

Faculté de droit et de criminologie

L'élément moral de la faute civile : influence désuète du droit pénal ou élément indispensable à la responsabilité civile ?

Auteur : DOGDU Geylani
Promoteur : DE
CONINCK Bertrand
Année académique 2019-2020
Master (120) en droit : finalité justice civile
et pénale

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation*.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Introduction

La faute peut être définie comme étant « tout manquement, si minime soit-il, volontaire ou involontaire, par acte ou par omission, à une norme de conduite préexistante. »¹ Cette norme de conduite trouve sa source soit dans une loi ou un règlement imposant un comportement déterminé ou indéterminé, soit dans une série de règles de la vie sociale non formulée en texte législatif (loyauté, bienséance, prudence, etc.).²

Elle suppose la réunion de trois éléments. Premièrement, il faut que l'auteur du dommage n'ait pas respecté une règle de conduite qui s'imposait à lui, ce qui renvoie à l'élément objectif de la faute. Deuxièmement, il faut que le dommage soit prévisible. Troisièmement, il est nécessaire que la faute ait été commise librement et consciemment, ce qui renvoie à l'élément moral de la faute.

En effet, depuis 1944, la Cour de cassation considère de façon constante que la faute consiste en ce que l'auteur a violé librement et consciemment une règle qui s'imposait à lui.³ Le juge a ainsi voulu donner à la faute une dimension individualiste et moralisatrice inspirée par la philosophie des lumières et par le droit pénal. Pour qu'un acte puisse être considéré comme fautif, il doit pouvoir être imputé à son auteur, c'est-à-dire que ce dernier devait avoir la capacité de discernement au moment des faits et qu'aucune cause extérieure ne permet de purger l'acte de son illicéité. Il faut, pour être bref, l'expression d'une volonté libre et éclairée.

Cependant, est-ce que cet élément moral est toujours pertinent de nos jours ? Est-ce qu'il s'agit d'un élément indispensable à la responsabilité civile ou, au contraire, s'agit-il de l'influence désuète du droit pénal sur le droit civil dont il conviendrait de se débarrasser ? Qu'attendons-nous de la responsabilité civile de nos jours ?

Pour répondre à cette question, nous allons tout d'abord commencer par tenter de définir clairement ce qu'est l'élément moral de la faute civile (chapitre 1). Nous analyserons ensuite les régimes actuels de faute objective (chapitre 2), c'est-à-dire les régimes dans lesquels l'élément moral n'est pas nécessaire pour engager la responsabilité de l'auteur d'un dommage.

¹ B. DUBUISSON *et al*, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1 : *le fait générateur et le lien causal*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 21.

² J. DABIN et A. LAGASSE, « Examen de jurisprudence (1939 à 1948) – La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *R.C.J.B.*, 1949, p. 57

³ Cass., 31 janvier 1944, *Pas.*, 1944, I, p. 178.

Nous enchaînerons avec les différents arguments pouvant être utilisés afin de justifier le maintien ou la suppression de cet élément (chapitre 3). Nous nous intéresserons ensuite à la place qu'occupe l'élément moral dans le droit français, allemand, suisse et anglais (chapitre 4). Enfin, nous terminerons par examiner la position prise par l'avant-projet de réforme du code civil (chapitre 5).

Chapitre 1 : La notion d'élément moral

Il convient tout d'abord de définir et de délimiter le plus clairement possible la notion d'élément moral de la faute. Celle-ci renvoie traditionnellement à deux conditions qu'il faut remplir pour pouvoir engager la responsabilité de l'auteur de l'acte dommageable : l'expression d'une volonté libre (section 1) et éclairée (section 2).

Ensuite, nous étudierons la question cruciale de savoir si l'auteur devait avoir conscience de l'illégalité de son acte (section 3). Nous enchaînerons avec quelques explications sur la notion de prévisibilité du dommage (section 4) ainsi que sur la place occupée par l'élément moral au sein de la faute (section 5).

Section 1 : L'expression d'une volonté libre

La nécessité d'avoir l'expression d'une volonté libre dans le chef de l'auteur de l'acte dommageable renvoie à la condition selon laquelle la volonté de ce dernier ne doit pas avoir été abolie par un événement extérieur au moment où l'acte a été commis. Cela fait référence aux causes de justifications.

En effet, ces causes de justifications sont des causes qui vont avoir pour effet de purger l'acte dommageable de son illicéité.⁴ Bien que le Code civil n'en prévoie aucune, elles sont en réalité empruntées au Code pénal.

Il y a tout d'abord l'erreur invincible : il s'agit de l'erreur qu'aurait commise toute personne raisonnable et prudente placée dans la même situation.⁵ Dans une telle hypothèse, aucune faute ne pourrait être reprochée à l'auteur.

⁴ B. DUBUISSON *et al*, *op. cit.*, p. 413.

⁵ *Ibidem*, p. 416.

Ensuite, il y a la légitime défense. Il s'agit d'une cause de justification habituelle en droit pénal mais qui se rencontre également en droit civil.⁶ À titre d'exemple, on retiendra cette cause de justification dans l'hypothèse où un homme répond par un coup de poing à un coup de poing qu'il a lui-même reçu. On considérera alors que le premier coup de poing est une circonstance externe et imprévisible détruisant la libre volonté de la victime et constituant ainsi un cas de légitime défense.⁷

Nous pouvons également citer l'état de nécessité. L'auteur du dommage doit établir « qu'il n'y avait pas d'autre possibilité, pour échapper à un danger imminent, que de poser l'acte dommageable pour protéger un intérêt social au moins d'égale importance à celui protégé par la norme enfreinte ».⁸ Il convient de souligner que l'auteur ne doit pas avoir fautivement créé la situation qui le met dans cet état.⁹

En outre, il y a la contrainte irrésistible. Il s'agit d'une cause de justification prévue à l'article 71 du Code pénal¹⁰ et qui implique « non seulement que la volonté de l'agent ait été amoindrie par une force extérieure à laquelle il n'a pu résister, mais encore que son libre arbitre ait été de ce fait annihilé. »¹¹ Il faut que l'auteur ait été poussé psychologiquement à agir de la sorte en raison de la crainte d'un mal grave, imminent et injuste.¹²

Enfin, nous pouvons citer l'inconscience passagère ou encore l'ordre de la loi ou de l'autorité.¹³

Il appartient à l'auteur du dommage de démontrer l'existence d'une cause de justification. En revanche, dans l'hypothèse où l'auteur invoque une cause de justification qui n'est pas dénuée de pertinence, il appartiendra alors à la victime de démontrer que cette cause n'existe pas.¹⁴

Lorsque l'on se pose la question de la suppression de l'élément moral de la faute civile, il n'est évidemment pas question de supprimer ces causes de justification. Leur pertinence n'est nullement remise en cause : comment pourrait-on reprocher à quelqu'un d'avoir commis une faute alors que sa libre volonté était anéantie par un événement extérieur et imprévisible ?

⁶ *Ibidem*, p. 417.

⁷ *Ibidem*, p. 417 ; J.P. Wervik, 27 avril 1990, *J.J.P.*, 1999, p. 280.

⁸ B. DUBUISSON *et al*, *op. cit.*, p. 418

⁹ Cass., 24 mars 1999, *Dr. circ.*, 1999, p. 279.

¹⁰ Cet article énonce qu'« il n'y a pas d'infraction lorsque l'accusé ou le prévenu était atteint, au moment des faits, d'un trouble mental qui a aboli sa capacité de discernement ou de contrôle de ses actes ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister ».

¹¹ Cass., 16 février 2011, *Pas.*, 2011, liv. 2, p. 537.

¹² Cass., 14 janvier 2015, *Pas.*, 2015, liv. 1, p. 109.

¹³ B. DUBUISSON *et al*, *op. cit.*, p. 413.

¹⁴ Cass. (3^e ch.), 26 mars 2018, R.G. C.17.0442.N.

Si l'on décide de supprimer l'élément moral de la faute civile, il faudra alors réintroduire ces causes de justification à un autre niveau. Il s'agit d'ailleurs de la solution préconisée par l'avant-projet de réforme de Code civil dont il sera question plus bas au sein de ce travail.

La question que l'on se pose ici est donc de savoir s'il convient de supprimer le volet positif de l'élément moral, c'est-à-dire la condition de l'expression d'une volonté consciente dans le chef de l'auteur du dommage.

Section 2 : L'expression d'une volonté consciente

La nécessité d'avoir l'expression d'une volonté consciente renvoie à la condition selon laquelle l'auteur du dommage devait avoir la capacité de discernement au moment où il a accompli son acte.¹⁵ Cette capacité de discernement peut être définie comme « l'aptitude d'une personne à apprécier les conséquences de ses actes ou, plus prosaïquement, comme la capacité de discerner le bien et le mal. »¹⁶

Ainsi, pour savoir si une personne a commis une faute, il faut se demander si cette dernière était capable de comprendre que son comportement en constituait une.¹⁷ Il faut vérifier si l'auteur de l'acte avait la capacité de comprendre les conséquences dommageables de son acte.¹⁸

Pierre Van Ommeslaghe dit à cet égard que « la faute suppose que l'auteur du dommage soit capable de discerner quel serait le comportement du bon père de famille, placé dans les circonstances du cas d'espèce, ou quelle est la norme légale (au sens large du terme) ou contractuelle méconnue. »¹⁹

Il appartient à la victime de prouver que l'auteur avait cette capacité de discernement au moment où l'acte dommageable a été accompli.²⁰

Dans l'état actuel des choses, une personne qui perd momentanément conscience en raison d'un événement imprévisible n'est pas personnellement responsable du dommage qu'il cause, à

¹⁵ B. DUBUISSON *et al*, *op. cit.*, p. 35 ; K. DUERINCKX, *Aansprakelijkheidsrecht : een overzicht*, Antwerpen, Maklu, 2016, p. 23.

¹⁶ B. DUBUISSON *et al*, *op. cit.*, p. 35.

¹⁷ M.-L. RASSAT, *La responsabilité civile*, Paris, Presses universitaires de France, 1973, p. 37.

¹⁸ O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2005, p. 46 ; J. RUTSAERT, *Le fondement de la responsabilité civile extra-contractuelle : étude de doctrine et de jurisprudence contemporaines*, Bruxelles, Bruylant, 1930, p. 14.

¹⁹ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. 2, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1236.

²⁰ *Ibidem*, p. 35 ; J.P. Liège, 19 octobre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1248.

moins que cette perte de conscience soit elle-même imputable à une faute commise antérieurement.²¹

À titre d'exemples, commet une faute la personne qui prend le volant alors qu'elle vient de perdre connaissance,²² la personne qui prend le volant alors qu'elle est alcoolisée²³ ou encore la personne qui prend le volant alors qu'elle est consciente qu'elle souffre de troubles bipolaires ou de psycho maniaque-dépressive.²⁴

Dans chacune de ces hypothèses, le juge va estimer que ces personnes savaient ou devaient savoir qu'elles étaient dans un état augmentant inévitablement les risques normaux de la conduite.²⁵

À l'inverse, une personne âgée de 70 ans ne commet pas de faute lorsqu'elle prend le volant alors qu'elle est traitée pour une affection cardiaque (artères bouchées ou sclérosées) mais dont la gravité est inconnue et qui n'entraîne pas un risque tel qu'il aurait dû s'abstenir de conduire.²⁶

La question que l'on se pose au sein de ce travail est précisément de savoir si l'on pourra retenir la faute d'une personne qui était dépourvue de discernement au moment où elle a causé un dommage à autrui. Pourrait-on se satisfaire d'une faute objective ?

Si la réponse est affirmative, les personnes qui perdent subitement conscience et qui causent un dommage commettront une faute susceptible d'engager leur responsabilité civile, même si cette perte de conscience n'est imputable à aucune faute de leur part.

Section 3 : La conscience de l'illégalité de l'acte

Une question cruciale doit être examinée : est-ce que l'auteur devait avoir conscience de l'illégalité de son acte ? Pourrait-on reprocher une faute à une personne qui avait la capacité de discernement au moment où elle a accompli l'acte dommageable mais qui n'avait pas conscience de faire quelque chose d'illégal ?

²¹ P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.* p. 1238.

²² Pol. Louvain (5^e ch.), 22 décembre 2005, C.R.A., 2006, p. 571.

²³ Dinant (6^e ch.), 6 octobre 1994, J.J.P., 1996, p. 198.

²⁴ Gand, 17 décembre 1992, *Rev. dr. santé*, 1996-1997, p. 351

²⁵ B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK, G. GATHEM, *op. cit.*, p. 38.

²⁶ Civ. Nivelles (1^{re} ch.), 8 février 2006, C.R.A., 2006, p. 573.

Une grande part de la doctrine considère que l'auteur de l'acte doit effectivement avoir conscience de son illégalité afin de pouvoir engager sa responsabilité.

Ainsi, Bernard Dubuisson énonce que « l'appréciation de la faute et de son élément moral doit être portée au moment où le fait constitutif de l'infraction a été accompli. Encore faut-il que l'auteur du dommage ait eu ou dû avoir conscience de ce que les éléments constitutifs de l'infraction étaient réunis à ce moment ».²⁷

De même, Thierry Leonard partage cette opinion lorsqu'il dit qu'« une personne a beau avoir la capacité psychique de prendre conscience des conséquences de ses actes et de l'illégalité de ceux-ci, cette prise de conscience peut être de facto impossible si l'agent ne peut percevoir que ses conditions d'application étaient remplies ».²⁸

Enfin, Boris Goffaux se rallie à cette doctrine en disant que « la conscience de l'illégalité de l'acte (ou ce que l'on pourrait appeler « la prévisibilité de la norme ») est un indispensable à la reconnaissance d'une faute, en cas de violation d'une règle déterminée. »²⁹

Cette doctrine s'appuie notamment sur un arrêt de la Cour de cassation du 22 septembre 1988. L'arrêt concernait des administrateurs d'une société qui n'avaient pas fait aveu de faillite dans le délai imposé par la loi. Ainsi, ces administrateurs avaient procédé à un achat de marchandises alors que le crédit de la société était ébranlé.

La question était de savoir si leur responsabilité pouvait être retenue sur base de l'article 1382 du Code civil étant donné que le vendeur n'était pas en mesure d'obtenir le paiement des marchandises.

La Cour de cassation fut claire à ce sujet. Elle énonça que la responsabilité de ces administrateurs ne pouvaient pas être retenues. Elle justifia cela en disant qu'il n'était pas établi « 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 ».³⁰

²⁷ B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'interprétation en droit de la responsabilité civile », *R.C.J.B.*, 2001/1, p. 44.

²⁸ B. GOFFAUX, « La conscience de l'illégalité de l'acte : préalable à une responsabilité civile ? », *For. ass.*, 2017, p. 215.

²⁹ *Ibidem*, p. 216.

³⁰ Cass., 22 septembre 1988, *Pas.*, 1989, liv. 1, p. 80.

En d'autres termes, la responsabilité de ces administrateurs ne pouvait pas être retenue parce qu'ils n'avaient pas conscience de faire quelque chose d'illégal. Ils n'avaient pas conscience que le crédit de la société était ébranlé et qu'ils ne pouvaient donc pas procéder à de nouveaux achats de marchandises.

Il est cependant important de souligner que cette conscience de l'illégalité s'apprécie de manière objective.³¹ En effet, on retiendra la faute de la personne si celle-ci *devait* avoir connaissance du caractère illégal dudit acte. L'absence de conscience de l'illégalité de l'acte peut elle-même être constitutive de faute dès lors qu'une personne normalement prudente et diligente en aurait eu conscience.³²

Ainsi donc, il convient d'examiner le contexte et les connaissances dont disposait l'auteur au moment où l'acte a été accompli, en prenant notamment compte de sa profession ou de son degré de spécialisation. En revanche, il doit être fait abstraction des éléments propres à l'auteur telle que son infériorité psychologique ou son manque d'attention.³³

Avec toutes ces considérations, nous pourrions être tentés d'affirmer que la conscience de l'illégalité de l'acte est effectivement une condition nécessaire à la responsabilité civile. Il s'agit du moins de l'opinion majoritaire partagée par la doctrine.

Cependant, un arrêt récent de la Cour de cassation du 9 février 2017 permet d'en douter. Cet arrêt concerne une société ayant implanté un pylône sur un terrain appartenant à une tierce personne. Cette société s'était défendue en disant qu'elle n'avait pas conscience qu'elle était en train d'empiéter sur le terrain d'autrui au moment de l'implantation.

Le juge du fond a donné raison à cette société et n'a pas retenu sa responsabilité en considérant que l'élément moral de la faute faisait défaut. Cette décision a cependant été cassée par la Cour de cassation. En effet, cette dernière est intervenue en disant que « La transgression matérielle d'une disposition légale ou réglementaire constitue en soi une faute qui entraîne la responsabilité civile de son auteur, à condition que cette transgression soit commise librement et consciemment. Il n'est pas nécessaire que l'auteur de la transgression ait conscience qu'il la commet. »³⁴

³¹ B. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 215.

³² *Ibidem*, p. 216.

³³ *Ibidem*, p. 216.

³⁴ Cass, 9 février 2017, *Bull. Ass.*, 2018, liv. 4, p. 514.

Ainsi donc, la Cour de Cassation casse le jugement en considérant que dans la mesure où il n'a pas examiné l'existence d'une erreur invincible ou d'une autre cause de justification, le juge d'appel n'a pas légalement justifié sa décision selon laquelle la violation n'avait pas été libre et consciente. En d'autres termes, la Cour semble indiquer que la seule possibilité pour la société d'échapper à sa responsabilité est d'invoquer une erreur invincible ou une autre cause de justification (du moins au niveau de l'élément moral de la faute). Ce faisant, la Cour réduit l'élément moral aux causes de justifications.

Il semblerait que la Cour fasse un pas de plus vers la faute objective : elle maintient que la transgression doit avoir été commise librement et consciemment mais elle ajoute qu'il n'est pas nécessaire que l'auteur ait conscience de cette transgression. Autrement dit, l'auteur de l'acte dommageable doit avoir conscience de ce qu'il fait mais il n'est pas exigé qu'il ait conscience de l'illicéité de son comportement.³⁵

Assistons-nous à une réelle révolution ? Faut-il considérer que la Cour limite son affirmation à l'hypothèse de la violation d'un droit subjectif tel que c'est le cas en l'espèce ? Force est de constater que la Cour se montre très générale dans ses propos et semble affirmer que la conscience de l'illégalité de l'acte n'est plus une condition de mise en œuvre de la responsabilité de l'auteur, peu importe les droits qui sont en jeu, sous réserve de l'erreur invincible ou d'une autre cause de justification.

Boris Goffaux se montre toutefois assez réservé quant à la portée qu'il faut attribuer à cet arrêt. Selon lui, la Cour se borne en réalité à réaffirmer sa jurisprudence antérieure en rappelant l'extrême rigueur avec laquelle il convient d'apprécier l'existence d'une erreur invincible.³⁶

Selon lui, la Cour nous rappelle uniquement qu'il n'est pas forcément nécessaire que l'auteur de l'acte ait conscience de son illégalité pour que sa responsabilité soit retenue. Dans l'hypothèse contraire, cela reviendrait à affirmer qu'il n'est possible de retenir la responsabilité d'une personne qu'à la condition où elle avait effectivement conscience de cette illégalité. Or, l'absence de conscience de l'illégalité de l'acte peut précisément constituer une faute. Dès lors, il convient seulement de vérifier si une personne normalement prudente et diligente en aurait eu conscience ou non (ce qui revient, selon ses dires, à examiner l'hypothèse d'une erreur invincible).

³⁵ J.-L. FAGNART, « Vers la faute objective ? », *R.C.J.B.*, 2018/1, p. 43.

³⁶ B. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 217.

Cependant, il convient tout de même d'insister sur le fait que cette interprétation est largement minoritaire et consiste à essayer de lire entre les lignes exprimées par la Cour. Cette dernière semble bel et bien affirmer que la conscience de l'illégalité de l'acte n'est plus du tout une condition nécessaire à l'établissement de la faute, faisant ainsi un pas de plus vers la faute objective.

Section 4 : La prévisibilité du dommage

Le critère de prévisibilité du dommage consiste à vérifier si l'auteur de l'acte dommageable devait savoir qu'en agissant ainsi, il pouvait causer un dommage à autrui, étant entendu que ce dommage doit constituer une conséquence possible de l'acte et que cette possibilité puisse être prévue, même comme une simple éventualité.³⁷

Il est important de préciser que l'on vise ici la prévisibilité d'un préjudice quelconque et non la prévisibilité du dommage tel qu'il s'est réellement produit dans les faits.³⁸ Ainsi donc, une personne sera considérée comme étant responsable si elle cause un dommage dont elle pouvait prévoir l'émergence et qu'elle n'a pas pris les mesures adéquates pour le prévenir.³⁹

La doctrine majoritaire considère par ailleurs que « la prévisibilité s'apprécie in abstracto, à l'aune d'une personne normalement prudente et diligente replacée dans les mêmes circonstances que celles du cas d'espèce. »⁴⁰

La méconnaissance de l'obligation générale de prudence ne constitue donc une faute que dans l'hypothèse où le dommage était prévisible pour celui qui l'a causé.⁴¹

³⁷ Liège, 15 mars 1994, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, p. 151 ; B. DUBUISSON *et al*, *op. cit.*, p. 39.

