

TBH CONGRES

CONGRÈS RDC

Faute extra-contractuelle et juridictions commerciales: principes et plaidoyer pour un retour à une vision unitaire de la faute

Thierry Léonard¹

Introduction	953
Section 1. La faute extra-contractuelle: généralités	956
Section 2. La faute comme violation d'une norme de comportement déterminé	960
Section 3. La faute comme violation d'une norme générale de prudence	973
Section 4. La faute comme violation d'un droit subjectif	978
Section 5. Conclusions sur la condition de faute: vers une systématisation de la notion de faute par sa conception unitaire?	986

RÉSUMÉ

La contribution de l'auteur se concentre sur l'analyse du concept de faute comme condition de la réparation en application des articles 1382 et 1383 du Code civil.

Concept polymorphe et évolutif, la faute n'a cessé de faire l'objet d'importantes controverses doctrinales et jurisprudentielles. Pour faire le point sur cette évolution tout en proposant certaines voies de solutions, l'auteur repart de principes simples et généralement admis: ces dispositions ont pour principale finalité de permettre la réparation du dommage subi par la victime et consacrent une responsabilité sur la base de faute, perçue comme la résultante d'un élément objectif et d'un élément subjectif. Cette mise au point de départ permet de comprendre la spécificité du contentieux de la responsabilité civile par rapport à d'autres qui relèvent de la compétence des juridictions commerciales (celui de la cessation commerciale, par exemple).

Relevant dès le départ une ambiguïté quant à la portée de la notion en droit positif belge, il opte pour une vision unitaire de la faute comprise comme un acte objectivement illicite imputable à son auteur. Il étudie alors chaque catégorie de faute extra-contractuelle de manière globale, c'est-à-dire tant à l'égard de son élément objectif que subjectif.

L'auteur analyse dans un premier temps la faute conçue comme violation d'une norme de comportement déterminé. Reprenant les conditions d'existence de celle-ci comme acte objectivement illicite, il relève une difficulté d'interprétation concernant la nécessité de la détermination du comportement ou de l'abstention imposé par la norme. Etudiant alors la notion par son versant subjectif, il tente de systématiser sa portée en ses deux composantes: discernement et imputabilité. Il fait également le point sur la théorie des faits justificatifs. Il y concentre son attention sur l'erreur invincible, tout en indiquant les possibilités d'invoquer d'autres faits justificatifs devant le juge commercial. Il s'attaque alors à la difficile question de la charge de la preuve et de la présomption de faute souvent défendue en cas de violation d'une norme de comportement déterminé. Au terme d'une analyse très critique des fondements avancés pour justifier une telle présomption, il conclut à son rejet comme à l'incohérence de la théorie de l'unité de l'illégalité et de la faute qui la fonde. Il propose enfin une interprétation de la condition de la nécessité de détermination du comportement issu de la norme violée au regard de la condition subjective d'imputabilité.

L'auteur analyse dans un second temps la faute conçue comme violation d'une norme de prudence. Faisant le point sur ses éléments objectifs et subjectifs, il montre à quel point ceux-ci sont intrinsèquement liés dans cette catégorie de faute. L'élément subjectif s'exprime en effet dans la recherche de la norme de prudence elle-même tant par la prise en

¹ Professeur à l'Université Saint Louis-Bruxelles, avocat au barreau de Bruxelles (Ulys).

considération de circonstances de plus en plus personnelles à l'auteur que par l'inclusion des faits justificatifs dans ces circonstances. Concernant la condition de prévisibilité du dommage, il y voit une expression spécifique de l'imputabilité de la faute elle-même.

L'auteur analyse alors, dans un troisième temps, la faute conçue comme violation d'un droit subjectif. Catégorie admise par les uns et rejetée par les autres, dont la Cour de cassation, elle est au centre d'une controverse séculaire. Entre faute et dommage, la violation des droits subjectifs d'autrui, en violation de l'effet d'opposabilité de ceux-ci, doit, selon l'auteur, être admise comme une faute spécifique mais en évitant que toute violation d'un droit ne puisse être automatiquement considérée comme fautive. Il propose dès lors que le critère de reconnaissance soit trouvé dans l'élément subjectif de la faute qui implique une violation 'libre et volontaire' du droit. Il conforte cette approche au regard de la théorie de la tierce-complicité et l'oppose au système de responsabilité objective qu'il perçoit dans le nouveau régime issu de la loi du 15 mai 2007 concernant l'aspect civil de la protection des droits de propriété intellectuelle.

L'auteur conclut en relevant que si on est passé par une période d'objectivation de la faute, reléguant l'élément subjectif à un rôle d'accessoire, il pourrait bien retrouver une place centrale au travers d'un retour à la vision unitaire de la faute, défendue dans sa contribution.

SAMENVATTING

De bijdrage van de auteur spitst zich toe op de analyse van het begrip fout als vereiste van schadevergoeding in toepassing van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek.

Als polymorf en evolutief concept heeft de fout altijd het voorwerp uitgemaakt van grote controverses in de rechtsleer en de rechtspraak. De auteur gaat uit van eenvoudige en algemeen aanvaarde principes om een balans op te maken van deze evolutie, waarbij hij bepaalde oplossingen voorstelt: deze bepalingen hebben als hoofddoel de door het slachtoffer opgelopen schade te vergoeden, en bevestigen de aansprakelijkheid op grond van de fout, die gezien wordt als de resultante van een objectief en een subjectief element. Dit uitgangspunt laat toe om het specifieke karakter van geschillen inzake de burgerlijke aansprakelijkheid te begrijpen in vergelijking met andere die behoren tot de bevoegdheid van de rechtbanken van koophandel (zoals bv. stakingsvorderingen).

Van bij het begin wijst hij op de onduidelijkheid omtrent de draagwijdte van de notie in het Belgisch positief recht, en hij kiest dan ook voor een gemeenschappelijke regeling van het begrip fout, die dient gezien te worden als een objectief onrechtmatige daad die toegerekend wordt aan degene die de fout heeft begaan. Vervolgens bekijkt hij elke extra-contractuele fout in het algemeen, met andere woorden zowel vanuit objectief als subjectief oogpunt.

In een eerste fase analyseert de auteur de fout als een inbreuk op een bepaalde gedragsnorm. Hij herhaalt dat van fout sprake is in geval van een objectief onrechtmatige daad, en wijst op de moeilijkheid bij de interpretatie met betrekking tot de noodzakelijkheid van de bepaling van het gedrag of de onthouding die de norm voorschrijft. Vervolgens behandelt hij de subjectieve kant, en probeert de draagwijdte van de twee componenten te systematiseren: schuldbeawaamheid en toerekeningsvatbaarheid. Hij bespreekt eveneens de theorie van de rechtvaardigingsgronden. Daarbij richt hij zich op de onoverkomelijke dwaling, en haalt de mogelijkheden aan om deze theorie in te roepen voor de rechtbank van koophandel. Daarna werpt hij zich op de moeilijke vraag van de bewijslast en van het vermoeden van fout, die vaak aangehaald worden in geval van een inbreuk op een bepaalde gedragsnorm. Na een erg kritische analyse over de opgeworpen gronden om een dergelijk vermoeden te verantwoorden, besluit hij dat deze dient verworpen te worden alsook dat de theorie van onwettigheid en fout, waarop dit vermoeden rust, inconsistent is. Ten slotte stelt hij een interpretatie voor van de vereiste van noodzakelijkheid tot bepaling van het gedrag ontstaan uit de geschonden norm ten opzichte van de schuldvraag.

In een tweede fase analyseert de auteur de fout als een inbreuk op een zorgvuldigheidsnorm. Bij de bespreking van de objectieve en subjectieve elementen, toont hij aan in welke mate deze intrinsiek met elkaar verbonden zijn in deze categorie van fout. Het subjectieve element komt inderdaad tot uiting in het onderzoek van de zorgvuldigheidsnorm zelf zowel door de inachtneming van omstandigheden die meer en meer eigen zijn aan de auteur als door het opnemen van rechtvaardigingsgronden onder deze omstandigheden. In de vereiste van voorzienbaarheid van de schade ziet hij een specifieke uitdrukking van de verwijtbaarheid van de fout zelf.

In een derde fase analyseert de auteur de fout als een inbreuk op een subjectief recht. Dit betreft een categorie die door sommigen aanvaard wordt en door anderen, waaronder het Hof van Cassatie, verworpen wordt. Zij staat in het middelpunt van een eeuwenoude controverse. Tussen fout en schade, dient de schending van andermans subjectieve rech-

ten, in overtreding van de tegenwerpbaarheid van deze rechten, volgens de auteur erkend te worden als een specifieke fout, waarbij dient vermeden te worden dat elke schending van een recht automatisch als foutief kan worden beschouwd. Hij stelt bijgevolg voor om het erkenningscriterium te zoeken in een subjectief element van de fout die een "vrije en vrijwillige" schending van het recht inhoudt. Hij versterkt deze benaderingswijze ten opzichte van de theorie van de derde-aansprakelijkheid en stelt ze tegenover het systeem van de objectieve aansprakelijkheid die hij in de nieuwe regeling van de wet van 15 mei 2007 betreffende het burgerlijke aspect van de bescherming van de intellectuele eigendomsrechten, onderscheidt.

Tot slot wijst de auteur erop dat, nu we een periode van objectivering van de fout hebben doorgemaakt, waarbij het subjectieve element tot een bijrol wordt herleid, het zou kunnen dat deze een centrale plaats inneemt via een terugkeer naar de unitaire visie van de fout, die hij in zijn bijdrage verdedigt.

INTRODUCTION

1. La réparation comme finalité principale de la responsabilité civile. Les articles 1382 et 1383 du Code civil ne prévoient qu'un seul devoir à charge de celui qui commet une faute: la réparation du préjudice subi qui en est la conséquence. Il n'interdit aucun comportement *in se*. Les normes de conduites dont la violation est constitutive de faute n'y sont pas décrites. La condition de faute est laissée à l'interprétation des juges, sous le contrôle de la Cour de cassation.

La mission première du juge commercial saisi d'une action en responsabilité civile n'est donc pas le rétablissement de la légalité ou de la licéité des actes soumis à son jugement mais la réparation du dommage subi par la faute de celui qui l'a provoqué. La plupart du temps, d'ailleurs, les actes en cause ont été interrompus et le juge de la réparation n'en ordonnera pas la cessation. La réparation ne peut intervenir définitivement qu'une fois l'acte fautif commis et consommé. On peut seulement alors mesurer l'effet de l'acte illicite sur le dommage dont se prévaut la victime et valoriser celui-ci en vue de son indemnisation. Non pas que le juge saisi d'une action en responsabilité soit sans moyens pour faire cesser l'acte fautif – par exemple, par la voie de mesures urgentes et provisoires – mais que la réparation – fût-elle en nature – n'a pas cet objet². Cette constatation explique pourquoi les conditions de la réparation divergent fortement de celles de la cessation d'un acte illicite, quel qu'il soit.

Le rôle du juge commercial de la responsabilité tranche dès lors fortement avec celui qu'il remplit au travers d'autres actions dont il est saisi, telles les actions en contrefaçon concernant les violations de certains droits de propriété intellec-

tuelle ou les actions en cessations commerciales introduites en application de la loi sur les pratiques du marché³.

En outre, comme le rappelle fort à propos Pierre VAN OMMESLAGHE: « [la responsabilité civile] n'a pas non plus pour objet de prévenir la répétition de la faute par un effet dissuasif »⁴.

Non pas que ces dispositions ne remplissent pas une fonction de prévention et de régulation sociale: sachant qu'il devra réparer les conséquences dommageables de ses fautes, chacun est ainsi incité à adopter un comportement exempt de faute et ainsi, d'éviter de créer un dommage à autrui⁵. Aussi, sur la base d'une analyse coûts/bénéfice, les entreprises seraient-elles plus enclines à éviter les actes pouvant donner lieu à responsabilité afin d'éviter de devoir réintégrer le coût des réparations dans celui de leurs produits et services⁶. Mais tel n'est pas le but de la responsabilité civile⁷ et la seule « sanction » civile qui résulte de la faute en lien causal avec le dommage est la réparation du dommage.

Un effet important de la responsabilité civile qu'il convient de souligner également est sa fonction normative. Par le biais de la faute conçue comme violation d'une norme de prudence au regard des circonstances de fait et de droit dans lesquelles se trouvent les acteurs de la vie sociale et de la vie économique en particulier, le contentieux de la responsabilité génère lui-même, au fur et à mesure de ses cas d'espèce, des règles de comportement qui s'affinent, se complètent, se modifient au gré ceux-ci⁸. Il ne faut cependant pas y voir selon nous, une finalité de la responsabilité mais une conséquence du processus mis en place pour déterminer les condi-

² Voy. *infra*, sur la réparation en nature, n° 3.

³ Pour un exposé précis et systématique de ces divergences entre l'action en réparation et l'action en cessation commerciale, voy. Th. LÉONARD, « Pour une théorie de l'acte de concurrence illicite affranchie des articles 1382 et 1383 du Code civil », *R.D.C.*, 2010, pp. 563 et s., spéc. n°s 7 à 21.

⁴ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1136, n° 799 (aussi, n° 809).

⁵ Comp. H. BOCKEN et I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, Bruges, die Keure, 2011, p. 31, n°s 37 et 38; L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle*, Vol. I, Bruxelles-Anvers, Bruylant-Maklu-Ced.Samsom, 1991, p. 14, n°s 7 et 8; Th. VAN SWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2009, pp. 7 à 10; aussi J.-L. FAGNART, « Introduction générale au droit de la responsabilité », Vol. 1, *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Bruxelles, Editions Kluwer, 1999, p. 17, n° 28 où l'auteur, se basant sur l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 14 juillet 1994 indique aussi que « La prévention des dommages est étrangère à la responsabilité en droit positif. »

⁶ H. BOCKEN et I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, o.c., p. 32, n° 38.

⁷ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, T. II, o.c., p. 1136.

⁸ Th. VAN SWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, o.c., p. 10, § 13.

tions du devoir de réparation inscrit dans ces dispositions du Code civil.

C'est que la finalité de réparation est porteuse de sens. Elle doit guider l'interprétation des conditions mêmes de l'application des articles 1382 et 1383 du Code civil. Les concepts de faute, de dommage réparable et de lien causal n'ont de sens que dans la mesure où ils servent cette finalité. Cette simple constatation est elle-même essentielle. Le juriste confronté à la matière de la responsabilité civile et qui tente de l'étudier et de la comprendre, sera forcément étonné de l'extrême complexité de celle-ci et de la richesse de l'argumentation et des théories développées au départ d'une règle qui a priori semble d'une hallucinante simplicité. Comment alors faire le tri et ne pas tomber dans l'excès de technicité juridique qui – osons le dire – caractérise mais aussi pollue souvent le débat tenu devant les juges chargés de trancher? Peut-être en jugeant les solutions proposées au regard de leur pertinence à l'égard de la finalité de réparation. Tel est sans doute le véritable fil rouge de la présente contribution.

2. La responsabilité à base de faute comme principe.

Qu'on le regrette ou le loue, la responsabilité qui découle des articles 1382 et 1383 du Code civil est, et reste, fondée, en droit positif belge, sur la faute. Cette faute n'est pas réductible au constat objectif de la violation d'un devoir préexistant s'imposant à l'agent. S'il en était ainsi, notre système de responsabilité devrait être qualifié d'« objectif ». Or, il n'en est rien.

La faute suppose pour être constatée un élément subjectif, qui n'est pas toujours facile à saisir. L'idée de base est pourtant simple et aisée à comprendre. On est responsable que des actes que l'on pose librement. La faute suppose nécessairement une volonté libre (« wilsvrijheid ») ou comme l'indique la Cour de cassation, que l'agent ait violé la norme « librement et consciemment ». L'agent doit avoir eu la possibilité de choisir une attitude quant à l'acte litigieux et, à tout le moins, celle de ne pas le poser. Pour ce faire, il doit avoir eu la capacité de percevoir les conséquences de son acte, ce qui passe aussi, selon nous, par la possibilité de percevoir et de comprendre quel était le comportement qui lui était imposé par la norme dont on lui reproche la violation. Sans cela, et donc en l'absence de la maîtrise à tout le moins supposée de son acte, il ne peut a priori lui être reproché de

l'avoir posé et lui imposer un devoir de réparation. L'agent n'est pas fautif⁹.

Non pas qu'il n'y ait pas d'autres systèmes de responsabilité, actuellement en vigueur en droit belge, ayant pris plus ou moins de distances avec la responsabilité pour faute. Mais, il est essentiel de se rappeler que, sauf exception à trouver en dehors des articles 1382 et 1383 du Code civil, le système de base est celui d'une responsabilité *subjective* pour faute. Cette réalité permet également de donner un sens et une cohérence globale à l'interprétation des conditions de la faute induite des articles 1382 et 1383 du Code civil.

