nécessairement la faute juridique. L'erreur n'est culpeuse que si elle révèle la mauvaise volonté, la négligence ou l'imprudence. La faute suppose que l'expert se soit comporté comme ne l'aurait certainement pas fait un expert normalement avisé et prudent »⁵².
- Les connaissances et l'expérience :
 - dans une affaire où trois vaches étaient mortes suite à l'ingestion de débris d'if, jugé qu'« Il est de commune renommée que l'if (*taxus baccata*) est mortel pour le bétail. Il appartenait donc à G. [dont le terrain jouxtait la parcelle où pâturaient les vaches] de prendre des précautions afin que les déchets de tonte ne soient pas à la portée des animaux, dont elle connaissait le comportement habituel et normal qui consiste à passer la tête pour brouter de l'autre côté de la clôture. En ne prenant pas garde à placer les déchets hors de portée des bovins, elle a commis une imprudence fautive sans laquelle l'accident ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit »⁵³ ;
 - jugé par ailleurs que « le fait d'avoir laissé un enfant de 11 ans seul dans un jardin dans lequel couvait un feu de campagne, sans l'avoir averti du danger que constituait un tel feu, et en l'ayant incité à s'en approcher pour y jeter des déchets de jardin, constitue une faute [...]. [Le défendeur] étant le propriétaire et le gérant [du lieu de l'accident], il était le seul informé de l'existence d'un feu qui avait été allumé dans le fond du jardin ainsi que du moment auquel celui-ci avait été

⁴³ Liège (20^e ch.), 12 novembre 2009, *J.L.M.B.*, 10/333, p. 188.

⁴⁴ Liège (20^e ch.), 6 janvier 2011, *J.L.M.B.*, 11/391.

⁴⁵ Liège (20^e ch.), 29 avril 2010, *J.L.M.B.*, 10/565.

⁴⁶ Liège (20^e ch.), 10 janvier 2007, 2004/RG/740.

⁴⁷ Liège (20^e ch.), 28 avril 2011, *J.L.M.B.*, 12/372.

⁴⁸ Liège (20^e ch.), 28 avril 2011, *J.L.M.B.*, 12/195.

⁴⁹ Liège, 18 janvier 2018, *R.G.A.R.*, 2018, n° 15.492.

⁵⁰ Les passages qui suivent sont soulignés par nous.

⁵¹ Civ. Bruxelles, 6 mai 2014, *A&M*, 2014, p. 426. Voy. aussi Civ. Namur (Div. Namur), 8 septembre 2017, *A&M*, 2017, pp. 175 et s. qui condamne la défenderesse (journaliste de profession) pour n'avoir « ni recoupé, ni complété, ni analysé, ni remis en perspective les informations reçues, ce qui constitue pourtant le fondement de tout travail journalistique ».

⁵² Liège, 2 mars 2007, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1630, citant Y. HANNEQUART, « L'expertise et le procès en responsabilité », *Mélanges R.O. Dalq. Responsabilité et assurances*, Bruxelles, Larcier, 1994, n° 35 et s.

⁵³ Mons, 15 janvier 2015, *R.G.A.R.*, 2016, n° 15.267.

allumé et donc de la durée de combustion des déchets qu'il avait fait brûler. Il lui appartenait donc à ce titre de vérifier lui-même que le feu ne couvait plus avant de proposer à un jeune enfant de s'en approcher ou, à défaut, d'avertir cet enfant ainsi que son père des dangers que présentait ce feu de campagne couvant»⁵⁴;

• en revanche, n'a pas été considéré comme fautif, le fait qu'une cavalière, blessée à la suite de la ruade d'un cheval, soit intervenue préalablement pour aider une amie à mettre l'animal en prairie. «Cavalière expérimentée, [la victime] était coutumière de ce type de manœuvre et connaissait le cheval pour l'avoir déjà monté. Du reste [...] l'assistance de [la cavalière] se justifiait afin d'éviter que l'animal prenne la fuite»⁵⁵.

— Les infirmités ou les diminutions d'ordre physique :

• il a été reproché à un agriculteur qui «savait que le taureau était excité et nerveux» de prendre «le risque, non seulement d'aller faire le tour de la prairie pour se rendre compte de l'ampleur des dégâts, mais de réparer ceux-ci, passant ainsi un temps plus important dans le champ et concentré sur la tâche qui l'occupait», de sorte qu'«en se trouvant ainsi seul dans la prairie alors qu'il souffrait d'un handicap à l'œil droit et à l'oreille droite, diminuant d'autant sa perception de tous bruits et de toutes visions, [...] il a commis une faute ayant contribué à la survenance du dommage»⁵⁶.

Les dispositions psychologiques du sujet (caractère, émotivité, état de fatigue...) peuvent également entrer en ligne de compte. Le juge peut estimer que l'agent a agi de manière inconsidérée en se plaçant dans une situation peu compatible avec ses capacités mentales ou peu en phase avec son état émotionnel. La prudence commande que le sujet qui *se sait* atteint de telle ou telle limitation s'abstienne d'une activité déterminée ou prenne une précaution permettant d'en pallier les inconvénients. Ainsi, le plus souvent, l'on dira de celui qui a agi par passion ou colère qu'il a manqué de prudence.

Une précision (de taille!) s'impose néanmoins : la prise en compte des facteurs psychologiques ne pourrait pas, à ce stade, servir à évaluer la *faculté de jugement* de l'auteur. Sur le plan de l'élément objectif de la faute, la tâche des tribunaux est seulement de savoir si l'agent a délibéré et jugé *adéquatement*

en vue de l'action. De ce point de vue, le juge n'est pas censé se demander si l'auteur était *capable* d'une bonne délibération et d'une rectitude de jugement au moment des faits. Cette question se pose plutôt, le cas échéant, sur le terrain de l'imputabilité⁵⁷.

Section 2

L'élément subjectif de la faute ou la condition d'imputabilité

Sous-section 1

La notion

D'après l'enseignement traditionnel, la faute ne se réduit pas à la matérialité d'un acte. Il s'agit également, pour reprendre les termes de la Cour de cassation⁵⁸, qu'elle ait été commise «consciemment» — soit avec la capacité de discernement et en l'absence d'une erreur invincible — et «librement» — soit sans contrainte externe. L'élément subjectif ou moral de la faute se fait l'écho d'une règle sans cesse rappelée en doctrine classique : dès lors qu'il s'agit d'apprécier un comportement humain, un écart de conduite ne saurait être reproché qu'à un agent doté de conscience et de liberté, c'est-à-dire apte à comprendre la portée de ses actes et à se conformer à la norme juridique.

En définitive, la composante morale renvoie à deux conditions distinctes : l'auteur doit avoir été capable de discernement *et* avoir agi en l'absence de faits justificatifs.

§ 1. Première condition : la capacité de discernement

Les principes et le régime probatoire. — Sauf à dénaturer la notion, aucune faute ne peut être reprochée à un agent dépourvu de capacité de discernement. L'on présente bien souvent la faculté de discernement comme la capacité «à savoir ce que l'on fait»⁵⁹, comme l'aptitude à «discerner le bien du mal»⁶⁰ ou comme la faculté «à comprendre les impératifs sociaux et à les maîtriser»⁶¹.