³⁸ B. GOFFAUX, « La prévisibilité du dommage en matière extracontractuelle », *For. ass.*, 2012, p. 48

³⁹ B. DUBUISSON *et al*, *op. cit.*, p. 39 ; Civ. Neufchâteau, 9 juin 1999, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, p. 296.

⁴⁰ B. DUBUISSON *et al*, *op. cit.*, p. 50 ; R.O. DALCQ et G. SCHAMPS, « Examen de jurisprudence (1987 à 1993) - La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *R.C.J.B.*, 1995, p. 537 ; 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 », *Rev. dr. pén.*, 1994, 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 ; Mons, 28 juin 1994, *J.L.M.B.*, 1996, p. 91, obs. D.-M. Philippe.

⁴¹ B. DUBUISSON *et al*, *op. cit.*, p. 39 ; Anvers (6^e ch.), 29 avril 2003, *R.W.*, 2006-2007, p. 405 ; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, 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.* p. 377 ; B. GOFFAUX, « La prévisibilité du dommage en matière extracontractuelle », *op. cit.*, p. 48.

En revanche, certains auteurs considèrent qu'il n'y a pas lieu de procéder à cet examen lorsque le manquement constitue la transgression d'une règle déterminée.⁴² Ces auteurs justifient notamment cela en insistant sur le fait que le critère de prévisibilité est en réalité contenu dans l'élément objectif de la faute et non dans l'élément moral, étant donné qu'on ne peut pas attendre d'une personne qu'elle anticipe un dommage que même une personne normalement prudente et diligente n'aurait pas pu anticiper. Puisque cette figure du bon père de famille disparaît en présence d'un manquement à une règle déterminée, l'exigence de prévisibilité disparaît elle aussi par voie de conséquence.⁴³

En outre, la disparition de la condition de prévisibilité peut également se justifier dans la mesure où cet élément est supposé être inclus dans le texte de loi lui-même. En effet, si le législateur décide d'édicter une norme imposant un comportement déterminé, c'est parce qu'il considère (à priori) qu'un dommage pourrait résulter de sa violation. La prévisibilité du dommage est donc inhérente à la règle qui impose d'adopter un comportement déterminé.

Cependant, Boris Goffaux souligne avec insistance l'ambiguïté profonde dont est frappée cette notion.

Il dit notamment que « l'ambivalence vient pour partie du fait que la prévisibilité du dommage est une composante indissociable de la norme 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 (en ce compris l'erreur invincible) dont on sait qu'ils influent sur l'élément moral. L'on pourrait ainsi soutenir que la prévisibilité du dommage trouve également un terrain d'élection au plan de l'imputabilité. »⁴⁴

Toujours est-il qu'une grande part de la doctrine semble davantage encline à considérer que le critère de prévisibilité doit être rapporté à l'élément objectif de la faute et non à l'élément subjectif.

Dès lors, une suppression de l'élément moral ne devrait pas avoir d'impact significatif à ce niveau-là, d'autant plus que le critère de prévisibilité s'apprécie, comme nous l'avons vu, *in*

⁴² B. DUBUISSON *et al*, *op. cit.*, p. 39 ; B. GOFFAUX, « La conscience de l'illégalité de l'acte : préalable à une responsabilité civile ? », *op. cit.*, p. 217 ; B. GOFFAUX, « La prévisibilité du dommage en matière extracontractuelle », *op. cit.*, p. 50.

⁴³ B. DUBUISSON *et al*, *op. cit.*, p. 39.

⁴⁴ B. GOFFAUX, « La conscience de l'illégalité de l'acte : préalable à une responsabilité civile ? », *op. cit.*, p. 218.

abstracto, c'est-à-dire sans prendre en compte les caractéristiques personnelles ou psychiques de l'individu.

Cela signifie concrètement que dans l'hypothèse d'une suppression de l'élément moral, une personne dénuée de discernement, c'est-à-dire une personne qui n'a pas la faculté d'apprécier le caractère prévisible d'un dommage, pourrait causer un dommage sans être tenu de le réparer si le juge considère que ce dernier était imprévisible pour une personne normalement prudente et diligente placée dans les mêmes circonstances.

Section 5 : La place de l'élément moral au sein de la faute

L'élément matériel de la faute consiste dans la violation d'une norme de conduite. Cette norme de conduite provient soit d'une norme internationale ayant des effets directs dans l'ordre juridique national, soit d'une norme de droit interne imposant un comportement déterminé, soit encore d'une norme générale de prudence.⁴⁵

En présence d'une norme imposant un comportement déterminé à son destinataire, la faute, dans son élément matériel, résultera de la violation de la loi. Le juge ne doit pas vérifier si l'auteur du dommage s'est comporté comme une personne normalement prudente et raisonnable ni même si le dommage était prévisible.⁴⁶ Il s'agit du principe d'identité entre faute et illégalité.

La Cour de cassation l'a d'ailleurs consacré dans son arrêt du 13 mai 1982⁴⁷. Les faits concernaient une administration communale qui avait adopté des règlements communaux imposant des taxes à des titulaires de concessions minières. Ces règlements, après leur approbation par l'autorité de tutelle, avaient été attaqués par lesdits titulaires qui considéraient que cela constituait une violation du principe d'égalité devant l'impôt.

Constatant effectivement l'existence d'une telle violation, le Conseil d'Etat a prononcé la nullité de l'acte administratif. Une fois les impôts prélevés illégalement restitués, les titulaires voulaient également obtenir les intérêts sur les sommes qu'ils avaient indument payées.

Le juge du fond va néanmoins écarter la responsabilité de l'administration en se basant sur la circonstance que de tels règlements avaient déjà été adoptés par le passé et qu'elles n'avaient

⁴⁵ B. DUBUISSON *et al*, *op. cit.*, p. 22.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 30 ; Liège, 17 mars 1990, *R.G.D.C.*, 2000, p. 564

⁴⁷ Cass., 13 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1056 et s.

pas subies d'annulation. Il n'était donc pas acquis que l'administration avait fait preuve de légèreté.

La Cour de Cassation va censurer cette décision en énonçant que « sous réserve d'une erreur invincible ou d'une autre cause d'exonération de responsabilité, l'autorité administrative commet une faute lorsqu'elle prend ou approuve un règlement qui méconnaît des règles constitutionnelles ou légales lui imposant de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée. »⁴⁸

Cela signifie qu'à partir du moment où une illégalité est constatée, le juge ne peut plus contester l'existence de la faute dans son élément objectif. Dans cette hypothèse, le juge ne se posera pas la question de savoir si l'administration s'est comportée comme une administration normalement prudente et diligente.

Partant de ce principe, pourrait-on voir dans le respect de la loi une obligation de résultat ? Plusieurs nuances doivent être apportées quant à cette affirmation et au sujet de la notion d'identité entre faute et illégalité.

Premièrement, il convient de procéder à un examen analytique de la norme violée afin de vérifier si elle imposait bien un comportement déterminé à son destinataire. En effet, certaines normes ne font que répéter le devoir de prudence qui s'impose à tous.⁴⁹

Deuxièmement, il ne faut pas confondre la contravention à la loi et l'erreur de qualification d'un contrat qui est préalable à la décision de l'administration. Cette hypothèse a été constatée par la Cour de cassation dans son arrêt du 25 octobre 2004⁵⁰.

Cet arrêt concerne l'O.N.S.S. qui avait retiré l'assujettissement d'une personne en considérant qu'il s'agissait d'un faux salarié. Ce dernier a alors fait un recours devant la Cour du travail et a obtenu gain de cause. Le salarié s'est ensuite basé sur cette décision pour engager la responsabilité civile de l'O.N.S.S., estimant que celle-ci avait commis une faute en retirant un statut qu'il avait le droit de garder.

Le juge du fond a donné raison au salarié mais sa décision a été cassée par la Cour de cassation. Celle-ci a considéré que le simple fait que la Cour du travail ne s'est pas ralliée à l'O.N.S.S. n'implique pas une faute dans son chef. Elle considère que dans l'opération de qualification de

⁴⁸ Cass., 13 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1057.

⁴⁹ B. DUBUISSON *et al*, *op. cit.*, p. 30.

⁵⁰ Cass., 25 octobre 2004, *Pas.*, 2004, liv. 11, p. 1667.

la relation contractuelle qui était préalable au retrait du statut, il n'y avait aucune norme imposant un comportement déterminée à l'ONSS.

Elle énonce qu'il y a effectivement eu une erreur de droit mais qu'elle doit s'apprécier par référence au comportement de l'administration normalement prudent et diligent, eu égard à la marge d'erreur possible dans le cadre de l'interprétation de la relation contractuelle.

Troisièmement, affirmer que le respect de la loi est une obligation de résultat implique, au titre de la charge de la preuve, qu'une présomption de faute résulterait du simple constat de la violation, sous réserve d'une cause étrangère exonératoire. Or, une telle affirmation ne pourrait pas être transposable dans le domaine de la responsabilité extracontractuelle, et spécialement lorsque la faute civile reprochée constitue également une infraction pénale. En effet les conséquences de ce renversement de la charge de la preuve seraient incompatibles avec les principes généraux du droit pénal.

D'une part, ce serait contraire à la présomption d'innocence. De la même manière qu'il appartient à la partie qui poursuit d'établir tous les éléments constitutifs de l'infraction, il appartient à la victime du dommage de démontrer les éléments constitutifs de la faute.⁵¹ Si on accepte l'idée selon laquelle le respect de la loi est une obligation de résultat, la partie qui poursuit doit uniquement démontrer que le résultat n'est pas atteint.

D'autre part, si le prévenu invoque une cause de justification qui n'est pas dénuée de vraisemblance, c'est-à-dire une cause de justification qu'il ne doit pas établir de manière certaine et qui est crédible, il appartient alors à la partie qui poursuit ou à la partie civile de démontrer que cette cause de justification n'existe pas.⁵²

Ainsi, les principes de droit pénal qui président à la répartition de la charge de la preuve ne sont pas compatibles avec les conséquences qui se dégageraient de l'existence d'une obligation de résultat.

Quatrièmement, le principe d'identité entre faute et illégalité ne concerne que l'élément objectif de la faute. Le juge qui est confronté à la violation d'une norme imposant un comportement déterminé doit vérifier si l'auteur de l'acte dommageable avait la capacité de discernement au

⁵¹ B. DUBUISSON *et al*, *op. cit.*, p. 41.

⁵² *Ibidem*, p. 415.

moment des faits. En effet, la condition selon laquelle la transgression doit avoir été causée « librement et sciemment par le fait de l'homme »⁵³ est parfaitement acquise.

Une absence de discernement au moment des faits dans le chef de l'auteur aura pour conséquence d'aboutir à l'impossibilité d'engager sa responsabilité civile. De même, l'auteur pourrait s'exonérer en démontrant l'existence d'une erreur invincible ou d'une autre cause de justification.

Nous pouvons donc remarquer toute l'importance qu'occupe l'élément moral de la faute civile dans le cas où la norme violée imposait un comportement déterminé.

Chapitre 2 : Les régimes de faute objective

Supprimer l'élément moral de la faute civile revient à adopter un régime de faute objective, qu'il ne faut pas confondre avec le régime de responsabilité objective, c'est-à-dire un régime de responsabilité dénué de toute idée de faute.

Ces régimes de faute objective ne sont pas quelque chose de fondamentalement moderne ou nouveau pour le législateur belge. Bien au contraire, ce dernier a depuis longtemps prévu de tels régimes mais uniquement pour des catégories particulières de personnes.

Nous examinerons donc chacune de ces catégories en tentant de répondre à deux questions fondamentales. D'une part, pourquoi est-ce que le législateur a prévu un tel régime pour ces groupes de personnes ? D'autre part, est-ce que ces arguments pourraient être transposables au citoyen lambda, auquel cas il conviendrait de supprimer l'élément moral ?

Nous allons ainsi nous attarder sur la responsabilité du fait d'autrui (section 1), la responsabilité des déments (section 2) et la responsabilité des personnes morales (section 3).

Section 1 : La responsabilité du fait d'autrui

Au sein de cette section, nous allons plus particulièrement nous intéresser à la responsabilité des parents pour le fait de leurs enfants et à la responsabilité des instituteurs pour le fait de leurs élèves. Il s'agit des régimes prévus à l'article 1384 alinéa 2 et 4.

⁵³ Cass. (3^e ch.), 3 octobre 1994, *J.T.*, 1995, p. 26.

Si l'on prend l'exemple d'un enfant de huit ans qui cause un dommage à autrui, son absence de discernement ne constituera pas un obstacle au niveau de l'indemnisation du dommage subi par la victime. Les parents de l'enfant en question sont en effet civilement responsables des fautes ou des actes objectivement illicites que ce dernier a commis, c'est-à-dire des actes qui auraient été considérés comme fautifs s'ils avaient été commis par une personne douée de raison.⁵⁴

De même, l'instituteur est civilement responsable des fautes ou des actes objectivement illicites commis par un élève pendant le temps où sa surveillance est susceptible de s'exercer⁵⁵, indépendamment de la question de savoir si l'enfant avait la capacité de discernement au moment où le dommage a été causé.

« Ce caractère objectivement illicite de l'acte dommageable doit être apprécié *in abstracto*, c'est-à-dire par comparaison au comportement normal et diligent d'une personne placée dans les mêmes circonstances. »⁵⁶

Cette affirmation doit cependant être nuancée dans l'hypothèse où l'acte a été accompli pendant un jeu d'enfant. Le juge comparera alors le comportement de l'enfant avec le comportement de l'enfant prudent et diligent du même âge. Dans une telle situation, cela n'aurait aucun sens de comparer son comportement avec celui de l'homme prudent et diligent.⁵⁷

Ainsi, il faut que la victime prouve l'existence d'une faute ou d'un acte objectivement illicite commis par le mineur qui est en relation causal avec le dommage subi.⁵⁸ Les parents pourront se défendre en prouvant qu'ils n'ont commis aucune faute dans l'éducation et dans la surveillance de leur enfant et les instituteurs pourront se défendre en disant qu'ils n'ont commis aucune faute dans leur surveillance.

Il s'agit de quelque chose d'assez surprenant : une personne va répondre d'un acte qui a été commis par une autre alors que cette dernière n'avait pas la capacité de discernement au

⁵⁴ Anvers (2^e ch. bis), 27 mars 2002, *R.W.*, 2005-2006, p. 106 ; Bruxelles (7^e ch.), 30 mars 1998, *R.G.A.R.*, 1999, n° 13.109 ; Gand (17^e ch.), 21 juin 1994, *R.W.*, 1995-1996, p. 1055 ; P. DE TAVERNIER, "De buitencontractuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door minderjarigen", *Actueel aansprakelijkheidsrecht*, Gent, Larcier, 2012, p. 96 et 97 ; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 1283.

⁵⁵ B. DUBUISSON *et al*, *op. cit.*, p. 113.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 93 ; Anvers, 27 mars 2002, *R.W.*, 2005-2006, p. 106 ; Pol. Malines, 29 juin 2004, *J.J.P.*, 2005, p. 183

⁵⁷ Par contre, le comportement d'un enfant qui roule à vélo sur la voie publique sera comparé avec le comportement d'un usager normalement prudent et diligent.

⁵⁸ B. DUBUISSON *et al*, *op. cit.*, p. 84.

moment où l'acte a été accompli.⁵⁹ L'absence de discernement de l'enfant fait uniquement obstacle à l'action qui tend à retenir sa responsabilité personnelle.⁶⁰

Il convient cependant d'insister sur le fait qu'il n'est pas impossible qu'un enfant ait la capacité de discernement, auquel cas sa responsabilité personnelle pourra effectivement être retenue. Dans cette hypothèse, une condamnation *in solidum* sera alors possible avec les parents et/ou l'instituteur.⁶¹

L'âge du discernement en matière de responsabilité civile n'étant pas fixé par la loi⁶², le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation qui pourrait le conduire à considérer qu'un enfant pouvait apprécier les conséquences dommageables de ses actes avant même d'avoir atteint l'âge de 18 ans.⁶³

La question de savoir si l'enfant avait la capacité de discernement au moment des faits invite le juge à examiner les possibilités personnelles de chaque enfant indépendamment de l'acte dommageable.⁶⁴ Ainsi, il sera tenu compte « de la nature de la problématique qui lui est posée et par rapport à laquelle il doit se situer »⁶⁵, mais également de son âge, son éducation, son milieu social et la nature de l'acte dommageable.⁶⁶

À titre d'exemples, l'adolescente de 14 ans qui jette un mégot de cigarette sur un sol recouvert de paille commet une faute qui peut engager sa responsabilité personnelle.⁶⁷ Il en est de même de l'enfant de 10 ans et demi qui trouve des pétards d'alarme sur un parking de la S.N.C.B. et qui tente de les détruire à l'aide d'un marteau.⁶⁸

À l'inverse, si un enfant de 9 ans est capable d'apprécier les conséquences dommageables de son comportement sur une piste cyclable étant donné l'éducation routière dispensée dans les

⁵⁹ *Ibidem*, p. 94 ; M.-C. LEBRETON, *L'enfant et la responsabilité civile*, Rouen, Publications des Universités de Rouen et du Havre, 1999, p. 266.

⁶⁰ P. DE TAVERNIER, *op. cit.*, p. 99 ; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 1237.

⁶¹ B. DUBUISSON *et al*, *op. cit.*, p. 84.

⁶² P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 1273

⁶³ B. DUBUISSON *et al*, *op. cit.*, p. 36.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 37.

⁶⁵ Bruxelles (3^e ch.), 9 février 1999, *J.T.*, 2000/7, p. 151. Cette décision confirme par ailleurs que des enfants âgés de 9 et 10 ans ont un discernement suffisant pour faire valoir leur point de vue quant au choix de l'établissement scolaire où ils seront inscrits.

⁶⁶ B. DUBUISSON *et al*, *op. cit.*, p. 37.

⁶⁷ Mons, 24 septembre 2002, *Bull. ass.*, 2004, p. 339.

⁶⁸ Mons, 28 juin 1994, *J.L.M.B.*, 1996, p. 91, obs. D.-M. Philippe.

écoles, aucune faute ne peut lui être reprochée personnellement lorsqu'il a été contraint de monter sur le trottoir pour éviter un cycliste.⁶⁹

Il s'agit donc d'une première catégorie de personnes qui vont pouvoir causer des dommages à autrui mais dont l'absence de discernement au moment des faits ne posera pas de problème au niveau de l'indemnisation de la victime.

Section 2 : La responsabilité des déments

La deuxième catégorie de personne concerne les déments. L'article 8 de la loi du 21 avril 2007 relative à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental⁷⁰ définit la démence comme étant un trouble mental qui abolit ou altère gravement sa capacité de discernement ou de contrôle de ses actes.

Une incapacité totale n'est cependant pas requise, il suffit « une atténuation importante du contrôle des actes ou une altération du comportement. »⁷¹

Dans le droit romain, le geste du fou était considéré par les jurisconsultes comme un cas de force majeure ou un cas fortuit, empêchant la victime d'obtenir l'indemnisation de son dommage.⁷²

L'adoption du Code civil en 1804, qui met l'accent sur la faute en tant que fondement de la responsabilité civile, n'y a apporté aucun changement : les déments n'étaient toujours pas considérés comme pouvant être civilement responsables, faute de discernement.⁷³

Puis, au fil du temps, de sérieuses remise en questions de cette irresponsabilité totale ont vu le jour. « S'émancipant quelque peu du droit pénal et de son objectif punitif, la responsabilité civile s'orientait à cette époque pleinement vers la réparation, laquelle mettait en avant la partie lésée. »⁷⁴

⁶⁹ Pol. Anvers (7^e ch.), *Dr. circ.*, 1997, p. 112.

⁷⁰ Cette loi a été abrogée par l'article 2 de la loi du 19 décembre 2014 portant des dispositions diverses en matière de justice.

⁷¹ G. SCHAMPS, « La réparation des dommages causés par les déments », liv. III, t. IVbis, *J.T.*, 2004/12, p. 308.

⁷² B. DECLEYRE, « La responsabilité civile des déments et anormaux : analyse critique de l'article 1386bis du Code civil », *Annales de droit de Louvain*, 2005/3-4, 2006, p. 358.