L'exigence de la faute elle-même permet également de rappeler que le seul fait de causer un dommage à autrui ne suffit pas pour faire naître le devoir de réparation¹⁰. Le principe, dans la vie sociale comme dans les relations économiques, reste la liberté. L'exercice des libertés, notamment des libertés économiques, provoque nécessairement des dommages à autrui. La liberté d'entreprendre, couplée à la libre concurrence, permet de légitimer des pratiques commerciales qui, bénéficiant à leurs titulaires, auront souvent comme conséquence de leur permettre de capter la clientèle d'autrui, provoquant perte de chiffres d'affaires et de bénéfices à ses concurrents. Ce n'est que si la pratique est considérée comme fautive que la sanction de réparation pourra être exigée.

3. La réparation du dommage comme objet l'action en responsabilité.

La réparation du dommage subi est la seule sanction issue de l'application des articles 1382 et 1383 du Code civil. Réparer un dommage – que ce soit en nature ou par équivalent – ne peut se confondre avec une injonction de cessation de l'acte qui cause le dommage ou risque de causer celui-ci, puisse-t-il être considéré comme fautif.

Il nous paraît en effet important de ne qualifier de réparation en nature que les injonctions du juge ayant pour effet de compenser le dommage subi par la victime qui en demande réparation à l'exclusion de celles ayant uniquement trait à la cessation d'une situation illicite. Le débat¹¹ n'est pas que théorique. En l'absence d'une telle exclusion, on doit imposer au demandeur de l'injonction de prouver le respect des conditions de la responsabilité que sont la faute, le dommage et le lien causal en vue d'obtenir une sanction qui n'est pas celle des articles 1382 et 1383 du Code civil. Inversement, en admettant prononcer une « réparation en nature » sans

⁹ G. JOCQUÉ, « Bewustzijn en subjectieve verwijtbaarheid », in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, XXXIII^{ste} Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, Mechelen, Kluwer, 2007, p. 3, n° 1; H. VANDENBERGHE, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (2000-2008). Deel II. Foutvereiste. Algemene kenmerken », *T.P.R.*, 2010, p. 1765, n° 8 et s.; Th. VAN SWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, o.c., p. 147, n° 203.

¹⁰ Pour le rappel de cette constatation, X. THUNIS, *Responsabilité. Traité théorique et pratique*, Titre II, Dossier 20, *Théorie générale de la faute*, Vol. 1, *La faute civile, un concept polymorphe*, Bruxelles, Kluwer, mise à jour 1^{er} juin 2001, pp. 14 à 23. On ne peut déduire une faute de la seule existence d'un dommage (voy. H. VANDENBERGHE, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (2000-2008). Deel II. Foutvereiste. Algemene kenmerken », o.c., p. 1759, n° 3 et voy. Cass. (1^{re} ch.), 10 mai 2001, disponible sur www.cass.be; Cass. (1^{re} ch.), 4 février 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 149).

¹¹ Pour une vue complète et récente de celui-ci et une opinion analogue à celle défendue dans la présente contribution, voy. P. WERY, « La réparation en nature du dommage en matière de responsabilité civile extra-contractuelle », et note sous Cass. (1^{re} ch.), 5 mai 2011, *R.G.D.C.*, 2012, pp. 249 à 257 et nombreuses références citées.

que les conditions d'applications de ces dispositions ne soient remplies, on jette alors le trouble sur les conditions des demandes en cause. En Belgique, la distinction entre réparation en nature et les actions tendant à mettre fin à la situation illicite est encore trop rare¹². Pour notre Cour de cassation, il semble que ces mesures soient, en règle, absorbées par le concept de réparation en nature¹³.

Lorsqu'un juge, saisi d'un litige civil ou commercial, fait cesser par une injonction de cessation ou d'interdiction pour l'avenir un comportement illégal ou illicite, il ne sanctionne pas une violation des articles 1382 et 1383 du Code civil – fut-il saisi d'une telle action – mais le non-respect du caractère obligatoire de la norme qui doit être respectée *erga omnes*. Il s'agit d'une demande distincte concernant un litige par laquelle le demandeur se plaint de la violation de ses droits civils du fait de l'acte illégal ou illicite du (des) défendeur(s) dont tout juge peut connaître en application de son pouvoir juridictionnel de base inscrit à l'article 144 de la Constitution, sous réserve du respect des compétences spécifiques attribuées à chaque type de juridiction par le Code judiciaire. Nul besoin pour ce dernier de vérifier si l'acte en cause est constitutif d'une faute ou non, si il a provoqué un dommage certain, etc. Il lui suffit de constater la violation de la loi par le défendeur pour en ordonner la cessation, le problème de la responsabilité du défendeur et de son éventuel devoir de réparation étant traité distinctement en aval.

C'est notamment sur la base de ce constat que l'on peut affirmer le caractère indépendant des règles de responsabilité de l'action en cessation d'un acte de concurrence illicite qui n'est pas conditionnée par l'existence d'une faute et d'un dommage réparable¹⁴. On en déduit aussi la possibilité d'obtenir d'un juge la cessation d'un comportement de tierce-complicité portant atteinte à un droit subjectif de créance, indépendamment des conditions de la responsabilité et donc de savoir si le tiers avait connaissance ou devait

connaître le lien unissant son débiteur au créancier victime de l'atteinte et sa participation consciente à la non-exécution de l'obligation¹⁵. La distinction permet encore de comprendre les conditions distinctes de l'action en contrefaçon et de l'action en responsabilité civile subséquente à une atteinte à un droit de propriété intellectuelle¹⁶.

4. Les limites et le plan de la présente contribution.

Seule la condition de faute retiendra ici notre attention, les autres conditions de la responsabilité civile que sont le dommage et le lien causal étant abordées dans d'autres contributions du présent colloque.

Même ainsi limité, nous ne pouvions aborder tous les aspects en relation avec cette condition, notamment le lien avec les responsabilités contractuelles et pénales, aussi abordées dans d'autres contributions. Il en est de même de la théorie de l'abus de droit appliqué en matière extra-contractuelle¹⁷. D'autres intervenants aborderont de manière approfondie la difficile question de la responsabilité des pouvoirs publics, même si certains développements propres à celle-ci sont pris en compte dans les développements qui suivent.

Nous rappellerons d'abord les principes et conditions générales de la faute en droit commun de la responsabilité civile extra-contractuelle (Section 1). Nous étudierons alors par une approche unitaire de la faute comprise comme résultante d'une condition objective et subjective, les deux catégories traditionnelles de faute que sont la violation d'une norme de comportement déterminé (Section 2) et la violation d'une norme générale de prudence (Section 3). Nous revisiterons ensuite le débat concernant la troisième catégorie de faute la plus souvent retenue: la violation des droits subjectifs d'autrui (Section 4). Nous terminerons par conclure en systématisant l'acquis de l'approche unitaire retenue dans la présente analyse (Section 5. Conclusions).

¹² Voy. cependant, H. BOCKEN, *Het aansprakelijkheidsrecht als sanctie tegen de verstoring van het leefmilieu*, Bruxelles, Bruylant, 1979, pp. 146 et s., n° 91; *idem*, « Herstel in natura en rechtelijk bevel of verbod », in *Liber amicorum Jan Ronse*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1986, pp. 500 et s.; F. DELPÉRIE, « La prévention et la réparation des dommages causés par l'administration », et note sous Cass. (1^{re} ch.), 26 juin 1980, *R.C.J.B.*, 1983, p. 192, et note 21; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Anvers, Maklu, 1994, pp. 330 à 332; P. WÉRY, *Droit des obligations*, Vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 522 et s., spéc. n°s 594 et 595.

¹³ Cass. (1^{re} ch.), 21 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 388; Cass. (2^e ch. – 3^e espèce), 20 janvier 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 73; Cass. (1^{re} ch.), 26 juin 1980, *Pas.*, 1980, I, pp. 1341 et s. et conclusions de l'avocat général VELU qui énonce déjà le principe repris dans les arrêts précités selon lequel les mesures ayant pour effet de faire cesser la situation illicite participent de la réparation en nature (pp. 1343 et 1358). La distinction a cependant été faite, incidemment, par l'avocat général GANSHOF VAN DER MEERSCH dans ses célèbres conclusions relatives à l'abus de droit précédant l'arrêt du 10 septembre 1971 (conclusions du procureur général GANSHOFF VAN DER MEERSCH, précédant Cass. (1^{re} ch.), 10 septembre 1971, *Arr. Cass.*, 1972, I, p. 41; aussi la note de W.G. publiée sous le même arrêt dans la *pasicrisie* qui traduit en français l'opinion exprimée par le procureur général (*Pas.*, 1972, I, p. 37)).

¹⁴ Th. LÉONARD, « Pour une théorie de l'acte de concurrence illicite affranchie des articles 1382 et 1383 du Code civil », *o.c.*, n°s 7 à 21.

¹⁵ Une telle action, fondée sur l'opposabilité aux tiers de tout droit de créance et le devoir de respect qu'une telle opposabilité génère, n'a, à notre connaissance, jamais été intentée en droit belge du fait, notamment d'une confusion malheureuse dans la compréhension de la théorie de la tierce-complicité entre l'opposabilité des conventions et l'opposabilité des droits de créance qui y trouvent leur source. Elle est par contre d'application constante concernant les droits réels (action en revendication) et les droits de propriété intellectuelle (action en contrefaçon). La demande d'injonction est elle-même bridée par les règles de l'abus de droit. Sur tout ce débat, voy. Th. LÉONARD, « Pour un dépassement des impasses de la théorie de la tierce-complicité », *R.G.D.C.*, 2010, pp. 2 et s., spéc. n° 27.

¹⁶ Sauf à admettre que l'on est passé, en la matière, à un régime de responsabilité objective. Voy. *infra*, n° 39.

¹⁷ Pour une lecture critique de cette théorie, voy. Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 757 à 845; *idem*, « L'abus de la liberté de ne pas contracter: une application excessive de la théorie de l'abus de droit », et note sous Cass. (1^{re} ch.), 7 octobre 2011, *R.C.J.B.*, 2013, en cours de publication.

SECTION 1. LA FAUTE EXTRA-CONTRACTUELLE: GÉNÉRALITÉS

5. La notion de faute: généralités. La faute est l'élément essentiel fondant le devoir de réparation. C'est du reste l'élément le plus politique et philosophique de la responsabilité, le dommage et le lien causal servant principalement à fixer matériellement l'étendue d'une éventuelle réparation. Mais la clé, le déclencheur du devoir de réparer est le concept de faute.

La notion de faute devra dès lors être précisée¹⁸. Elle couvre toujours le non-respect d'une norme de comportement juridiquement obligatoire, considérée, à tort ou à raison, comme bénéfique pour la société et « normale » dans celle-ci.

L'idée de « modèle » de comportement nous paraît de ce point de vue essentiel. Le modèle est le comportement qui s'imposait par la norme applicable et qui n'a pas été suivi par l'agent. Il est au fondement des actes objectivement illicites que sont la violation d'une norme de comportement déterminé et d'une norme de prudence ou de la violation des droits subjectifs d'autrui. On retrouve ici la condition objective de la faute.

Le système de responsabilité pour faute est nécessairement conçu pour servir l'idéal de justice. En la matière, l'idéal ne peut être approché que si la victime obtient la juste réparation du dommage subi à la suite d'un comportement qu'elle peut légitimement considérer – tout comme l'agent qui l'a commis – comme ayant dû être évité. Il faut aussi que les destinataires de la norme puissent comprendre et admettre s'être écartés d'un modèle de comportement qui s'imposait légitimement à eux. Ce n'est que si ces deux conditions sont simultanément remplies que la règle de réparation sera perçue comme effective et légitime.

Pour que cette conception fonctionne, il faut dès lors que l'agent puisse prendre conscience du modèle de comportement qui s'impose à lui. Il ne peut être obligé à réparation que s'il a pu violer librement et consciemment le modèle de comportement qui s'imposait à lui. Cette exigence renvoie à la condition subjective de la faute.

6. La faute dans le Code civil. Les articles 1382¹⁹ et 1383²⁰ du Code civil ne définissent pas ce qu'il convient d'entendre par le concept de *faute*. La relecture de ces textes pousse du reste à constater que ce terme n'est utilisé qu'une seule fois à l'article 1382 du Code civil. L'article 1383 parle quant à lui de « fait », de « négligence » et d'« imprudence ».

A l'origine, l'article 1382 du Code civil visait la réparation des dommages causés par des délits alors que l'article 1383 était relatif aux conséquences dommageables des quasi-délits. Le délit supposait l'intention de nuire, alors que le quasi-délict visait la simple imprudence ou la négligence²¹. On ne fait plus aujourd'hui de distinction entre les deux dispositions. L'article 1383 du Code civil est compris comme une disposition accessoire venant expliciter quelque peu l'article 1382²².

Les auteurs du Code civil n'ont pas voulu d'une définition donnée *a priori*. Il est donc revenu à la doctrine et à la jurisprudence la tâche plus que délicate de donner corps au concept²³.

7. La faute: conception unitaire ou éclatée? On admet généralement en droit positif belge que la faute comporte deux éléments: l'un, objectif, est l'acte objectivement illicite qui transgresse la norme et l'autre, subjectif, est l'imputabilité de cet acte à la personne fautive²⁴. Un troisième élément

¹⁸ Pour une étude des différentes conceptions de la faute extra-contractuelle, voy. X. THUNIS, *Responsabilité. Traité théorique et pratique*, Titre II, Dossier 20, *Théorie générale de la faute*, Vol. 1, *La faute civile, un concept polymorphe*, Bruxelles, Kluwer, 2000, pp. 14 à 23.

¹⁹ « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. »

²⁰ « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence. »

²¹ *Exposé des motifs*, in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 2^e éd., T. XIII, Osnabrück, Otto Zeller éd., 1968, p. 467; Discours de DE GREUILLE, *idem*, pp. 474 et 475; Discours de TARRIBLE, *idem*, pp. 487 et 488; F. LAURENT, *Cours élémentaire de droit civil*, t. III, Bruxelles-Paris, Bruylant-Librairie A. Marescq, Aîné, 1878, p. 205, n° 347.

²² L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle*, Vol. I, Bruxelles-Anvers, Bruylant-Maklu-Ced.Samsom, 1991, p. 23, n° 12; R.-O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, 2^e éd., t. I, Bruxelles, Larcier, 1967, p. 162, n° 246; H. VANDENBERGHE, « Het aquiliaanse foutbegrip », in *Onrechtmatige daad. Actuele tendensen*, Anvers, Kluwer, 1979, p. 3, n° 2.

²³ En ce sens, et pour des développements, voy. X. THUNIS, *Responsabilité. Traité théorique et pratique*, Titre II, Dossier 20, *Théorie générale de la faute*, Vol. 1, *La faute civile, un concept polymorphe*, o.c., pp. 15 et 16, n° 16.

²⁴ Voy. notamment, L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle*, Vol. I, o.c., p. 25, n°s 13 et 14; I. CLAEYS, « Het foutbegrip bij overheidsaansprakelijkheid: zijn wetschending een fout nog één? », in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, XXXIII^{ste} Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, Malines, Kluwer, 2007, p. 198, n° 4; S. COVEMAERKER et W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 3^e éd., Louvain, Acco, 2010, p. 363; B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », et note sous Cass. (1^{re} ch.), 26 juin 1998, *R.C.J.B.*, 2001, p. 33, n° 7; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, « Chronique de jurisprudence. La responsabilité civile (1996-2007) », vol. I, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 22, n° 1; J.-L. FAGNART, « Chronique de jurisprudence. La responsabilité civile (1976-1984) », *J.T.*, 1986, p. 301, n° 52; X. THUNIS, *Responsabilité. Traité théorique et pratique*, Titre II, Dossier 20, *Théorie générale de la faute*, Vol. 1, o.c., p. 16, n° 17 et pp. 20 et s., spéc. p. 22, n° 27; H. VANDENBERGHE, « De grondslag van kontraktuele en extra-contractuele aansprakelijkheid voor eigen daad », *T.P.R.*, 1984, p. 127, n° 1; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE et L. WYNANT, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1985-1993) », *T.P.R.*, 1995, p. 1122, n° 1; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT et M. DEBAENE, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1994-1999) », *T.P.R.*, 2000, p. 1561, n° 4; H. VANDENBERGHE, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (2000-2008). Deel II. Foutvereiste. Algemene kenmerken », o.c., p. 1753, n°s 1, 8 et s.; R. VANDEPUTTE, *Het aquiliaanse foutbegrip*, Anvers-Bruxelles, Maklu-Ced.Samsom, 1988, pp. 18 et 19, n°s 9 à 12; Th. VAN SWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, o.c., pp. 121 et 122, pp. 125 et s.

est retenu par certains auteurs en ce qui concerne généralement les seules violations d'une norme générale de prudence: la prévisibilité d'un dommage²⁵.