⁵⁴ Civ. Bruxelles, 8 décembre 2017, R.G.A.R., 2018, n° 15.460. Voy. également Liège, 1^{er} mars 2018, www.stradalex.com, 2016/RG/1326, qui reproche à la victime d'une chute de ne pas avoir redoublé de prudence, alors qu'elle était prévenue du fait que les lieux étaient mal éclairés. Dans le même sens, voy. Civ. Bruxelles, 23 mai 2017, R.G.A.R., 2017, n° 15.433.

⁵⁵ Civ. Bruxelles, 1^{er} mars 2011, R.G.A.R., 2011, n° 14.755.

⁵⁶ Cass., 6 janvier 2012, Pas., 2012, I, p. 49.

⁵⁷ Nous verrons toutefois qu'en droit belge, il n'est pas non plus tenu compte, au stade de l'élément subjectif de la faute, de caractéristiques telles que l'intelligence ou l'émotivité particulière de l'agent.

⁵⁸ Voy. entre autres, Cass., 3 octobre 1994, AC, 1994, p. 807.

⁵⁹ G. BOUMAL, «De la capacité aquilienne du mineur et de sa responsabilité civile personnelle», R.G.A.R., 1952, n° 4.961.

⁶⁰ B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence, 1996-2007 : le fait générateur et le lien causal*, op. cit., pp. 35 et s.

⁶¹ P. ESMEIN, «La faute et sa place dans la responsabilité civile», op. cit., p. 484.

C'est à la victime qu'il revient de prouver la capacité de discernement de l'auteur.

Les cas d'incapacité. – En pratique, l'absence de discernement n'est reconnue qu'en des cas d'inconscience avérés, à savoir :

– *L'extrême jeunesse.* L'enfant ne peut voir sa responsabilité civile engagée qu'à condition d'avoir atteint l'âge de discernement. La jurisprudence est constante sur ce point⁶².

À défaut d'indications dans la loi, l'âge de discernement est laissé à l'appréciation souveraine des juges du fond. La limite d'âge est souvent fixée à sept ans mais peut varier en fonction des circonstances de l'espèce⁶³. R.-O. DALCQ écrit à ce propos : « L'âge du discernement ne se confond pas avec celui de la majorité légale ni naturellement avec l'âge de sept ans que la croyance populaire, influencée par les règles religieuses, appelle l'âge de raison. Le juge devra, dans chaque cas, apprécier le développement physique et intellectuel de l'enfant, en tenant compte de toutes les circonstances utiles et spécialement de la nature de l'acte dommageable qui sert de fondement à l'action en responsabilité »⁶⁴.

L'avant-projet de loi portant insertion de nouvelles dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle est innovant à cet égard. Selon l'article 5.153, l'enfant de moins de 12 ans n'est, en toute hypothèse, pas responsable « du dommage causé par sa faute ou par tout autre fait générateur de responsabilité »⁶⁵. Les mineurs de 12 ans et plus doivent, en revanche, répondre de leurs actes. En ce cas, il est toutefois permis au juge de modérer le montant de l'indemnité. Ce dernier veille à statuer selon l'équité, au regard des circonstances et de la situation des parties concernées par le dommage⁶⁶. Ce système s'inspire largement de celui mis en place par l'actuel article 1386bis du Code civil.

– *L'inconscience malade.* Le dément n'est pas responsable au sens de l'article 1382 du Code civil.

Pour ne pas être jugé fautif, l'auteur doit avoir été, au moment des faits, dans un état de démence ou de débilité mentale le rendant incapable du

⁶² Cass., 30 mai 1969, *Pas.*, 1969, I, p. 897 ; Cass., 3 mai 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 1012 ; Bruxelles, 4 décembre 1970, *J.T.*, 1971, p. 236 ; Bruxelles, 21 mars 1984, *R.G.A.R.*, 1985, n° 10.978.

⁶³ Cass., 30 mai 1969, *Pas.*, 1969, I, p. 879, notes ; Cass., 27 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1128.

⁶⁴ R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, op. cit., n° 2306.

⁶⁵ Selon l'exposé des motifs, la fixation de l'âge de discernement à 12 ans s'explique par le fait qu'à compter de ce moment, le droit de la famille reconnaît certaines capacités au mineur. Voy. Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, p. 64.

⁶⁶ Voy. l'article 5.154 de l'avant-projet de loi dans sa version du 6 août 2018.

contrôle de ses actions. Nul besoin qu'il ait subi une altération complète de ses capacités cognitives. Il faut mais il suffit que l'agent ait souffert d'une atténuation sérieuse du contrôle de ses actes⁶⁷.

Soucieux de protéger les victimes, le législateur a souhaité tempérer le principe d'irresponsabilité des déments en insérant dans le Code civil un article 1386bis traitant des dommages causés par les anormaux. Un régime comparable à celui instauré par cette disposition est réglé à l'article 5.155 du projet de réforme⁶⁸.

Applicable tant en matière contractuelle qu'extracontractuelle, l'article 1386bis est tout à fait remarquable dès lors qu'il met en place un système non pas fondé sur la faute, mais sur l'équité. La faute objective trouve ici une consécration légale. La condamnation du dément est seulement conditionnée par l'existence d'un acte objectivement illicite – à savoir une faute amputée de son élément moral –, en lien causal avec le dommage⁶⁹. Autre particularité : cet article offre au juge la liberté de moduler la réparation en fonction des circonstances de l'espèce. Dans son appréciation, le juge peut tenir compte de facteurs tels que l'état de fortune des parties concernées ou l'existence d'une assurance couvrant la responsabilité du dément⁷⁰.

Dérogatoire (à plus d'un titre) au droit commun, ce régime ne profite qu'à la personne en incapacité⁷¹. Ni ses parents, ni l'institution à laquelle elle aurait été confiée, ni même son assureur ne sauraient l'invoquer à leur profit.

– *L'inconscience passagère.* L'inconscience n'est parfois qu'instantanée. L'agent ayant perdu le contrôle de ses actes en raison d'un événement imprévisible (crise cardiaque, accident vasculaire cérébral, etc.) ne peut être jugé responsable, sauf bien sûr à démontrer que la perte de conscience est intervenue à la suite d'un acte fautif. À titre d'exemple, la personne

⁶⁷ J.P. Liège (2^e cant.), 19 octobre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1248, obs. M. MARCHANDISE. Le régime de protection auquel est assujéti le malade mental est, en tout état de cause, irrelevant (J.P. Tournai (2^e cant.), 28 mars 2006, *J.T.*, 2006, p. 532).

⁶⁸ L'exposé des motifs indique à propos de cette disposition : « Dans la foulée de la modification de l'article 1386bis par l'article 86 de la loi du 5 mai 2014 relative à l'internement des personnes, cela implique que l'article 5.155 requiert uniquement l'existence d'un trouble mental qui a aboli ou gravement altéré la capacité de contrôle de ses actes, c'est-à-dire un trouble mental maladif qui perturbe le fonctionnement normal du psychisme. Cela englobe également la maladie d'Alzheimer et d'autres formes de démence » (Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, p. 65).

⁶⁹ B. DECLEYRE, « La responsabilité civile des déments et anormaux : analyse critique de l'article 1386bis du Code civil », *Ann. dr.*, vol. 65, 2005, pp. 387 et s.

⁷⁰ B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, op. cit., p. 82.

⁷¹ *Ibidem*, pp. 81 et s.

qui s'enivre ou se sait sujette à des crises d'épilepsie avant de prendre le volant est assurément en faute et ne peut exciper d'une perte momentanée de conscience pour s'exonérer de sa responsabilité.