⁷³ G. SCHAMPS, « La réparation des dommages causés par les déments », *op. cit.* p. 306 ; M.-L. RASSAT, *op. cit.*, 1973, p. 38 ; P. VAN OMMESGLAGHE, *op. cit.* p. 1238.

⁷⁴ B. DECLEYRE, *op. cit.*, p. 359.

Cette nécessité d'indemniser la victime⁷⁵ apparaissait comme d'autant plus fondamentale dans les situations où la personne démente se trouvait dans une situation financière plus aisée que la victime.⁷⁶ Il devenait alors très difficile de justifier une telle irresponsabilité totale.

C'est dans ce contexte que la loi du 16 avril 1935 sur la réparation de dommages causés par les déments et les anormaux a introduit l'article 1386*bis* du Code civil. L'exposé des motifs de ladite loi énonce que « bien qu'entre la victime du dommage et le dément, il n'y ait point de rapport de droit, la première a néanmoins subi un dommage immérité et l'on n'aperçoit pas pourquoi elle doit toujours en subir seule les conséquences. »

Désormais, l'article 1386*bis* du Code civil énonce que « lorsqu'une personne atteinte d'un trouble mental qui abolit ou altère gravement sa capacité de discernement ou de contrôle de ses actes, cause un dommage à autrui, le juge peut la condamner à tout ou partie de la réparation à laquelle elle serait astreinte si elle avait le contrôle de ses actes. Le juge statue selon l'équité, tenant compte des circonstances et de la situation des parties. »

Ainsi, une personne qui est en état de démence au moment des faits⁷⁷ et qui commet un acte objectivement illicite en lien causal avec un dommage causé à un tiers peut se voir condamner à la réparation dudit dommage.⁷⁸ Il appartient à la victime de prouver l'existence de l'acte objectivement illicite et à l'auteur du dommage de prouver l'existence de son état de démence.⁷⁹

Il s'agit d'une hypothèse tout à fait différente de celle vue dans la section précédente. En effet, là où le mineur ne doit pas répondre personnellement de ses actes dans la mesure où ses parents ou l'instituteur en sont civilement responsables, le dément pourrait supporter lui-même les conséquences dommageables de son acte.

Il s'agit donc du patrimoine du dément lui-même qui va être susceptible de supporter le poids économique du dommage. Cependant, deux différences majeures avec la responsabilité du fait d'autrui doivent tout de même être soulignées à ce stade de la réflexion.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 365.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 359.

⁷⁷ J.P. Liège, 19 octobre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1248.

⁷⁸ B. DUBUISSON *et al*, *op. cit.*, p. 78 et 79.

⁷⁹ G. SCHAMPS, « La réparation des dommages causés par les déments », *op. cit.*, p. 307.

Tout d'abord, l'indemnisation fondée sur l'article 1386bis est facultative.⁸⁰ Le juge pourrait très bien considérer qu'aucune indemnisation n'est due à la victime. Ensuite, il s'agit d'une responsabilité fondée sur l'équité.⁸¹ Cela signifie que le juge dispose d'un pouvoir modérateur qui n'est pas négligeable : il peut déterminer la part du dommage qui sera supportée par le dément.⁸²

Le régime de responsabilité du fait d'autrui instaure quant à lui une indemnisation qui est obligatoire et intégrale.

Le juge devra alors tenir compte de plusieurs facteurs : la situation financière du dément et de toutes les parties concernées⁸³, l'existence d'une faute de la victime ou d'un tiers responsable ou encore l'existence d'une assurance couvrant la responsabilité du dément « dans la mesure où l'intervention de cet assureur permet de réparer les dommages subis par la victime sans mettre en danger le patrimoine personnel du dément. »⁸⁴

Cela signifie qu'à défaut de motif d'équité justifiant une réduction du montant de la réparation (voire une absence totale d'indemnisation), une personne démente sera condamnée à réparer intégralement la victime exactement de la même manière qu'une personne parfaitement saine d'esprit.⁸⁵ On peut ainsi constater toute la balance d'intérêts que le juge doit faire avant de prendre sa décision, oscillant entre les intérêts de l'auteur et ceux de la victime.

Section 3 : La responsabilité des personnes morales

Pendant longtemps, il était considéré qu'aucune faute ne pouvait directement être imputée à une personne morale étant donné son absence de volonté propre. Le critère d'imputation de la faute qui était alors traditionnellement utilisée par la jurisprudence était la théorie de l'organe. Cette théorie consiste à dire que la faute commise par une personne physique qui a le pouvoir d'engager la personne morale est réputée être la faute de cette dernière également.

⁸⁰ F. KUTY., « Le trouble mental qui abolit ou altère gravement le discernement ou le libre arbitre », *Les principes généraux du droit pénal belge*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 386 ; G. SCHAMPS, « La réparation des dommages causés par les déments », *op. cit.*, p. 307 ; B. DUBUISSON *et al*, *op. cit.*, p. 79.

⁸¹ B. DECLEYRE, *op. cit.*, p. 361.

⁸² Les législateurs français et hollandais ont quant à eux opté pour une responsabilité pure et simple des personnes atteintes de troubles mentaux. Voy à cet égard les articles 489-2 du Code civil français et 6.3.1.2b N.B. W.

⁸³ Civ. Bruges, 27 janvier 2005, *R.W.*, 2006-2007, p. 611.

⁸⁴ B. DUBUISSON *et al*, *op. cit.*, p. 82 ; Pol. Bruges, 13 janvier 2000, *R.W.*, 2000-2001, p. 1140 ; G. SCHAMPS, « La réparation des dommages causés par les déments », *op. cit.*, p. 307.

⁸⁵ Pol. Bruges, 13 janvier 2000, *R.W.*, 2000-2001, p. 1140 ; Civ. Verviers, 18 novembre 1998, *J.J.P.*, 1999, p. 118 ; J.P. Spa, 8 octobre 1996, *J.J.P.*, 1999, p. 124.

Cependant, la doctrine semble être de plus en plus encline à considérer qu'il est indéniable que « ces êtres moraux ont une volonté distincte de celle de leurs membres qu'ils expriment par l'intermédiaire de leurs organes (assemblées, conseils, dirigeants). Les actes de ces personnes morales peuvent donc leur être directement imputés. »⁸⁶

L'avant-projet de réforme du Code Civil a par ailleurs clairement consacré cela en son article 5.144. En effet, cette disposition instaure le principe d'égalité de traitement entre les personnes physiques et les personnes morales, ce qui aboutit à la possibilité d'imputer une faute directement à la personne morale. Or, si une faute peut être directement imputée à la personne morale, celle-ci est nécessairement objective⁸⁷ puisqu'il est question d'une entité abstraite dénuée de discernement.

Après ces propos introductifs, il convient d'examiner le régime de responsabilité prévue à l'égard des pouvoirs publics.

Le premier arrêt qui a instauré la possibilité d'intenter une action en responsabilité civile à l'égard de l'Etat est l'arrêt de la Cour de cassation du 5 novembre 1920⁸⁸, aussi appelé arrêt *La Flandria*.

Il s'agit d'un arrêt fondamental dans la mesure où il énonce clairement que toutes contestations relatifs à des droit civils sont de la compétence des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire, et ce peu importe la qualité des parties.⁸⁹

Cependant, les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire ne peuvent connaître des actes de l'administration que dans la mesure où ceux-ci lèsent ou sont susceptibles de léser des droits subjectifs⁹⁰, à défaut de quoi il en sera de la compétence du Conseil d'Etat.

À la suite de cet arrêt fondateur, il s'en est suivi toute une série d'arrêts de la Cour de cassation qui ont accepté la possibilité d'engager la responsabilité de l'Etat dans l'exercice de ses différents pouvoirs.

C'est ainsi que la possibilité de retenir la responsabilité de l'Etat dans la fonction d'administrer a été prévue pour la première fois dans l'arrêt *La Flandria*. En ce qui concerne la responsabilité

⁸⁶ P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, Dalloz, Paris, 2014, p. 76.

⁸⁷ J-L FAGNART, *op. cit.*, p. 63.

⁸⁸ Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, 193.

⁸⁹ B. DUBUISSON *et al*, *op. cit.*, p. 548. Voy également Cass. (1^{ère} ch.), 20 juin 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 713.

⁹⁰ Bruxelles (9^e ch.), 14 janvier 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 931.

de l'Etat dans la fonction de juger, il s'agit de l'arrêt de la Cour de cassation du 19 décembre 1991.⁹¹ La responsabilité de l'Etat dans la fonction de légiférer a quant à elle été admise pour la première fois dans l'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} juin 2006⁹² (aussi appelé arrêt *église universelle du Royaume de Dieu*).

Très rapidement, la Cour de cassation a affirmé dans son arrêt du 13 mai 1982 un principe fondamental dans le domaine de la responsabilité de l'administration : le principe d'identité entre faute et illégalité.

La Cour énonce en effet que « sous réserve de l'existence d'une erreur invincible ou d'une autre cause d'exonération de responsabilité, l'autorité administrative commet une faute lorsqu'elle prend ou approuve un règlement qui méconnaît des règles constitutionnelles ou légales lui imposant de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée, de sorte qu'elle engage sa responsabilité civile si cette faute est cause d'un dommage. »⁹³

Par conséquent, la faute de l'administration doit être comprise comme étant la transgression d'une norme de droit qui lui imposait d'agir de façon déterminée,⁹⁴ sous réserve toutefois de l'hypothèse de l'erreur invincible ou d'une autre cause d'exonération.⁹⁵ Dans une telle hypothèse, il n'est pas nécessaire de vérifier si l'administration s'est comportée comme une administration normalement prudente et diligente.⁹⁶

Pour reprendre les propos de Jean-Luc Fagnart, « il y a faute dès qu'il y a violation d'une obligation. L'administration a l'obligation (nous dirions plutôt : le devoir) de respecter la loi. La violation de la loi est donc une faute. »⁹⁷

L'administration ne pourrait d'ailleurs pas mettre en avant le manque de clarté du texte légal ou la pluralité des interprétations afin de tenter d'échapper à sa responsabilité une fois que l'illégalité est établie et constatée.⁹⁸

⁹¹ Cass., 19 décembre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 316.

⁹² Cass., 1^{er} juin 2006, *Pas.*, 2006, liv. 5-6, p. 1274.

⁹³ Cass., 13 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1086.

⁹⁴ X. THUNIS, *Théorie générale de la faute. Responsabilités : traité théorique et pratique*, t. II, liv. 20bis : *la responsabilité du fait personnel*, vol. 2 : *la faute comme acte contraire au droit*, Bruxelles, Kluwer, 2017, p. 10 ; B. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 46

⁹⁵ B. DUBUISSON *et al*, *op. cit.*, p. 35 et 551.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 11.

⁹⁷ J.-L. FAGNART, « De la légalité à l'égalité (rapport introductif) », *La responsabilité des pouvoirs publics*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 23

⁹⁸ B. DUBUISSON *et al*, *op. cit.*, p. 551 ; B. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 47.

Ainsi, si une telle illégalité a été constatée par la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat saisi d'un recours en annulation, le juge aura l'obligation de retenir la faute de l'administration.⁹⁹ Dans une telle hypothèse, le demandeur obtiendra alors plus facilement l'indemnisation de son dommage puisqu'il ne devra pas démontrer de faute dans le chef de l'administration.

Ce principe d'identité entre faute et illégalité n'est toutefois pas vraiment présent en ce qui concerne le pouvoir législatif ou le pouvoir judiciaire. La raison en est simple : la jurisprudence semble être peu encline à reconnaître que ces pouvoirs soient soumis à des règles leur imposant un comportement déterminé.¹⁰⁰ La faute du pouvoir judiciaire ou du pouvoir législatif passera donc le plus souvent par la comparaison du comportement qui a été adopté avec le comportement du magistrat ou du législateur normalement prudent et diligent.¹⁰¹

Bernard Dubuisson dit à cet égard : « sans doute dira-t-on que la fonction de juger a ses particularités qui justifient que le juge puisse conserver, en toute hypothèse, sa liberté d'appréciation, sans devoir frémir à l'idée d'être contredit. »¹⁰²

Ce principe d'identité entre faute et illégalité conduit inmanquablement à une objectivation de la faute et donc à une aggravation de la responsabilité de l'administration.¹⁰³ Toujours est-il que plusieurs nuances doivent être apportées quant à la portée qu'il faut accorder à ce principe.

Premièrement, l'action de l'administration n'est pas toujours strictement encadrée par la loi. Il est tout à fait possible qu'aucune norme n'imposait à l'administration d'agir de manière déterminée lorsqu'elle a posé son acte. Il convient dès lors de procéder à un examen analytique de la norme afin de vérifier si son commandement était suffisamment précis.¹⁰⁴

Par exemple, lorsque l'administration donne une information à un citoyen, aucune norme ne lui impose d'agir d'une manière déterminée. Il sera donc fait application du critère de l'administration normalement prudente et diligent. Cela signifie qu'une faute ne se déduira pas automatiquement du simple constat d'illégalité.

⁹⁹ Bruxelles, 1^{er} octobre 2003, *J.T.*, 2004, p. 698. B. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 47.

¹⁰⁰ B. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 70 et 72.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 72.

¹⁰² *Ibidem*, p. 72.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 49.

¹⁰⁴ B. DUBUISSON *et al*, *op. cit.*, p. 556.

Deuxièmement, le principe d'identité entre faute et illégalité n'est valable que dans l'hypothèse d'un contrôle de légalité objective. Cela vise l'hypothèse où l'acte administratif critiqué résulte de la mise en œuvre d'une compétence intégralement liée à la loi.¹⁰⁵ Or, il se peut très bien que l'administration ait adopté son acte à la suite d'une analyse de ce que requiert l'intérêt général dans une situation donnée. La Cour de cassation a d'ailleurs confirmé cela dans son arrêt du 8 avril 1983.¹⁰⁶

L'arrêt concerne une autorisation administrative qui avait été demandée à une commune pour implanter des réservoirs LPG dans une station essence. L'exploitant qui avait demandé cette autorisation avait par la suite modifié la capacité des réservoirs. Constatant cela, la commune a alors rendu un avis défavorable en disant qu'il y avait eu une modification importante et qu'il fallait recommencer toute la procédure.

Suite à cela, l'exploitant a fait un recours qui a donné lieu à l'annulation de la décision de l'administration par un arrêté royal. Il se basera ensuite sur cette même annulation pour affirmer l'existence d'une faute dans le chef de la commune.

Le juge du fond a considéré qu'aucune faute ne pouvait être imputée à la commune parce qu'elle avait pu considérer que la modification qui avait eu lieu pouvait augmenter les dangers liés à l'exploitation. En d'autres termes, le juge affirme qu'elle a agi en exerçant un contrôle dans l'intérêt général, ce qui lui laisse une certaine marge d'appréciation. Cette décision n'a pas été censurée par la Cour de cassation.

Troisièmement, il ne faut pas confondre la contravention à la loi et l'erreur préalable d'interprétation ou de qualification d'un contrat (voy. supra l'arrêt du 25 octobre 2004 sur l'O.N.S.S. dont il a été question dans la section 5 du premier chapitre).

Quatrièmement, ce principe n'exclut nullement l'existence d'une erreur invincible ou d'une autre cause de justification étant donné qu'il ne concerne que l'élément matériel de la faute. Cette possibilité d'exonération témoigne d'un souci de la Cour de cassation de ne pas rompre avec le fondement moral de la faute civile.¹⁰⁷ Cela signifie concrètement que l'administration

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 558.

¹⁰⁶ Cass., 8 avril 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 838.

¹⁰⁷ B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK, G. GATHEM, *op. cit.*, p. 56.

pourrait très bien s'exonérer en démontrant qu'elle a commis une erreur invincible même en présence d'une règle qui lui imposait un comportement déterminé.¹⁰⁸

En effet, dès 2005, la Cour de cassation énonce que « l'erreur de droit peut en raison de certaines circonstances, être considéré par le juge comme étant invincible à la condition que de ces circonstances il puisse se déduire que l'autorité administrative a agi comme l'aurait fait toute personne raisonnable et prudente placée dans la même situation. »¹⁰⁹

Aucune faute ne pourra être reprochée à l'administration qui a adopté un acte dont l'irrégularité trouve son fondement dans un fait postérieur à son adoption et dont l'administration n'aurait pas pu tenir compte.¹¹⁰

Pour conclure cette section, affirmer que la responsabilité des pouvoirs publics constitue un régime de faute objective pure et simple est un raccourci qui est quelque peu trompeur. S'il est évident que le principe d'identité entre faute et illégalité conduit à une objectivation de la faute dans la mesure où la simple violation d'une norme imposant à l'administration un comportement déterminé constitue une faute, l'élément moral n'est pas pour autant supprimé dans son intégralité.

Il est impossible de nier que cet élément voit effectivement sa portée réduite dans la mesure où la Cour de cassation ne précise pas que la violation doit avoir été commise librement et consciemment pour engager la responsabilité de l'administration.

Il s'agit en réalité d'un résultat logique puisque « l'élément moral de la faute civile paraît bien inadéquat lorsqu'il s'agit d'engager la responsabilité des personnes morales, à moins bien entendu de l'apprécier dans le chef de l'organe. »¹¹¹ S'agissant d'une entité abstraite, il est impossible de parler d'une volonté libre et consciente dans le chef de l'administration.

Il n'en demeure pas moins que l'élément moral de la faute civile garde toute son importance au niveau de l'erreur invincible et des autres causes de justification. En effet, il s'agit précisément d'une cause qui aura pour effet d'exonérer l'administration de sa responsabilité alors même qu'elle a violé une norme lui imposant un comportement déterminé.¹¹²

¹⁰⁸ Cass., (1^{re} ch.), 23 juin 2005, *Pas.*, 2005, p. 1437.

¹⁰⁹ Cass., (1^{re} ch.), 16 septembre 2005, *Pas.*, p. 1663.

¹¹⁰ B. DUBUISSON *et al*, *op. cit.*, p. 559.

¹¹¹ B. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 56.

¹¹² B. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 56.

Conclusion

Il semblerait que le législateur ait adopté ces régimes de faute objective dans un souci de pragmatisme : constatant que les personnes concernées sont celles qui sont les plus susceptibles de causer un dommage alors qu'elles n'ont pas la capacité de discernement, le législateur a clairement fait le choix de favoriser l'indemnisation du dommage.

Les mineurs, les personnes démentes et les personnes morales sont en effet des catégories de personnes qui, de manière durable, vont être privées de discernement et qui pourront causer des dommages à autrui. Constatant l'impossibilité de retenir la responsabilité de ces personnes étant donné l'absence d'élément moral, le législateur a décidé de ne pas rester les bras croisés et de venir au secours aux victimes.

Une question demeure fondamentale : est-ce que ce souci d'indemnisation et de pragmatisme peut mener à la suppression totale de l'élément moral vis-à-vis du citoyen lambda ?

Chapitre 3 : Les arguments en faveur du maintien ou de la suppression de l'élément moral

Au sein de ce chapitre, nous allons réellement entrer dans le vif du sujet. Nous allons d'abord voir l'argument qui peut être utilisé pour justifier le maintien de l'élément moral (section 1) et nous enchaînerons ensuite avec les arguments qui peuvent être utilisés pour justifier sa suppression (section 2).

Section 1 : L'argument en faveur du maintien : la fonction préventive

Il est indéniable que la responsabilité civile exerce de nos jours un rôle de régulation et de prévention des comportements anti-sociaux.¹¹³ Elle joue un rôle préventif « en ce qu'elle veille à prévenir la naissance ou l'aggravation d'un dommage. Alors que l'idée de réparation est tournée vers le passé, la prévention prend en considération l'avenir. »¹¹⁴

¹¹³ P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, Dalloz, Paris, 2014, p. 3 et 18 ; J.-L. FAGNART, « Vers la faute objective ? », *R.C.J.B.*, 2018/1, p. 61 ; A. JAULT, *La notion de peine privée*, Paris, L.G.D.J., 2005, p. 4 ; A. GUEGAN-LECUYER, *Dommages de masse et responsabilité civile*, Paris, L.G.D.J., 2006, p. 186.

¹¹⁴ M. MEKKI, *Avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile : l'art et la technique du compromis : réponse à la consultation publique*, Paris, L.G.D.J., 2016, p. 36.

À l'origine d'ailleurs, la responsabilité civile n'avait pas d'existence propre et semblait entièrement pénale, comportant ainsi des sanctions dépourvues de tout caractère indemnitaire.¹¹⁵ « La responsabilité civile est donc née de la responsabilité pénale qui l'a longtemps absorbée. Elle ne s'est dégagée que peu à peu et tardivement avec les progrès de l'individualisme. »¹¹⁶

De ce fait, chacun de nous oriente son comportement de telle manière à éviter de causer un dommage pour la simple et bonne raison que chacun de nous sait que dans l'hypothèse où un dommage est causé, il nous incombera de le réparer. Il s'agit d'une réaction tout à fait naturelle et chacun apprend dès son plus jeune âge.