Certains auteurs, cependant, détachent les deux éléments et ne retiennent comme faute que l'acte objectivement illicite, étant entendu que l'élément subjectif devient alors une condition distincte de la responsabilité²⁶. C'est la conception « éclatée » de la faute que nous opposons à la conception « unitaire ».

La doctrine belge²⁷ se réfère d'ailleurs très souvent à la définition de *faute* proposée par Jean DABIN et André LAGASSE dès 1949, qui ne dit mot de son élément subjectif: « *Est constitutif de faute tout manquement, si minime soit-il, volontaire ou involontaire, par acte ou par omission, à une norme de conduite préexistante. Cette norme de conduite a sa source soit dans la loi ou les règlements (droit pénal, droit civil, droit administratif, ...), – édictant une obligation, déterminée ou indéterminée, – soit dans une série de règles de vie sociale, de morale, de convenances ou de technique, non formulées en textes législatifs: loyauté, bienséance, sang-froid, prudence, diligence, vigilance, habileté, déontologie professionnelle, ..., le tout selon le critère de l'homme normal de l'époque, du milieu, de la région.* »²⁸.

On se trouve directement au cœur de l'ambiguïté relevée plus haut puisque, dans cette définition, on parle de faute en ne visant que l'acte objectivement illicite. Le résultat est qu'il n'est jamais certain – en droit positif belge – que lorsque l'on utilise le concept de faute, on parle de la même chose. On verra notamment que ce manque de clarté terminologique joue un rôle, selon nous, non négligeable dans le débat difficile relatif à l'unité de la faute et de l'illégalité. Notons à ce propos qu'il n'est pas toujours évident de comprendre laquelle des deux approches est adoptée par la Cour de cassation elle-même²⁹.

Certes, l'approche qui assimile la faute à l'acte objectivement illicite devrait a priori être neutre, en ce sens que l'on retrouve *in fine* les mêmes conditions de la responsabilité dès lors que personne ne nie l'existence de la condition de l'imputabilité qui de la faute, qui de l'acte objectivement illicite³⁰.

Néanmoins, nous préférons nettement l'approche unitaire de la faute qui permet de mieux distinguer la notion d'autres actes illicites sanctionnés différemment que par le devoir de réparation inscrit dans les articles 1382 et 1383 du Code civil (par exemple, l'interdiction ou la cessation de l'acte illicite, pratique commerciale déloyale ou acte contrefaisant). En outre, le caractère nécessairement subjectif de l'acte illicite est spécifique au contentieux de la réparation civile traduisant, en réalité, un choix politique et philosophique quant au système de responsabilité choisi. Ne pas l'intégrer à pour effet de le considérer à tort comme accessoire, voire, d'occulter sa prise en considération dans certains débats (*cf.* le débat sur l'unité de la faute de l'illégalité).

Cela étant dit, la définition de Jean DABIN et André LAGASSE n'est de plus pas exempte de critiques³¹. La première – on l'a dit – est le fait qu'elle ne dit mot sur le caractère subjectif de la faute dont tout le monde s'accorde à y voir une condition de la responsabilité. Par contre, concernant l'élément objectif, elle séduit par son caractère unificateur. Elle reprend la définition de Marcel PLANIOL, le premier à avoir mis l'accent sur la violation d'une obligation préexistante³², tout en faisant ressortir le caractère multiforme que peut prendre cette norme (de la loi à la règle de convenance). Elle semble cependant supposer comme juridiques des règles sociales, morales ou de convenance alors que la responsabilité ne sera acquise que pour autant que ces règles soient réceptionnées par le juge. D'autre part, elle affirme erronément que toutes ces règles seraient préexistantes alors que la norme de pru-

²⁵. *Cf. infra*, n° 31.

²⁶. Voy. par exemple, H. BOCKEN et I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht, o.c.*, p. 95, n° 130; P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 1187 et s., n°s 829 et 830 et p. 1206, n° 841. Dans le même sens mais de façon moins claire, la dernière chronique de jurisprudence de Roger DALCQ qui tout en rappelant les conditions subjectives d'imputabilité énoncées par la Cour de cassation indique clairement que « le simple manquement à la loi est une faute » (R.-O. DALCQ et G. SCHAMPS, « Examen de jurisprudence. La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle (1987 à 1993) », *R.C.J.B.*, 1995, pp. 534 et 535, n° 5).

²⁷. Voy. par exemple, I. CORBISIER, « Quelques réflexions en filigrane des développements récents qu'a connus le droit de la responsabilité des administrateurs d'une personne morale », *Rev. prat. soc.*, 1994, p. 12, n° 4; R.-O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, 2^e éd., t. I, o.c., p. 167, n° 265 et 266; *Idem*, « Appréciation de la faute en cas de violation d'une obligation déterminée », et note sous Cass. (1^{re} ch.), 22 septembre 1988, *R.C.J.B.*, 1990, p. 208, n° 2; B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », et note sous Cass. (1^{re} ch.), 26 juin 1998, o.c., p. 32, n° 6; G. SCHAMPS, « La prévisibilité d'un dommage en responsabilité civile. De son incidence sur la faute et sur le rapport de causalité », *R.D.P.C.*, 1994, p. 377, n° 3 et réf. citées à la note 8; X. THUNIS, *Responsabilité. Traité théorique et pratique*, Titre II, Dossier 20, *Théorie générale de la faute*, Vol. 1, o.c., p. 19, n° 21; H. VANDENBERGHE, « Het aquiliaanse foutbegrip », o.c., p. 4, et note 6; R. VANDEPUTTE, *Het aquiliaans foutbegrip, o.c.*, p. 13, n° 2; Th. VAN SWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht, o.c.*, p. 126, n° 175.

²⁸. J. DABIN et A. LAGASSE, « Examen de jurisprudence. La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle (C. civ., art. 1382 et s.) (1939 à 1948) », *R.C.J.B.*, 1949, p. 57, n° 15.

²⁹. La reconnaissance de la faute comme transgression libre et consciente d'une norme, présente dans une certaine jurisprudence, participe plus à la conception unitaire alors que l'assimilation de la faute à la violation d'une norme imposant d'agir ou de s'abstenir d'une manière déterminée sous réserve d'un fait justificatif, comprise dans d'autres arrêts, participe plutôt selon nous à la conception éclatée de la faute. *Cf. infra*, n° 11.

³⁰. En ce sens, P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, t. II, o.c., p. 1207, n° 841.

³¹. Voy. ainsi, X. THUNIS, *Responsabilité. Traité théorique et pratique*, Titre II, Dossier 20, *Théorie générale de la faute*, Vol. 1, o.c., p. 19, n° 21 qui relève d'une part.

³². M. PLANIOL, *Droit civil*, 5^e éd., t. II, Paris, L.G.D.J., 1909, p. 280, n°s 863 et s.

dence est généralement créée par le juge en fonction des circonstances de fait de l'espèce.

On y retrouve certes les deux « types » d'acte objectivement illicite généralement³³ mis en avant aujourd'hui: la violation d'une norme de comportement déterminée et la violation de la norme générale de prudence. Mais il en manque, à notre avis un troisième – l'atteinte aux droits subjectifs d'autrui – et la référence à l'obligation « indéterminée » de la norme paraît contraire à la conception actuelle de la violation d'une norme de comportement « déterminée ».

C'est pourquoi nous préférons définir l'élément objectif de la faute comme le comportement qui n'est pas conforme au comportement déterminé imposé par une norme reconnue comme juridiquement obligatoire. Ce comportement déterminé peut-être imposé par une loi ou une autre règle générale et abstraite assimilée, par une norme de prudence issue des circonstances de fait et de droit dans lequel se situait l'agent ou par le devoir strict de respect des droits subjectifs d'autrui.

8. L'imputabilité de l'acte objectivement illicite comme élément subjectif de la faute. L'élément d'imputabilité, auquel on rattache souvent la prévisibilité d'un dommage, est reconnu comme étant l'élément subjectif constitutif de la faute³⁴.

Même si la portée du concept n'est pas toujours clairement perçue³⁵, elle renvoie à la faculté de discernement de l'auteur de l'acte³⁶. On ne peut admettre qu'une personne soit civilement responsable si, en l'absence d'une volonté libre et consciente, elle est incapable de se rendre compte de ce qu'elle fait et de juger des conséquences juridiques de son

acte ou si cette volonté est sous la maîtrise d'une force contre laquelle elle est incapable de lutter³⁷.

C'est pourquoi l'imputabilité répond à des difficultés de deux ordres, mieux traduites par les termes néerlandais distincts de « *schuldbekwaamheid* » et de « *toerekenbaarheid* »³⁸, que l'expression unique utilisée en français.

On peut tenter de systématiser la condition d'imputabilité selon la cause de l'absence de volonté libre de l'agent.

L'absence d'imputabilité peut d'abord trouver une cause *interne* à la personnalité ou la personne de l'individu. La volonté consciente renvoie ici à la capacité de celui qui pose l'acte (*schuldbekwaamheid*). On retrouve ici la question de savoir si l'enfant, le malade mental, la victime d'une crise de folie, etc. peut voir sa responsabilité engagée en cas d'acte objectivement illicite dès lors qu'il n'aurait pas eu le *discernement* suffisant pour comprendre la portée de ses actes et, le caractère illicite et donc interdit de ceux-ci.

La volonté libre et consciente peut également être absente pour une cause *externe* à la personnalité de l'individu. Il faut alors savoir si l'acte peut être « imputé » subjectivement à l'individu comme issu de sa *volonté libre et consciente* (*toerekenbaarheid*). Cette condition paraît se développer en une double déclinaison.

L'absence de volonté trouve d'abord sa cause dans des éléments totalement extérieurs à l'individu, des circonstances qui viennent vicier sa volonté et son discernement et dont l'individu n'est en quelque sorte que l'instrument³⁹. C'est la question de l'existence de faits justificatifs ou causes de justification qui est alors posée: légitime défense, état de nécessité, ordre de l'autorité, etc.^{40,41}. Ici aussi, l'acte objective-

³³. Voy. cependant Ludo CORNELIS qui ne définit la faute que par rapport à la violation de la norme générale de prudence (*Principe de droit belge de la responsabilité extra-contractuelle. L'acte illicite*, Vol. I, o.c., p. 25, n° 13). Il convient cependant de remarquer que dans sa comparaison entre la faute et la contravention à la loi, il admet que la transgression d'une loi contenant une règle de comportement bien définie, exprimée sous la forme soit d'une interdiction, soit d'une obligation constitue en même temps la transgression d'une norme générale de prudence (p. 67); *adde* sur ce dernier point, L. CORNELIS, « Fout en het wetsovertreding in het handelsverkeer: enkelen beschouwingen », in *Mélanges Roger O. Dalcq. Responsabilités et assurances*, Bruxelles, Larcier, 1994, pp. 50 et s., n°s 11 et s.

³⁴. Cf. *supra* références citées au n° 7.

³⁵. B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », o.c., p. 9; X. THUNIS, *Responsabilité. Traité théorique et pratique*, Titre II, Livre 20ter, *Théorie générale de la faute*, vol. 3, *La faute comme acte imputable à son auteur*, mise à jour 15 décembre 2011, pp. 6 et s., n°s 2 et s.

³⁶. L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle*, vol. I, o.c., pp. 25 et s., n° 14; B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », o.c., p. 9.

³⁷. Voy. L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle*, vol. I, o.c., pp. 25 et s., n° 14; B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », o.c., p. 9; X. THUNIS, *Responsabilité. Traité théorique et pratique*, Titre II, Livre 20ter, *Théorie générale de la faute*, vol. 3, *La faute comme acte imputable à son auteur*, o.c., p. 8, n° 5.

³⁸. Voy. par exemple, G. JOCQUÉ, « Bewustzijn en subjectieve verwijtbaarheid », o.c., pp. 5 et s.; S. COVEMAEKER et W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, o.c., pp. 370 et s.; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT et M. DEBAENE, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1994-1999) », o.c., pp. 1561 et 1562, n° 4; H. VANDENBERGHE, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (2000-2008). Deel II. Foutvereiste. Algemene kenmerken », o.c., p. 1765 et n°s 8 et s.; Th. VAN SWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, o.c., pp. 147 et s.

³⁹. L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle*, vol. I, o.c., p. 32, n° 18.

⁴⁰. On évite sciemment de reprendre ici, de manière générale comme on le fait classiquement, l'erreur invincible comme fait justificatif. En effet, même si elle doit être qualifiée en fait justificatif, elle ne joue à notre avis qu'à l'égard d'une violation d'une norme déterminée et ne vaut dès lors pas, pour tous les actes objectivement illicites.

⁴¹. Certains auteurs distinguent avec raison les faits justificatifs des causes étrangères exonératoires. Les premières agissent sur la faute en ce sens qu'elles ont trait à l'imputabilité de l'acte. Les secondes agissent sur le lien causal: le défendeur en responsabilité cherche à prouver que le dommage n'est pas la conséquence de son fait mais d'une circonstance qui ne lui est pas imputable (en ce sens, voy. L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle*, vol. I, o.c., p. 32, n° 18 et p. 54, n° 32).

ment illicite a été posé mais ne peut être imputé à son auteur car il ne pouvait être mu par sa volonté libre et consciente.

On peut aussi concevoir l'absence de volonté dans l'impossibilité dans laquelle se trouve l'agent de concevoir que l'acte qu'il pose tombe effectivement sous le champ d'application de la norme violée. Soit parce qu'il ne peut connaître la survenance d'une condition d'application de la norme (en cas de violation d'une norme déterminée), soit parce qu'il ne peut avoir conscience que l'acte posé peut provoquer un dommage à autrui (en cas de violation d'une norme de prudence), soit qu'il n'a pas pu transgresser volontairement le devoir de respect des droits d'autrui parce qu'il ne peut avoir connaissance de leur existence, par exemple.

L'exigence d'imputabilité existe dans les trois hypothèses d'actes objectivement illicites. Si elle a donné lieu à des questions concernant la violation d'une norme de comportement déterminée c'est non pas quant à son exigence en tant que telle, mais plutôt quant à sa portée et à la charge de la preuve⁴².

9. La faute, notion légale soumise au contrôle de la Cour de cassation. La faute, tout comme le dommage, est une notion légale donnant lieu à un contrôle de la Cour de cassation⁴³.

Si le juge du fond conserve la maîtrise de l'appréciation du fait et que la Cour ne peut y substituer la sienne, elle va contrôler si, au regard des faits portés à la connaissance du juge du fond, ce dernier a pu, ou non, déduire l'existence d'une faute.

Cette appréciation est marginale en ce qu'elle ne censure que le jugement manifestement inconciliable avec les faits qui lui ont été soumis⁴⁴. La Cour exerce également un contrôle

sur le raisonnement du juge qui apprécie la faute au regard des faits⁴⁵.

10. Une vision unitaire de la faute comme balise de raisonnement. Alors que la plupart des auteurs étudient la faute en distinguant l'étude de l'élément objectif de celle de l'élément subjectif, nous préférons ici une approche globale de la faute, analysant la portée de l'élément subjectif pour chaque catégorie d'actes objectivement illicites généralement retenus.

Cette approche nous apparaît en effet éclairante pour aborder toute une série de controverses qui jalonnent la doctrine et la jurisprudence de la faute. Elle permet aussi de prendre conscience plus précisément de la portée de l'élément subjectif, qui prend de plus en plus d'importance dans l'analyse de la faute et dont l'expression et la portée diffèrent selon le type d'acte objectivement illicite (violation de la norme de prudence, violation d'une norme « légale » ou d'un droit subjectif d'autrui).

Afin d'éviter toute ambiguïté et nous inscrire clairement dans les différents débats relatifs aux conditions d'application de la faute, il nous paraît utile d'arrêter notre propre définition de la faute correspondant, nous semble-t-il à l'état du droit positif actuel.

La faute peut ainsi être a priori définie comme « tout comportement libre et conscient qui n'est pas conforme au comportement déterminé imposé à son destinataire par une norme reconnue comme juridiquement obligatoire ». Ajoutons immédiatement que le caractère libre et conscient du comportement adopté en violation de la norme pourra, selon l'acte objectivement illicite en cause se décliner de manière différente (la prévisibilité d'un dommage pour la violation d'une norme de prudence ou la violation consciente et volontaire du droit subjectif d'autrui, par exemple).

42. Voy. sur ce point, B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », et note sous Cass. (1^{re} ch.), 26 juin 1998, *o.c.*, pp. 43 et s., n^{os} 19 à 21.