Les cas d'inconscience passagère ne sont pas couverts par l'article 1386*bis*. Le principe ne souffre aucune discussion. La Cour de cassation enseigne que « Ne peut être considérée comme se trouvant dans un état grave de démence, de déséquilibre mental ou de débilité mentale, la personne qui est victime d'une crise cardiaque ou d'une hémorragie interne »⁷². Les conséquences pour la victime d'une reconnaissance par le juge sont donc considérables : s'il est admis que l'auteur a été privé de conscience au moment des faits, la partie lésée devra abandonner tout espoir d'obtenir réparation. L'on comprendra dès lors que ce moyen de défense, pour être retenu, doit résulter d'éléments suffisamment probants⁷³.

L'avant-projet de loi ne fait pas explicitement de la perte de conscience une cause d'exclusion de la faute. Il est permis de penser qu'à l'instar d'une certaine jurisprudence⁷⁴, les auteurs du projet assimilent cette circonstance au cas de force majeure⁷⁵.

§ 2. Deuxième condition : l'absence de faits justificatifs

Les principes. – L'auteur, bien que doté de discernement, peut avoir été la proie de circonstances externes qui l'ont *contraint* à l'acte ou qui l'ont empêché de percevoir le caractère illicite de son comportement⁷⁶. Le cas échéant, l'agent peut invoquer un fait exclusif de responsabilité (aussi appelé « fait justificatif » ou « cause de justification »). Tandis que la condition précédente vise à évaluer la capacité de l'auteur en regard de sa personne, l'élément subjectif de la faute s'examine ici en considération de causes externes à l'individu.

Au rang des faits justificatifs, l'on compte traditionnellement la légitime défense, l'état de nécessité, la contrainte physique ou morale, l'ordre ou la permission de la loi, l'ordre de l'autorité et l'erreur invincible, auxquels il n'est fait

⁷² Cass. 20 juin 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 1217, *J.T.*, 1980, p. 314, *R.W.*, 1979-1980, 2901 et note A. VAN OEVELEN.

⁷³ Ainsi, la thèse d'un malaise au volant (en raison d'une quinte de toux) n'a pas convaincu le Tribunal civil de Verviers dans une affaire où l'auteur s'était abstenu de produire un rapport médical à l'appui de ses allégations. Civ. Verviers, 21 octobre 2015, *R.G.A.R.*, 2016, n° 15.293.

⁷⁴ Certaines décisions assimilent en effet la perte momentanée de conscience au cas fortuit. La question est alors discutée, non sur le terrain de l'imputabilité, mais sur celui du lien causal. S'agissant de l'assimilation « perte momentanée de conscience – force majeure », voy., entre autres, Pol. Bruxelles, 3 janvier 2011, *Dr. circ.*, 2011, p. 191; Gand, 5 décembre 1997, *R.G.A.R.*, 1998, n° 13.022; Pol. Saint-Nicolas, 26 mars 1997, *T.A.V.W.*, 1997, p. 206.

⁷⁵ La force majeure est définie par l'article 5.149 du projet de réforme comme un événement imprévisible et inévitable faisant obstacle au respect de la règle de conduite.

⁷⁶ F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « Les prestataires intermédiaires de la société de l'information face au droit commun de la responsabilité extracontractuelle », *A&M*, 2017, pp. 232 et s.

étonnamment aucune allusion dans le Code civil napoléonien. Les rédacteurs de l'avant-projet de loi ont souhaité pallier cette absence en prévoyant un titre traitant des causes d'exonération de la responsabilité. Chaque fait justificatif y trouve une description sommaire⁷⁷.

Le régime probatoire. – Sur le plan de la preuve, les règles divergent selon que la faute découle ou non d'une infraction pénale. D'après la Cour de cassation, « lorsqu'une action en justice est fondée sur une infraction à la loi pénale, c'est au demandeur à l'action qu'incombe la preuve de l'imputabilité de cette infraction au défendeur ou de l'inexistence de la cause de justification éventuellement alléguée par ce dernier, pour autant que cette allégation ne soit pas dépourvue de tout élément permettant de lui accorder crédit »⁷⁸. En ce cas, l'auteur est simplement tenu d'invoquer, avec vraisemblance, l'existence d'un fait justificatif, à charge pour la victime (ou le ministère public) d'apporter la preuve contraire. Si, en revanche, la faute ne trouve pas sa source dans un fait infractionnel, il appartient à chaque partie de prouver les faits qu'elle allègue à l'appui de ses prétentions⁷⁹. La preuve d'une cause de justification revient donc intégralement au défendeur.

Cette différence de régime laisse perplexe en ce qu'elle préjudicie assurément la victime d'un acte qualifié d'infraction⁸⁰. Cette dernière aura la lourde tâche de prouver l'inexistence du fait justificatif allégué par l'auteur et n'y parviendra qu'à condition d'établir des éléments de preuve dépourvus de tout doute raisonnable.

Quoi qu'il en soit, le projet de réforme paraît consacrer la solution retenue par la Cour de cassation. L'article 5.151, qui dispose que « Celui qui se prévaut d'une cause d'exonération de responsabilité doit en apporter la preuve », est immédiatement tempéré par l'article 5.152, qui stipule que « Les articles 5.149 à 5.151 ne s'appliquent pas lorsque la faute est susceptible d'entraîner une responsabilité pénale ». L'on regrette toutefois l'opacité dont souffre l'exposé des motifs⁸¹ sur ce point. L'on y apprend d'abord, en contrariété avec le texte en projet, que la règle dérogatoire prônée par la Cour « ne sera [...] plus applicable

⁷⁷ Article 5.150 de l'avant-projet de loi dans sa version du 6 août 2018. À signaler que le projet de réforme a préféré aux termes « fait justificatif » les mots « cause d'exonération de la responsabilité ».

⁷⁸ Cass., 11 juin 2010, www.juridat.be, C.09.0178.F/1; Cass., 6 mai 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 1018.

⁷⁹ C. HENNAU et G. SCHAMPS, « Responsabilité pénale et responsabilité civile: une parenté contestée », *op. cit.*, pp. 132 et s.; A. KOHL, « L'action civile en dommages et intérêts résultant d'une infraction. Charge de la preuve de la cause de justification et autorité de chose jugée de la décision répressive antérieure », note sous Cass., 7 septembre 1972, *R.C.J.B.*, 1975, p. 377; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 348 et s.

⁸⁰ C. HENNAU et G. SCHAMPS, « Responsabilité pénale et responsabilité civile: une parenté contestée », *op. cit.*, p. 133.

⁸¹ Du moins dans sa version du 22 août 2018.

dans le cadre de la responsabilité extracontractuelle», pour y lire ensuite que «Si la faute constitue en même temps une infraction et qu'elle peut entraîner la responsabilité pénale, les dispositions du droit pénal en matière d'exclusion de la faute et de justification s'appliquent», tout comme «les dispositions en matière de preuve»⁸². Deux considérations pour le moins contradictoires...

Sous-section 2

Une composante en déliquescence

L'évolution de la condition. – L'élément moral n'a plus l'importance qu'il avait auparavant.