« La simple conscience du fait que le droit oblige celui qui a causé un dommage à le réparer, suffit en elle-même, à les retenir, autant que faire se peut, de commettre des actes dommageables (...). »¹¹⁷

Cette fonction préventive occupe une place d'autant plus primordiale dans l'hypothèse d'une faute lucrative¹¹⁸, c'est-à-dire une faute qui procure à son auteur un profit qui dépasse le montant de l'indemnisation dont il pourrait être tenu¹¹⁹. Dans une telle hypothèse, l'auteur sera clairement incité à commettre la faute puisqu'il sait qu'il obtiendra de toute façon un bénéfice plus important que la sanction qui risque d'être prise.

Dans ce cas-là, « la condamnation prononcée par le juge civil a souvent un impact moral non négligeable surtout lorsqu'elle est l'objet d'une publication et elle est parfois plus dissuasive qu'une peine pécuniaire. »¹²⁰

L'avant-projet de réforme du Code civil réaffirme par ailleurs l'importance du caractère préventif de la responsabilité civile en présence d'une faute lucrative. En effet, il prévoit dans son article 5.184§2 que le juge, confronté à la violation intentionnelle d'un droit de la personnalité de la victime ou à l'atteinte intentionnelle à son honneur ou à sa réputation, pourra évaluer le dommage sur la base du montant des profits réalisés par l'auteur de l'acte ou d'une

¹¹⁵ P. JOURDAIN, *op. cit.*, p. 7.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 8.

¹¹⁷ G. MARTON, *Les fondements de la responsabilité civile : révision de la doctrine. Essai d'un système unitaire*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1938, p. 349.

¹¹⁸ S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris, L.G.D.J., 1995, p. 25.

¹¹⁹ Il n'est pas rare de retrouver cela dans les hypothèses de violation de vie privée par des journalistes.

¹²⁰ G. VINEY, *Traité de droit civil : introduction à la responsabilité civile*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 88.

partie de ceux-ci, si ce montant excède manifestement celui qui serait accordé pour la réparation du dommage patrimonial ou extrapatrimonial.

Ainsi, partant du postulat que la responsabilité civile exerce une fonction préventive, il serait assez illogique de contraindre une personne à réparer le dommage qu'elle a causé si elle n'avait pas la capacité de discernement au moment des faits puisque par définition, elle ne pouvait pas prévenir son comportement dommageable. Si une personne est dénuée de discernement, cela signifie précisément qu'elle ne sait pas que son comportement est problématique. L'intervention de la responsabilité civile à son égard n'aura aucun impact d'un point de vue préventif.

Comment pourrait-on « reprocher un acte dommageable à celui qui n'a pas une conscience suffisante de mal faire »¹²¹, celui qui n'a pas agi en pleine conscience avec la capacité de comprendre ce qu'il fait ?¹²²

La fonction préventive de la responsabilité civile ne concerne donc que les individus qui ont la capacité de discernement puisqu'eux seuls sont à même de savoir que leur comportement peut causer un dommage ayant pour conséquence le paiement d'une indemnité à la victime. Eux seuls peuvent adapter leur comportement afin d'éviter tout conséquence dommageable. En clair, eux seuls peuvent prévenir ou éviter les dommages qu'ils causent.

En outre, il s'agit non seulement du seul argument qui peut être avancé afin de justifier le maintien de l'élément moral de la faute civile, mais il peut par ailleurs être confronté à plusieurs contre-arguments de taille.

Premier contre-argument : L'assurance de responsabilité

« La généralisation de l'assurance de responsabilité atténue fortement l'effet dissuasif des condamnations civiles, dans la mesure du moins où elles n'imposent que le versement d'indemnités prises en charge par l'assureur. »¹²³

Lorsqu'une personne sait qu'elle est couverte par une assurance de responsabilité, elle pourrait se désintéresser complètement de la réalisation du risque. Elle pourrait ne pas adopter le

¹²¹ B. DUBUISSON *et al*, *op. cit.*, p. 35.

¹²² J.-L. FAGNART, *op. cit.*, p. 61.

¹²³ G. VINEY, *op. cit.*, p. 87. Voy également P. JOURDAIN, *op. cit.*, p. 13.

comportement adéquat en vue d'éviter que le risque ne se réalise. Il s'agit de ce qui est communément appelé en droit des assurances le *hasard moral*.

Certes, différentes techniques peuvent être utilisées afin de forcer l'assuré à ne pas se désintéresser complètement de la réalisation du risque. Premièrement, l'utilisation du *bonus-malus* qui est un système de personnalisation à posteriori de la prime d'assurance. Concrètement, les primes que l'assuré doit payer varieront en fonction de sa sinistralité propre. Plus un assuré va causer des sinistres et demander l'intervention de son assurance, plus les primes qu'il devra payer dans le futur seront élevées.

Deuxièmement, l'assureur peut imposer dans son contrat des mesures de préventions qui devront être respectées par l'assuré, mesures pouvant avoir pour but non seulement d'empêcher la réalisation du sinistre mais également d'en réduire les conséquences dommageables. Le non-respect de ces mesures entraîneront le cas échéant la déchéance de la garantie, c'est-à-dire la perte du droit à la prestation d'assurance.¹²⁴

Troisièmement, l'assureur peut prévoir dans le contrat d'assurance une franchise, c'est-à-dire la part du dommage qui restera définitivement à charge de l'assuré. Celle-ci pourra être forfaitaire ou au contraire calculée en fonction du pourcentage du montant à indemniser. Le but ici est de faire participer l'assuré à l'indemnisation d'une partie du dommage de sorte qu'il ne se désintéresse pas totalement du risque.

Quatrièmement, l'assureur peut également prévoir un plafond, c'est-à-dire une limite financière au-delà de laquelle il n'interviendra plus. Cela répond à la fois au souci d'éviter que l'assuré ne se désintéresse du risque mais également au souci de l'assureur qui souhaite limiter ses engagements financiers.

Cependant, force est de constater que ces techniques de lutte contre le *hasard moral* ne sont pas parfaites. La présence de plus en plus importante des assurances de responsabilité conduit indéniablement à porter un coup à la fonction préventive de la responsabilité civile dès lors qu'elle incite l'assuré à ne pas complètement s'intéresser à la réalisation du risque.

Par contre, il est possible d'objecter que dans certaines situations, la responsabilité civile conserve tout de même un certain effet dissuasif même lorsqu'elle est garantie par un contrat d'assurance. En effet, « l'atteinte qu'elles portent à la réputation du « responsable » est souvent

¹²⁴ Cass., (1^{re} ch.), 20 septembre 2012, *R.G.A.R.*, 2014/4, p. 15077.

très durement ressentie. »¹²⁵ Dans certaines hypothèses, ce n'est pas la décision du juge en tant que sanction pécuniaire qui comporte un effet préventif mais plutôt l'aura qui en découle, c'est-à-dire la réputation qui peut être mise en cause dans des procès parfois fort médiatisés.¹²⁶

Deuxième contre-argument : Le principe de réparation intégrale du dommage

Le principe de réparation intégrale du dommage est un principe fondamental de la responsabilité civile qui empêche complètement d'établir une quelconque correspondance entre la gravité de l'acte et celle de la condamnation.¹²⁷

En effet, ce principe force l'auteur d'un acte dommageable à réparer le dommage qu'il cause sans opérer aucune gradation au niveau des fautes. Ainsi, n'importe quelle faute, même la plus légère, qui est en relation causale avec un dommage entraînera la responsabilité de son auteur.¹²⁸

Partant de ce principe, il est tout à fait possible d'imaginer une situation où une personne a commis une faute légère, tout à fait insignifiante mais qui cause un dommage d'une certaine conséquence. À l'inverse, il se peut qu'une personne commette une faute très grave mais qui sera dépourvue de conséquences civiles appréciables si le dommage est peu important.¹²⁹

Dans ces deux hypothèses, la fonction préventive n'est plus pertinente pour justifier l'intervention de la responsabilité civile. La personne qui commet une faute grave n'entraînant pas de dommage adopte tout de même un comportement dangereux qu'il convient d'éviter. Si son comportement n'a pas causé de dommage cette fois-ci, rien ne permet d'affirmer qu'il en sera de même dans le futur. À l'inverse, la personne qui commet une faute insignifiante engendrant un dommage conséquent sera tenue de le réparer entièrement alors même qu'elle n'a pas adopté un comportement particulièrement blâmable.

¹²⁵ G. VINEY, *op. cit.*, p. 88,

¹²⁶ *Ibidem*, p. 88, l'auteur énonce effet qu'« il en est de même des actions destinées à sanctionner la violation des principes régissant les relations commerciales, notamment des actions en concurrence déloyale ou en contrefaçon, de celles qui sont exercées contre les auteurs de certains délits financiers ou d'infractions aux règles du droit de sociétés ou plus largement, du droit des affaires. »

¹²⁷ *Ibidem*, p. 87.

¹²⁸ Cass., 22 septembre 2015, *Pas.*, 2015, liv. 9, p. 2107.

¹²⁹ G. VINEY, *op. cit.*, p. 87.

Troisième contre-argument : Les régimes de faute objective, de faute présumée et de faute involontaire

La menace d'une sanction ne joue aucun rôle dans les régimes de responsabilité sans faute, de faute involontaire ou encore dans les régimes de responsabilité fondés sur une faute présumée.¹³⁰

Par exemple, comme nous l'avons vu précédemment, le dommage causé par un enfant sera indemnisé par ses parents. S'il est vrai que ceux-ci pourront s'exonérer en démontrant qu'ils n'ont commis aucune faute dans l'éducation et dans la surveillance de leur enfant, il n'en demeure pas moins que l'obligation d'indemnisation sera la conséquence d'un acte accompli par le mineur, c'est-à-dire un acte sur lequel les parents n'ont finalement que très peu d'emprise.

De même, l'exploitant d'un lieu accessible au public sera tenu responsable des dommages causés par les explosions ou les incendies alors même qu'il n'est pas à l'origine desdits dommages. En effet, la responsabilité objective établit la responsabilité non pas en vertu d'une faute mais du seul fait qu'une source de danger provoque un dommage.¹³¹

Enfin, concernant les fautes involontaires, Jean-Luc Fagnart explique que « le maladroit aurait voulu être adroit. Le benêt voudrait être malin. L'imprudent aurait bien voulu éviter l'accident au cours duquel sa mère fut tuée. »¹³²

Dans ces trois hypothèses, l'intervention de la responsabilité civile ne procède nullement de la volonté de prévenir les comportements anti-sociaux puisque le poids économique du dommage repose sur une personne qui n'a pas accompli elle-même l'acte dommageable. L'intervention de la responsabilité civile procède ici de la volonté d'indemniser la victime, ce qui est précisément l'argument principal justifiant la suppression de l'élément moral.

Section 2 : Les arguments en faveur de la suppression de l'élément moral

Au sein de cette section, nous allons nous attarder sur les différents arguments pouvant être utilisés pour justifier la suppression de l'élément moral de la faute civile. Nous parlerons donc

¹³⁰ J.-L. FAGNART, *op. cit.*, p. 62.

¹³¹ G.H. ROTH et H. FITZ, « Critères objectifs de la responsabilité civile en matière délictuelle », *Exigence sociale, jugement de valeur et responsabilité civile en droit français, allemand et anglais*, H.A. Schwarz-Liebermann Von Wahlendorf (dir.), Paris, LG.D.J., 1983, p. 190 ; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 1168.

¹³² J.-L. FAGNART, *op. cit.*, p. 62.

de la fonction indemnitrice de la responsabilité civile (sous-section 1), la simplification du droit (sous-section 2), l'égalité de traitement entre personne physique et personne morale (sous-section 3) et l'intérêt social (sous-section 4).

Sous-section 1 : La fonction indemnitrice

Alors qu'en droit pénal la responsabilité se définit comme l'obligation de supporter le châtiment, elle se définit en droit civil comme l'obligation de réparer le dommage que l'on cause par sa faute.¹³³

Jean-Luc Fagnart n'hésite d'ailleurs pas à dire que « le droit de la responsabilité civile a pour fonction essentielle, sinon exclusive, la réparation des dommages (...). Le droit de la responsabilité est en réalité le droit de la réparation. »¹³⁴ Cette pensée selon laquelle la fonction première de la responsabilité civile est l'indemnisation du dommage est par ailleurs largement partagée au sein de la doctrine.¹³⁵

Dès lors, à partir du moment où il est admis que la responsabilité civile poursuit un objectif d'indemnisation du dommage, comment peut-on justifier la possibilité d'opposer à la victime l'absence de discernement dans le chef de l'auteur de l'acte dommageable ? Pourquoi reviendrait-il à la victime de subir *in fine* les conséquences dommageables d'un comportement qu'elle n'a pas adopté ? Il paraît en effet assez injuste de faire peser le poids économique d'une faute sur une personne qui ne l'a pas commise. La victime qui subit un dommage alors qu'elle n'a rien fait de mal mérite d'obtenir une indemnisation. Les caractéristiques personnelles telles que l'état de discernement de l'auteur de l'acte ne devrait par conséquent par entrer en considération.

De ce fait, il devient assez délicat de justifier le maintien de l'élément moral de la faute civile. En le supprimant, l'accès à l'indemnisation sera facilité pour la victime¹³⁶ puisque celle-ci ne

¹³³ *Ibidem*, p. 62.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 62.

¹³⁵ Voy. en effet G. VINEY, *op. cit.*, p. 77 ; P. JOURDAIN, *op. cit.*, p. 3 et 11 ; H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations : responsabilité délictuelle*, 5^e édition, Paris, Litec, 1996, p. 135 ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil*, 4^e éd., J. Ghestin (dir.), *les conditions de la responsabilité*, (collab. S. CARVAL), Paris, L.G.D.J., 2013, p. 447 ; A. GUEGAN-LECUYER, *op. cit.*, p. 184 ; B. DUBUISSON, « Faut-il réformer le Code civil ? Interrogations et propositions concernant la responsabilité extracontractuelle », *J.T.*, 2016, p. 681.

¹³⁶ J.-L. FAGNART, *op. cit.*, p. 62.

pourra plus se voir opposer l'absence de discernement de l'auteur ; n'est-ce pas, par ailleurs, ce que nous sommes en droit d'attendre de la responsabilité civile de nos jours ?

En plus d'être injuste pour la victime, l'élément moral de la faute semble être source d'iniquité et d'inégalité. En effet, pourquoi traiter différemment une victime d'actes dommageables commis par une personne démente, et une victime d'actes dommageables commis par une personne perdant momentanément conscience ?

Nous savons que la différenciation de traitement est permise lorsque les situations sont différentes, et lorsque celle-ci répond à des objectifs de proportionnalité, de nécessité et de légitimité, mais est-ce vraiment le cas ici ? Force est de constater que du point de vue des victimes, celles-ci se trouvent dans une situation équivalente, voire totalement similaire : elles subissent un dommage dont elles espèrent obtenir indemnisation. Dès lors que le juge peut, statuant en équité sur base de l'article 1386bis du Code civil, condamner le dément à la réparation de tout ou partie du dommage, pourquoi ne pourrait-il pas prévoir un système similaire pour le citoyen lambda perdant momentanément conscience ?

C'est donc en prenant en compte certaines considérations d'ordre social, d'égalité et de justice, ainsi qu'en insistant sur le fait que la responsabilité civile a pour mission principale, sinon exclusive, l'indemnisation de la victime, que l'on peut arguer qu'il convient de supprimer l'élément moral de la faute civile.

Sous-section 2 : La simplification du droit

La suppression de l'élément moral de la faute civile peut avoir un effet tout à fait bénéfique et pragmatique. En effet, « la notion de faute objective a le mérite de simplifier le droit en éliminant à la fois les discussions interminables sur le discernement de l'auteur de la faute et les contorsions auxquelles on se livre pour indemniser la victime malgré l'absence de discernement de l'auteur du dommage : recherche d'une faute antérieure au début de l'inconscience ; responsabilité du fait d'autrui ; mise en place d'un fonds de garantie ; etc. »¹³⁷

Deux choses doivent ainsi être précisées à ce stade de la réflexion. Premièrement, la question de l'existence ou non du discernement d'un individu peut soulever des difficultés de taille. Celle-ci fait nécessairement intervenir des questions d'ordre psychique et psychiatrique qui sont loin d'être le domaine de confort et de prédilection du juge. Comment ce dernier peut-il affirmer

¹³⁷ *Ibidem*, p. 63.

avec certitude qu'une personne a la capacité de discernement et que sa responsabilité peut être retenue alors qu'il s'agit d'une personne n'ayant suivi aucune formation prévue à cet effet ? Certes, il peut recevoir l'aide de rapports d'expertise dressés par des professionnels en la matière, mais ces rapports peuvent eux-mêmes être sources de discussion incessantes dans la mesure où le discernement est une notion ambiguë et sujette à interprétation. Un professionnel pourrait conclure à l'absence de discernement alors qu'un autre pourrait conclure l'inverse. N'est-ce pas là une grande source d'insécurité juridique ?

En outre, la question de la charge de la preuve, et notamment celle de l'existence d'une présomption d'imputabilité, n'obtient pas de réponse parfaitement claire si ce n'est dans l'hypothèse où la faute reprochée constitue également une infraction pénale. Dans ce cas-là, la Cour de cassation a précisé qu'il appartenait à la victime de prouver que la faute était imputable à son auteur.¹³⁸ En d'autres termes, il n'existe pas, en matière pénale, de présomption d'imputabilité du comportement répréhensible à son auteur¹³⁹ cet enseignement étant à priori transposable dans les litiges civils.

Ne serait-il pas judicieux de tout simplement supprimer cet élément afin de mettre définitivement un terme aux nombreuses questions et discussions qui peuvent être soulevées et qui peuvent être source d'insécurité juridique ?

Deuxièmement, comme nous l'avons vu précédemment, le législateur a prévu hypothèses dans lesquelles le juge peut accorder l'indemnisation d'un dommage alors même que l'auteur était dépourvu de discernement au moment des faits. En effet, la responsabilité du fait d'autrui dont il a été question au sein de ce travail est un palliatif à l'absence de discernement du mineur. De même, la responsabilité de l'auteur de l'acte sera également retenue si une faute peut être imputée à sa perte de discernement (prise de stupéfiant, consommation d'alcool, etc.).

Ces hypothèses traduisent clairement la volonté du législateur de garantir à la victime la réparation de son dommage. Dès lors que ce dernier prévoit de tels possibilités de contournement dans un but d'indemnisation, ne faudrait-il pas pousser le raisonnement jusqu'au bout et supprimer définitivement l'élément moral de la faute civile ?

¹³⁸ Cass., 10 avril 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 682.

¹³⁹ B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'interprétation en droit de la responsabilité civile », *op. cit.*, p. 46.

Cette suppression aurait donc pour mérite de grandement simplifier le droit de la responsabilité civile en mettant un terme à des questions d'ordre psychiques et psychiatrique pouvant être sources d'insécurité juridique, tout en favorisant l'accès à l'indemnisation du dommage subi par la victime.

Sous-section 3 : L'égalité de traitement entre personne physique et personne morale

La question de l'existence de la capacité de discernement dans le chef de l'auteur de l'acte dommageable n'a de sens que dans les hypothèses où ledit auteur est une personne physique. En effet, il serait vain de s'interroger sur le discernement ou l'absence de discernement d'une personne morale puisqu'il s'agit d'une entité abstraite dénuée de sentiment et d'intellect.¹⁴⁰ Pourtant, comme nous l'avons déjà vu, la doctrine semble de plus en plus encline à admettre qu'il est indéniable que les personnes morales ont une volonté distincte de celle de leurs membres qu'ils expriment par l'intermédiaire de leurs organes et que par conséquent, leurs actes devraient pouvoir leur être directement imputés.¹⁴¹

Dès lors que la question du discernement ne se pose pas dans l'hypothèse où une personne morale commet une faute qui peut lui être directement imputée, n'existe-t-il pas là une différence de traitement injustifiée ? Nous savons que la différenciation de traitement est permise lorsque les situations sont différentes. Lorsqu'elles sont similaires, elle est permise si elle répond à des objectifs de proportionnalité, de nécessité et de légitimité.

Or, force est de constater qu'il est discriminatoire tant à l'égard des personnes morales qu'à l'égard des victimes « de soumettre le droit à l'indemnisation des victimes à des conditions différentes suivant que la faute est commise soit par une personne physique, soit par une personne morale. »¹⁴²

En effet, cette différence de traitement est injustifiée à l'égard de la victime dans la mesure où la victime d'un acte commis par une personne physique se trouve dans la même situation que la victime d'un acte commis par une personne morale : chacune espère obtenir l'indemnisation

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 63.