43. Sur ce point, voy. L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle*, vol. I, *o.c.*, pp. 61 et s., n^{os} 37 et 38; S. COVEMAERKER et W. VAN GERVEN, *Verbindenissenrecht, o.c.*, p. 368; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT et M. DEBAENE, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1994-1999) », *o.c.*, p. 1560, n^o 3; R. VANDEPUTTE, *Het aquiliaans foutbegrip, o.c.*, pp. 90 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, *o.c.*, pp. 1205 et s., n^o 840.

44. L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle*, vol. I, *o.c.*, p. 62, n^o 37.

45. Pour une expression plus concise: « Alors qu'il revient à ce dernier (ndlr: le juge du fond) d'apprécier souverainement les faits de l'espèce, la Cour suprême se doit de vérifier si ceux-ci justifient les conséquences que le juge en déduit en droit, notamment si ces déductions respectent les notions légales de faute et de lien causal » (R.-O. DALCQ, G. SCHAMPS, « Examen de jurisprudence. La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle (1987 à 1993) », *o.c.*, p. 549, n^o 17).

SECTION 2. LA FAUTE COMME VIOLATION D'UNE NORME DE COMPORTEMENT DÉTERMINÉ

11. La violation d'une norme de comportement déterminé comme acte objectivement illicite: le principe.

Même si les expressions employées divergent, la doctrine paraît admettre, dans sa toute grande majorité⁴⁶, que la violation d'une norme de comportement ou d'abstention déterminée peut être constitutive d'un acte objectivement illicite au sens de l'article 1382 du Code civil.

La Cour de cassation a depuis longtemps admis le principe de l'adéquation entre l'acte objectivement illicite et la violation d'une norme de comportement déterminée. On parle alors couramment de l'existence d'un principe « d'identité entre la faute et illégalité ». On verra cependant combien cette expression est malheureuse et à la source de nombreux errements de la doctrine et de la jurisprudence en la matière.

Dès 1944, concernant une avarie constitutive d'un délit en matière de police fluviale, la Cour de cassation indiquait que « en pareille matière, la faute consiste en ce que l'auteur a violé librement une prescription légale ou réglementaire, de sorte que le fait peut lui être imputé; qu'en effet, en pareil cas, l'auteur est pénalement responsable de la contravention, il en est coupable; qu'il s'ensuit que toute contraven-

tion, pourvu qu'elle soit commise consciemment et librement, constitue une faute; que si au contraire, elle est due à un cas fortuit, ou à la force majeure, elle ne peut être imputée à l'auteur et ne peut, dès lors constituer une faute (...) »⁴⁷.

Depuis, la Cour a affiné son critère, principalement à l'occasion de la mise en cause de la responsabilité des pouvoirs publics, en précisant fréquemment que la norme dont la violation est alléguée devait imposer à ses destinataires « de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée »⁴⁸. Dans de nombreux arrêts, la Cour rappelle cette condition de détermination du comportement⁴⁹. Dans certains arrêts cependant, elle ne rappelle pas l'exigence de la détermination de la norme⁵⁰. Un certain flou persiste donc à l'égard de cette condition de comportement déterminé, non pas quant à l'existence de la condition elle-même mais à la portée qu'il convient de lui accorder.

La violation de la norme imposant un comportement déterminé à son destinataire suffit alors pour qu'il y ait un acte objectivement illicite, sans qu'il soit nécessaire de relever une violation d'une norme de prudence et que le dommage ait été prévisible^{51,52}.

⁴⁶ Voy. par exemple, L. CORNELIS, *Principes de droit belge de la responsabilité extra-contractuelle. L'acte illicite*, o.c., pp. 66 et 67; S. COVEMAER et W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, o.c., pp. 363 et 364; B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », o.c., pp. 22 et s., spéc. pp. 24 et s.; *Idem*, « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », et note sous Cass. (1^{re} ch.), 26 juin 1998, o.c., p. 35, n° 10 et pp. 37 et s.; G. SCHAMPS, « La violation de la loi et la prévisibilité de la loi et la prévisibilité d'un dommage en matière aquilienne », o.c., p. 46, n° 3; H. VANDENBERGHE, « De grondslag van kontraktuele en extra-kontraktuele aansprakelijkheid voor eigen daad », o.c., p. 128, n° 2; *Idem*, « Het aquiliaanse foutbegrip », o.c., p. 4, n° 4; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE et L. WYNANT, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1985-1993) », o.c., p. 1158, n° 10; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT et M. DEBAENE, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1994-1999) », o.c., p. 1563, n° 6 et pp. 1571 et s., n° 7; Th. VAN SWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, o.c., pp. 137 et s. Voir d'une faute si l'on admet que l'élément subjectif de la faute est en réalité une condition distincte de la responsabilité civile: H. BOCKEN et I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, o.c., pp. 102 et s.; P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, t. II, o.c., p. 1189, n° 830.

⁴⁷ Cass. (2^e ch.), 31 janvier 1944, *Pas.*, 1944, I, pp. 178 et s.

⁴⁸ Cass. (1^{re} ch.), 13 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, pp. 1056 et s. et conclusions de l'avocat général J. VELU: « Attendu 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 ou 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 ».

⁴⁹ Voy. par exemple, Cass. (3^e ch.), 16 mai 2011, n° C.10.0664, disponible sur www.cass.be; Cass. (1^{re} ch.), 21 décembre 2007, n° C.06.0457.F, disponible sur www.cass.be, qui rappelle explicitement que la faute de l'autorité administrative peut aussi trouver sa source dans la violation d'une norme de prudence; Cass. (1^{re} ch.), 25 juin 2005, n° C.04.0160.F, disponible sur www.cass.be; Cass. (3^e ch.), 25 octobre 2004, *Pas.*, 2004 et conclusions contraires de du procureur général LECLERCQ; Cass. (1^{re} ch.), 14 janvier 2000, *Pas.*, 2000, I, n° 33, pp. 102 et s.; Cass. (1^{re} ch.), 26 juin 1998, *Pas.*, 1998, I, n° 343, pp. 812 et s. et conclusions de l'avocat général SPREUTELS; Cass. (1^{re} ch.), 8 décembre 1994, *Pas.*, 1994, I, pp. 1063 et s.

⁵⁰ Mais, les espèces donnant lieu à son contrôle paraissent alors répondre à l'exigence de prescription d'un comportement déterminé. Voy. ainsi, Cass. (1^{re} ch.), 8 novembre 2002, C.00.0124.N, disponible sur le site de la Cour concernant le non-respect d'un délai d'une prise de décision de l'Exécutif flamand agissant en tant qu'instance d'appel d'une décision de la députation permanente en violation de l'art. 27, § 2, al. 4, du décret du 2 juillet 1981 relatif à la prévention et à la gestion des déchets; Cass. (3^e ch.), 3 octobre 1994, *Pas.*, 1994, I, pp. 788 et s., concernant le non-paiement de cotisations sociales constitutif d'infraction au sens de l'art. 35, al. 1^{er}, 1^o, de la loi du 27 juin 1969; Cass. (1^{re} ch.), 22 septembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 83, concernant l'absence de port de ceintures de sécurité sur chantier en infraction à l'art. 158sexies du règlement général pour la protection du travail.

⁵¹ Voy. par exemple, I. CORBISSIER, « Quelques réflexions en filigrane des développements récents qu'a connus le droit de la responsabilité des administrateurs d'une personne morale », o.c., pp. 37 et 38; R.-O. DALCQ, « La prévisibilité d'un dommage est-elle une condition nécessaire de la faute? », o.c., p. 85, n° 4; B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », o.c., pp. 21 et 22; G. SCHAMPS, « La prévisibilité d'un dommage en responsabilité civile. De son incidence sur la faute et sur le rapport de causalité », o.c., p. 378, n° 4; H. VANDENBERGHE, « De grondslag van kontraktuele en extra-kontraktuele aansprakelijkheid voor eigen daad », o.c., p. 128, n° 2; H. VANDENBERGHE, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (2000-2008). Deel II. Foutvereiste. Algemene kenmerken », o.c., p. 1772, n° 11; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT et M. DEBAENE, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1994-1999) », o.c., p. 1563, n° 6; Th. VAN SWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, o.c., p. 138, n° 191.

⁵² Pour certains, la condition de prévisibilité d'un dommage n'est cependant que présumée en fait en cas de violation de la loi. Cette présomption serait susceptible d'être renversée. De ce point de vue, la prévisibilité d'un dommage est également une condition de la responsabilité en cas de violation de la loi (L. CORNELIS, *Principes de droit belge de la responsabilité extra-contractuelle. L'acte illicite*, vol. I, o.c., p. 69, n° 40; dans le même sens B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », o.c., pp. 33 et 34). Nous pensons quant à nous que cette condition n'a de sens que pour la violation d'une norme de prudence (sur ce point voy. n° 32).

On s'éclaire parfois par la distinction traditionnelle issue de la responsabilité contractuelle, entre les obligations de résultat et les obligations de moyen⁵³. On y voit une trace dans la jurisprudence de la Cour de cassation, qui admet que l'auteur de la violation de la norme ne pourrait s'exonérer qu'en prouvant l'erreur invincible ou une autre cause de justification⁵⁴. Encore que cette assimilation entre la faute extra-contractuelle résultant de la violation de la loi et le non-respect d'une obligation de résultat est peu claire et fortement critiquable⁵⁵.

12. La violation d'une norme de comportement déterminé comme acte objectivement illicite: conditions. La violation de toute norme n'est pas constitutive d'un acte objectivement illicite et partant, le cas échéant, d'une faute. En conséquence, l'opinion de certains praticiens et juges du fond, selon laquelle la violation d'une loi est nécessairement fautive, paraît erronée.

On peut en effet distinguer deux conditions spécifiques de l'acte objectivement illicite, ainsi défini, outre le lien – analysé ci-après – avec l'élément subjectif de la faute. Si une de ces deux conditions n'est pas remplie, la violation de la norme ne pourra être considérée comme un acte objectivement illicite et partant une faute. En outre, si ces conditions sont remplies, la violation de la loi pourrait ne pas être constitutive d'une faute du fait de l'absence de l'élément subjectif de la faute⁵⁶.

La première condition vise la source et la nature de la norme violée. Certains soulignent que le comportement doit être prévu par une loi, un règlement ou un traité international ayant un effet direct dans l'ordre juridique interne⁵⁷.

L'important, nous paraît-il, est que d'une manière ou d'une autre, ces normes soient impératives et contraignantes à l'égard de l'auteur de l'acte⁵⁸.

La seconde condition pose plus de difficultés en pratique. Si la plupart des auteurs soulignent que la norme doit imposer un comportement déterminé dans le chef de son destinataire, peu s'engagent à préciser ce que cette condition implique, notamment quant à la portée de la norme et la précision du comportement.

Une première *interprétation* que nous qualifierons d'*extensive* a pour effet d'admettre très facilement que cette condition soit remplie, tout en ne niant pas son existence. Elle trouve son origine dans le débat particulier de la responsabilité des pouvoirs publics et de l'application en la matière de la théorie dite de 'l'unité de la faute et de l'illégalité'. Sous l'impulsion de l'avocat général VELU, on a alors tendance à considérer que la quasi-totalité des normes légales et constitutionnelles imposeraient un comportement déterminé dès lors qu'elles sont qualifiées d'obligations de résultat⁵⁹ par une importation – selon nous hautement contestable – des qualifications du droit de la responsabilité contractuelle⁶⁰. On identifie alors le résultat à atteindre décrit dans la norme avec le comportement déterminé requis par le concept de faute. Selon l'avocat général, il en irait même de règles aussi vagues et ouvertes que l'égalité devant la loi et devant l'impôt. L'idée est vraisemblablement de faciliter ainsi l'indemnisation des citoyens au regard des fautes et erreurs de droit commises par les autorités publiques, principalement en cas d'excès de pouvoir constaté préalablement par l'annulation d'une décision d'une autorité administrative. On en arrive alors à une con-

⁵³. Voy. par exemple, mais avec des nuances selon que la qualification contractuelle apparaisse en amont ou en aval de l'analyse de la norme: S. COVEMAERKER et W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, o.c., p. 365; R.-O. DALCQ, « La prévisibilité d'un dommage est-elle une condition nécessaire de la faute? », o.c., p. 85, n° 5; R.-O. DALCQ, G. SCHAMPS, « Examen de jurisprudence. La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle (1987 à 1993) », o.c., pp. 552 et 553, n° 18; G. SCHAMPS, « La violation de la loi et la prévisibilité de la loi et la prévisibilité d'un dommage en matière aquilienne », o.c., p. 46, n° 4; H. VANDENBERGHE, « De grondslag van kontraktuele en extra-kontraktuele aansprakelijkheid voor eigen daad », o.c., p. 128, n° 2; P. VAN OMMESSLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, o.c., p. 1195, n° 833; conclusions de l'avocat général J. VELU, précédant Cass. (1^{re} ch.), 13 mai 1982, o.c., p. 780, n° 19; voy. Cass. (2^e ch.), 22 février 1989, *Pas.*, 1989, I, pp. 631 et s. où il était reproché à un jugement du tribunal correctionnel de Liège, statuant en degré d'appel, d'avoir considéré que certaines obligations du Code de la route étaient des 'obligations de résultat'. La cour rejette le moyen comme non fondé estimant que le jugement ne violait aucune des dispositions légales invoquées en considérant « que des obligations prescrites par le Code de la route, spécialement celles qu'impose l'article 10.1.1^o et 3^o de ce code, sont des obligations déterminées ou de résultat ». Il semble également que les juges du fond y fassent également fréquemment référence (cf. H. VANDENBERGHE, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (2000-2008). Deel II. Foutvereiste. Algemene kenmerken », o.c., pp. 1780 et s.).

⁵⁴. Voy. par exemple, L. CORNELIS, *Principes de droit belge de la responsabilité extra-contractuelle. L'acte illicite*, o.c., pp. 66 et 67; S. COVEMAERKER et W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, o.c., p. 365; G. SCHAMPS, « La violation de la loi et la prévisibilité de la loi et la prévisibilité d'un dommage en matière aquilienne », o.c., p. 46, n° 4; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE et L. WYNANT, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1985-1993) », o.c., p. 1125, n° 2 et p. 1131, n° 4.

⁵⁵. Sur ce point, voy. *infra*, n° 21.

⁵⁶. Cf. *infra*, n° 13.

⁵⁷. Voy. par exemple, L. CORNELIS, *Principes de droit belge de la responsabilité extra-contractuelle. L'acte illicite*, vol. I, o.c., p. 65, n° 40; avocat général J.-F. LECLERCQ, conclusions précédant Cass. (3^e ch.), 3 octobre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 788, n° 2; G. SCHAMPS, « La violation de la loi et la prévisibilité de la loi et la prévisibilité d'un dommage en matière aquilienne », o.c., p. 46, n° 3; H. VANDENBERGHE, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (2000-2008). Deel II. Foutvereiste. Algemene kenmerken », o.c., p. 1772, n° 11; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT et M. DEBAENE, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1994-1999) », o.c., p. 1564, n° 6; conclusions de l'avocat général J. VELU, précédant Cass. (1^{re} ch.), 13 mai 1982, o.c., p. 780, n° 19.

⁵⁸. B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », et note sous Cass. (1^{re} ch.), 26 juin 1998, o.c., p. 34, n° 9.

⁵⁹. Conclusions de l'avocat général J. VELU précédant Cass. (1^{re} ch.), 13 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1080, n° 21. Pour un appui semble-t-il indéfectible de cette position, du moins en cas d'excès de pouvoir, spéc., pp. 1228 et s. voy. P. VAN OMMESSLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, o.c., pp. 1215 et s.

⁶⁰. Voy. sur ce point notre critique n° 21.

ception très stricte de l'unité de la faute et de l'illégalité et à une quasi-disparition de la condition de détermination du comportement à adopter, imposée par la norme légale ou assimilée.

Cette interprétation a été – à raison – nuancée et relativisée tant en matière de responsabilité des pouvoirs publics⁶¹ qu'en matière de responsabilité des personnes privées.

Une seconde *interprétation* plus stricte de l'exigence d'un comportement déterminé est en effet apparue. Elle requiert une véritable analyse du contenu de la norme pour vérifier l'existence de la détermination du comportement. La portée de celle-ci diverge cependant selon les auteurs.

Les uns reprennent à leur compte la distinction entre obligation de résultat et de moyens afin de vérifier si la norme impose une action ou abstention déterminée. Il n'est alors plus question d'admettre automatiquement la détermination du comportement contenu dans la norme. Mais l'effort d'analyse paraît porter plus sur la portée du devoir légal (on parle en néerlandais de « *specifieke rechtsplicht* ») que sur la détermination du comportement. Hugo VANDENBERGHE précise ainsi dans sa chronique qu'il revient au juge de prendre position quant à la norme litigieuse, étant entendu que « *De normstellende functie van de rechter beperkt zich echter tot de vraag of de wetgever een bepaald gebod of verbod heeft opgelegd, welke juridische intensiteit deze verplichting heeft, met als gevolg jurisprudentiële betwistingen over de vraag of nu al dan niet een specifieke rechtsplicht in die zin bestaat.* »⁶².