À l'origine, cette composante renvoyait à l'état d'esprit coupable de l'auteur, en tant qu'il pouvait prévoir, *compte tenu de ses aptitudes personnelles*, l'illégalité de son acte ou la survenance du dommage⁸³. Cette conception impliquait que l'on s'intéresse de près à l'auteur du préjudice et à la capacité de jugement qui était la sienne. Par la suite, cette référence à la *culpabilité* de l'agent a disparu pour laisser place à un simple élément d'*imputabilité*. Aujourd'hui, la faute désigne pratiquement tout comportement illicite (objectivement inadapte ou contraire aux normes en vigueur), puisqu'il suffit désormais que le défendeur fût capable de discernement et qu'il ait agi en l'absence de causes de justification.

Ainsi, le pôle subjectif de la faute est peu discuté en pratique⁸⁴ et quand il l'est, c'est souvent pour voir le défendeur échouer dans ses revendications :

– D'une part, la capacité de discernement n'est débattue en justice qu'en des hypothèses exceptionnelles. L'absence de discernement, on l'a vu, ne peut être invoquée qu'en cas d'extrême jeunesse, de démence ou de perte passagère de conscience⁸⁵. Tout autre motif est irrelevant. L'éducation précaire de l'agent, son manque d'intelligence, son défaut d'instruction, ses limites à gérer une situation conflictuelle ou encore son état de fatigue au moment des faits ne sauraient remettre en question sa faculté à raisonner.

⁸² Voy. Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, pp. 62 et s.

⁸³ Y. HANNEQUART, « Faute civile – Faute pénale », *op. cit.*, p. 97.

⁸⁴ En justice, cette question n'est guère discutée quand elle n'est pas contestée. En ce sens, Y. HANNEQUART, « Le défaut de prévoyance en droit belge », *Rev. dr. pén.*, 1994, p. 286; C. HENNAU et G. SCHAMPS, « Responsabilité pénale et responsabilité civile: une parenté contestée », *op. cit.*, p. 169.

⁸⁵ Voy. à ce propos, L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle – L'acte illicite*, *op. cit.*, p. 26.

D'autre part, l'évaluation des faits justificatifs s'opère *in abstracto*, par référence à la personne prudente et diligente placée dans les mêmes circonstances. Cette méthode d'appréciation ne facilite pas, dans les faits, la reconnaissance d'une cause de justification.

Pour ne prendre qu'un exemple, l'erreur invincible, régulièrement invoquée comme exutoire à une responsabilité, est rarement admise par les cours et tribunaux. C'est que la Cour de cassation se montre intransigeante en la matière. Sa jurisprudence traitant du mauvais conseil prodigué par un avocat en est le parfait témoignage⁸⁶. La Cour a toujours estimé que la simple constatation que l'auteur a été mal conseillé, même par une personne qualifiée, ne saurait suffire à prouver l'existence d'une cause exonératoire de responsabilité⁸⁷. Parmi les décisions recensées, l'arrêt du 1^{er} octobre 2002 est frappant de sévérité. La décision déferée à la censure de la Cour traitait du cas d'un médecin prévenu d'avoir violé le secret professionnel suite à la diffusion d'un communiqué de presse concernant le décès d'une patiente placée à l'hôpital universitaire d'Anvers. L'arrêt attaqué considérait que le prévenu avait été induit en erreur invincible, aux motifs qu'il avait préalablement recueilli « l'avis juridique de 'personnes qualifiées', notamment de trois avocats ayant une autorité incontestable et une longue expérience », que ces personnes avaient émis « un avis sur la base d'une information complète donnée par le prévenu » et que le communiqué de presse n'avait été diffusé qu'après qu'il ait été vérifié « d'un point de vue juridique et même adapté »⁸⁸. Le raisonnement des juges d'appel apparaissait sensé... La Cour de cassation trancha néanmoins en faveur des demandeurs (parties civiles), décidant que sur la base des constatations susvisées, l'arrêt n'avait pu légalement décider que le médecin avait été sous l'emprise d'une ignorance invincible⁸⁹. Dans la lignée de cette décision, l'on épingle plus récemment l'arrêt de cassation du 6 septembre 2017. En cette affaire, la Cour eut à connaître de commerçants qui avaient réalisé l'assiette de leurs sûretés (privilège du voiturier et gage commercial) sans recourir préalablement à une saisie-exécution mobilière et sans obtenir l'autorisation de la juridiction compétente. La chambre correctionnelle de la Cour d'appel de Liège avait

⁸⁶ Voy. à ce propos, B. GOFFAUX, « Le mauvais conseil d'un praticien du droit: cause d'erreur invincible? », *R.G.A.R.*, 2018, n° 15.524.

⁸⁷ Concernant le cas d'un conseil erroné donné par un avocat, voy. notamment Cass. 29 novembre 1976, *Pas.*, 1977, I, pp. 355 et s. La Cour a également retenu cette solution dans une affaire où l'avis émanait d'un garagiste et d'un courtier d'assurance (Cass., 18 octobre 2016, *www.juridat.be*, P.14.1969.N/2) et dans un cas où le conseil avait été prodigué par un architecte et un entrepreneur. (Cass., 20 avril 1982, *Pas.*, 1982, I, pp. 949 et s.).

⁸⁸ Anvers, 14 juin 2001, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 128, note T. BALTHAZAR.

⁸⁹ Cass., 1^{er} octobre 2002, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 131, note T. BALTHAZAR.

acquitté les défendeurs de la prévention d'abus de confiance, considérant qu'ils se prévalaient à bon droit d'une erreur invincible. D'après les juges du fond, il ne pouvait être affirmé qu'en tant que professionnels du transport, les prévenus étaient censés maîtriser, en toute hypothèse, la portée et les subtilités des privilèges concernés. Du reste, l'arrêt querellé faisait observer que les prévenus avaient consulté un professionnel dont l'autorité en la matière n'était pas contestée. La Cour suprême cassa la décision d'appel. Selon elle, le fait pour les défendeurs d'avoir donné du crédit à une consultation juridique erronée, en une matière que, selon l'arrêt attaqué, ils ne devaient pas nécessairement maîtriser, ne permettait pas, à lui seul, de justifier l'infraction commise⁹⁰.

Le pourquoi de cette évolution. – L'analyse toute relative réservée à l'élément subjectif de la faute civile – en ce sens qu'il n'est plus besoin de rechercher la culpabilité de l'auteur – se comprend aisément. En responsabilité aquilienne, la tâche des cours et tribunaux est de déterminer qui, du défendeur ou de la victime, doit supporter la charge du préjudice subi. Dans le contexte d'une simple attribution des pertes, le fait qu'un comportement illicite de l'agent soit la cause exclusive du dommage paraît pouvoir justifier, à lui seul, la condamnation de l'auteur. Il semble toujours plus équitable de faire supporter le dommage à celui qui l'a causé par son acte illicite, quel que fût son état d'esprit au moment des faits, plutôt qu'à la victime à qui rien n'a pu être reproché⁹¹. Dans l'exposé des motifs du Code civil, un rapporteur s'exprimait déjà en ce sens : « On pourrait se demander [...] s'il n'y a pas quelque injustice à punir un homme pour une action qui participe uniquement de la faiblesse ou du malheur, et à laquelle son cœur et son intention sont absolument étrangers. La réponse à cette objection se trouve dans ce grand principe d'ordre public : c'est que la loi ne peut balancer entre celui qui se trompe et celui qui souffre »⁹².

Tendance doctrinale et jurisprudence récente. – La composante morale a perdu à ce point en substance qu'une partie de la doctrine hésite encore à l'élever au rang des éléments constitutifs de la faute. L'avant-projet de loi s'inscrit dans cette mouvance doctrinale. L'imputabilité de l'acte dom-

⁹⁰ Cass., 6 septembre 2017, www.juridat.be, P.17.0489.F/1.