¹⁴¹ P. JOURDAIN, *op. cit.*, p. 76. Il s'agit d'ailleurs de la solution préconisée par la jurisprudence française qui admet que la responsabilité des personnes morales puisse être engagée sur le fondement de l'article 1382 du Code civil en raison de leurs faits personnels (Civ. 2^e, 17 juillet 1967, *Bull. civ. II*, n° 261).

¹⁴² *Ibidem*, p. 63.

du dommage qu'elles ont subi. Pourtant, la victime d'un acte commis par une personne morale obtiendra plus facilement l'indemnisation de son dommage puisque l'auteur ne pourra pas opposer une absence de discernement pour se libérer de sa responsabilité.

De même, cette différence de traitement est injustifiée à l'égard de l'auteur de l'acte dommageable dans la mesure où une personne morale verra sa responsabilité civile retenue plus facilement qu'une personne physique puisqu'elle ne pourra jamais opposer son absence de discernement au moment des faits.

Partant de ce principe, est-il intellectuellement cohérent de donner à la faute civile des définitions différentes selon qu'elle est commise par une personne physique (dont l'élément moral doit être vérifié) ou par une personne morale (la faute étant objective) ?¹⁴³ Ne faudrait-il pas au contraire s'appuyer sur une définition identique, et ce peu importe la nature de l'auteur ?¹⁴⁴

Sous-section 4 : Le lien social

Cet argument consiste à insister sur le caractère fondamentalement social de la faute civile.¹⁴⁵ En effet, lorsqu'un dommage est causé à une victime, s'il est clair que ce sont d'abord les intérêts de cette dernière qui sont lésés, il serait assez malhonnête de ne pas du tout prendre en compte les intérêts de la société prise dans son ensemble.

« Le vivre ensemble implique que chacun respecte les normes écrites ou non écrites qui régissent la vie en société. Nul ne peut, sans justification, porter atteinte aux droits et libertés d'autrui. Si une personne cause à autrui un dommage par un comportement constituant la violation d'une norme sociale, sa responsabilité doit être retenue. »¹⁴⁶

Ces propos tenus par Jean-Luc Fagnart vont nous permettre de faire une distinction primordiale entre ce qui est moralement répréhensible et ce qui est socialement répréhensible.

Ce qui est moralement répréhensible renvoie à l'individu pris isolément et plus particulièrement à son châtement.¹⁴⁷ Il s'agit d'un moyen de lutter contre les conduites blâmables et de moraliser

¹⁴³ *Ibidem*, p. 63.

¹⁴⁴ L'avant-projet de réforme du Code civil préconise d'ailleurs cette solution en prévoyant l'égalité de traitement des personnes morales et physiques en son article 5.144.

¹⁴⁵ P. JOURDAIN, *op. cit.*, p. 49.

¹⁴⁶ J.-L. FAGNART, *op. cit.*, p. 64.

¹⁴⁷ M. MEKKI, *op. cit.*, p. 31 ; P. DE TAVERNIER, *op. cit.*, p. 32 ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, p. 446 ; A. GUEGAN-LECUYER, *op. cit.*, p. 186 ; H. DESCHENAUX et P. TERCIER, *La responsabilité civile*, 2^e

les comportements individuels.¹⁴⁸ Un tel châtement n'a de sens uniquement que si l'individu avait la capacité de discernement au moment où il a adopté le comportement qui a causé un dommage.

À l'inverse, une personne dénuée de discernement ne pourra jamais adopter un comportement qui est moralement répréhensible. Cette notion renvoie nécessairement à l'individu et à la conscience qu'il a de ses actes et à sa faculté de comprendre les raisons pour lesquelles il doit être châtié. La faute morale consiste en une sorte de blâme qui est faite à l'égard de l'individu, un reproche qui lui est adressé parce qu'il ne sait pas comporté correctement. Ce reproche ne présente aucun intérêt en présence d'une personne dénuée de discernement.

Par contre, ce qui est socialement répréhensible constitue un guide pour chacun des citoyens en maintenant un équilibre entre liberté et devoir.¹⁴⁹ La société constitue un lieu d'interaction entre chacun des citoyens et chaque dommage causé à une personne prise individuellement est alors perçue comme étant une perturbation qu'il convient d'éviter. En réponse à cela, la société va avoir pour but de se défendre contre les dommages.¹⁵⁰

En effet, du point de vue de l'ensemble de la société, il importe que le dommage ne se produise pas du tout « puisqu'un dommage, une fois fait, diminue inéluctablement les valeurs de la société (...), et même réparé, il représente une perte pour le patrimoine national non seulement en raison de la destruction effective de valeurs économiques, mais aussi du fait des frais et ennuis occasionnés par la réparation (procès, estimation, exécution). »¹⁵¹

L'obligation de réparer le dommage est donc un moyen propre et efficace pour empêcher que des dommages se produisent à l'avenir¹⁵² dans le but d'atteindre une bonne organisation sociale.¹⁵³ Partant du principe que « la société juge les actes, et non les hommes »¹⁵⁴, il ne devrait pas y avoir de prise considération des infériorités psychologiques et intellectuelles de

édition, Berne, Editions staempfli & cie SA, 1982, p. 28 ; M. LACROIX, « Une conjugaison des temps passés et présent de l'illicéité : analyse conceptuelle à travers un prisme historique et comparative », *Rev. dr. intern. comp.*, 2012/4, p. 468 ; B. DUBUISSON, « Faut-il réformer le Code civil ? Interrogations et propositions concernant la responsabilité extracontractuelle », *op. cit.*, p. 675.

¹⁴⁸ G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, p. 446.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 31.

¹⁵⁰ G. MARTON, *op. cit.*, p. 346 ; P. JOURDAIN, *op. cit.*, p. 50.

¹⁵¹ G. MARTON, *op. cit.*, p. 347 et 348.

¹⁵² *Ibidem*, p. 348.

¹⁵³ B. DUBUISSON *et al*, *op. cit.*, p. 36.

¹⁵⁴ P. JOURDAIN, *op. cit.*, p. 50.

l'individu car celles-ci conduisent indéniablement à légitimer des comportements préjudiciables au détriment des victimes.¹⁵⁵

C'est pourquoi il convient d'insister sur le fait qu'une faute peut être moralement excusable si l'individu n'avait pas la capacité de discernement au moment des faits, mais qu'il n'en demeure pas moins qu'elle reste socialement répréhensible.¹⁵⁶ Lorsqu'un dommage est causé à un individu, c'est toute la société prise dans son ensemble à laquelle il est portée atteinte. Dès lors, il importe peu, aux yeux de cette société, de savoir si l'individu avait ou non la capacité de discernement.¹⁵⁷

Conclusion

Force est de constater que les arguments en faveur de la suppression de l'élément moral de la faute civile ne font que s'accumuler. À l'inverse, il n'y a qu'un seul argument qui peut être avancé afin de le maintenir et celui-ci peut être confronté à plusieurs contre-arguments qui ne sont pas négligeables.

En outre, à partir du moment où il est admis que la responsabilité civile poursuit un but d'indemnisation, à quel titre devrait-on se préoccuper de l'état psychologique de l'auteur de l'acte ? Pourquoi reviendrait-il à la victime de subir les conséquences économiques d'un comportement qu'elle n'a pas tenu ?

Chapitre 4 : L'élément moral dans les droits étrangers

Au sein de ce chapitre, nous allons nous intéresser à la place qu'occupe l'élément moral de la faute civil dans les droits étrangers. Nous allons ainsi nous pencher respectivement sur le droit français (section 1), allemand (section 2), suisse (section 3) et anglais (section 4). Il conviendra donc d'analyser les dispositions légales pertinentes moyennant, si nécessaire, un bref aperçu général du droit de la responsabilité civile du pays en question.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 50.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 50 ; B. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 42 ; H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.* p. 135.

¹⁵⁷ J.-L. FAGNART, *op. cit.*, p. 63.

Section 1 : Le droit français

Traditionnellement, la jurisprudence française ne retenait pas la responsabilité des personnes privées de discernement (qui concernait principalement les enfants et les aliénées).¹⁵⁸ Le principe d'irresponsabilité des aliénés fut en effet posé dans un arrêt de principe datant de 1866.¹⁵⁹ Cependant, constatant les effets injuste de cette irresponsabilité par rapport à la victime (notamment dans l'hypothèse où l'aliéné est dans une bien meilleure situation financière que celle-ci), la loi du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs mis définitivement un terme à ce régime en introduisant l'article 489-2 qui devint l'actuel article 414-3 du Code civil français.

L'article 414-3 du Code civil français dispose en effet que « celui qui cause un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'une trouble mental n'en est pas moins obligé à réparation. » Cet article soumet ainsi l'aliéné au droit commun de la responsabilité.¹⁶⁰ Cela constitue par conséquent une première différence notable avec le droit belge : là où le ce dernier admet de retenir la responsabilité des aliénés d'une manière tempérée dans la mesure où le juge doit statuer en équité, le droit français assimile complètement l'aliéné à la personne saine d'esprit¹⁶¹ et lui impose par conséquent une réparation intégrale dans tous les cas de figure.

Suite à l'introduction de cet article, il restait une certaine incertitude quant à l'extension du principe dégagé par cet article aux autres personnes privées de discernement, notamment les très jeunes enfants auxquels le texte de 1968 ne faisait aucune référence. C'est dans ce contexte que la Cour de cassation française a opéré un revirement de jurisprudence dans son arrêt du 9 mai 1984. Il s'agit d'un arrêt fondamental affirmant le principe selon lequel l'enfant privé de discernement doit subir les conséquences de sa propre faute, dont il est tenu comme étant personnellement responsable.¹⁶²

¹⁵⁸ G. VINEY, « Evolution de la signification et du rôle de la faute en droit de la responsabilité civile », *Quel avenir pour la responsabilité civile ?*, Y. Lequette et N. Molfesis (dir.), PARIS, Dalloz, 2015, p. 25 ; P. JOURDAIN, *op. cit.*, p. 74.

¹⁵⁹ P. JOURDAIN, *op. cit.*, p. 74.

¹⁶⁰ G. VINEY, « Evolution de la signification et du rôle de la faute en droit de la responsabilité civile », *op. cit.* p. 25.

¹⁶¹ P. JOURDAIN, *op. cit.*, p. 75 ; H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, p. 195.

¹⁶² *Ibidem*, p. 25 ; G. VINEY, *Traité de droit civil : introduction à la responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 38 ; B. DUBUISSON *et al*, *op. cit.*, p. 36 ; Cass. fr. (ass. plén.), 9 mai 1984, *Dall.*, 1984, II, n° 20255.

Cet enseignement fut confirmé par la suite par la jurisprudence et conduisit à la disparition générale de la condition d'imputabilité du droit de la responsabilité civile.¹⁶³ Depuis 1984, l'absence de discernement n'est donc plus un obstacle à la responsabilité qui doit s'apprécier indépendamment de cet élément.¹⁶⁴ Il s'agit de la consécration de la conception purement objective de la faute.¹⁶⁵

Cela signifie concrètement que l'établissement d'une faute se trouve considérablement simplifiée dans la mesure où la victime devra uniquement prouver l'inobservation matérielle d'un règlement ou l'atteinte à un droit pour qu'elle soit reconnue lorsque la règle imposait un comportement déterminé. Lorsque la règle n'imposait pas de comportement déterminé, elle devra seulement prouver que l'auteur ne s'est pas comporté comme un bon père de famille.¹⁶⁶

D'un point de vue historique, les auteurs français justifient cette suppression de l'élément moral en indiquant que la doctrine du 19^{ème} siècle avait donné à la faute une valeur psychologique et morale en la définissant par les deux caractères d'illicéité et d'imputabilité, mais que ceci conduisait à beaucoup trop identifier le délit civil au délit pénal.¹⁶⁷ Cette identification n'avait plus lieu d'être dès lors que les auteurs français s'étaient rendus compte que la faute civile devait s'entendre de manière beaucoup plus souple et large que la faute pénale.¹⁶⁸

Un constat intéressant mérite d'être souligné : la doctrine française semble justifier cette suppression quasi systématiquement en s'appuyant uniquement sur la fonction indemnitrice de la responsabilité civile.¹⁶⁹

Ceci donne l'impression que cet argument est en quelque sorte auto-suffisant dans la mesure où il justifierait à lui seul la suppression de l'élément moral. Dans un sens, c'est assez compréhensible : dès lors que la responsabilité civile a pour but d'indemniser le dommage causé

¹⁶³ P. JOURDAIN, *op. cit.*, p. 76 ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, p. 448 ; P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 3^e éd., Paris, LexiNexis, 2014, p. 195 ; B. DUBUISSON *et al*, *op. cit.*, p. 36 ; B. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 42.

¹⁶⁴ G. VINEY, *Traité de droit civil : introduction à la responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 38.

¹⁶⁵ G. VINEY, « Evolution de la signification et du rôle de la faute en droit de la responsabilité civile », *op. cit.*, p. 25.

¹⁶⁶ P. JOURDAIN, *op. cit.*, p. 47 ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, p. 447 ; B. DUBUISSON *et al*, *op. cit.*, p. 36.

¹⁶⁷ L. HUSSON, *Les transformations de la responsabilité. Etude sur la pensée juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 1947, p. 154 ; P. JOURDAIN, *op. cit.*, p. 11.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 155.

¹⁶⁹ Voy en effet F. WERRO, *La capacité de discernement et la faute dans le droit suisse de la responsabilité. Etude critique et comparative*, 2^e éd., Fribourg, Editions universitaires Fribourg Suisse, 1986, p. 59 ; G. VINEY, *Traité de droit civil : introduction à la responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 77 ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, p. 447.

à une victime, il ne semble pas pertinent de devoir analyser l'état de conscience de l'auteur de l'acte dommageable. Il ne doit pas revenir à la victime de supporter les conséquences dommageables d'un comportement qu'elle n'a pas adopté.

Certains auteurs vont tout de même plus loin et s'appuient également sur les arguments qui ont été vus plus haut au sein de ce travail, notamment l'empire croissante de l'assurance de responsabilité qui est susceptible de désintéresser l'assuré de la survenance du risque.¹⁷⁰

André Tunc, professeur émérite à l'université de Paris-I, explique quant à lui que l'élément moral est une conception qui est vouée à se détruire d'elle-même. Il dit en effet qu'« ou bien on reconnaît l'impossibilité pour l'homme de juger l'homme, et l'on confie au juge la tâche sociale d'indemniser une victime sans prétendre porter un jugement moral sur l'auteur du dommage. Ou bien on prétend juger un « fautif », mais comme on estime ne pouvoir reprocher à quelqu'un d'être aveugle, aliéné ou maladroit, on est obligé de disséquer l'homme en élément physiques, dont il ne répond pas, et en éléments moraux dont il répond (...). À la vérité, le juge ne peut considérer les hommes que de l'extérieur. S'il prétend les pénétrer, il commencera à entrevoir les raisons de leurs défauts et il ne se permettra jamais de les condamner. »¹⁷¹

Le législateur français a ainsi fait le choix d'adopter un régime de faute purement objective. Il s'agit d'un système qui est radicalement différent du nôtre : là où le législateur belge conserve la condition d'imputabilité pour le citoyen lambda mais se contente d'un acte objectivement illicite en présence d'un mineur ou d'un dément, le législateur français a fait le choix de définitivement supprimer la condition d'imputabilité quelle que soit la catégorie de personne visée.

Ce régime témoigne de la volonté largement partagée par les auteurs français de donner à la responsabilité civile une fonction essentiellement indemnificatrice. D'un point de vue théorique, l'élément moral n'est toutefois pas entièrement supprimé puisque celui-ci persiste au travers des causes de justification.¹⁷²

¹⁷⁰ G. VINEY, *Traité de droit civil : introduction à la responsabilité civile*, op. cit., p. 33.

¹⁷¹ P. JOURDAIN, op. cit., p. 13 ; G. VINEY, *Traité de droit civil : introduction à la responsabilité civile*, op. cit., p. 33 et 87.

¹⁷² P. JOURDAIN, op. cit., p. 81.

Section 2 : Le droit allemand

Avant de se pencher sur la place de l'élément moral en droit allemand, il convient d'abord de s'intéresser sur le régime de responsabilité civile qui a été mis en place. En effet, le système allemand ne connaît pas de clause générale de responsabilité basé sur la faute comme c'est le cas avec notre article 1382 du Code civil. Au contraire, le législateur allemand a fait le choix d'énumérer de manière limitative les intérêts protégés qui méritent de donner lieu à une indemnisation.¹⁷³

C'est ainsi que le §823 du B.G.B énonce que « celui qui, agissant intentionnellement ou par négligence, porte atteinte illicitement à la vie, l'intégrité corporelle, la santé, la liberté, la propriété ou à un autre droit similaire d'autrui, est tenu à réparation du dommage qui en est résulté.

La même obligation incombe à celui qui contrevient à une loi protectrice des intérêts d'autrui. Si, d'après le texte de la loi, une contravention à celle-ci est possible, en dehors de toute faute, l'obligation de réparer n'intervient que s'il y a faute. »

Ainsi donc, pouvoir retenir la responsabilité civile de l'auteur de l'acte dommageable, il faut qu'une personne porte atteinte à un intérêt juridiquement protégé de manière illicite et imprudente.¹⁷⁴

Qu'en est-il de l'élément moral ? Celui-ci se retrouve à plusieurs niveaux. Tout d'abord, le §828 du BGB énonce que « celui qui n'a pas accompli sa septième année ne répond pas du dommage qu'il cause à autrui. Celui qui a plus de sept ans, sans avoir accompli sa dixième année, ne répond pas du dommage causé à autrui lors d'un accident de véhicule automobile (...). Il en va autrement si l'atteinte à autrui a été causée intentionnellement. Celui qui n'a pas accompli sa dix-huitième année dans la mesure où sa responsabilité n'est pas exclue aux termes de l'alinéa un et de l'alinéa deux, n'est pas responsable du dommage causé à autrui si, au moment où il a accompli l'acte dommageable, il n'avait pas le discernement nécessaire pour se rendre compte de sa responsabilité. »

¹⁷³ B. S. MARKESINIS, *The law of torts : a comparative introduction*, vol. II : *the german law of obligations*, 3rd ed., Oxford, Clarendon press, 1997, p. 35.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 35.

On remarque donc que le législateur allemand a fait le choix de considérer qu'un enfant de moins de 7 ans ne sera jamais responsable du dommage qu'il cause. Le droit belge, lui, admet au contraire que la responsabilité de l'enfant pourra être retenue peu importe son âge pour autant qu'il est démontré qu'il avait la capacité de discernement au moment des faits. Cela signifie qu'il n'y a pas d'âge en dessous duquel l'enfant ne sera jamais responsable, cette question relevant de l'appréciation du juge belge par rapport à chaque cas d'espèce. Les deux systèmes se rejoignent tout de même dans la mesure où, en droit allemand, l'enfant âgé entre 7 et 17 ans sera responsable s'il avait le discernement nécessaire pour se rendre compte de sa responsabilité.¹⁷⁵

Ensuite, le §827 du BGB énonce que « celui qui se trouvant en état d'inconscience ou dans un état de trouble mental maladif, excluant le libre exercice de la volonté, cause un dommage à autrui n'est pas responsable de ce dommage. S'il est placé dans l'un de ces états passagèrement par l'usage de boissons alcoolisées ou de produits analogues, il répond d'un dommage causé illicitement dans cet état de la même manière si une négligence lui était imputable : aucune responsabilité ne lui incombe s'il est tombé dans cet état sans sa faute de sa part. »

On remarque que cette disposition vise à la fois les personnes démentes dont elle fait référence en utilisant les termes « personnes se trouvant dans un état de trouble mental maladif », et les personnes perdant momentanément conscience. S'agissant de ces dernières, le système allemand est totalement similaire au système belge dans la mesure où ils prévoient tous les deux qu'elles ne pourront pas être tenues responsables du dommage qu'elles ont causé sauf si cette perte de conscience est imputable à une faute de leur part. En ce qui concerne les personnes démentes, cette disposition précise uniquement qu'elles ne sont pas responsables du dommage qu'elles causent, ce qui semble être aux premières abords à l'opposé du système d'équité prévu par l'article 1386bis de notre Code civil.

Cependant, il ne faut pas perdre de vue le §829 du BGB qui prévoit que « celui qui, dans l'un des cas visés aux §823 à 826, se trouve n'être pas responsable en vertu des dispositions des §827 et 828 du dommage qu'il a causé est cependant tenu de réparer ce dommage s'il est impossible d'obtenir l'indemnisation d'un tiers chargé de sa surveillance et dans la mesure où l'équité exige une telle réparation, eu égard aux circonstances et en particulier à la situation des intéressés, et pour autant qu'il ne soit pas privé par là des moyens dont il a besoin pour son

¹⁷⁵ F. WERRO, *op. cit.*, p. 71.

entretien conformément à sa position sociale aussi bien que pour l'exécution de l'obligation légale d'entretien qui lui incombe. »

Il s'agit là d'une disposition très intéressante : le législateur allemand opère clairement une balance d'intérêts en affirmant que même dans l'hypothèse où une personne n'est pas tenue comme étant responsable du dommage qu'elle a causé parce qu'elle n'avait pas la capacité de discernement au moment des faits, celle-ci pourra tout de même être tenue d'indemniser le dommage subi par la victime s'il est impossible d'obtenir une réparation de la part d'un tiers chargé de sa surveillance et dans la mesure où l'équité exige une telle réparation.