Pour les autres, se détachant parfois des qualifications issues de la responsabilité contractuelle, il s'agit de vérifier si elle détermine ou non un comportement suffisamment précis

pour que l'agent puisse s'y conformer. Ainsi, Bernard DUBUISSON et ses collègues, dans leur dernière chronique de jurisprudence, indiquent, au départ de la jurisprudence des juges du fond, la condition en ces termes: « *Le principe d'identité entre faute et illégalité ne peut toutefois résulter d'une application purement mécanique. Il n'est applicable que lorsque la norme prétendument violée impose un comportement précis et déterminé à son destinataire, ce qui implique, par conséquent, un examen analytique de la norme en question et du commandement qu'elle contient. Il existe en effet des normes légales ou réglementaires qui ne font que répéter en d'autres mots le devoir général de prudence et de diligence qui s'impose à tous.* »⁶³.

Comme le souligne aussi Xavier THUNIS, si le degré de précision ou de détermination du comportement peut apparaître clairement à la lecture de la norme, c'est loin d'être toujours le cas. C'est alors à la jurisprudence de jouer un rôle de premier plan dans la qualification de la norme et l'intensité des devoirs qu'elle impose^{64, 65}.

Et force est de reconnaître qu'en pratique, la question n'est pas toujours simple à trancher et qu'il est difficile de déterminer quel serait le critère précis permettant, en face d'une norme légale ou assimilée, la clé de conversion de l'acte illicite perçu comme simple violation de la norme vers la violation d'une norme de prudence. D'autant que la question paraît – en tant que telle – peu retenir l'attention des juges du fond.

Les deux chroniques précitées font ainsi référence à une controverse qui a secoué la jurisprudence du nord du pays concernant la portée de l'ancien article 22 du décret flamand sur le permis d'environnement, disposition sanctionnée pénalement.

⁶¹. Pour un exposé des nuances que prend la jurisprudence de la cour et notamment de la subtile distinction entre les destinataires de la norme à qui on applique la théorie de l'unité et les autorités chargées d'appliquer la norme au fait – comme les juges – qui resteraient soumis aux normes de prudence, voy. I. CLAEYS, « Het foutbegrip bij overheidsaansprakelijkheid: zijn wetschending een fout nog één? », *o.c.*, pp. 209 et s.; Th. VAN SWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, *o.c.*, pp. 218 et s., spéc., nos 320 et 321. Même concernant le contentieux de l'excès de pouvoir, l'arrêt de la Cour de cassation du 25 octobre 2004 a jeté le trouble en ce qu'il paraît bien amorcer une remise en question, voire le rejet, de la théorie de l'unité de la faute et de l'illégalité (sur cet arrêt, voy. Th. VAN SWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, *o.c.*, pp. 206 et 207, aussi pp. 256 et 257).

⁶². H. VANDENBERGHE, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (2000-2008). Deel II. Foutvereiste. Algemene kenmerken », *o.c.*, p. 1780, n° 12. Comparez avec ses écrits antérieurs où l'auteur semble partir de la constatation de l'existence d'un comportement déterminé pour conclure à l'existence d'une obligation de résultat (H. VANDENBERGHE, « De grondslag van kontraktuele en extra-contractuele aansprakelijkheid voor eigen daad », *o.c.*, p. 128, n° 2). Alors que dans cette dernière chronique, il semble que ce soit plutôt la qualification importée du droit des contrats qui permette de conclure à ce que le critère de comportement déterminé soit rempli.

⁶³. En ce sens, B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, « Chronique de jurisprudence. La responsabilité civile (1996-2007). Volume 1. Le fait générateur et le lien causal », *o.c.*, p. 30, § 13. Aussi, B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », *o.c.*, p. 38; et dans le même sens, L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle*, vol. I, *o.c.*, p. 67.

⁶⁴. X. THUNIS, *Responsabilité. Traité théorique et pratique*, Titre II, Dossier 20bis, *Théorie générale de la faute*, vol. 2, *La faute comme acte contraire au droit*, Kluwer, mise à jour 16 janvier 2006, p. 12, n° 11.

⁶⁵. D'autres, partent de l'analyse du degré de précision du comportement décrit dans la norme pour arriver, mais en bout de course, à l'analogie avec les obligations de résultat et de moyen ce qui leur permet de tenter de justifier une modification de la charge de la preuve du caractère subjectif de la faute: R.-O. DALCQ et G. SCHAMPS, « Examen de jurisprudence. La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle (1987 à 1993) », *o.c.*, p. 552: « *Lorsque la loi interdit un comportement précis ou impose un acte bien défini, la faute est démontrée par le simple manquement à cette règle, selon une doctrine et une jurisprudence constante.* » Les auteurs paraissent cependant aussi reprendre l'analogie avec l'obligation de résultat mais uniquement dans son effet probatoire. Après avoir rappelé l'effet de l'erreur invincible, ils indiquent en effet « *Il (ndlr: le défendeur) assume, en quelque sorte une présomption de faute, une obligation de résultat.* » Dans le même sens, G. SCHAMPS, « La violation de la loi et la prévisibilité du dommage en matière aquilienne », et note sous Bruxelles, 28 avril 1992, *J.L.M.B.*, 1994, p. 46 qui explique que la violation de la loi est une faute si la loi « *impose de façon précise un comportement bien déterminé (...)* » ou si la loi ou le règlement « *interdit un comportement précis ou impose un acte bien défini* » (§ 3) pour considérer qu'alors la faute est présumée sur la base de la simple constatation de l'illicéité « *comme il s'agissait d'une obligation de résultat* », § 4).

ment⁶⁶. Elles indiquent que l'alinéa 1^{er} de cette disposition imposait de respecter les conditions du permis alors que l'alinéa 2 ajoutait, quoi que prévoit le permis, le devoir de prendre les mesures qui s'imposaient en vue d'éviter qu'un dommage ou un accident se produise et, le cas échéant, de prendre alors les mesures nécessaires en vue d'en limiter les conséquences sur la santé et l'environnement.

La question était donc de déterminer si l'alinéa 2 de cette disposition devait être lu comme imposant un comportement déterminé, étant entendu que les mesures en questions n'étaient pas précisées par le décret. La victime devait alors seulement rapporter la preuve de la violation dudit devoir par la constatation de la survenance du dommage ou de l'accident, du défaut de mesures limitatives du dommage, etc. La jurisprudence des juges du fond s'est fixée en sens inverse et a considéré finalement que l'alinéa 1^{er} de la disposition litigieuse ne faisait pas obstacle à ce que l'alinéa 2 soumette l'exploitant à des devoirs de prudence, celui-ci n'étant pas énoncé de manière assez précise pour que l'on puisse en inférer l'identification d'un comportement déterminé⁶⁷.

Par contre, l'exploitant d'une station d'essence commet un acte objectivement illicite en ne se conformant pas à la réglementation adoptée par la Région wallonne, imposant le remplacement des cuves d'essence dans un délai déterminé⁶⁸ ou les personnes qui érigent une salle de restaurant, banquets et fêtes sans permis de bâtir⁶⁹.

13. Violation d'une norme de comportement déterminé et élément subjectif de la faute. Comme le rappelait l'avocat général LECLERCQ, rappelant la jurisprudence constante de la Cour de cassation: « (...) *en principe, pour l'applica-*

tion de l'article 1382 du Code civil, la méconnaissance d'une norme juridique imposant à des sujets le droit de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée constitue en soi une faute indépendamment de toute considération d'imprudence ou de négligence; la faute existe dès que la loi a été violée et que cette transgression de la loi a été commise librement et consciemment »⁷⁰.

Dans le débat sur l'adéquation entre faute et illégalité, l'élément subjectif de la faute semble avoir été malheureusement sous-estimé et parfois – comme en cas de responsabilité des pouvoirs publics – ne jouer de plus en plus qu'un rôle secondaire dans le processus de son établissement.

Le principe demeure cependant que l'acte de violation objectif de la loi doit être imputé subjectivement à son auteur, c'est-à-dire, selon l'expression consacrée par la Cour de cassation, que la transgression doit être « libre et consciente »⁷¹.

Il n'est pas évident de comprendre l'exacte portée de cette condition dans le cas de la violation d'une norme de comportement déterminé. Il convient immédiatement de bien distinguer la problématique de l'imputabilité de l'acte et de l'intensité de la volonté ou de l'intention dans la commission de l'acte illicite. La confusion est par exemple fréquente en matière de propriété intellectuelle. L'intention relève de l'étude de l'acte objectivement illicite où elle apparaît parfois comme une condition spécifique de celui-ci, surtout en droit pénal, ou comme un cas d'aggravation de la sanction de réparation⁷². *A priori*, l'intention ne joue aucun rôle au regard de la seule théorie de la faute sauf, selon nous, lorsque celle-ci prend la forme d'une violation d'un droit subjectif.

⁶⁶. B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, « Chronique de jurisprudence. La responsabilité civile (1996-2007). Volume 1. Le fait générateur et le lien causal », *o.c.*, p. 31, § 13; H. VANDENBERGHE, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (2000-2008). Deel II. Foutvereiste. Algemene kenmerken », *o.c.*, p. 1781, n° 12.

⁶⁷. Voy. notamment, Gent (1^{re} ch.), 18 avril 2002, *R.W.*, 2003-2004, p.139, et note A. CARETTE; Gent (10^e ch.), 8 novembre 2001, *T.M.R.*, 2001, pp. 474 et s.

⁶⁸. Prés. Comm. Charleroi, 2 avril 2003, *R.D.C.*, 2003, p. 620. Le jugement est cependant rendu sur le fondement d'une action en concurrence déloyale. De notre point de vue, il n'est pas du tout évident que la condition du comportement déterminé s'exporte dans le contentieux de la cessation. La finalité n'étant pas la réparation mais le rétablissement de la loyauté – et partant de la légalité – par une mesure de cessation de l'acte illicite, peu importe en définitive que le comportement compris dans la loi soit ou non déterminé, la faute, n'étant pas une condition de l'action en cessation commerciale. Mais partant, l'autorité de chose jugée de la décision rendue en cessation sur le juge du fond saisi d'une action en responsabilité devrait alors être réduite d'autant. Le juge du fond ne serait tenu que sur le constat de la violation de la loi, restant libre de vérifier si les autres conditions de la faute sont remplies.

⁶⁹. Liège, 16 septembre 1996, *R.R.D.*, p. 590, et note P. WÉRY; pour d'autres exemples, voy. B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, « Chronique de jurisprudence. La responsabilité civile (1996-2007). Volume 1. Le fait générateur et le lien causal », *o.c.*, pp. 30 et s.; H. VANDENBERGHE, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (2000-2008). Deel II. Foutvereiste. Algemene kenmerken », *o.c.*, pp. 1780 et s., n° 12.

⁷⁰. Conclusions de l'avocat général J.-F. LECLERCQ précédant Cass. (1^{re} ch.), 3 octobre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 789; en doctrine, voy. outre les références déjà citées *supra* note 23, B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », et note sous Cass. (1^{re} ch.), 26 juin 1998, *o.c.*, p. 42, n° 18 et s.; H. VANDENBERGHE, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (2000-2008). Deel II. Foutvereiste. Algemene kenmerken », *o.c.*, pp. 1765 et s. et spéc. n° 9; Th. VAN SWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, *o.c.*, pp. 147 et s., spéc. n° 207.

⁷¹. Voy. par exemple, Cass. (3^e ch.), 3 octobre 1994, *Pas.*, 1994, I, pp. 788 et s., concernant le non-paiement de cotisations sociales constitutif d'infraction au sens de l'art. 35, al. 1^{er}, de la loi du 27 juin 1969; Cass. (1^{re} ch.), 22 septembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 83, concernant le port de ceintures de sécurité sur chantier en infraction de l'art. 158sexies du règlement général pour la protection du travail.

⁷². Cf. par exemple l'art. 530 du Code des sociétés qui énonce que: « *En cas de faillite de la société et d'insuffisance de l'actif et s'il est établi qu'une faute grave et caractérisée dans leur chef a contribué à la faillite, tout administrateur ou ancien administrateur, ainsi que toute autre personne qui a effectivement détenu le pouvoir de gérer la société, peuvent être déclarés personnellement obligés, avec ou sans solidarité, de tout ou partie des dettes sociales à concurrence de l'insuffisance d'actif.* »

En ce qu'elle vise la condition de discernement (« *schuld-bekwaamheid* »)⁷³, l'imputabilité est sans doute moins problématique pour le juge commercial. Les mineurs ou autres incapables n'ayant pas la capacité de faire du commerce, sont la plupart du temps confrontés à des actes posés par des personnes physiques majeures pour elles-mêmes ou par les organes de sociétés commerciales.

Elle pose par contre plus de difficultés si on tente de déterminer jusqu'où va l'exigence d'une violation consciente et libre de la norme. Le lien avec le fait justificatif, en ce qu'il interviendrait après une présomption d'imputabilité de la transgression, reste également problématique.

14. Violation d'une norme de comportement déterminé et élément subjectif de la faute: la prise de conscience des conditions d'application de la norme. 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 remplies⁷⁴. Autrement dit, il n'est pas possible de retenir une volonté libre et consciente de commettre un acte objectivement illicite si il n'est pas démontré que la personne devait avoir conscience de la probable application de la règle d'interdiction ou d'injonction contenue dans la norme. Sans cela, il ne peut avoir conscience d'être obligé par celle-ci.

C'est ce qui explique, selon nous⁷⁵, la jurisprudence de la Cour de cassation relative à des administrateurs de sociétés auxquels des créanciers reprochaient de ne pas avoir fait aveu de faillite dans le délai prescrit par l'(ancienne) loi sur les faillites, c'est-à-dire dans les trois jours de la cessation de paiement. On sait que l'arrêt a été apprécié de diverses manières⁷⁶. Il ne fait cependant pas de doutes que la Cour

s'est précisément mise sur le terrain de l'imputabilité pour refuser de casser trois décisions ayant constaté qu'il n'avait pas été établi que les administrateurs, au moment des actes litigieux, avaient ou devaient avoir conscience de l'état de faillite, c'est-à-dire de la cessation de paiement et de l'ébranlement de crédit^{77,78}.

La référence par la Cour à ce que l'administrateur « aurait dû » avoir conscience au moment où il pose l'acte en violation de la norme peut surprendre dans l'analyse de l'élément subjectif de la faute, en ce qu'elle suppose une référence au « ressenti » objectif d'un administrateur abstrait placé dans les mêmes circonstances. En effet, il s'agit alors de se demander si l'administrateur normalement prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances de fait et de droit, aurait dû avoir conscience des conséquences de son acte et donc, de la probable application de la norme en cause et, finalement, de sa violation.

A la réflexion, cette incursion d'un critère objectif de la faute dans la détermination de l'imputabilité paraît s'expliquer en vue de faciliter la preuve de la faute. En effet, si, comme c'est le cas en principe concernant l'imputabilité, la preuve de la volonté libre et consciente lors de la commission de l'acte pris en violation de la norme doit faire l'objet d'une démonstration *in concreto*, la victime échouerait (trop) souvent dans son devoir probatoire. Le passage par le critère abstrait permet d'alléger le fardeau de la preuve. Ainsi, rapporter la preuve d'une connaissance réelle de l'état de faillite de la société dans le chef des administrateurs serait la plupart du temps très difficile. Par contre, montrer que dans les circonstances de fait qui étaient les leurs, ils auraient dû prendre conscience de l'état de cessation de paiement et de l'ébranlement du crédit, est plus aisé.

Encore faut-il souligner que ce faisant, on ne quitte pas la

⁷³. Pour des développements sur cette condition, voy. B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHM, « Chronique de jurisprudence. La responsabilité civile (1996-2007). Volume 1. Le fait générateur et le lien causal », *o.c.*, pp. 35 et s.

⁷⁴. B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », *o.c.*, p. 44, n° 20: « 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 en ce moment »; dans le même sens, en liant toutefois cette condition à l'erreur invincible: G. JOCQUÉ, « Bewustzijn en subjectieve verwijtbaarheid », *o.c.*, p. 25, n° 26 et 28.

⁷⁵. Dans le même sens, B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », *o.c.*, p. 44, n° 20; G. JOCQUÉ, « Bewustzijn en subjectieve verwijtbaarheid », *o.c.*, p. 25, n° 27; Th. VAN SWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, *o.c.*, p. 150, n° 207.