⁹¹ J. VERHAEGEN, « Faute pénale et faute civile », *Arch. phil. droit*, t. 28, Sirey, 1983, p. 18.

⁹² Voy. le rapport fait par M. BERTRAND-DE-GREUILLE, in P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, t. XIII, p. 474. Dans les travaux préparatoires du Code Napoléon, nous lisons également qu'« il n'entre pas dans les desseins du projet de loi de considérer ici les délits sous leurs rapports avec l'ordre politique. Ils ne sont envisagés que sous le rapport de l'intérêt de la personne lésée ». Voy. le discours prononcé par le tribun Tarrible, in P.A. FENET, *op. cit.*, p. 487. Voy. aussi sur la fonction indemnitaire de la responsabilité civile, X. THUNIS, « Théorie générale de la faute – La faute comme acte imputable à son auteur », in *Responsabilités – Traité théorique et pratique*, livre 20ter, vol. 3, Bruxelles, Kluwer, 2012, p. 6.

mageable n'y est pas présentée comme élément de la faute ; elle se présume en tout état de cause, sauf pour l'auteur à démontrer qu'au moment des faits, il était dénué de conscience (extrême jeunesse, démence, etc.) ou sous l'emprise de faits justificatifs. Les règles probatoires s'en trouvent bouleversées puisque le fardeau de la preuve réside, sauf exception, sur les épaules du défendeur et non plus de la victime⁹³.

La Cour de cassation elle-même, dans un arrêt du 9 février 2017⁹⁴, aurait consacré une conception objective de la faute. Le jugement déféré à la censure de la Cour visait l'implantation par une société⁹⁵ d'un pylône de transport électrique à haute tension qui empiétait sur une parcelle voisine⁹⁶. Le tribunal de commerce de Liège, statuant en degré d'appel, a reconnu que l'empiètement constituait une transgression de la loi, et en particulier des dispositions relatives à la propriété. Les juges d'appel ont néanmoins estimé qu'aucune faute ne pouvait être reprochée à la société ayant procédé au placement du pylône, à défaut pour elle d'avoir eu conscience de l'illégalité de son acte. Selon le jugement attaqué, « les parties concernées se sont préoccupées des conditions d'implantation du pylône P18 » car il y a en effet eu, dans l'optique de la construction de ce pylône, différentes opérations immobilières d'achat ou d'échange ; C'est seulement à la suite de ces opérations que l'implantation du pylône aura lieu, sur la base d'un permis de bâtir établi en fonction de ces permutations de propriété ; Au moment de l'implantation du pylône – bien que celle-ci soit intervenue partiellement sur le fonds voisin de celui où elle devait avoir lieu –, l'élément moral nécessaire à la reconnaissance d'une faute faisait défaut ».

C'était là tout l'objet du grief formulé par le propriétaire lésé, qui décida de se pourvoir en cassation. Ce dernier faisait valoir devant la Cour suprême, à l'inverse du raisonnement tenu par la juridiction d'appel, qu'« il est requis que l'acte constitutif de la faute ait été commis librement et consciemment, sans toutefois qu'il soit nécessaire que l'auteur de cet acte soit conscient du fait qu'il commet une transgression matérielle d'une disposition légale ou régle-

⁹³ B. DUBUISSON, « Le médecin normalement prudent et diligent : carnet de conduite », *op. cit.*, pp. 141 et s. Les rédacteurs de l'avant-projet de loi indiquent à ce propos : « Le texte proposé fait un pas de plus [que celui fait par l'arrêt du 9 février 2017 dont il sera question *infra*] et efface l'élément moral ou subjectif de la faute, qui n'est plus indispensable à partir du moment où les questions qu'ils recouvrent sont abordées par d'autres moyens juridiques. La faute se réduit donc, en principe, à son élément objectif ou matériel » (Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, p. 45).

⁹⁴ Cass., 9 février 2017, *For. ass.*, 2017, pp. 211 et s., note B. GOFFAUX, « La conscience de l'illégalité de l'acte : préalable à une responsabilité civile ? ».

⁹⁵ Société à laquelle avait succédé la défenderesse en cassation.

⁹⁶ Appartenant à une société à laquelle la demanderesse en cassation avait également succédé.

mentaire, l'inconscience d'une transgression matérielle d'une disposition légale ou réglementaire ne constituant pas une cause d'exonération de responsabilité⁹⁷. Le moyen fut accueilli par la Cour de cassation. Après avoir rappelé le principe selon lequel la transgression matérielle d'une disposition légale ou réglementaire constitue en soi une faute civile si elle est commise de manière libre et consciente, la Cour précisa qu'« il n'est pas nécessaire que l'auteur de la transgression ait conscience qu'il la commet ». Et la Haute Juridiction de décider qu'à défaut pour les juges d'appel d'avoir examiné l'existence d'une erreur invincible ou d'une autre cause de justification, « le jugement attaqué ne justifie pas légalement sa décision que "la violation de la norme" n'a pas été "libre et consciente" de sorte que "l'élément moral nécessaire à la reconnaissance d'une faute faisait défaut" ».

L'arrêt du 9 février 2017 a suscité de vives réactions en doctrine⁹⁸. D'après J.-L. Fagnart, cette décision « fait un grand pas en direction du concept de faute objective »⁹⁹. L'auteur qualifie l'arrêt de « novateur » en ce qu'il énonce que la faute ne requiert pas que l'agent ait su ou dû savoir qu'il agissait contrairement aux normes en vigueur. Ainsi, l'élément moral perdrait encore en consistance puisqu'il renverrait simplement à « l'aptitude à comprendre ce que l'on fait ». Dans la même ligne de pensée, les rédacteurs du projet de réforme estiment que cette décision « laisse [...] entrevoir une évolution de la jurisprudence non pas tant sur l'existence mais bien sur la portée de l'élément moral (Cass., 9 février 2017, n° C.13.0143.F). Cet arrêt précise qu'il n'est pas nécessaire, dans le cas d'un empiètement sur la propriété d'autrui, que l'auteur de cet empiètement ait conscience qu'en agissant de la sorte il viole le droit de propriété d'un tiers »¹⁰⁰.

En bref, de l'avis général, si la faute objective ne trouve pas une réelle consécration dans l'arrêt du 9 février 2017, la Cour, par cette décision, jette un éclairage nouveau sur l'élément moral en ce qu'elle exclut l'idée (pourtant défendue par une doctrine majoritaire¹⁰¹) que cette composante comprend, outre le discernement au sens large, l'aptitude particulière à percevoir l'illégalité de l'acte dommageable.

⁹⁷ Souligné par nous.

⁹⁸ F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « Les prestataires intermédiaires de la société de l'information face au droit commun de la responsabilité extracontractuelle », *op. cit.*, pp. 235 et s.

⁹⁹ J.-L. FAGNART, « Vers la faute objective », note sous Cass., 9 février 2017, *R.C.J.B.*, 2018, p. 43.

¹⁰⁰ Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, p. 45.

¹⁰¹ J.-L. FAGNART, « Vers la faute objective », *op. cit.*, p. 43 et les références citées en note 90.

Cette lecture de l'arrêt nous semble critiquable¹⁰². À nos yeux, le revirement jurisprudentiel dont font état certains commentateurs n'apparaît pas si évident.