Cette affirmation doit donc être lue en parallèle avec le §832 qui vise précisément la responsabilité de celui qui est obligé à une surveillance. Cette disposition prévoit que « celui qui en vertu de la loi est obligé d'exercer la surveillance sur une personne qui, à raison de sa minorité ou de son état mental ou physique, a besoin d'être surveillé est tenu de réparer le préjudice causé par cette personne à autrui résultant d'un acte illicite. L'obligation de réparer n'existe pas lorsqu'il a satisfait à son obligation de surveillance ou lorsque le dommage serait arrivé même si la surveillance avait été exercée comme elle devait être. »

Cela signifie donc qu'un mineur pourrait porter une atteinte à l'un des intérêts énumérés au §823, que sa responsabilité pourrait être exonérée sur base du §828 mais qu'il serait tout de même tenu d'indemniser la victime sur base du §832 dans l'hypothèse où ses parents démontrent qu'ils n'ont commis aucune faute dans la surveillance et que l'équité l'exige.

De même, la personne démente qui cause un dommage ne sera pas tenue d'indemniser la victime sauf si la personne qui est obligée de la surveiller (par exemple une institution spécialisée) démontre qu'elle n'a commis aucune faute dans sa surveillance, ou encore que le dommage serait arrivé même si la surveillance avait été correctement exercée.

Trois commentaires méritent d'être soulignés : premièrement, nous pouvons apercevoir la volonté du législateur allemand d'opérer une réelle balance d'intérêts entre les intérêts de la victime et ceux de l'auteur de l'acte dommageable. Le juge imposera une indemnisation uniquement dans l'hypothèse où celle-ci ne peut pas être obtenue d'une autre manière et il devra statuer en équité. Il s'agit là ni plus ni moins de la volonté du législateur de favoriser l'indemnisation du dommage dans un souci de protection de la victime¹⁷⁶ tout en maintenant

¹⁷⁶ P. HUNERFELD « La perception de la faute dans la responsabilité pénale et la responsabilité civile en droit allemand ». *Rev. dr. pén.*, 1994, p. 310.

l'auteur de l'acte dans une situation financière lui permettant de subvenir à ses besoins essentiels.

Deuxièmement, là où le juge belge doit toujours statuer en équité et déterminer la part du dommage devant être supportée par une personne démente conformément à l'article 1386bis du Code civil, le juge allemand n'est tenu de le faire que dans l'hypothèse où une indemnisation ne peut pas être obtenue de la part d'un tiers chargé (légalement ou contractuellement) de sa surveillance. Les deux systèmes se rejoignent cependant dans la mesure où le juge pourrait donc imposer aucune indemnisation à la personne démente.

Troisièmement, nous pouvons constater que le législateur allemand ne limite pas l'usage de l'équité pour les seules hypothèses où une personne démente cause un dommage. Au contraire, le juge allemand devra statuer en équité toutes les fois où une personne privée de discernement cause un dommage et qu'une indemnisation ne peut pas être obtenue de la part d'un tiers chargé de sa surveillance, ce qui englobe également les mineurs. À l'inverse, une fois que le juge belge considère qu'un mineur n'avait pas la capacité de discernement nécessaire au moment des faits, il ne pourra jamais retenir sa responsabilité personnelle.

Pour conclure, le droit allemand a fait le choix d'inclure l'élément moral comme étant une condition d'existence de la faute. Ceci témoigne, encore une fois, de la volonté de conférer à la faute une dimension morale et individuelle en la recentrant sur la personne et la conscience qu'elle a de ses actes.

Le législateur allemand fait tout de même preuve d'imagination car il opère une réelle balance des intérêts dans un souci de pragmatisme et dans le but d'éviter les situations d'injustice, en prévoyant notamment que lorsque l'équité l'exige et que la victime ne peut pas obtenir une indemnisation autrement, le mineur ou le dément ayant causé un dommage se tenu de réparer le dommage en tout ou partie.

Section 3 : Le droit suisse

Le droit suisse est un droit tout à fait particulier dans la mesure où l'existence d'une responsabilité n'entraîne pas toujours l'obligation de réparer intégralement le dommage.¹⁷⁷ En

¹⁷⁷ A. KELLER, *Droit de la responsabilité civile*, V. Ferrarese (trad.), Zurich, Editions de la Société suisse des employés de commerce, 1985, p. 15 ; F. WERRO, *op. cit.*, p. 119.

effet, l'article 43 du Code des obligations énonce que « le juge détermine le mode ainsi que l'étendue de la réparation, d'après les circonstances et la gravité de la faute. »

Ainsi, différents facteurs de réduction peuvent être pris en compte dont notamment la faute personnelle de la victime ou son consentement, la situation financière des parties, l'influence d'un danger d'exploitation ou encore la légèreté de la faute de l'auteur de l'acte dommageable.¹⁷⁸

Concernant la légèreté de la faute comme facteur de réduction du montant de l'indemnisation, il convient d'insister sur le fait que cela ne signifie pas que seule une faute lourde entraîne une réparation intégrale. Cela dit, « l'équité est sensible au fait qu'il n'y a parfois qu'une nuance entre le cas fortuit et la faute. Ainsi, ayant arrêté tout le calcul du dommage, le juge peut en tenir compte si la faute n'est pas grave et notamment si elle relève de la négligence. »¹⁷⁹ Par conséquent, la faute minime ou la simple imprudence entraînant un dommage très élevé peut être prise en compte pour réduire le montant de l'indemnité dans un souci d'équité.¹⁸⁰

Tout ce régime témoigne de la volonté du législateur suisse d'opérer une balance d'intérêts entre les parties en cause, ce qui porte nécessairement un coup à la fonction indemnificatrice de la responsabilité civile. « Le code civil suisse de 1907 s'inscrit manifestement dans l'idéologie libérale selon laquelle on affirme et protège l'autonomie de volonté de l'individu, et l'on réduit autant que possible les entraves aux échanges commerciaux (...). Le Code civil devait donc prendre en compte les disparités et inégalités de la société et contribuer à les atténuer. »¹⁸¹

Ensuite, le droit suisse exige que la faute soit imputable à son auteur, c'est-à-dire que ce dernier ait la capacité de discernement au moment des faits.¹⁸² La doctrine suisse définit la capacité de discernement comme étant « la faculté d'agir d'une manière réfléchie, c'est-à-dire être en mesure d'apprécier les conséquences de ses actes et d'agir en conséquence. »¹⁸³ La faute implique en effet l'idée selon laquelle l'auteur aurait pu éviter le fait qui lui est imputé.¹⁸⁴

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 15.

¹⁷⁹ P. ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse. Dispositions générales du CO*, 2^e éd., Berne, Staempfli Editions, 1997, p. 506.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 508.

¹⁸¹ J.-P. DUNAND, « Les origines et le rayonnement du Code civil suisse », *Le centenaire du Code civil suisse*, Paris, Société de législation comparée, 2008, p. 25.

¹⁸² A. KELLER, *op. cit.*, p. 22 et 25 ; P. ENGEL, *op. cit.*, p. 444 et 461 ; F. WERRO, *op. cit.*, p. 82 ; F. WERRO, *La capacité de discernement et la faute dans le droit suisse de la responsabilité. Etude critique et comparative*, 2^e éd., Fribourg, Editions universitaires Fribourg Suisse, 1986, p. 10 et 113 ;

¹⁸³ A. KELLER, *op. cit.*, p. 22.

¹⁸⁴ P. ENGEL, *op. cit.*, p. 444.

Le discernement implique notamment chez l'auteur la conscience et la volonté de l'acte¹⁸⁵ ; la conscience comme étant la faculté d'en apprécier la portée et les motifs ainsi que la volonté comme étant la capacité d'agir conformément à cette appréciation.¹⁸⁶

Le Code civil suisse définit également en son article 16 la capacité de discernement comme étant la capacité d'agir raisonnablement¹⁸⁷. Il énonce que « toute personne qui n'est pas dépourvue de faculté d'agir raisonnablement à cause de son jeune âge, ou qui n'en est pas privée par suite de maladie mentale, de faiblesse d'esprit, d'ivresse ou d'autres causes semblables, est capable de discernement au sens de la loi. »

Plusieurs conditions doivent être remplies pour que le juge conclue à l'existence de la capacité de discernement.

Premièrement, il faut que l'auteur ait conscience ou qu'il ait dû avoir conscience qu'il a agi contrairement au droit.¹⁸⁸ « Le manquement présuppose que l'auteur connaît son devoir et sait, par conséquent, quelle conduite il doit tenir. A défaut d'une telle connaissance, il ne saurait y avoir de manquement. Point n'est besoin qu'il sache le nom de la règle où le numéro de la disposition légale transgressée, ou la qualification du devoir violé ; il faut et il suffit qu'il sache enfreindre un devoir existant ou qu'il risque de léser les intérêts légitimes d'autrui. »¹⁸⁹

Une personne ne pourrait donc pas se retrancher derrière son absence de conscience d'illégalité à moins que l'erreur soit invincible.¹⁹⁰ Ceci est en parfaite adéquation avec la position adoptée par la doctrine majoritaire belge dont il avait été question plus haut au sein de ce travail.¹⁹¹ Néanmoins, là où le droit suisse diffère du droit belge réside dans le fait que le premier n'exige pas que le dommage soit prévisible pour son auteur. Il exige seulement que la prévisibilité porte sur la violation de la norme.¹⁹²

Deuxièmement, il faut que l'auteur ait la possibilité d'agir conformément à la loi.¹⁹³ Il ne suffit pas que l'auteur sache qu'il est en train d'enfreindre une règle, il faut également qu'il ait la possibilité d'adopter une conduite différente. Aucune faute ne peut être reprochée dans

¹⁸⁵ H. DESCHENAUX et P. TERCIER, *op. cit.*, p. 80 ; F. WERRO, *La responsabilité civile, op. cit.*, p. 82.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 461.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 461.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 462.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 462.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 463.

¹⁹¹ Voy supra chapitre 1 section 3.

¹⁹² P. ENGEL, *op. cit.*, p. 463.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 464.

l'hypothèse où le résultat illicite n'aurait pas pu être évité même en usant de toute la diligence requise.¹⁹⁴

Cette capacité de discernement est présumée de manière réfragable : il appartient dès lors à celui qui prétend ne pas avoir eu la capacité de discernement au moment des faits d'en apporter la preuve.¹⁹⁵ En droit belge au contraire, il appartient à la victime de prouver que l'auteur avait la capacité de discernement au moment où l'acte dommageable a été accompli.¹⁹⁶

Il s'agit cependant d'une notion relative qui doit toujours être rapportée à un acte déterminé.¹⁹⁷ Cela signifie concrètement qu'une personne peut avoir la capacité de discernement nécessaire pour engager sa responsabilité pour certains actes alors qu'elle ne l'aurait pas pour d'autres.¹⁹⁸

Une certaine controverse existe cependant au sein de la doctrine suisse quant à cette question de savoir s'il est possible d'admettre l'existence d'une capacité restreinte de discernement.¹⁹⁹ « Pour certains auteurs, la faculté d'agir raisonnablement existe ou n'existe pas²⁰⁰ ; il n'y a pas de niveau de capacité de discernement en relation avec un acte déterminé. D'autres auteurs, ainsi que le Tribunal fédéral, admettent avec raison que la capacité d'une personne, et en particulier celle de l'enfant, peut être restreinte.²⁰¹ »²⁰² L'auteur n'engagera alors sa responsabilité qu'à concurrence du degré de discernement dont il fait preuve par rapport à l'acte concerné.

Enfin le premier alinéa de l'article 54 du Code des obligations énonce que « si l'équité l'exige, le juge peut condamner une personne même incapable de discernement à la réparation totale ou partielle du dommage qu'elle a causé. » Cette disposition vise aussi bien les faibles d'esprits, les malades mentaux et les enfants²⁰³ qui commettent des actes objectivement illicites.²⁰⁴

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 464.

¹⁹⁵ F. WERRO, *La responsabilité civile*, op. cit., p. 83.

¹⁹⁶ P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, op. cit., p. 35.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 83 ; H. DESCHENAUX et P. TERCIER, op. cit. p. 80.

¹⁹⁸ F. WERRO, *La responsabilité civile*, op. cit., p. 83.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 83.

²⁰⁰ Voy. en effet H. DESCHENAUX et P. TERCIER, op. cit., p. 80 : « ou l'auteur n'a pas la capacité de discernement et il ne répond pas, sous réserve des cas d'application de l'art 54 al 1 CO ; ou il a la capacité de discernement et il répond, sous réserve des cas d'application de l'art 43 CO sur la faute légère. »

²⁰¹ Voy. notamment A. KELLER, op. cit., p. 22 : « en présence d'une capacité de discernement partielle, la responsabilité est aussi engagée partiellement. »

²⁰² F. WERRO, *La responsabilité civile*, op. cit., p. 84.

²⁰³ A. KELLER, op. cit., p. 22.

²⁰⁴ F. WERRO, *La responsabilité civile*, op. cit., p. 85.

La règle de base est donc que l'incapable de discernement n'est pas tenu de réparer le dommage qu'il cause à moins que l'équité ne l'exige, notamment lorsque l'auteur du dommage est une personne particulièrement aisée financièrement ou lorsque sa responsabilité civile est assurée.²⁰⁵

Il s'agit ni plus ni moins, encore une fois, du souci du législateur de protéger la victime contre les dommages qu'elle subit et de lutter contre les situations d'injustice. C'est, en quelque sorte, faire primer la nécessité sociale sur l'individu.²⁰⁶

L'alinéa 2 de l'article 54 du Code des obligations poursuit en disant que « celui qui a été frappé d'une incapacité passagère de discernement est tenu de réparer le dommage qu'il a causé dans cet état, s'il ne prouve qu'il y a été mis sans sa faute. »

Cela signifie concrètement qu'une personne qui perd momentanément conscience verra sa responsabilité retenue et sera tenue d'indemniser la victime comme si elle avait été saine d'esprit si cette perte de conscience est imputable à une faute de sa part (ivresse, toxicomanie, hypnose, surmenage intellectuel, etc.²⁰⁷). Il faut donc l'existence de deux fautes : une faute qui consiste dans le fait que l'auteur s'est mis dans un état d'incapacité (cette faute étant présumée par l'alinéa 2, à l'inverse de ce qui est prévu en droit belge) et une faute qui consiste à avoir commis un acte fautif à l'origine du préjudice pendant cette incapacité (cette faute devant être prouvée par la victime)²⁰⁸

En revanche, faut-il considérer que dans l'hypothèse où l'auteur parvient à prouver qu'aucune faute de sa part ne peut être imputée à sa perte de conscience, il sera tout de même susceptible d'être soumis au régime d'équité prévu par le premier alinéa de l'article 54 ? Etant donné que cette disposition vise tous les cas où une personne cause un dommage alors qu'elle est incapable de discernement, la réponse devrait être affirmative.

Plusieurs commentaires doivent alors être soulignés. Tout d'abord, là où le juge belge est invité à statuer en équité uniquement face à une personne démente ayant causé un acte objectivement illicite conformément à l'article 1386bis du Code civil, le juge suisse est invité à le faire toutes

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 22.

²⁰⁶ F. WERRO, *La capacité de discernement et la faute dans le droit suisse de la responsabilité. Etude critique et comparative*, op. cit., p. 121.

²⁰⁷ P. ENGEL, op. cit., p. 470.

²⁰⁸ F. WERRO, *La capacité de discernement et la faute dans le droit suisse de la responsabilité. Etude critique et comparative*, op. cit., p. 87.

les fois où une personne cause un dommage alors qu'elle n'a pas la capacité de discernement nécessaire.

Ensuite, en droit belge, la personne qui cause un dommage alors qu'elle a perdu momentanément conscience sans que cette perte de conscience ne soit pas imputable à sa faute n'est pas responsable dudit dommage et ne doit pas indemniser la victime. En droit suisse, le juge statuera en équité et pourrait parfaitement condamner cette personne à réparer intégralement le dommage.

Enfin, en droit suisse, la personne qui est frappée d'une incapacité passagère de discernement est présumée s'être mise dans cette situation par sa faute, jusqu'à preuve du contraire. En droit belge à l'inverse, cette personne sera irresponsable à moins qu'il soit prouvé qu'elle se soit mise dans cette situation de manière fautive.

Pour conclure, le droit suisse a également fait le choix de conférer à la faute un fondement moral qui justifie l'obligation de réparer le dommage et qui lui donne ainsi une dimension individuelle.²⁰⁹

Le législateur suisse ne semble pas non plus ériger la fonction indemnificatrice en tant que rôle primordiale de la responsabilité civile. Au contraire, il invite le juge à faire preuve d'une certaine compassion en l'invitant à modérer le montant de l'indemnité qu'il imposera à l'auteur de l'acte dommageable en prenant en compte certains facteurs de réduction.

Néanmoins, il opère tout de même un certain compromis dans la mesure où il invite le juge à statuer en équité toutes les fois où une personne privée de discernement cause un dommage à une victime, et ce dans un but de protection de la société²¹⁰. Il s'agit d'un compromis entre la victime qui mérite d'obtenir l'indemnisation de son dommage et l'auteur de l'acte qui n'a pas eu conscience de mal faire.

Section 4 : Le droit anglais

Tout comme le droit allemand, le droit anglais ne connaît pas de clause générale de responsabilité pour faute. Au lieu de cela, le droit anglais de la responsabilité civile extracontractuelle est constitué d'un certain nombre de *duties* qu'il convient de respecter dans

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 86.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 87.

des situations données.²¹¹ Ces *duties* ne sont pas énumérés dans des textes légaux mais sont issus de la jurisprudence.

Le *duty* qui correspond le plus à notre clause générale de responsabilité fondée sur la faute est certainement le *duty of negligence*. Il s'agit d'un *duty* qui a été consacré pour la première fois dans un arrêt fondamental datant de 1932 : l'arrêt *Donoghue vs. Stevenson*.²¹²

L'affaire concernait un escargot qui s'était retrouvé au fond d'une bouteille d'alcool qui avait été servie dans un bar. La question était de savoir si le producteur de bière avait un *duty of care* vis-à-vis du client du bar de telle sorte que ce dernier puisse s'appuyer sur le *tort of negligence* afin d'obtenir une indemnisation. Lord Atkin va alors développer le *neighbour principle*²¹³ (le principe du voisin) : il s'agit de la règle selon laquelle une personne sera tenue d'indemniser le dommage qu'elle cause à toute victime dont elle doit, en raison de la proximité, raisonnablement s'attendre à devoir indemniser.²¹⁴

En clair, la proximité implique que si une personne commet une faute entraînant un dommage à une victime, elle doit s'attendre à en subir les conséquences et à garantir la réparation du dommage. L'auteur de l'acte doit uniquement se préoccuper (et donc respecter le *duty of care*) des personnes qui risquent raisonnablement de souffrir son acte.²¹⁵ Les autres victimes ne pourront prétendre à aucune réparation.

Ainsi, le juge pourra déduire l'existence d'un *duty of care* à l'égard de la victime si le dommage était prévisible, s'il y avait une proximité entre l'auteur et la victime et si l'imposition du *duty* est juste et raisonnable.²¹⁶

Une fois que le *duty of care* est établi, la victime doit encore établir²¹⁷ l'existence d'un *breach of duty*, c'est-à-dire qu'elle doit démontrer que le devoir n'a pas été respecté par l'auteur de l'acte. Le juge devra alors se demander quel était le standard de conduite que l'on pouvait attendre de l'auteur, ce qui revient à se demander comment se serait comportée une personne normalement prudente et diligente placée dans les mêmes circonstances.²¹⁸

²¹¹ G. SAMUEL, *Law of obligations*, Cheltenham, Elgar, 2014, p. 175.

²¹² A.M. TETTENBORN, *An introduction to the Law of obligations*, London, Butterworths, 1984, p. 49.

²¹³ G. SAMUEL, *op. cit.*, p. 156.

²¹⁴ A.M. TETTENBORN, *op. cit.*, p. 49.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 69.

²¹⁶ C. VAN DAM, *European tort law*, Oxford, Oxford university press, 2014, p. 105.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 68.

²¹⁸ G. SAMUEL, *op. cit.*, p. 193.