⁷⁶. Pour une vue plus large du débat suscité à l'époque, voy. par exemple, Th. VAN SWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, *o.c.*, p. 149, n° 207.

⁷⁷. Cass. (1^{re} ch.), 22 septembre 1988, *Pas.*, 1989, I, n° 46, pp. 80 et s.; Cass. (1^{re} ch.), 18 mai 1990, *Pas.*, 1990, pp. 1069 et s.; Cass. (1^{re} ch.), 7 septembre 1990, *Pas.*, 1991, I, pp. 17 et s. Nous ne pouvons suivre non plus Ludo CORNELIS lorsqu'il fait remarquer – à raison – que le devoir en cause ne visant que les commerçants, seule la société agissant par ses organes et pas les administrateurs personnellement, pourrait être tenue responsable de sa violation mais que, partant, on ne peut rien tirer des arrêts en cause concernant le concept de faute (voy. L. CORNELIS, « Fout en het wetsovertreding in het handelsverkeer: enkelen beschouwingen », *o.c.*, pp. 40 et s.). A l'instar de Bernard DUBUISSON, nous devons constater que les arrêts en cause n'ont pas trait au débat de la détermination du destinataire de la norme en cause mais se prononcent clairement sur le caractère subjectif de la faute reprochée aux administrateurs. De ce point de vue, ces arrêts sont donc légitimement porteurs d'enseignement (B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », *o.c.*, p. 41).

⁷⁸. Nous ne pouvons suivre non plus l'opinion parfois émise (R.-O. DALCQ et G. SCHAMPS, « Examen de jurisprudence. La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle (1987 à 1993) », *o.c.*, pp. 534 et 535, n° 5) qu'il s'agirait de l'importation de la condition de la prévisibilité du dommage en cas de violation d'une norme de comportement déterminé. L'état de faillite et ses conditions d'ébranlement du crédit et de cessation de paiement sont en amont du dommage causé par la violation de la règle en cause et sont les seuls éléments visés par l'absence de conscience retenue par la Cour comme fondant les décisions attaquées. Ces conditions d'application de la disposition sont clairement liées par la Cour à l'imputabilité de la violation de la norme sans référence à la condition de prévisibilité du dommage. Remarquons néanmoins que, au moins dans une des espèces, le juge d'appel paraît avoir conclu à l'absence de prévisibilité du dommage (voy. Cass. (1^{re} ch.), 22 septembre 1988, *Pas.*, 1989, I, n° 46, p. 81) mais quoi qu'il en soit, la Cour de cassation ne raisonne pas sur ce fondement.

catégorie d'acte illicite « violation d'une norme déterminée » pour celle de « violation d'une norme de prudence ». La négligence porte alors seulement sur l'absence de connaissance et de conscience du fait conditionnant l'application de la norme (dans notre exemple, la cessation de paiement et/ou l'ébranlement du crédit). Si l'agent avait (*in concreto*) ou aurait dû avoir cette connaissance/conscience (*in abstracto*), alors la condition subjective de la faute serait remplie en complément de la condition objective consistant en la violation de la norme⁷⁹. Il ne s'agit donc pas de déterminer si l'agent a violé ou non une norme de prudence en ne respectant pas le prescrit de la loi (dans notre exemple, la continuation de l'exploitation en ne déposant pas le bilan dans les trois jours de la cessation de paiement). Comme on le verra, le contrôle de l'imputabilité par le critère abstrait du bon père de famille est récurrent en matière de faits justificatifs.

15. Violation d'une norme de comportement déterminé et élément subjectif de la faute: les faits justificatifs. Élément incontournable de l'analyse de la faute conçue comme violation d'une norme de comportement déterminé, le fait justificatif est généralement présenté comme visant des circonstances ayant eu pour effet de neutraliser le caractère libre et conscient de l'acte objectivement illicite posé, de sorte qu'une faute ne puisse être finalement retenue. Importé du droit pénal, le fait justificatif vise notamment l'erreur invincible, l'état de nécessité, la légitime défense, l'ordre de la loi ou de l'autorité, la contrainte, ...

Comme le relevait récemment Xavier THUNIS, la théorie des faits justificatifs est de création relativement récente. Son contenu n'est pas encore stabilisé comme le montre la terminologie fluctuante utilisée et les débats doctrinaux en cours sur sa portée⁸⁰. Elle peine à conquérir une véritable autonomie par rapport au droit pénal et la jurisprudence civile l'applique trop rarement⁸¹.

Le fait justificatif porte sur l'élément subjectif de la faute dont il empêche la survenance. Des nuances apparaissent cependant en doctrine, certains auteurs faisant, à l'instar du droit pénal, une distinction entre les causes de justification qui neutraliseraient en réalité l'acte objectivement illicite (par exemple la légitime défense ou l'état de nécessité) et les

causes de non-imputabilité (par exemple l'erreur invincible ou la contrainte)⁸². Les premières neutraliseraient plus le caractère illicite de l'acte que la volonté libre et consciente de l'auteur qui, dans ces cas, subsiste néanmoins puisque un choix est assumé par l'individu confronté à diverses alternatives dans sa conduite.

Nous ne pouvons suivre ce raisonnement, du moins en cas de violation d'une norme de comportement déterminé. On ne voit pas comment, après avoir objectivement constaté qu'un comportement violait une norme de comportement déterminé, on pourrait se baser sur des circonstances externes à celle-ci pour dénier le caractère illicite dudit comportement. Si par exemple, les dirigeants d'une ASBL ou d'une société n'ont pas payé le précompte professionnel dû en vertu de la loi fiscale, l'état de nécessité éventuellement invoqué n'aura, selon nous, aucune influence sur le caractère objectivement illicite du comportement: la loi imposant un comportement déterminé a été violée. Et il ne revient pas au juge de le considérer autrement, n'ayant aucun pouvoir de déterminer quand l'agent peut ou non violer un prescrit légal. La question est en réalité de savoir si une fois cet élément objectif rapporté, il peut être imputé une faute à l'agent de sorte qu'il soit tenu de réparer le dommage qu'il a ainsi provoqué. Ici, le juge récupère tout son pouvoir dans l'application des articles 1382 et 1383 du Code civil.

Certes, l'acte a souvent été posé suite à un choix conscient, mais si on admet que la circonstance à la base de l'état de nécessité imposait ledit choix au regard des valeurs préservées par celui-ci, on doit par là même admettre que la violation de la norme, quoique consciente, voire même volontaire, n'était pas libre: les circonstances dans lesquelles se situait l'agent se sont imposées à lui comme justifiant la violation de la norme de sorte qu'il ne pouvait agir autrement. Si cette circonstance n'avait pas été présente, il n'aurait pas décidé ou opté pour une telle violation. Bref, son choix est vicié par le fait justificatif qu'est l'état de nécessité dans lequel il se trouvait. Le raisonnement ne serait pas différent pour un acte justifié par l'ordre ou la permission d'une autorité légitime ou de la loi ainsi que pour la légitime défense, quoique dans ce cas, le caractère conscient du choix est souvent réellement discutable⁸³.

⁷⁹. L'analyse de l'existence de cette volonté libre et conscience est concomitante à l'accomplissement de l'acte (*cf.* en ce sens, Cass. (3^e ch.), 3 octobre 1994, *Pas.*, 1994, I, n° 412, pp. 788 et s.). Il ne s'agit donc pas, par exemple, de se demander si, ayant cette connaissance, il aurait néanmoins posé matériellement l'acte querellé.

⁸⁰. X. THUNIS, *Responsabilité. Traité théorique et pratique*, Titre II, Livre 20^{ter}, *Théorie générale de la faute*, vol. 3, *La faute comme acte imputable à son auteur*, *o.c.*, p. 34, n° 40. On parle parfois de cause d'exonération de responsabilité (*cf.* Cass. (1^{re} ch.), 13 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, pp. 1056 et s. et conclusions de l'avocat général J. VELU) alors que le fait justificatif ne joue que sur la faute et n'englobe pas indistinctement toutes les causes permettant d'aboutir à une absence de responsabilité, comme les causes étrangères.

⁸¹. *Ibid.*, p. 37, n° 44.

⁸². Voy. par exemple, G. JOCQUÉ, « Bewustzijn en subjectieve verwijtbaarheid », *o.c.*, pp. 46 et s., spéc. n° 47 qui y voit notamment une utilité du fait que pour les causes de justification (*rechsvaardigingsgrond*) le contrôle s'opérerait *in abstracto* alors que pour les causes de non-imputabilité (*schulduitsluiting*), celui-ci se ferait *in concreto*. Sur cette difficulté, voy. *infra*, n° 21. Sur l'ensemble du débat et sa portée, voy. J. VAN ZUYLEN, « Du fait justificatif à la force majeure: les visages contrastés de l'exonération de la responsabilité », in *Liber amicorum Noël Simar*, Limal, Anthémis, 2013, pp. 8 et s., § 8 et § 9.

⁸³. Comparez avec une autre critique de cette position, où les auteurs sont plutôt d'avis que la constatation ne permet pas de distinguer deux catégories de faits justificatifs, tous ceux-ci étant susceptibles, selon les circonstances, d'être rangés dans l'une ou l'autre de celles-ci. Th. VAN SWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, *o.c.*, pp. 301 et s., n° 443 et spéc. n° 444.

Il convient de distinguer les faits justificatifs des causes étrangères exonératoires, souvent confondus⁸⁴. Les premiers agissent sur la faute en ce sens qu'ils ont trait à l'imputabilité de l'acte. Les secondes agissent sur le lien causal: le défendeur en responsabilité cherche à prouver que le dommage n'est pas la conséquence de son fait mais d'une circonstance qui ne lui est pas imputable⁸⁵.

La jurisprudence en général, et la jurisprudence commerciale en particulier, ne fait pas état de nombreuses applications des faits justificatifs en matière aquilienne. Pourtant, leur utilité est sans doute par trop sous-estimée dès lors que les cas possibles d'application paraissent, à la réflexion, plus nombreux qu'il n'y paraît.

Des applications particulièrement riches d'enseignement de l'erreur invincible sont ainsi apparues dans la jurisprudence relative à la responsabilité des pouvoirs publics, qui, sur ce point, est parfaitement transposable en matière commerciale. La Cour de cassation a, dans ce cadre certes spécifique, affirmé de manière répétée le principe selon lequel le fait justificatif en général, et l'erreur invincible de droit en particulier, apparaissait comme une exception au principe de l'adéquation entre la faute et la violation d'une norme déterminée⁸⁶.

16. Violation d'une norme de comportement déterminé et fait justificatif: l'erreur invincible (généralités). L'arrêt de la Cour de cassation considéré comme approuvant la théorie de l'unité de la faute et de l'illégalité est celui rendu le 13 mai 1982 sur conclusions conformes de l'avocat général VELU⁸⁷. Il énonce plus particulièrement 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 ou 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* ».

Quel que soit le flottement du vocabulaire utilisé, ce sont bien les faits justificatifs qui sont visés par la Cour et spécifiquement l'erreur invincible de façon explicite. Le recours à celle-ci permet d'alléger quelque peu la rigueur d'une application particulièrement sévère de la théorie de l'unité de la faute et de l'illégalité prônée par l'avocat général en matière de responsabilité des pouvoirs publics. La Cour de cassation a confirmé sa jurisprudence à de multiples reprises⁸⁸, y voyant d'ailleurs un principe général de droit⁸⁹.

L'erreur peut être comprise comme une fausse représentation de la réalité qui mène l'agent à commettre une violation d'une norme de comportement déterminée. Il s'agit d'une erreur de fait si celle-ci porte sur un fait et d'une erreur de droit si elle porte sur la portée juridique de la norme en cause. Ce sont les circonstances de fait et de droit dans lesquelles l'erreur est commise qui détermineront si elle est évasive de faute ou non. En toute hypothèse, elle doit être considérée comme 'invincible' pour pouvoir valoir comme fait justificatif⁹⁰.

Les juges du fond y sont régulièrement confrontés même s'ils l'admettent rarement, se montrant assez sévères concernant ses conditions d'application⁹¹. Ainsi, par exemple, la cour du travail de Liège a jugé, à propos d'un employeur qui avait mis en place un régime particulier d'indemnisation de certains temps de déplacement de ses ouvriers en violation des lois applicables, que:

« Force est toutefois de constater que, bien qu'il soit, en l'espèce, entaché d'illégalité, l'avis de l'inspection des lois sociales a été déterminant lors de la conclusion de la seconde convention collective de travail d'entreprise signée le 30 juin 2005 et a été de nature à induire en erreur, de façon invincible, l'employeur qui pensait ainsi avoir levé l'obstacle à la mise en œuvre, à partir du 1^{er} juillet 2005, du régime des primes de mobilité.

Bénéficiaire, à partir de cette date, de l'aval émis dans un avis autorisé, du fait qu'il émanait de l'autorité même chargée du contrôle des lois sociales et donc du respect des prescriptions légales en matière de durée du travail, la direction

⁸⁴ Sur cette confusion opérée notamment par la Cour de cassation, spécialement en matière d'état de nécessité, voy. O. CUYLITS, « Nécessité n'a pas de loi? L'état de nécessité dans la jurisprudence commerciale et son actualité », *R.D.C.*, 2013, pp. 72 et s. Sur une étude pénétrante du lien existant entre les deux causes d'exonération, voy. J. VAN ZUYLEN, « Du fait justificatif à la force majeure: les visages contrastés de l'exonération de la responsabilité », *o.c.*, spéc. pp. 18 et s.

⁸⁵ En ce sens, voy. L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle*, vol. I, *o.c.*, p. 32, n° 18 et p. 54, n° 32; G. JOUQUÉ, « Bewustzijn en subjectieve verwijtbaarheid », *o.c.*, p. 48, n° 48; X. THUNIS, *Responsabilité. Traité théorique et pratique*, Titre II, Livre 20ter, *Théorie générale de la faute*, vol. 3, *La faute comme acte imputable à son auteur*, *o.c.*, p. 35, n°s 40 et 41; P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, t. II, *o.c.*, p. 1380, n° 965.

⁸⁶ Voy. par exemple, les arrêts cités *infra* n° 16.

⁸⁷ Cass. (1^{re} ch.), 13 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, pp. 1056 et s. et conclusions de l'avocat général J. VELU.

⁸⁸ Voy. par exemple, Cass., 14 mai 2012, S.11.0011.F et S.11.0127.F, www.juridat.be; voy. également Cass., 23 septembre 2010, C.09.0220.F, www.juridat.be; Cass., 25 mars 2010, C.09.0403.N, www.juridat.be; Cass., 19 mars 2010, C.05.0197, www.juridat.be; Cass., 8 février 2008, C.07.0131.F, www.juridat.be; Cass., 23 juin 2005, C.040160.F, www.juridat.be.

⁸⁹ Cass. (3^e ch.), 25 octobre 1999, *Pas.*, 1999, p. 1384.

⁹⁰ Voy. I. CLAEYS, « Fout, overmacht en rechvaardigingsgronden. Zoveel hoofden, ... », in *Buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2004, p. 30, n° 46; *Idem*, « Het foutbegrip bij overheidsaansprakelijkheid: zijn wetschending en fout nog één? », *Willy Delva Cyclus 2006-2007*, Kluwer, 2007, pp. 206 et s.; G. JOUQUÉ, « Bewustzijn en subjectieve verwijtbaarheid », *o.c.*, pp. 54 et s.; B. GOFFAUX, « L'erreur invincible en matière civile », *R.G.D.C.*, 2013, p. 370; Th. VAN SWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, *o.c.*, pp. 315 et s., n° 460.

⁹¹ Pour une même constatation récente, X. THUNIS, *Responsabilité. Traité théorique et pratique*, Titre II, Livre 20ter, *Théorie générale de la faute*, vol. 3, *La faute comme acte imputable à son auteur*, *o.c.*, p. 39, n° 47.

de la SA I. a pu, comme l'aurait fait tout employeur normalement prudent et raisonnable, placé dans les mêmes circonstances, croire que l'avis que ladite autorité lui avait donné à l'avant-veille de sa conclusion mettait le système d'indemnisation prévu dans la convention collective de travail négociée en juin et conclue le 30 juin 2005 à l'abri de l'illégalité. »⁹².

17. Violation d'une norme de comportement déterminé et fait justificatif: l'erreur invincible (conditions d'application). Les conditions d'admissibilité généralement retenues sont cependant assez strictes et donnent lieu à une sévérité qui peut parfois apparaître comme critiquable.

L'erreur n'est considérée comme invincible que si, au vu des circonstances dans laquelle elle est commise, on doit considérer que la personne qui a commis l'erreur a en réalité agi comme toute personne raisonnable et prudente placée dans la même situation. En d'autres termes, toute personne raisonnable et prudente aurait, vu les circonstances, commis la même erreur.