Une correcte interprétation de l'arrêt passe nécessairement par une bonne compréhension du moyen soumis à la Cour. Selon le tribunal de commerce de Liège, la défenderesse en responsabilité ne pouvait se voir imputer une faute puisqu'elle n'avait pas eu conscience de ce que l'emplacement du pylône constituait une transgression à la loi. Nous l'avons vu : il n'y a d'imputabilité qu'à la double condition que l'agent ait été doué de discernement *et* qu'il ait agi en l'absence de fait justificatif. En l'espèce, la première condition n'était pas discutée. Et pour cause ! En tant que personne morale, l'auteur de l'empiètement n'aurait pu invoquer une privation de « conscience » ou de « discernement » (comme celle qui toucherait un dément ou un enfant en bas âge)¹⁰³. Le débat portait bien plutôt sur la seconde condition. Ainsi, la question posée par le moyen de cassation pourrait être formulée en ces termes : les juges d'appel pouvaient-ils ériger en cause de justification le fait que l'agent, en dépit de ses vérifications, n'avait pas eu conscience de commettre un acte répréhensible ?

Une question à laquelle la Cour répond sans rien changer aux règles existantes. Preuve que l'élément subjectif n'est pas mort, la Cour rappelle d'abord que la violation d'une norme légale ou réglementaire doit être commise « librement et consciemment » pour être érigée en faute. Elle ajoute ensuite qu'« il n'est pas nécessaire que l'auteur de la transgression ait conscience qu'il la commet ». Elle considère enfin que le jugement attaqué n'a pas légalement justifié sa décision, faute pour les juges d'appel d'avoir examiné l'existence d'une erreur invincible ou d'une autre cause de justification.

De notre point de vue, cet arrêt de cassation n'exclut pas que l'ignorance de l'illégalité puisse constituer une cause de justification mais tient à rappeler que cette ignorance n'a d'effet justificatif qu'à condition d'être objectivement irrésistible. En d'autres termes, selon la Cour, le tribunal de commerce de Liège n'aurait pu conclure à l'absence d'imputabilité qu'en établissant l'existence d'une erreur dite « invincible ». Or des énonciations du jugement d'appel, il ne résulte pas clairement qu'aux yeux des juges du fond, l'auteur, comme toute personne prudente, ne devait pas se rendre compte, au moment des faits, de l'empiètement du pylône sur un fond voisin. La circonstance que les parties

¹⁰² B. GOFFAUX, « La conscience de l'illégalité de l'acte : acte préalable à une responsabilité civile », note sous Cass., 9 février 2017, *For. ass.*, 2017, p. 217.

¹⁰³ B. DUBUISSON relève qu'à cet égard, « l'élément moral de la faute civile paraît bien inadéquat lorsqu'il s'agit d'en-gager la responsabilité des personnes morales, à moins bien entendu de l'apprécier dans le chef de l'organe ». Voy. B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'interprétation en droit de la responsabilité civile », note sous Cass., 26 juin 1998, *R.C.J.B.*, 2001, p. 56.

concernées se sont préoccupées des conditions d'implantation du pylône ne justifie pas, à elle seule, une absence de faute. Même la délivrance d'un permis de bâtir par une administration n'apparaît pas déterminante au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation. Cette dernière fait montre, comme déjà observé, d'une grande rigidité en ce domaine. Elle a notamment décidé que l'information erronée émanant d'une autorité publique n'est pas un fait suffisant pour démontrer l'existence d'une erreur invincible¹⁰⁴. Relevons également que la Cour est très attentive aux formulations employées par les juges du fond. Ainsi, dans un arrêt du 22 février 2010, la Cour a considéré qu'« en retenant comme constitutive de force majeure l'erreur qu'aurait pu commettre et non l'erreur qu'aurait commise toute personne raisonnable et prudente placée dans les mêmes circonstances, l'arrêt (attaqué) méconnaît la notion légale de force majeure »¹⁰⁵.

En précisant qu'« il n'est pas nécessaire que l'auteur de la transgression ait conscience qu'il la commet », l'arrêt du 9 février 2017 énonce, par ailleurs, que l'auteur, pour être en faute, ne doit pas se convaincre de transgresser la loi. La mauvaise foi de l'agent, soit sa conscience *réelle* de l'illégalité, n'est pas une condition de responsabilité nous dit la Cour. Le rôle du juge n'est pas de rechercher au moyen d'éléments graves et probants si l'auteur a eu effectivement connaissance du caractère répréhensible de son geste, mais d'affirmer, au regard du cas d'espèce, qu'il aurait *dû* avoir cette conscience. Cette solution n'est pas critiquable. En matière aquilienne, si pour démontrer l'existence d'une faute simple, l'on devait se persuader que l'agent a eu réellement connaissance de l'illégalité de l'acte, nous ne verrions plus ce qui distinguerait encore la faute du dol¹⁰⁶. *A contrario*, la Cour enseigne de longue date que la bonne foi de l'auteur, soit sa conviction personnelle de s'être conformé aux règles en vigueur, n'est pas en soi élisive de responsabilité civile. Elle ne l'est que lorsqu'elle provient d'une erreur invincible¹⁰⁷. Ainsi, le seul fait que l'agent ait pu légitimement croire à la légalité de son action ou qu'il ait agi par bon sens n'est pas déterminant¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Cass., 18 janvier 1999, R.C.J.B., 2000, pp. 725 et s., note F. GLANSORFF, « Erreur invincible ou croyance légitime ».

¹⁰⁵ Nous soulignons. Voy. Cass., 22 février 2010, www.juridat.be, S.09.0033.F/1.

¹⁰⁶ Concernant la notion de faute intentionnelle, voy. N. BASECQZ et B. GOFFAUX, « La faute intentionnelle: regards civil et pénal », in *Trois conditions pour une responsabilité civile: sept regards*, Limal, Anthemis, 2016, pp. 13-50.

¹⁰⁷ Cass., 8 septembre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 34; Cass., 15 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 261; Cass., 21 septembre 1994, *Arr. Cass.*, 1994, p. 767. En doctrine, voy. T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2009, p. 316; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT et M. DEBAENE, « Overzicht van rechtspraak – Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1994-1999) », *T.P.R.*, 2000, p. 1697; J.-L. FAGNART et M. DENÈVE, « Chronique de jurisprudence. La responsabilité civile (1976-1984) », *J.T.*, 1986, p. 300.

¹⁰⁸ Voy. en ce sens, Cass., 14 mai 2012, www.juridat.be, S110011F-S110127N.

Compris en ce sens, l'arrêt n'opère aucun revirement. Il est tout à fait conforme aux décisions rendues par la Cour relativement à des administrateurs de sociétés qui avaient omis de faire aveu de faillite dans le délai prescrit par la loi. Dans un arrêt du 22 septembre 1988, la Cour a rejeté le pourvoi formé contre une décision qui estimait que les gérants n'étaient pas responsables au sens de l'article 1382 du Code civil, et ce à défaut d'éléments corroborant « qu'au moment où les défendeurs ont procédé à l'achat litigieux, ils savaient ou devaient avoir conscience que la société qu'ils géraient était en état de cessation de paiement et que son crédit était ébranlé »¹⁰⁹. De cet arrêt de 1988 (lequel fera jurisprudence¹¹⁰), il se déduit un enseignement que paraît confirmer l'arrêt de 2017: la violation d'une norme légale ou réglementaire n'est le fait d'une volonté libre et consciente que si l'agent eut pu avoir conscience de l'application de la règle d'interdiction ou d'injonction portée par cette norme. Encore la conscience de l'illégalité doit-elle s'apprécier de manière objective¹¹¹, les considérations de la Cour allant en ce sens que l'administrateur est en faute s'il « devait » avoir connaissance du caractère répréhensible de son acte. L'on observe en effet qu'en matière d'aveu de faillite, les décisions attaquées (et avalidées par la Cour de cassation) prennent soin d'indiquer que les administrateurs n'avaient pas ni ne « devaient avoir conscience » de la situation financière des sociétés concernées.