Enfin, la victime devra ensuite démontrer le lien causal (*causation*) entre le *breach of duty* et le dommage qu'elle a subi. Le droit anglais distingue deux formes de causalité qui doivent être démontrées : la *causation in fact* qui correspond à notre théorie de l'équivalence des conditions d'une part, et la *causation in law* d'autre part qui fait intervenir toute une série de facteurs complémentaires comme le caractère plus ou moins éloigné du dommage et sa prévisibilité.²¹⁹

Le droit anglais prévoit cependant un *tort* distinct de celui de la négligence en cas de violation d'une disposition légale ou réglementaire. L'action sera en effet fondée sur le *breach of a statutory duty* et ne nécessitera pas la preuve d'une faute²²⁰. Il s'agit d'une responsabilité objective favorable à la victime.²²¹

L'objectif principal du droit anglais de la responsabilité civile est la protection de certains intérêts que le juge va déterminer en établissant les différents *duties*.²²² La fonction indemnificatrice n'intervient que dans un second lieu et est perçue comme étant moins essentielle chez les anglais.²²³

Ceci peut s'expliquer par le fait que la culture anglaise est marquée par une crainte de la *compensation culture*, c'est-à-dire l'idée selon laquelle les actions se multiplieraient beaucoup trop si la responsabilité civile pouvait être retenue facilement. Il s'agit là d'une crainte d'une éventuelle pression qui s'exercerait sur les services publics entraînant une explosion jurisprudentielle, mais également la crainte de décourager les prises de risque de chaque individu.²²⁴

Un autre objectif essentiel du droit anglais de la responsabilité civile est la fonction punitive et la dissuasion.²²⁵ Une illustration de cela est l'existence des *exemplary damages*, c'est-à-dire des dommages et intérêts qui ne sont pas compensatoires mais qui visent à prévenir les comportements qui sont considérés comme particulièrement problématiques.²²⁶ Il s'agit de ce

²¹⁹ *Ibidem*, p. 193.

²²⁰ M. LACROIX, « Une conjugaison des temps passés et présent de l'illicéité : analyse conceptuelle à travers un prisme historique et comparatif », *Rev. dr. intern. comp.*, 2012/4, p. 468.

²²¹ À l'inverse du Common law américain qui considère que l'action fondée sur le *breach of a statutory duty* n'est qu'une variante de l'action fondée sur la négligence, M. LACROIX, *op. cit.*, p. 193.

²²² G. SAMUEL, *op. cit.*, p. 161.

²²³ *Ibidem*, p. 161 et 175.

²²⁴ C. VAN DAM, *op. cit.*, p. 106.

²²⁵ *Ibidem*, p. 161.

²²⁶ *Ibidem*, p. 161.

qu'on appelle plus communément les dommages et intérêts punitifs, largement présents aux Etats-Unis.

Nous savons que notre droit de la responsabilité civile n'est pas du tout animé par la même volonté : l'indemnisation consiste toujours et uniquement à remettre la victime dans la situation dans laquelle elle aurait été si le dommage n'était pas survenu.

Néanmoins, l'avant-projet de réforme du Code civil prévoit en son article 5.184§2 que « le juge confronté à la violation intentionnelle d'un droit de la personnalité de la victime ou à l'atteinte intentionnelle à son honneur ou à sa réputation, pourra évaluer le dommage sur la base du montant des profits réalisés par l'auteur de l'acte ou d'une partie de ceux-ci, si ce montant excède manifestement celui qui serait accordé pour la réparation du dommage patrimonial ou extrapatrimonial. » Il s'agit de l'hypothèse dite de « faute lucrative » qui comportera exceptionnellement une dimension préventive.

Qu'en est-il de l'élément moral ? Tout d'abord, le droit anglais connaît toute une série de facteurs pouvant être utilisés pour exonérer l'auteur de sa responsabilité. Ainsi, l'erreur invincible²²⁷, la contrainte²²⁸, (*duress*), la nécessité²²⁹, l'ordre de l'autorité²³⁰, la faute de la victime²³¹ ou encore la minorité²³² sont des facteurs qui vont empêcher de retenir la responsabilité de l'auteur de l'acte. Nous pouvons donc retrouver certaines causes de justification qui sont également présentes en droit belge.

Concernant la condition d'imputabilité, la doctrine anglaise ne semble guère l'ériger en tant que condition de validité de la responsabilité civile. Elle se contente au contraire de la réunion de quatre conditions : un *duty of care* que l'auteur devait respecter, un *breach of duty*, un dommage et un lien de causalité (légal et factuel) entre les deux.

Par rapport à la question de la minorité, un mineur pourra être tenu comme étant responsable d'un *breach of duty* à partir du moment où il est démontré qu'il n'a pas adopté le standard de conduite d'une personne raisonnable de son âge.²³³ L'existence d'une capacité de discernement dans son chef ne doit pas être démontrée.

²²⁷ A.M. TETTENBORN, *op. cit.*, p. 165 et s.

²²⁸ *Ibidem*, p. 171.

²²⁹ *Ibidem*, p. 171

²³⁰ *Ibidem*, pp. 179 et 180.

²³¹ *Ibidem*, pp. 181 et s.

²³² *Ibidem*, p. 174.

²³³ *Ibidem*, p. 174.

Le droit anglais ne semble donc pas soumettre la responsabilité civile à la condition d'imputabilité. Ceci pourrait donner l'impression qu'il s'agit d'un régime favorable à la victime mais ce n'est pas vraiment le cas : la jurisprudence n'a pas établi de clause générale de responsabilité pour faute mais a plutôt fait le choix d'édicter un certain nombre de *duties* qu'il faut respecter dans des situations données. Seules les victimes rentrant dans un certain « rayon de prévisibilité » pourront obtenir l'indemnisation de leur dommage, indemnisation qui sera accordée sans avoir égard à la capacité de discernement de l'auteur.

Conclusion

Parmi les quatre pays qui ont été analysés, l'un d'entre eux (la France) a décidé de se débarrasser de l'élément moral de la faute civile en 1984, et l'autre (l'Angleterre) a tout simplement fait le choix de ne pas l'ériger en tant que condition de validité.

À l'inverse, les législateurs suisse et allemand ont décidé, comme la Belgique, d'opter pour un régime davantage concentré sur l'individu et sur des considérations d'ordre moral en intégrant la condition d'imputabilité. Cependant, ces deux pays ont fait le choix d'accorder beaucoup plus d'importance à l'équité dans les hypothèses où une personne dénuée de discernement cause un dommage, et ceci dans un souci d'indemnisation et de protection de la victime.

Ces différents régimes ne font que souligner toute la dimension politique qui est attachée à cette question : la condition d'imputabilité est une problématique qui dépend foncièrement des valeurs de la société en question, et de ce que chacun des citoyens attend de la responsabilité civile. Ces valeurs, en plus d'être propres à chaque société, sont largement susceptibles d'évolution au fil du temps.

Chapitre 5 : L'élément moral dans l'avant-projet de réforme du Code civil

L'avant-projet de réforme du Code civil a fait le choix de maintenir la clause générale de responsabilité pour faute. L'article 5.146 prévoit en effet que « toute personne qui, par sa faute, cause un dommage à autrui est tenue à le réparer. »

Il opère cependant une certaine révolution dans la mesure où l'élément moral n'apparaît plus comme étant un élément constitutif de la faute : le texte « ne précise pas que la violation de la

règle de conduite doit avoir eu lieu librement et consciemment »²³⁴ comme la Cour de cassation l'a souvent indiqué.²³⁵

L'exposé des motifs s'appuie notamment sur l'arrêt de la Cour de cassation du 9 février 2017 (qui a été examiné plus tôt au sein de ce travail) pour justifier cette suppression. Pour rappel, l'arrêt précise qu'il n'est pas nécessaire qu'une personne ait conscience qu'elle est en train de transgresser une règle.

L'exposé des motifs dit à cet égard que « le texte proposé fait un pas de plus et efface l'élément moral ou subjectif de la faute, qui n'est plus indispensable à partir du moment où les questions qu'ils couvrent sont abordées par d'autres moyens juridiques. La faute se réduit donc, en principe, à son élément objectif ou matériel. »²³⁶

Cependant, l'élément moral n'est pas totalement supprimé : celui-ci persiste malgré tout au travers des différentes causes d'exonération de responsabilité. Ces causes sont abordées aux articles 5.149 et 5.150.

L'article 5.149 traite de la force majeure et l'article 5.150 traite de l'erreur invincible, l'état de nécessité, la légitime défense, l'ordre de la loi ou l'ordre d'une autorité conforme à la loi et le consentement de la personne lésée. L'avant-projet de réforme ne prend pas la peine de déterminer quelles sont, parmi ces causes, celles relevant des causes de justification. Toujours est-il que cette notion semble toujours encrée dans l'esprit des rédacteurs qui ne veulent pas s'en défaire.

L'avant-projet a cependant le mérite de donner une définition assez claire de certains de ces éléments que l'on qualifie de nos jours comme étant précisément des causes de justification : l'article 5.149 précise qu'il « n'y a pas de responsabilité pour faute lorsqu'un cas de force majeure empêche la personne qui viole la règle de respecter celle-ci. Dans l'appréciation de la force majeure, il est tenu compte du caractère imprévisible ou inévitable de l'évènement qui empêche le respect de la règle de conduite. »

Le deuxième paragraphe de l'article 150 précise que « l'erreur invincible suppose que l'on agisse en fonction d'une représentation erronée et insurmontable des faits ou du droit. ». Le

²³⁴ B. DUBUISSON *et al*, *La réforme du droit de la responsabilité extracontractuelle : le projet de la Commission de réforme du droit de la responsabilité*, Bruges, la Charte, 2019, p. 57.

²³⁵ Cass. 10 avril 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 682.

²³⁶ B. DUBUISSON *et al*, *La réforme du droit de la responsabilité extracontractuelle : le projet de la Commission de réforme du droit de la responsabilité*, *op. cit.*, p. 57.

troisième paragraphe énonce qu'« une personne se trouve dans un état de nécessité lorsqu'elle préserve un intérêt qui se trouve exposé à un danger grave et imminent dont la valeur est supérieure à celle de l'intérêt qu'elle sacrifie. » Enfin, le quatrième paragraphe prévoit quant à lui que « la légitime défense suppose qu'une atteinte à l'intégrité physique ou la crainte sérieuse d'une telle atteinte impose l'usage de moyens de défense. Ces moyens de défense doivent être proportionnés à l'atteinte. »

Un constat pour le moins troublant mérite cependant d'être souligné : l'avant-projet affirme donc qu'il n'est plus nécessaire que la violation de la règle de conduite ait eu lieu librement et consciemment tout en intégrant et en définissant les concepts de cause de justification. N'est-il pas incohérent d'affirmer d'une part que la violation ne doit pas forcément avoir eu lieu librement, et d'autre part que certains événements extérieurs à l'auteur sont de nature à exonérer sa responsabilité ?

Nous savons qu'« un acte est librement commis lorsque l'agent ne peut se prévaloir de la contrainte résultant d'une violence, d'une menace ou d'un état de nécessité. La liberté se résume à l'absence de cause de justification ou d'exonération. »²³⁷ Dès lors, comment l'avant-projet peut-il affirmer que la violation ne doit pas avoir été commise librement s'il réaffirme par ailleurs l'importance des causes de justification ? La présence de ces causes de justification traduit littéralement l'importance de l'expression d'une volonté libre.

Cette incohérence mise à part, l'avant-projet de réforme semble tout de même adopter un point de vue tout à fait pragmatique. L'exposé des motifs énonce en effet que « plutôt d'affirmer que la violation doit être libre et consciente, expression relativement ambiguë, le présent projet contient des dispositions particulières réglant directement la responsabilité de deux catégories de personnes qui, actuellement, pourraient être considérées comme privées de discernement : les mineurs et les personnes atteintes de troubles mentaux (...). On a donc préféré aborder directement la question de la responsabilité de ces personnes sans la lier nécessairement à une condition de discernement qu'il faudrait vérifier en fait. »²³⁸

²³⁷ I. LUTTE, « A propos des articles 5.149 et 5.150 », *Avant-projet de la loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau code civil. Commentaires*, 2018, p. 24 (texte disponible sur www.droitbelge.be) ; J.-L. FAGNART, « Vers la faute objective ? », *op. cit.*, p. 56 ; B. RUSSELL, *Essais sceptiques*, A. Bernard (trad.), Paris, Les Belles Lettres, 2011, p. 158.

²³⁸ B. DUBUISSON et al, *La réforme du droit de la responsabilité extracontractuelle : le projet de la Commission de réforme du droit de la responsabilité*, *op. cit.*, p. 57.

Il s'agit d'une solution pragmatique dans la mesure où l'avant-projet entend régler la question de la responsabilité de deux catégories de personnes qui, de manière durable, vont être susceptibles de causer des dommages en étant dépourvues de discernement. Les seules « laissées pour compte » sont les personnes qui perdent momentanément conscience. Pour ces personnes-là, il faudra se référer à l'enseignement général de la définition de la faute prévue à l'article 5.146.

Ainsi, l'article 5.155 prévoit que « la personne atteinte d'un trouble mental qui abolit ou altère gravement sa capacité de discernement ou de contrôle de ses actes est responsable du dommage causé par sa faute ou par tout autre fait générateur de responsabilité. » L'alinéa 2 poursuit en précisant que « le juge peut néanmoins modérer l'indemnité de la façon prévue à l'article 5.154, alinéas 2 et 3. »

L'exposé des motifs énonce notamment ce qu'il faut entendre par « trouble mental qui abolit ou altère gravement la capacité de discernement ou de contrôle des actes » : il s'agit d'un « trouble mental malade qui perturbe le fonctionnement normal du psychisme. »²³⁹

Une seconde incohérence doit être soulignée : l'article 5.155 prévoit qu'une telle personne *est* responsable du dommage causé par sa faute ou par tout autre fait générateur de responsabilité. Or, l'exposé des motifs énonce que cette personne « *peut* être rendue responsable sur la base de cet article soit en raison d'une faute, soit en raison de tout autre fait générateur de responsabilité, même non fautif. »²⁴⁰

Que faut-il comprendre de cela ? Est-ce que la personne démente est automatiquement responsable du dommage qu'elle cause et le juge dispose d'un pouvoir ne pouvant jamais donner lieu à une absence d'indemnisation, ou alors est-ce que cette personne *pourra* être déclarée responsable ? L'exposé des motifs semble pencher pour la seconde hypothèse. Il précise notamment que le juge pourrait très bien considérer qu'aucune indemnité n'est due.²⁴¹ Cet article ne semble donc être qu'une répétition de l'article 1386*bis* du Code civil.

Ensuite, l'article 5.153 consacre l'irresponsabilité des mineurs de moins de douze ans. Il prévoit que « le mineur de moins de douze ans n'est pas responsable du dommage causé par sa faute ou par tout autre fait générateur de responsabilité. » En d'autres termes, il sera désormais inutile

²³⁹ *Ibidem*, p. 68.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 69.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 69.

de se demander si le mineur de moins de douze ans avait la capacité de discernement ou non au moment des faits pour pouvoir engager sa responsabilité. Dans tous les cas, sa responsabilité ne pourra jamais être retenue.

Enfin, l'article 5.154 règle la responsabilité des mineurs de douze ans ou plus. Il énonce que « le mineur de douze ans ou plus est responsable du dommage causé par sa faute ou par tout autre fait générateur de responsabilité ». L'alinéa 2 poursuit en disant que « le juge peut néanmoins modérer le montant de l'indemnité. Il statue selon l'équité, en tenant compte des circonstances et de la situation des parties concernées par le dommage. » L'alinéa 3 termine en expliquant que « l'indemnité ne peut pas être inférieure au montant pour lequel un assureur couvre effectivement la responsabilité du mineur. »

Ainsi donc, le mineur de plus de douze ans sera responsable du dommage qu'il cause mais il ne sera pas nécessairement tenu à l'indemnisation intégrale du dommage. Le juge devra alors statuer en équité. L'exposé des motifs justifie cela dans la mesure où cette responsabilité peut entraîner une lourde charge financière pour l'avenir, notamment lorsqu'il s'agit d'une responsabilité sans faute.²⁴²

L'avant-projet de réforme a donc fait le choix de favoriser la sécurité juridique en ne s'encombrant plus de la question de la détermination de la capacité de discernement. Il indique clairement que le mineur de moins de douze ans ne sera jamais responsable et que le mineur de plus de douze ans le sera, tout en indiquant que le juge devra statuer en équité afin de déterminer le montant de l'indemnité qui sera dû.

Ces dispositions doivent être lues en parallèles avec l'article 5.156 qui instaure une responsabilité sans faute pour les parents, adoptants, tuteurs et accueillants familiaux qui disposent de l'autorité sur la personne d'un mineur qui cause un dommage.

De même, l'article 5.159 instaure une présomption réfragable de responsabilité à l'égard des personnes chargées de la surveillance d'autrui. Ledit article précise que « la personne qui est chargée, sur la base d'une disposition légale ou réglementaire, d'une décision judiciaire ou administrative ou d'un contrat, d'organiser et de contrôler de manière globale et durable le mode de vie d'une autre personne est responsable du dommage dont cette dernière doit répondre ou devrait répondre si sa responsabilité n'était pas limitée ou exclue par la loi. »

²⁴² *Ibidem*, p. 68.

Le deuxième paragraphe poursuit en énonçant qu'« un établissement d'enseignement est responsable du dommage causé par les élèves pendant qu'ils sont sous sa surveillance, et dont ces derniers doivent répondre ou devraient répondre si leur responsabilité n'était pas limitée ou exclue par la loi. » Le troisième paragraphe termine en précisant que « les personnes visées aux paragraphes 1 et 2 ne sont pas responsables si elles démontrent qu'elles n'ont pas commis de faute dans la surveillance ou qu'il n'y a pas de lien causal entre l'exercice de la surveillance et le dommage. »

Nous pouvons donc constater l'effort de l'avant-projet de garantir l'indemnisation du dommage causé par un mineur dans des hypothèses beaucoup plus larges que celles qui sont admises actuellement dans la jurisprudence. Le dommage causé par un mineur ne sera plus seulement pris en charge par les parents ou par les instituteurs mais par toute personne qui dispose de l'autorité sur le mineur.

Une dernière disposition mérite d'être analysée : l'article 5.144 instaure le principe d'égalité de traitement des personnes morales et physiques. Il prévoit notamment que « les dispositions du présent chapitre s'appliquent tant aux personnes morales, privées et publiques, qu'aux personnes physiques, à moins que le contraire ne découle de la loi ou que cette application ne soit incompatible avec la nature de la personne morale. » Cette dernière phrase vise, par exemple, l'impossibilité pour une personne morale de demander la réparation d'un préjudice lié à la souffrance (*pretium doloris*).

Cet article affirme une bonne fois pour toute que la théorie de l'organe n'est plus le seul mode d'imputation d'une faute à la personne morale : celle-ci pourra être tenue directement responsable sur base d'une faute ou d'un autre fait générateur de responsabilité.²⁴³ Or, comme nous l'avons vu précédemment, la personne étant une entité abstraite, il serait vain de parler de capacité de discernement. Dès lors, l'avant-projet n'avait pas d'autre choix que de supprimer l'élément moral de la faute civile s'il voulait instaurer une égalité de traitement entre personne physique et personne morale, la faute de cette dernière étant toujours objective.

Qu'en est-il du citoyen lambda qui cause un dommage alors qu'il n'a pas la capacité de discernement ? L'élément moral étant supprimé et ne faisant pas partie d'une des catégories

²⁴³ *Ibidem*, p. 52.

spécifiques prévues par l'avant-projet, une telle personne devra indemniser le dommage exactement de la même manière qu'une personne saine d'esprit.

Une question demeure cruciale : est-ce que la suppression de l'élément moral de la faute civile va entraîner une explosion au niveau de la jurisprudence ? Est-ce que cette suppression va permettre à une multitude de victimes d'obtenir l'indemnisation d'un dommage qu'elles n'auraient pas pu obtenir si l'élément moral avait été maintenu ?

Pour répondre à cela, il faut au préalable se poser une autre question : arrive-t-il souvent qu'une personne cause un dommage alors qu'elle n'a pas la capacité de discernement ? Nous pouvons énumérer trois catégories de personnes qui sont concernées par cela : les mineurs, les déments et les personnes perdant momentanément conscience.²⁴⁴

Or, nous avons vu que le mineur de moins de 12 ans ne sera jamais responsable. Le mineur de plus de 12 ans sera responsable mais le juge devra statuer en équité. S'agissant de la responsabilité du dément, le régime prévu par l'article 1.155 est tout à fait identique au régime actuel de l'article 1386*bis* du Code civil.