Dès lors, la Cour de cassation énonce par exemple que « l'erreur de droit peut, en raison de certaines circonstances, être considérée 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 »⁹³.

Comme tout fait justificatif, l'erreur doit être étrangère à la volonté de l'auteur, si non, il ne s'agirait pas d'une violation involontaire du prescrit de la norme. L'erreur appelle donc en tant que telle une appréciation *in concreto*. Il faut se demander si oui ou non, l'agent avait ou non une vision erronée de la réalité juridique ou factuelle en cause.

Le caractère *imprévisible et insurmontable* du fait justificatif renvoie ici au caractère *invincible* de l'erreur. Il ne s'agit plus alors de rapporter la preuve concrète de l'état d'esprit de l'agent mais de déterminer si l'erreur n'aurait pas dû être évitée, par une appréciation abstraite, en se référant au comportement d'un homme normalement prudent et raisonnable, se trouvant dans les mêmes circonstances d'espèce. Autrement dit, il faut se demander si cette erreur aurait ou

non été commise également par tout homme normalement prudent ou raisonnable, se trouvant dans les mêmes circonstances d'espèce⁹⁴.

La référence à « toute personne » prudente et diligente montre qu'il ne s'agit pas ici non plus de substituer la faute comme violation d'une norme déterminée par celle d'une norme de prudence. Dans les hypothèses en cause, on constate préalablement que le comportement de l'agent n'est pas conforme à celui imposé par la norme. Il ne s'agit pas de purger l'illicéité de l'acte en considérant que celui-ci s'est néanmoins comporté de manière prudente et diligente. Il s'agit de démontrer que, au vu des circonstances, n'importe qui aurait commis la même erreur de sorte que ce faisant, on ne peut admettre que la violation fut libre et consciente. Cette constatation ne peut alors se faire que par une fiction: toute personne normalement prudente et diligente aurait agi de même au vu des circonstances de l'espèce.

Comme déjà indiqué, la jurisprudence – dont celle de la Cour de cassation⁹⁵ – semble parfois assez sévère.

Le juge du fond ne peut ainsi se contenter d'une erreur simplement « excusable » ou « compréhensible » au vu des circonstances. Ainsi, la Cour de cassation a sanctionné un arrêt de la cour de travail de Bruxelles qui avait considéré qu'une erreur de droit commise par un travailleur concernant la perte probable d'allocations de remplacements en cas d'interruption d'un congé parental avant terme « aurait pu être commise par toute personne qui se serait trouvée dans un état de désarroi comparable » alors qu'il aurait dû constater qu'il s'agissait d'une erreur « qu'aurait commise toute personne raisonnable et prudente placée dans les mêmes circonstances »⁹⁶.

La Cour de cassation paraît également faire preuve d'une sévérité parfois excessive⁹⁷ concernant les erreurs de droit commises à la suite d'avis s'avérant erronés donnés par des tiers, fût-ce de personnes particulièrement qualifiées voire d'autorités publiques, sans qu'une règle claire apparaisse. Ainsi, elle considère que si l'avis erroné d'un notaire⁹⁸ pouvait être considéré comme entraînant une erreur invincible, ne retient pas comme tel celui d'avocats⁹⁹ ou de l'administration fiscale¹⁰⁰.

⁹². C. trav. Liège (6^e ch.), 15 janvier 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p.1462.

⁹³. Cass. (1^{re} ch.), 16 septembre 2005, C.04.0276.F/8 disponible sur www.cass.be.

⁹⁴. Cass., 23 septembre 2010, C.09.0220.F, www.juridat.be; Cass., 8 février 2008, C.07.0131.F, www.juridat.be; X. THUNIS, *Responsabilité. Traité théorique et pratique*, Titre II, Livre 20^{ter}, *Théorie générale de la faute*, vol. 3, *La faute comme acte imputable à son auteur*, o.c., p. 39, n° 47; H. VANDENBERGHE, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (2000-2008) », *T.P.R.*, 2010/4, p. 2132; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, « Chronique de jurisprudence. La responsabilité civile (1996-2007). Volume 1. Le fait générateur et le lien causal », o.c., p. 416.

⁹⁵. Pour la constatation d'un certain assouplissement en matière de responsabilité de l'administration, voy. D. RENDERS, « Erreur de droit invincible et état du droit incertain: à propos de la responsabilité civile de l'administration », et note sous Cass. (1^{re} ch.), 23 septembre 2010, *J.T.*, 2011, pp. 380 et s.

⁹⁶. Cass. (3^e ch.), 22 février 2010, C.09.0033.F, www.cass.be.

⁹⁷. Pour des critiques de cette jurisprudence, voy. B. GOFFAUX, « L'erreur invincible en matière civile », o.c., p. 374; X. THUNIS, *Responsabilité. Traité théorique et pratique*, Titre II, Livre 20^{ter}, *Théorie générale de la faute*, vol. 3, *La faute comme acte imputable à son auteur*, o.c., p. 40, n° 48; Th. VAN SWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, o.c., pp. 316 et 317, n° 461.

⁹⁸. Cass., 19 mai 1987, *R.W.*, 1987-1988, p. 675, et note R. VERSTRAETEN.

⁹⁹. Cass., 2 octobre 2002, *T. Gez./Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 128, et note T. BALTHAZAR.

¹⁰⁰. Cass. (3^e ch.), 18 janvier 1999, *Pas.*, 1999, p. 3; *R.C.J.B.*, 2000, p. 725, et note F. GLANSORFF.

18. Violation d'une norme de comportement déterminé et faits justificatifs: un vivier de solutions possibles pour les juges de commerce? La théorie des faits justificatifs pourrait facilement trouver à se développer dans les contentieux de la responsabilité civile relevant des juridictions commerciales.

Au vu d'une législation de plus en plus complexe et touffue, l'erreur invincible de droit ou de fait quant à la survenance de conditions d'application de la loi pourrait trouver des cas d'application.

Songons aussi à l'émergence des multiples autorités de régulation et d'avis qui interviennent en la matière, influençant souvent les comportements des acteurs économiques via des avis, règlements ou décisions (par exemple, Creg, IBPT, Commission de protection de la vie privée, etc.). Outre que leur intervention est susceptible d'induire les entreprises dans une situation d'erreur invincible, elle pourrait même être qualifiée d'ordre ou de permission d'une autorité légitime ou de la loi, autre catégorie admise de fait justificatif. Il faut alors que l'ordre ou la permission intervienne dans les limites de la compétence de l'autorité, qu'il n'apparaisse pas d'évidence comme illicite et qu'il soit exécuté de manière prudente et raisonnable¹⁰¹. On ajoutera, à notre avis, qu'il doit alors, contrairement à la situation menant à une erreur invincible, revêtir un caractère obligatoire ou à tout le moins lier son destinataire. Là encore, il conviendra, pour apprécier la situation et identifier l'existence du fait justificatif, de comparer la réaction du destinataire de l'ordre ou de la permission avec celle d'un homme normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances de fait¹⁰².

Une étude récente a montré il y a peu que *l'état de nécessité* pouvait trouver en matière commerciale un terreau fertile d'application¹⁰³. L'état de nécessité se réalise lorsque l'agent se trouve dans une situation où la commission d'un acte objectivement illicite apparaît comme la seule attitude raisonnable permettant d'éviter, au nom d'un intérêt légitime supérieur, la survenance d'un acte ou d'un fait provoquant ou pouvant provoquer un dommage plus important. Il suppose donc, théoriquement, un choix face à un conflit de valeurs.

Ici aussi, les conditions traditionnellement retenues sont strictes: il faut une situation de crise qui place l'agent face à un danger réel, actuel ou imminent, celle-ci étant indépendante de sa volonté; que ce danger le place devant un dilemme où le seul moyen de parer le danger est d'accomplir un acte illicite qui lui-même va créer un dommage pour autrui; il faut que l'intérêt protégé ait une valeur supérieure ou au moins égale à celui qui est sacrifié. L'appréciation du dilemme et la balance d'intérêts devra dans le chef de l'agent s'analyser à l'aune de l'homme normalement prudent et diligent confronté aux mêmes circonstances de fait¹⁰⁴.

La période de crise économique actuelle pourrait être propice à l'application de l'état de nécessité: ainsi par exemple, en cas d'absence de paiement d'un impôt par une société ou ses administrateurs ou de gratifications aux membres du personnel, en cas de problèmes de liquidités ou de difficultés financières graves, en vue d'honorer d'autres dettes (le paiement de salaire ou d'autres impôts ou cotisations imposées par la loi) et/ou de sauver la société de la fermeture¹⁰⁵.

19. Un contrôle « *in concreto* » et « *in abstracto* » de l'élément subjectif de la faute. Le type de contrôle est différent selon l'élément subjectif en cause.

Il est évident que le contrôle de l'élément de discernement doit être effectué *in concreto*, dès lors que l'on se réfère à la capacité mentale de l'agent, affecté ou non d'une perte de discernement au moment où l'acte a été posé¹⁰⁶.

On a vu qu'à l'autre bout de l'élément subjectif, les faits justificatifs faisaient l'objet essentiellement d'un contrôle *in abstracto*, par le biais de la référence à l'homme normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances¹⁰⁷. Encore faut-il souligner que la situation en fait de l'agent et les circonstances qu'ils invoquent, doivent être vérifiées *in concreto* (l'erreur pour l'erreur invincible, l'ordre de la loi ou de l'autorité, la situation de crise et le danger auquel a été confronté l'agent en cas d'état de nécessité, etc.). Ce n'est que lorsqu'il s'agira de jauger le degré de perte de la libre conscience que l'on se référera à la comparaison avec l'homme prudent et diligent¹⁰⁸.

¹⁰¹. L. CORNELIS et P. VAN OMMESELAGHE, « Les faits justificatifs dans le droit de la responsabilité aquilienne », *o.c.*, pp. 658 à 660; G. JOCQUÉ, « Bewustzijn en subjectieve verwijtbaarheid », *o.c.*, p. 63, n° 63; Th. VAN SWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, *o.c.*, pp. 312 à 314.

¹⁰². L. CORNELIS et P. VAN OMMESELAGHE, « Les faits justificatifs dans le droit de la responsabilité aquilienne », *o.c.*, p. 282, n° 27; G. JOCQUÉ, « Bewustzijn en subjectieve verwijtbaarheid », *o.c.*, p. 64, n° 63.

¹⁰³. L. CORNELIS et P. VAN OMMESELAGHE, « Les faits justificatifs dans le droit de la responsabilité aquilienne », *o.c.*, pp. 278 et s., n° 23; O. CUYLITS, « Nécessité n'a pas de loi? L'état de nécessité dans la jurisprudence commerciale et son actualité », *o.c.*, pp. 67 et s.; sur la notion voy. aussi Th. VAN SWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, *o.c.*, pp. 308 et s., n° 450.

¹⁰⁴. L. CORNELIS et P. VAN OMMESELAGHE, « Les faits justificatifs dans le droit de la responsabilité aquilienne », *o.c.*, p. 279, n° 24.

¹⁰⁵. Pour des cas d'application jurisprudentielle dans ce type de situation, voy. les références citées et commentées par O. CUYLITS, « Nécessité n'a pas de loi? L'état de nécessité dans la jurisprudence commerciale et son actualité », *o.c.*, pp. 74 et s.

¹⁰⁶. Voy. L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle*, vol. I, *o.c.*, p. 33, n° 19; J. VAN ZUYLEN, « Du fait justificatif à la force majeure: les visages contrastés de l'exonération de la responsabilité », *o.c.*, p. 5, n° 5.

¹⁰⁷. Sauf à faire la distinction entre les causes de non-imputabilité (« schuldloosluiting ») et les causes de justification (« rechtsvaardigingsgronden »). Les premières ne donneraient lieu qu'à un contrôle *in concreto* et les secondes *in abstracto* (G. JOCQUÉ, « Bewustzijn en subjectieve verwijtbaarheid », *o.c.*, p. 47). Sur ce point, voy. *supra*, n° 15.

¹⁰⁸. L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle*, vol. I, *o.c.*, p. 33, n° 19.

Enfin, concernant l'élément médian qui a trait à la capacité de l'agent de prendre conscience ou connaissance des conditions d'application de la norme, il y a lieu de l'appréhender tant au niveau concret qu'abstrait: il s'agit, comme la Cour de cassation le soulignait, de vérifier si l'agent avait ou devait avoir conscience par exemple de l'état de faillite qui conditionnait le comportement déterminé imposé par la norme¹⁰⁹.

20. La charge de la preuve: rappel des principes. Le demandeur en réparation endosse la charge de la preuve des conditions de la responsabilité, dont celle de la faute et ce, en vertu des articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire.

La notion de faute étant bicéphale, il doit, logiquement, rapporter la preuve tant de la commission de l'acte objectivement illicite que de son élément subjectif. En clair, la victime doit rapporter la preuve du discernement et du caractère libre et volontaire de l'acte¹¹⁰.

Si un débat est improbable en matière commerciale concernant le discernement, il sera plus courant que le demandeur ait à prouver également que l'agent savait ou devait savoir que les conditions d'application d'une norme de comportement déterminé étaient remplies.

Le demandeur doit-il aller jusqu'à rapporter la preuve de l'absence du fait justificatif? En vertu des règles qui régissent la charge de la preuve, le fait justificatif peut être perçu comme produisant l'extinction du devoir de réparer qui pèse sur l'agent – *a priori* fautif – et donc, comme un fait que le défendeur allègue et doit donc prouver (application cumulative des art. 1315, al. 2, C. civ. et 870 C. jud.)¹¹¹. Si on admet que le fait justificatif empêche la condition subjective de la faute de se réaliser, son absence participe à la charge de la preuve de cette condition et repose dès lors sur le demandeur en responsabilité en application de ces deux dispositions.

Lorsqu'une action en responsabilité civile est introduite devant le juge civil en se fondant sur une infraction à la loi pénale, le demandeur en responsabilité civile a la charge de prouver non seulement que les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis mais aussi que le fait justificatif invoqué par le défendeur n'existe pas, pour autant que l'alléga-

tion de ce dernier ne soit pas dépourvue de tout crédit. La solution paraît certaine¹¹².

L'opinion radicalement inverse, néanmoins non transposable en cas de violation de la loi pénale, se rattache à la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la responsabilité des pouvoirs publics et à l'interprétation des principes qui en a été faite et, de manière plus générale, à la doctrine et jurisprudence qui utilisent, en matière extra-contractuelle, les qualifications issues du droit contractuel que sont les obligations de résultat et de moyen.

21. La charge de la preuve et la présomption de faute en cas de violation d'une norme de comportement déterminée. Dans ses conclusions précédant l'arrêt du 13 mai 1982, l'avocat général VELU assimile l'existence des deux catégories reines de l'acte objectivement illicite – la violation d'une norme déterminée et la violation d'une norme de prudence – à la distinction retenue en matière de responsabilité contractuelle entre les obligations de résultat et les obligations de moyens¹¹³. C'est par le passage de la condition du contenu déterminé de la norme que l'éminent juriste fait le lien entre les différentes notions. Selon lui, comme déjà souligné, « *le contenu des obligations constitutionnelles et légales est le plus souvent suffisamment déterminé pour qu'on puisse les considérer comme des obligations de résultat* »¹¹⁴. Ce serait donc l'analyse du degré de détermination du contenu de l'obligation issue de la norme qui permettrait de la qualifier de moyens ou de résultats. Partant, il semble considérer que la condition d'un 'comportement déterminé' contenue dans la norme serait alors nécessairement remplie. Il en résulterait que si la victime apporte la preuve que le résultat que cherche à obtenir la norme n'est pas atteint, la preuve de la faute serait rapportée, sous réserve d'un fait justificatif prouvé par le défendeur.

On ne peut souscrire à ce raisonnement qui a non seulement pour effet de reporter la charge de la preuve du fait justificatif sur les épaules du défendeur en responsabilité mais de présumer la faute au départ de la simple constatation de la violation objective de la norme.

On ne peut en effet justifier cette présomption de faute ni par les règles de la responsabilité civile extra-contractuelle, ni

¹⁰⁹. Voy. *supra*, n° 14.

¹¹⁰. L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle*, vol. I, *o.c.*, pp. 51 et 52, n° 30; G. JOCQUÉ, « Bewustzijn en subjectieve verwijtbaarheid », *o.c.*, p. 9, n° 6 (concernant le discernement – « schuldbekeerbaarheid »), p. 20, n° 20 (concernant l'imputabilité « verwijtbaarheid ») et aussi de manière globale pp. 30 et 31, n° 30; H. VANDENBERGHE, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (2000-2008) », *o.c.*, p. 1766, n° 8.