En substance, il nous paraît que les notions d'« erreur invincible » et d'« inconscience de l'illégalité de l'acte » ne font qu'une. En d'autres termes, la conscience de l'illégalité (appréciée abstraitement) et l'absence d'une erreur invincible recouvrent la même réalité et conditionnent l'existence d'une faute. À notre estime, la jurisprudence de la Cour ne dit pas autre chose...

Sur le plan de la preuve, la conscience de l'illégalité ou l'absence d'une erreur invincible (c'est selon) n'a pas à être démontrée par le demandeur. En principe, cette condition est présumée établie à moins que le défendeur n'apporte la preuve contraire. À cet égard, les décisions prononcées en matière d'aveu de faillite peuvent surprendre dès lors qu'en cette espèce, la Cour attribue le fardeau de la preuve à la partie demanderesse. Cela découle clairement de l'arrêt du 7 septembre 1990 dans lequel la Haute Juridiction indique qu'« en décidant en fait par les motifs reproduits dans le moyen que la demanderesse n'apporte pas la preuve que les administrateurs pouvaient et devaient

¹⁰⁹ Cass., 22 septembre 1988, *Pas.*, 1989, I, pp. 80 et s.

¹¹⁰ Cass., 18 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, pp. 1069 et s.; Cass., 7 septembre 1990, *Pas.*, 1991, I, pp. 17 et s.

¹¹¹ Selon Bernard DUBUISSON, il faut que l'auteur « ait eu ou dû avoir conscience » de la réunion des éléments constitutifs de l'infraction (B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'interprétation en droit de la responsabilité civile », note sous Cass., 26 juin 1998, *op. cit.*, p. 44). Voy. également Th. LÉONARD, « Faute extra-contractuelle et juridictions commerciales: principes et plaidoyer pour un retour à une vision unitaire de la faute », *op. cit.*, p. 964.

avoir constaté que la société était en état de faillite, l'arrêt justifie légalement la décision de débouter la demanderesse de sa demande»¹¹². Notons cependant que cet arrêt et ceux qui l'ont précédé traitaient d'une omission (absence d'aveu de faillite) constitutive d'une faute civile et d'une infraction pénale¹¹³, au contraire de l'arrêt de 2017 qui avait trait, quant à lui, à une faute purement civile. Partant, c'est fidèle à sa jurisprudence que dans les décisions rendues en matière de faillite, la Cour de cassation a dérogé à la règle probatoire selon laquelle l'administration de la preuve d'une cause de justification revient au défendeur. Comme déjà exposé, la Cour considère que si la faute civile découle d'une infraction pénale, il suffit au défendeur de rendre vraisemblable l'existence d'une cause de justification, à charge pour le demandeur de démontrer qu'aucun fait justificatif n'existe en réalité.

Section 3

La prévisibilité du dommage

Les principes. – Pour être tenu responsable, l'agent doit avoir prévu les conséquences dommageables de son acte¹¹⁴. Il n'est pas exigé que la survenance du dommage soit une suite certaine du comportement litigieux, pourvu seulement qu'elle constitue une éventualité aux yeux de son auteur¹¹⁵.

Est visée ici la prévisibilité d'un préjudice *quelconque* et non du dommage qui s'est réellement produit¹¹⁶. Cela étant, une fois la responsabilité engagée, la réparation couvre tout le préjudice tel qu'il est survenu, que son étendue ait été ou non prévisible¹¹⁷.

¹¹² Cass., 7 septembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 20.

¹¹³ Dans l'arrêt du 22 septembre 1988, le demandeur en cassation relève, dans ses griefs, que les défendeurs auraient dû faire aveu de faillite dans les délais, « l'inobservation de cette obligation étant sanctionnée pénalement (article 574, 4°, de la loi sur les faillites et 489 du Code pénal) ». *Voy. Cass.*, 22 septembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 82.

¹¹⁴ Ce constat ne pourrait toutefois prouver, à lui seul, une faute par imprudence. *Voy. à ce sujet*, R.-O. DALCQ et G. SCHAMPS, « Examen de jurisprudence (1987 à 1993). La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *op. cit.*, p. 537.

¹¹⁵ B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *op. cit.*, p. 39; R.-O. DALCQ et G. SCHAMPS, « Examen de jurisprudence (1987 à 1993). La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *op. cit.*, p. 536, qui ajoutent que l'agent ne doit pas avoir eu une connaissance précise des conséquences possibles de son acte ou de l'identité de la victime.

¹¹⁶ C. DELFORGE, « La réparation des dommages soufferts par les gendarmes victimes dans le cadre de leurs fonctions au confluent d'une indemnisation automatique et du droit commun de la responsabilité civile », note sous Mons, 3 novembre 1999, *J.L.M.B.*, 2001, p. 77. La règle est différente en droit pénal. L'infraction par imprudence requiert, pour sa part, la prévisibilité du dommage qui s'est effectivement réalisé, comme l'atteinte à l'intégrité physique d'autrui au regard des articles 418 et 420 du Code pénal. *Voy. Y. HANNEQUART*, « Le défaut de prévoyance en droit belge », *op. cit.*, pp. 293 et s.

¹¹⁷ Cass., 15 novembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2336; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. 2, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1190; Y. HANNEQUART, « Le défaut de prévoyance en droit belge », *op. cit.*, pp. 293 et s.; I. DURANT, « Le dommage réparable dans les deux ordres de responsabilité », in *Les rapports entre les responsabilités contrac-*

Selon une doctrine majoritaire, la prévisibilité s'apprécie *in abstracto*, à l'aune d'une personne normalement prudente et diligente placée dans les mêmes circonstances¹¹⁸.

La place de la prévisibilité en droit de la responsabilité civile. – L'importance que revêt la prévisibilité du dommage en matière aquilienne n'est pas négligeable. Cette condition constitue un critère modérateur de responsabilité qui peut agir, selon l'ordre juridique concerné, soit dans l'appréciation de la faute, soit dans l'évaluation du lien causal. En droit civil belge, la prévisibilité du dommage n'a, en règle, pas sa place sur le plan de la causalité. La théorie de l'équivalence des conditions est l'une des moins sélectives et ne s'embarrasse pas de critères comme celui-là¹¹⁹. Il est admis, en revanche, que la prévisibilité du dommage figure parmi les éléments de la faute¹²⁰. Selon une partie de la doctrine, elle ne concernerait néanmoins que la faute par imprudence¹²¹.

Convenons, en tout cas, que le devoir de prudence n'est déterminable qu'en considération de la prévisibilité ou non d'un dommage. Un manquement à la norme de prudence ne semble pouvoir être retenu en effet que s'il devait apparaître à l'intéressé que l'acte (ou l'omission) envisagé était suscep-

tuelle et extracontractuelle, Bruges, la Charte, 2010, p. 87. *Comp. avec le domaine contractuel*, L. CORNELIS, « Le sort imprévisible du dommage prévisible », note sous Cass. (1^{re} ch.), 11 avril 1986, *R.C.J.B.*, 1990, pp. 85 et s.