La question ne concerne donc plus que les personnes perdant momentanément conscience. Nous savons que dans le régime actuel, si une faute est imputée à la perte de conscience de l'auteur de l'acte (alcool, stupéfiant, etc.), celui-ci sera responsable du dommage exactement de la même manière qu'une personne parfaitement saine d'esprit.

Ainsi donc, afin de savoir si la suppression de l'élément moral va provoquer une explosion au niveau de la jurisprudence, il convient de se demander s'il arrive fréquemment qu'une personne perd momentanément conscience, que cette perte de conscience n'est pas imputable à une faute de sa part et qu'elle cause un dommage pendant ce laps de temps.

Force est de constater que cette hypothèse semble être assez rare dans la mesure où la plupart des hypothèses de perte de conscience sont en réalité liées à l'usage excessif d'alcool ou de stupéfiant. De plus, la personne qui perd momentanément conscience pourra toujours faire valoir une cause d'exonération : elle peut prouver que sa perte de conscience est la cause d'un événement totalement imprévisible pour elle. En effet, l'article 5.149 prévoit « qu'il n'y a pas de responsabilité pour faute lorsqu'un cas de force majeure empêche la personne qui viole la règle de conduite de respecter celle-ci. Dans l'appréciation de la force majeure, il est tenu

²⁴⁴ Nous nous concentrons ici dans les hypothèses où l'auteur est une personne physique.

compte du caractère imprévisible ou inévitable de l'évènement qui empêche le respect de la règle de conduite. »

La suppression de l'élément morale de la faute civile ne devrait par conséquent pas avoir un impact significatif au niveau de la jurisprudence. En effet, la responsabilité des mineurs et des déments est directement réglée sans la subordonner à la condition d'imputabilité. S'agissant des personnes perdant momentanément conscience, la suppression de l'élément moral ne touchera que les personnes dont la perte n'est pas imputable à une faute préalable de leur part. La réponse aurait bien évidemment été différente s'il n'y avait aucune dispositions spécifiques réglant la responsabilité des mineurs et des déments, mais ce n'est pas le cas en l'espèce.

Conclusion

L'élément moral de la faute civile traduit très clairement l'influence du droit pénal sur le droit civil.²⁴⁵ De la même manière qu'une personne ne sera jamais condamnée à une peine d'emprisonnement si elle est dépourvue de discernement au moment du jugement, cette même personne ne pourra pas être condamnée à indemniser le dommage si elle était dépourvue de discernement au moments des faits.

Ceci procède d'une logique individualiste et moralisatrice grandement inspirée de la philosophie des lumières. Si celle-ci garde toute sa pertinence au niveau du droit pénal étant donné toute la dimension punitive qui s'y rapporte, elle perd grandement de son intérêt dans le domaine civil où le jugement n'est jamais lié à une quelconque punition pour l'auteur de l'acte.

Le législateur a d'ailleurs déjà décidé de venir en aide aux victimes d'actes commis par certaines catégories de personnes dépourvues de discernement causant un dommage : les mineurs et les déments. Constatant les effets injustes de l'absence de responsabilité en cas de maintien de l'élément moral, le législateur a alors opté pour un régime de faute objective.

Ensuite, le seul argument pouvant être utilisé pour le maintien de l'élément moral est la fonction préventive de la responsabilité civile. Or, comme nous l'avons vu, cet argument souffre de plusieurs défauts de taille : l'absence de proportionnalité entre le degré de la faute et le montant de l'indemnisation, la présence de plus en plus importante des assurances de responsabilité ainsi

²⁴⁵ B. DUBUISSON *et al*, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1 : *le fait générateur et le lien causal*, *op. cit.*, p. 35 ; B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'interprétation en droit de la responsabilité civile », *op. cit.*, p. 33.

que les régimes de responsabilité du fait d'autrui, de responsabilité objective ou encore de faute involontaire.

À l'inverse, les arguments en faveur d'une suppression s'accumulent : la fonction indemnitrice, la simplification du droit, l'égalité de traitement entre personne physique et personne morale ainsi que le lien social. De plus, l'argument selon lequel la responsabilité civile poursuit un but d'indemnisation semble se suffire à lui-même pour justifier une telle suppression. Ceci n'est pas vraiment surprenant : à partir du moment où la responsabilité civile a pour but de replacer la victime dans la situation dans laquelle elle aurait été sans l'acte dommageable, les considérations d'ordre psychiques et mentales de l'individu ne devraient pas intervenir, si ce n'est à l'égard des personnes démentes où le juge pourra statuer en équité.

La solution dégagée par l'avant-projet de réforme du Code civil n'a donc rien d'étonnant. Elle semble au contraire être le résultat d'une réflexion qui est assez partagée en doctrine. L'avant-projet fait cependant preuve d'un certain pragmatisme en supprimant l'élément moral pour le citoyen ordinaire tout en réglant directement la responsabilité des mineurs et des déments ainsi qu'en réaffirmant l'importance des causes de justification.

Nous pouvons donc constater que les rédacteurs de l'avant-projet de réforme n'ont pas souhaité suivre le même chemin que la France, cette dernière ayant définitivement supprimé l'élément moral pour toutes les catégories de personnes (mais ayant conservé les causes de justification). Au contraire, l'avant-projet a certainement voulu réaffirmer la fonction indemnitrice de la responsabilité civile en supprimant l'élément moral de la faute tout en essayant d'opérer une certaine balance d'intérêts en présence de certaines catégories de personnes. Ceci démontre que l'avant-projet reste fondamentalement accroché à la dimension morale de la faute, dimension qui est centrée sur l'individu et sur la perception qu'il a de ses actes.

Enfin, pour terminer ce travail, la suppression de l'élément moral de la faute civile semble être inévitable. Aujourd'hui, le droit civil a besoin de s'émanciper du droit pénal et se délier d'un élément n'ayant plus aucune pertinence eu égard à la fonction première de la responsabilité civile : la réparation du dommage.

Bibliographie

Législation

Const., art. 10 et 11.

C. pén., art. 71.

C. civ., art. 1382, 1384 et 1386*bis*.

C. civ. français, art. 414-3 et 489-2.

C. civ. allemand, art. 823, 828, 829 et 832.

C. obli. suisse, art. 41, 43 et 54.

C. civ. suisse, art. 16.

Loi du 21 avril 2007 relative à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental, *M.B.*, 13 juillet 2007, art. 8.

Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs

Avant-projet de réforme du code civil, art. 5.144, 5.146, 5.184§2, 5.149, 5.150, 5.153, 5.154, 5.155, 5.156 et 5.159.

Doctrine

BOYER (L.) et ROLAND (H.), *Obligations : responsabilité délictuelle*, 5^{ème} éd., Paris, Litec, 1996.

BRUN (P.), *Responsabilité civile extracontractuelle*, 3^{ème} éd., Paris, LexiNexis, 2014.

DABIN (J.) et LAGASSE (A.), « Examen de jurisprudence (1939 à 1948) – La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *R.C.J.B.*, 1949, p. 3 à 79.

DALCQ (R.O.) et SCHAMPS (G.), « Examen de jurisprudence (1987 à 1993) - La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *R.C.J.B.*, 1995, p. 525 à 638.

DE TAVERNIER (P.), *De buitencontractuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door minderjarigen*, Antwerpen, Intersentia, 2006.

DE TAVERNIER (P.), « De buitencontractuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door minderjarigen », *Actueel aansprakelijkheidsrecht*, Gent, Uitgeverij Larcier, 2012, p. 95 à 134.

DECLEYRE (B.), « La responsabilité civile des déments et anormaux : analyse critique de l'article 1386*bis* du Code civil », *Annales de droit de Louvain*, 2005/3-4, 2006, p. 355 à 417.

DEKKERS (R.), *Précis de droit civil belge*, t. II : *Les obligations – Les preuves – Les contrats – Les sûretés*, liv. IV : *Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 1955.

DENEVE (M.) et FAGNART (J.-L.), « Chronique de jurisprudence (1976-1984) - La responsabilité civile », *J.T.*, 1986, p. 257 à 741.

DESCAMPS (O.), *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2005.

DESCHENAUX (H.) et TERCIER (P.), *La responsabilité civile*, 2^e éd., Berne, Editions staempfli & cie SA, 1982.

DUBUISSON (B.), CALLEWAERT (V.), DE CONINCK (B.), et GATHEM (G.), *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol 1 : *Le fait générateur et le lien causal*, Bruxelles, Larcier, 2009.

DUBUISSON (B.), « Faute, illégalité et erreur d'interprétation en droit de la responsabilité civile », *R.C.J.B.*, 2001/1, p. 21 à 72.

DUBUISSON (B.), « Faut-il réformer le Code civil ? Interrogations et propositions concernant la responsabilité extracontractuelle », *J.T.*, 2016, p. 673 à 682.

DUBUISSON (B.), BOCKEN (H.), JOCQUE (G.), SCHAMPS (G.), VANSWEEVELT (T.), DEVLOIE (J.) et ZAMMITTO (B.), *La réforme du droit de la responsabilité extracontractuelle : le projet de la Commission de réforme du droit de la responsabilité*, Bruges, la Charte, 2019.

DUERINCKX (K.), *Aansprakelijkheidsrecht : een overzicht*, Antwerpen, Maklu, 2016.

DUNAND (J.-P.), « Les origines et le rayonnement du Code civil suisse », *Le centenaire du Code civil suisse*, Paris, Société de législation comparée, 2008, p. 9 à 34.

ENGEL (P.), *Traité des obligations en droit suisse. Dispositions générales du CO*, 2^e éd., Berne, Staempfli Editions, 1997.

FAGNART (J.-L.), « De la légalité à l'égalité (rapport introductif) », *La responsabilité des pouvoirs publics*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 5 à 57.

FAGNART (J.-L.), « Vers la faute objective ? », *R.C.J.B.*, 2018/1, p. 42 à 64.

GOFFAUX (B.), « La prévisibilité du dommage en matière extracontractuelle », *For. ass.*, 2012, p. 43 à 51.

GOFFAUX (B.), « La conscience de l'illégalité de l'acte : préalable à une responsabilité civile ? », *For. ass.*, 2017, p. 211 à 218.

HANNEQUART (Y.), « Le défaut de prévoyance en droit belge », *Rev. dr. pén.*, 1994, p. 285 à 303.

HUNERFELD (P.) « La perception de la faute dans la responsabilité pénale et la responsabilité civile en droit allemand ». *Rev. dr. pén.*, 1994, p. 305 à 312.

HUSSON (L.), *Les transformations de la responsabilité. Etude sur la pensée juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 1947.

JOURDAIN (P.) et VINEY (G.), *Traité de droit civil*, 4e éd., J. Ghestin (dir.), *les conditions de la responsabilité*, S. Carval (collab.), Paris, L.G.D.J., 2013.

JOURDAIN (P.) *Les principes de la responsabilité civile*, Dalloz, Paris, 2014.

KELLER (A.), *Droit de la responsabilité civile*, Zurich, V. Ferrarese (trad.), Editions de la Société suisse des employés de commerce, 1985.

KUTY (F.), « Le trouble mental qui abolit ou altère gravement le discernement ou le libre arbitre », *Les principes généraux du droit pénal belge*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 352 à 387.

LACROIX (M.), « Une conjugaison des temps passés et présent de l'illicéité : analyse conceptuelle à travers un prisme historique et comparative », *Rev. dr. intern. comp.*, 2012/4, p. 458 à 504.

LEBRETON (M-C.), *L'enfant et la responsabilité civile*, Rouen, Publications des Universités de Rouen et du Havre, 1999.

LUTTE (I.), « A propos des articles 5.149 et 5.150 », *Avant-projet de la loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau code civil. Commentaires*, 2018, texte disponible sur www.droitbelge.be, p. 23 à 25.

MARKESINIS (B.), *The law of torts : a comparative introduction*, vol. II : *the german law of obligations*, 3rd ed., Oxford, Clarendon press, 1997.

MEKKI (M.), *Avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile : l'art et la technique du compromis : réponse à la consultation publique*, Paris, L.G.D.J., 2016.

PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, 2^{ème} éd., t. VI : *Obligations*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952.

RASSAT (M.-L.), *La responsabilité civile*, Paris, Presses universitaires de France, 1973.

RUSSELL (B.), *Essais sceptiques*, A. Bernard (trad.), Paris, Les Belles Lettres, 2011.

RUTSAERT (J.), *Le fondement de la responsabilité civile extra-contractuelle : étude de doctrine et de jurisprudence contemporaines*, Bruxelles, Bruylant, 1930.

ROTH (G.H.) et FITZ (H.), « Critères objectifs de la responsabilité civile en matière délictuelle », *Exigence sociale, jugement de valeur et responsabilité civile en droit français, allemand et anglais*, H.A. Schwarz-Liebermann Von Wahlendorf (dir.), Paris, L.G.D.J., 1983, p. 173 à 205.

SAMUEL (G.), *Law of obligations*, Cheltenham, Elgar, 2014.

SCHAMPS (G.), « La prévisibilité du dommage en responsabilité civile - De son incidence sur la faute et sur le rapport de causalité », *Rev. dr. pén.*, 1994, p 375 à 394.

SCHAMPS (G.), « La réparation des dommages causés par les déments », liv. III, t. IVbis, *J.T.*, 2004/12, p. 306 à 309.

STARCK (B.), *Droit civil. Obligations*, Paris, Librairies Techniques, 1972.

TETTENBORN (A.M.), *An introduction to the Law of obligations*, London, Butterworths, 1984.

THUNIS (X.), *Théorie générale de la faute. Responsabilités : traité théorique et pratique*. t. II, Liv. 20ter : *La responsabilité du fait personnel*, vol 3 : *La faute comme acte imputable à son auteur*, Bruxelles, Kluwer, 2011.

THUNIS (X.), *Théorie générale de la faute. Responsabilités : traité théorique et pratique*. t. II, liv. 20bis : *La responsabilité du fait personnel*, vol. 2 : *La faute comme acte contraire au droit*, Bruxelles, Kluwer, 2017.

VAN DAM (C.), *European tort law*, Oxford, Oxford university press, 2014.

VAN OMMESLAGHE (P.) *Droit des obligations*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 2010

VAN OMMESGLAGHE (P.), *Traité de droit civil belge*, t. II : *Les obligations*, Volume 2 : *Sources des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

VAN OMMESLAGHE (P.), « La responsabilité des pouvoirs publics pour la fonction juridictionnelle et la fonction législative », *Actualité en droit de la responsabilité*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 107 à 143.

VINEY (G.), *Traité de droit civil*, J. Ghestin (dir.), *Les obligations. La responsabilité : conditions*, Paris, L.G.D.J., 1982.

VINEY (G.), *Traité de droit civil : introduction à la responsabilité civile*, Paris, L.G.D.J., 2008

VINEY (G.), « Evolution de la signification et du rôle de la faute en droit de la responsabilité civile », *Quel avenir pour la responsabilité civile ?*, Y. Lequette et N. Molfesis (dir), Paris, Dalloz, 2015, p. 23 à 37.

WERRO (F.), *La capacité de discernement et la faute dans le droit suisse de la responsabilité. Etude critique et comparative*, 2^e éd., Fribourg, Editions universitaires Fribourg Suisse, 1986.

WERRO (F.), *La responsabilité civile*, 2^e éd., (collab. J. HAAS), Berne, Stämpfli Editions SA Berne, 2011.

Jurisprudence

Cass. (3^e ch.), 26 mars 2018, R.G. C.17.0442.N.

Cass., 9 février 2017, *Bull. ass.*, 2018, liv. 4, p. 514.

Cass., 22 septembre 2015, *Pas.*, 2015, liv. 9, p. 2107.

Cass., 14 janvier 2015, *Pas.*, 2015, liv. 1, p. 109.

Cass. (1^{re} ch.), 20 septembre 2012, *R.G.A.R.*, 2014/4, p. 15077.

Cass., 16 février 2011, *Pas.*, 2011, liv. 2, p. 537.

Cass., 1^{er} juin 2006, *Pas.*, 2006, liv. 5-6, p. 1274.

Cass. (1^{re} ch.), 16 septembre 2005, *Pas.*, p. 1663.

Cass. (1^{re} ch.), 23 juin 2005, *Pas.*, 2005, p. 1437.

Cass., 25 octobre 2004, *Pas.*, 2004, liv. 11, p. 1667.

Cass., 24 mars 1999, *Dr. circ.*, 1999, p. 279.

Cass. (1^{re} ch.), 20 juin 1997, *Pas.*, 1997, liv. I, p. 713.

Cass. (3^e ch.), 3 octobre 1994, *J.T.*, 1995, p. 26.

Cass., 19 décembre 1991, *Pas.*, 1992, liv. I, p. 316.

Cass., 22 septembre 1988, *Pas.*, 1989, liv. 1, p. 80.

Cass., 8 avril 1983, *Pas.*, 1983, liv. I, p. 838.

Cass., 13 mai 1982, *J.T.*, 1982, p. 772.

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

Cass., 31 janvier 1944, *Pas.*, 1944, liv. I, p. 178.

Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, liv. I, 193.

Cass. fr. (ass. plén.), 9 mai 1984, *Dall.*, 1984, liv. II, n° 20255.

Anvers (6^e ch.), 29 avril 2003, *R.W.*, 2006-2007, p. 405.

Mons, 24 septembre 2002, *bull. Ass.*, 2004, p. 339.

Mons, 28 juin 1994, *J.L.M.B.*, 1996, p. 91, obs. D.-M. Philippe.

Dinant (6^e ch.), 6 octobre 1994, *J.J.P.*, 1996, p. 198.

Gand (17^e ch.), 21 juin 1994, *R.W.*, 1995-1996, p. 1055.

Gand, 17 décembre 1992, *Rev. dr. santé*, 1996-1997, p. 351.

Liège, 15 mars 1994, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, p. 151.

Bruxelles, 1^{er} octobre 2003, *J.T.*, 2004, p. 698.

Bruxelles (9^e ch.), 14 janvier 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 931.

Bruxelles (3^e ch.), 9 février 1999, *J.T.*, 2000/7, p. 151.

Bruxelles (7^e ch.), 30 mars 1998, *R.G.A.R.*, 1999, n° 13.109.

Liège, 17 mars 1990, *R.G.D.C.*, 2000, p. 564.

Anvers (2^e ch.), 27 mars 2002, *R.W.*, 2005-2006, p. 106.

Civ. Bruges, 27 janvier 2005, *R.W.*, 2006-2007, p. 611.

Civ. Neufchâteau, 9 juin 1999, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, p. 296.

Civ. Verviers, 18 novembre 1998, *J.J.P.*, 1999, p. 118.

Civ. 2^e, 17 juillet 1967, *Bull. civ. II*, n° 261.

Pol. Louvain (5^e ch.), 22 décembre 2005, *C.R.A.*, 2006, p. 571.

Pol. Malines, 29 juin 2004, *J.J.P.*, 2005, p. 183.

Pol. Bruges, 13 janvier 2000, *R.W.*, 2000-2001, p. 1140.

J.P. Liège, 19 octobre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1248.

J.P. Spa, 8 octobre 1996, *J.J.P.*, 1999, p. 124.

J.P. Wervik, 27 avril 1990, *J.J.P.*, 1999, p. 280.

Table des matières

Introduction	1
Chapitre 1 : La notion d'élément moral	2
Section 1 : L'expression d'une volonté libre	2
Section 2 : L'expression d'une volonté éclairée	4
Section 3 : La conscience de l'illégalité de l'acte	5
Section 4 : La prévisibilité du dommage.....	9
Section 5 : La faute et son élément moral en présence d'une règle imposant un comportement déterminé	11
Chapitre 2 : Les régimes de faute objective	14
Section 1 : La responsabilité du fait d'autrui	14
Section 2 : La responsabilité des déments.....	17
Section 3 : La responsabilité des pouvoirs publics	19
Conclusion.....	25
Chapitre 3 : Les arguments en faveur du maintien ou de la suppression de l'élément moral ..	25
Section 1 : L'argument en faveur du maintien : la fonction préventive.....	25
Premier contre-argument : L'assurance de responsabilité	27
Deuxième contre-argument : Le principe de réparation intégrale du dommage.....	29
Troisième contre-argument : Les régimes de faute objective et de faute présumée	30
Section 2 : Les arguments en faveur de la suppression de l'élément moral.....	30
Sous-section 1 : La fonction indemnificatrice	31
Sous-section 2 : La simplification du droit	32
Sous-section 3 : L'égalité de traitement entre personne physique et personne morale....	34
Sous-section 4 : Le lien social.....	35
Conclusion.....	37
Chapitre 4 : L'élément moral dans les droits étrangers.....	37
Section 1 : Le droit français	38
Section 2 : Le droit allemand	41
Section 3 : Le droit suisse	44
Section 4 : Le droit anglais.....	49
Conclusion.....	53
Chapitre 5 : L'élément moral dans l'avant-projet de réforme du Code civil	53
Conclusion.....	60
Bibliographie	62