¹¹⁸ R.-O. DALCQ et G. SCHAMPS, « Examen de jurisprudence (1987 à 1993). La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *op. cit.*, p. 537. Ainsi, il n'est pas attendu de l'agent qu'il fasse preuve d'une précaution exceptionnelle. *Voy. à ce sujet*, J.-L. FAGNART et M. DENEVE, « Chronique de jurisprudence (1976-1984). La responsabilité civile », *J.T.*, 1986, p. 299; Y. HANNEQUART, « Le défaut de prévoyance en droit belge », *op. cit.*, p. 292; G. SCHAMPS, « La prévisibilité du dommage en responsabilité civile. De son incidence sur la faute et sur le rapport de causalité », *Rev. dr. pén.*, 1994, p. 387.

¹¹⁹ Néanmoins, la prévisibilité du dommage effectivement occasionnée peut être un correctif à la théorie de l'équivalence des conditions qui est de nature à élargir considérablement le champ des responsabilités. *Voy. à ce sujet*, L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle – L'acte illicite*, *op. cit.*, p. 49. *Voy. aussi* I. DURANT, « La causalité, simple trait d'union ou véritable variable d'ajustement? », in *Droit des obligations : développements récents et pistes nouvelles*, CUP, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, pp. 37 et s., qui propose quelques développements prospectifs concernant les rapports entre la prévisibilité du dommage et le lien de causalité.

¹²⁰ Cass., 5 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 802; Cass., 17 avril 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 820; Cass., 13 juin 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 1169; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. 2, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1190; G. SCHAMPS, « La prévisibilité du dommage en responsabilité civile. De son incidence sur la faute et sur le rapport de causalité », *op. cit.*, pp. 377 et s.

¹²¹ D'aucuns défendent en effet que le recours à la prévisibilité est exclu en cas de violation d'une obligation légale ou réglementaire. *Voy. sur cette question*, S. COVEMAERKER et W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, Louvain, Acco, 2001, p. 239; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT et M. DEBAENE, « Overzicht van rechtspraak – Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad – 1994-1999 », *T.P.R.*, 1980, p. 1593; L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle – L'acte illicite*, *op. cit.*, p. 46; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *op. cit.*, p. 39; R.-O. DALCQ et G. SCHAMPS, « Examen de jurisprudence (1987 à 1993). La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *op. cit.*, p. 536; J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence, 1985-1995*, Les dossiers du *J.T.*, Bruxelles, Larcier, 1997, p. 43; G. SCHAMPS, « La prévisibilité du dommage en responsabilité civile. De son incidence sur la faute et sur le rapport de causalité », *op. cit.*, pp. 379 et s. *Comp. R.-O. DALCQ*, « La prévisibilité du dommage est-elle une condition nécessaire de la faute? », in *Hommage à Jacques Heenen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 84 et s.

tible de causer un préjudice à autrui. L'article 5.148, § 2, de l'avant-projet de loi consacre ce principe en citant, comme critères d'appréciation du devoir général de prudence, la nature et l'étendue des conséquences raisonnablement prévisibles¹²².

Le statut exact de la prévisibilité du dommage fait toutefois débat. Les points de vue divergent en effet quant à savoir si la prévisibilité se range dans l'élément d'illicéité ou moral de la faute¹²³. En réalité, la notion de prévisibilité est frappée d'une ambiguïté profonde qu'il n'est pas possible de dissiper complètement. L'ambivalence vient pour partie du fait que la prévisibilité du dommage est, on le répète, une composante indissociable de la norme générale de prudence. Si cette norme caractérise, en matière d'actes par imprudence, le pôle objectif de la faute, elle sert également à apprécier les faits justificatifs dont on sait qu'ils s'analysent, pour la plupart, au stade de l'élément moral. L'on pourrait ainsi soutenir que la prévisibilité du dommage influe tant sur la composante objective que subjective de la faute.

En ce sens, il serait trop catégorique d'affirmer que la condition de prévisibilité ne participe en rien à l'équation « illégalité = faute ». Si, en cas de transgression de la loi, la victime n'a normalement pas à prouver que l'agent devait prévoir les conséquences de son acte¹²⁴, cet élément peut être discuté dès lors que l'auteur invoque un fait justificatif. En définitive, le débat des causes exonératoires de responsabilité n'est pas tellement éloigné de celui de la prévisibilité. S'interroger sur l'existence ou non d'une erreur invincible, par exemple, revient à se demander si l'*errans* s'est comporté comme toute personne prudente, ce qui pose incidemment la question de la prévisibilité du dommage.

¹²² Voy. à ce propos, Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, pp. 54 et s.

¹²³ Pour un rattachement de la prévisibilité à l'élément objectif de la faute, voy. entre autres, G. SCHAMPS, « La prévisibilité du dommage en responsabilité civile – De son incidence sur la faute et sur le rapport de causalité », *op. cit.*, pp. 379 et s.; R.O. DALCO, « Examen de jurisprudence (1968-1972) – La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *R.C.J.B.*, 1974, p. 4. Apparemment plus enclins à ranger la prévisibilité dans la composante subjective de la faute, B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'interprétation en droit de la responsabilité civile », in *La faute dans différentes branches du droit*, *op. cit.*, pp. 33 et s.; X. THUNIS, « Théorie générale de la faute – La faute comme acte imputable à son auteur », *op. cit.*, vol. 3, p. 10, qui présente la prévisibilité comme une composante psychologique de la faute qui spécifie l'imputabilité.

¹²⁴ L'on peut présumer en effet que la loi a été instaurée dans le but de prévenir une situation dommageable. Voy. à ce propos, B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'interprétation en droit de la responsabilité civile », in *La faute dans différentes branches du droit*, *op. cit.*, p. 34.

Conclusion

La présentation que nous avons faite de la faute et de ses composantes est nécessairement sommaire. La matière déborde largement les sujets évoqués.

Nous avons d'abord présenté l'élément objectif de la faute sous son double visage. Concernant la méconnaissance de la norme générale de prudence, nous avons réitéré l'idée (déjà défendue avec Étienne Montero) selon laquelle l'appréciation de la faute n'interdit pas, par principe, de prendre en considération des caractéristiques propres à l'auteur. Il n'est pas concevable, selon nous, de faire abstraction de la personnalité de l'individu dont on prétend juger le comportement à l'aune de la norme de prudence. L'acte se doit d'être contextualisé au regard de circonstances tant externes qu'internes au sujet.

Nous nous sommes intéressé, ensuite, à l'élément moral et aux controverses le concernant. Il est un fait que la composante subjective de la faute n'a, en réalité, plus rien de très... « subjective ». Il est vrai par ailleurs que sur le plan probatoire, cette condition ne pèse pas d'un poids démesuré sur le dos de la victime. Mais cela ne revient pas à dire que la faute, telle qu'on la conçoit aujourd'hui, est purement et simplement délestée de toute connotation morale. La jurisprudence de la Cour de cassation, c'est du moins notre avis, n'incline pas en ce sens.

Pour finir, nous avons abordé, plus brièvement, la condition de prévisibilité, dont on a souhaité rappeler les principes fondamentaux et souligner toute l'ambivalence. Cet élément a ceci d'interpellant qu'il contamine, en quelque sorte, nombre de questions liées à la faute.