¹¹¹. Dans le même sens, L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle*, vol. I, *o.c.*, p. 53, n° 31; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, « Chronique de jurisprudence. La responsabilité civile (1996-2007). Volume 1. Le fait générateur et le lien causal », *o.c.*, p. 415, n° 488; G. JOCQUÉ, « Bewustzijn en subjectieve verwijtbaarheid », *o.c.*, p. 51, n° 50; H. VANDENBERGHE, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (2000-2008) », *o.c.*, p. 2137, n° 122.

¹¹². Voy. par exemple Cass. (1^{re} ch.), 30 septembre 2004, C.03.0527.F, disponible sur www.cass.be; Cass. (1^{re} ch.), 14 décembre 2001, C.98.0469.F, avec conclusions du procureur général DU JARDIN, disponible sur www.cass.be; aussi la jurisprudence de la Cour et des juges du fond commentées par B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, « Chronique de jurisprudence. La responsabilité civile (1996-2007). Volume 1. Le fait générateur et le lien causal », *o.c.*, pp. 414 et 415, nos 488 et 489.

¹¹³. Conclusions de l'avocat général J. VELU précédant Cass. (1^{re} ch.), 13 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, pp. 1077 et 1078, n° 19.

¹¹⁴. Conclusions de l'avocat général J. VELU précédant Cass. (1^{re} ch.), 13 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1080, n° 21.

par les règles de preuve rappelées ci-avant. On ne voit pas comment, à partir d'un raisonnement centré sur la constatation de l'existence de l'élément *objectif* de la faute – la violation de la norme déterminée –, on peut en tirer une présomption quant à l'existence de l'élément *subjectif* de celle-ci – la volonté libre et consciente de l'agent –^{115,116}. Du reste, cette manière de procéder minimise sans justification l'existence de l'élément *subjectif* de la faute en matière extra-contractuelle.

L'importation des règles de preuve spécifiques à la responsabilité contractuelle ne nous paraît d'ailleurs pas trouver de justification convaincante. Comme le remarque B. DUBUISSON, « *il n'est pas sûr que l'on puisse placer sur un même pied les obligations contractuelles librement assumées par les parties et les devoirs imposés par la loi* »¹¹⁷. En effet, en matière contractuelle, la volonté des parties, particulièrement celle du débiteur, est déterminante dans l'opération de qualification¹¹⁸. L'analyse de la qualification de la norme contractuelle – spécifique aux parties en cause – se fonde sur une recherche de l'intention commune des parties et procède, en cas de silence, d'une déduction de la volonté du débiteur en cause, au départ des aléas inhérents à l'exécution de l'obligation litigieuse¹¹⁹. On présume en quelque sorte la volonté des parties d'avoir opté pour tel ou tel type d'obligation et particulièrement, celle du débiteur de l'avoir acceptée.

La détermination des devoirs prescrits par une loi dans le cadre de la faute comprise comme la violation d'une norme

déterminée de comportement n'a par contre rien à voir avec la recherche de la volonté des parties ou des aléas quant à son inexécution¹²⁰ mais se concentre toute entière, sur la détermination du contenu même de la norme, indépendamment des circonstances externes à celle-ci. Elle est d'ailleurs non pas à rattacher au risque d'inexécution du devoir issu de la loi mais au problème de la prévisibilité du comportement attendu par celle-ci.

Ensuite, le passage même par le degré de détermination du *contenu de l'obligation légale* pose difficulté. En effet, la Cour de cassation – on l'a vu – parle clairement du degré de détermination du *comportement* de l'agent, décrit dans la norme¹²¹. Or, les deux approches n'ont pas le même objet: déterminer le contenu de l'obligation – ce que l'on attend du débiteur – n'équivaut pas forcément à déterminer un comportement qu'il doit adopter. Ce n'est pas parce qu'une obligation contractuelle ou un devoir extra-contractuel détermine une obligation ou un devoir clair visant un résultat à atteindre que cette norme détermine le comportement que le débiteur ou le destinataire doit suivre pour atteindre ce résultat. Autrement dit encore, décrire le résultat final de l'application de la norme ne détermine pas la « manière » dont l'abstention ou l'action est imposée par la norme. Ainsi, si on peut admettre, avec l'avocat général, que la règle de l'égalité devant la loi – « *Les Belges sont égaux devant la loi* » – inscrite dans la Constitution contient un « résultat » déterminé à atteindre et donc que le contenu de l'obligation ou du devoir soit déterminé, on ne peut absolument pas y

¹¹⁵. Dans le même sens, B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, « Chronique de jurisprudence. La responsabilité civile (1996-2007). Volume 1. Le fait générateur et le lien causal », *o.c.*, p. 34, n° 17; G. JOCQUÉ, « Bewustzijn en subjectieve verwijtbaarheid », *o.c.*, p. 31, n° 30; X. THUNIS, *Responsabilité. Traité théorique et pratique*, Titre II, Livre 20ter, *Théorie générale de la faute*, vol. 3, *La faute comme acte imputable à son auteur*, *o.c.*, p. 50, n° 63 adde Livre 20bis, *Théorie générale de la faute*, vol. 2, *La faute comme acte contraire au droit*, *o.c.*, p. 13, n° 12.

¹¹⁶. Toute autre est la situation en matière contractuelle: la qualification en l'une ou l'autre catégorie d'obligation est déterminée au départ de la recherche de la volonté réelle ou présumée des parties. On peut alors inférer la violation libre et consciente d'une norme si elle est commise par celui qui l'a lui-même, préalablement, accepté volontairement.

¹¹⁷. B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », *o.c.*, p. 38, n° 13. Dans le même sens, X. THUNIS, *Responsabilité. Traité théorique et pratique*, Titre II, Livre 20ter, *Théorie générale de la faute*, vol. 3, *La faute comme acte imputable à son auteur*, *o.c.*, p. 50, n° 63 adde Livre 20bis, *Théorie générale de la faute*, vol. 2, *La faute comme acte contraire au droit*, *o.c.*, p. 13, n° 12.

¹¹⁸. Voy. par exemple, P. VAN OMMESSLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 40 et 41, n° 16; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 484, n° 549.

¹¹⁹. Mais d'autres critères sont également utilisés comme l'aptitude des parties à apporter la preuve de l'inexécution ou la gravité de la défaillance (P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *o.c.*, p. 484).

¹²⁰. On ne peut dès lors suivre Pierre VAN OMMESSLAGHE, fervent défenseur de l'importation de ces concepts en matière extra-contractuelle, lorsqu'il indique qu'en cette matière, c'est l'intention du législateur qui serait déterminante et qu'à défaut de la découvrir, le juge devrait appliquer le critère de l'aléa pour déterminer si le débiteur – fût-ce d'un devoir légal – a entendu assumer celui-ci (P. VAN OMMESSLAGHE, *Droit des obligations*, *o.c.*, p. 41, n° 16). Le raisonnement paraît en effet artificiel. En matière contractuelle, ce n'est pas l'intention du seul créancier qui peut justifier la qualification de l'obligation. La volonté du débiteur – fût-elle présumée – est au contraire capitale. L'intention de chaque citoyen d'accepter ou non l'aléa que peut entraîner pour lui le respect d'un devoir légal est en outre sans rapport avec la détermination de l'intensité du devoir légal. Et on ne comprend pas très bien comment les contours et l'intensité d'un devoir légal pourrait se déterminer au regard de la volonté recherchée de l'agent qui l'aurait violée alors qu'il ne participe nullement à son élaboration. Le critère de l'aléa ne paraît pas non plus être un critère usuel pris en considération par le législateur lorsqu'il édicte une norme. En réalité, le problème de la qualification en obligation de résultat ou de moyens ne peut se poser en matière extra-contractuelle dès lors que la norme n'est pas la résultante de la rencontre de deux volontés mais que la règle est exclusivement édictée par le législateur ou une autre autorité ayant un pouvoir d'édicter des règles générales et abstraites. La seule difficulté est de cerner le contenu du devoir imposé c'est-à-dire le comportement ou l'abstention qu'elle impose. D'où, selon nous, la référence adéquate de la Cour de cassation à l'imposition « *de s'abstenir ou d'agir d'une manière déterminée* ».

¹²¹. Lorsque la Cour de cassation se réfère à des règles « *imposant de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée* », le caractère déterminé porte sur la manière dont la norme édicte l'abstention ou l'agir, pas sur l'existence même du résultat attendu de son application. Autrement dit, il ne suffit pas que la norme comporte une abstention ou un agir pour répondre à cette condition. Il faut qu'elle détermine l'agir et l'abstention c'est-à-dire le comportement attendu de l'agent pour qu'il puisse respecter l'imposition. Le parallèle avec les obligations de moyen et de résultat n'a de ce point de vue pas d'objet. La qualification choisie en droit contractuel va déterminer le contenu des obligations de chacun. Alors que le contenu du devoir légal ne dépend que du législateur et de la précision avec laquelle il a déterminé celui-ci.

voir une quelconque obligation d'agir et d'abstention *de manière déterminée* qui serait édictée par cette norme. Elle ne décrit ni l'agissement, ni l'abstention, mais le but à atteindre en agissant ou en s'abstenant. Surtout, ce faisant, elle n'indique dont aucun comportement prévisible auquel le destinataire devrait se conformer.

Il est d'ailleurs assez significatif qu'une partie de la doctrine qui a recours aux dites qualifications, ne le fait que pour tenter d'expliquer la présomption de faute qui semble s'imposer de la théorie de l'unité de la faute et de l'illégalité mais pas pour expliquer ou justifier les conditions de l'adéquation ou la nécessité d'admettre l'adéquation¹²².

En conclusion, on ne peut admettre la présomption de faute sur la base de l'analogie avec les obligations de résultats et de moyens, qui ne paraissent pas transposables en matière extra-contractuelle. Le retournement de la charge de la preuve aura souvent lieu, en pratique, du fait du désir du débiteur de se libérer de sa responsabilité sans attendre qu'une preuve suffisante soit rapportée de la faute qui lui est reprochée. Si la présomption dont question n'existe pas parce qu'elle n'est pas justifiée en droit, alors, force est de constater que les règles relatives à la charge de la preuve reprennent tous leurs droits. Elles ont pour effet d'imposer *a priori* au demandeur, sous réserve de la collaboration du défendeur, la preuve de tous les éléments de la faute et donc, de l'existence de l'absence d'un fait justificatif, sauf à le considérer comme un fait que le défendeur allègue pour se libérer et dont il doit dès lors supporter la charge de la preuve.

22. Conclusion: l'unité entre la faute et l'illégalité: une expression plus que malheureuse. Les choses doivent parfois s'exprimer clairement et simplement: « l'unité de la faute et de l'illégalité », affirmée telle quelle, est erronée en droit commun de la responsabilité civile. L'affirmation contredit l'état du droit positif et l'interprétation admise unanimement du concept hybride de faute au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil. L'erreur n'est pourtant pas invincible...

Rappelons que la théorie a été affirmée dans un débat très particulier propre à la responsabilité des pouvoirs publics. L'arrêt de principe du 13 mai 1982 censé avaliser la théorie, se prononce sur la responsabilité de la commune de Seraing dont certains règlements avaient fait l'objet d'une décision d'annulation par le Conseil d'Etat pour excès de pouvoir. L'enjeu était clairement de faciliter l'indemnisation des citoyens suite à la prise d'une décision administrative illégale. Deux arguments sont discutés afin d'arriver à cette solution: la théorie dite de « l'unité de la faute et de l'illégalité » d'une part et la portée de l'autorité de la chose

jugée d'un arrêt d'annulation sur le juge judiciaire confrontée à une demande subséquente de réparation d'autre part. Il n'entre pas dans notre propos d'analyser le second argument. Le soi-disant principe d'unité de la faute et de l'illégalité, clamé et colporté ensuite par une doctrine et une jurisprudence abondante, est par contre au centre de notre propos en ce qu'il a influencé à notre avis négativement la compréhension commune du concept de faute. L'affirmation est incohérente.

Les premières incohérences sont sémantiques. La faute vise le comportement de celui qui commet l'acte litigieux, l'illégalité frappe l'acte lui-même. Ce n'est pas parce qu'une décision administrative est frappée d'illégalité parce qu'elle est porteuse d'un raisonnement contraire à une règle de droit, fût-elle même censurée par le Conseil d'Etat, que l'autorité qui l'a adoptée a nécessairement eu un comportement fautif. On passe d'un contentieux objectif de légalité à un contentieux de réparation, qui comporte ses propres conditions, à apprécier au regard de sa finalité spécifique. Comme l'a relevé avec beaucoup de pertinence Bernard DUBUISSON, l'illégalité que l'on identifie à la faute est en réalité constatée *a posteriori* – en l'espèce au moment où le Conseil d'Etat annule l'acte – et ne dépend nullement d'une appréciation de l'auteur du fait fautif au moment où il a été posé¹²³. Il convient en outre de rappeler que le débat se construit sur une ambiguïté de langage: la faute, on l'a vu, fait l'objet d'une double acception suivant que l'on y intègre son élément subjectif ou qu'on la perçoit comme une condition particulière de la responsabilité. Il semble bien que l'avocat général ne vise en réalité que l'acte objectivement illicite lorsqu'il parle de faute, sans nier la condition d'imputabilité qu'il réduit cependant aux seuls faits justificatifs.

La seconde incohérence consiste à croire que l'énoncé de la théorie – « l'unité de la faute et de l'illégalité » – exprime correctement la solution retenue par la Cour et, même, fût-ce à son corps défendant, par son Ministère public. Tant l'avocat général VELU que la Cour admettent que si « 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 » c'est seulement « sous réserve de l'existence d'une erreur invincible ou d'une autre cause d'exonération de responsabilité ». Or, par le fait même de cette réserve, la Cour et son Ministère public réintègrent l'élément subjectif de la faute en sus de l'élément objectif de la violation de la norme de comportement déterminé. L'erreur invincible porte en effet sur l'élément subjectif de la faute ce qui, on l'a vu, ne souffre pas de discussion. Du reste, cette réserve doit se comprendre égale-

¹²² Voy. par exemple *supra*, les auteurs cités en note 65.

¹²³ B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », *o.c.*, p. 50, n° 25: « Le régime de la responsabilité de l'administration en cas d'illégalité ne puise pas aux sources traditionnelles de la responsabilité pour faute. Il s'agit d'une responsabilité aggravée, fondée sur une faute objective, en ce sens qu'elle ne dépend pas d'une appréciation du comportement de l'auteur du fait fautif, mais d'une illégalité constatée *a posteriori* selon des critères qui lui sont propres. » (p. 50, n° 25).

ment en lien avec la jurisprudence de la Cour qui, on l'a vu, rappelle régulièrement que la transgression de la loi n'est fautive qu'à la condition d'avoir été commise « librement et consciemment ». L'illégalité n'implique donc pas la faute. Celle-ci n'est rapportée que si son élément subjectif est également constaté, ce que perd de vue l'adéquation telle qu'exprimée entre les deux notions¹²⁴.

La troisième incohérence se nourrit des deux premières. L'idée que l'illégalité serait toujours constitutive d'un acte objectivement illicite contredit les conditions posées par la Cour et son Ministère public pour que la violation de la norme puisse être considérée comme fautive. Cette dernière doit imposer de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée. Or, ce n'est pas toujours le cas¹²⁵. On a vu en outre combien le passage par la qualification d'obligation de résultat était trompeuse et que ce n'était que par une interprétation excessivement extensive de cette condition – en la niant ou à tout le moins en la remplaçant par une autre – que Mr. VELU était arrivé à la confirmation de la théorie de l'unité de la faute et de l'illégalité. L'exigence du comportement déterminé devient incompréhensible et inutile s'il fallait *in fine* en arriver à la conclusion que toute violation d'une norme légale ou réglementaire est constitutive d'un acte objectivement illicite et, partant, d'une faute dès lors que le résultat contenu dans la norme et attendu n'était pas atteint.

La doctrine civiliste contemporaine relève de plus en plus ces incohérences à l'égard des principes fondamentaux de la responsabilité civile. Non seulement, on l'a vu, le caractère bicéphale de la faute comme résultante d'une condition subjective et objective est aujourd'hui la conception la plus largement partagée en droit belge de la responsabilité civile – ce qui paraît confirmé par la Cour de cassation – mais l'assertion de l'unité entre la faute et l'illégalité est de plus en plus fréquemment mise en doute¹²⁶. Il convient donc, selon nous, de l'abandonner une fois pour toute, à tout le moins en dehors du contentieux spécifique de la responsabilité des autorités publiques, et de refuser de l'importer telle quelle dans le contentieux privé.

23. Conclusion: une vision globale de la faute comme violation libre et consciente d'une norme de comportement déterminé. Une fois abandonnée toute idée d'adéquation automatique entre l'illégalité et la faute, on peut appré-

hender de manière plus cohérente le concept de faute comme résultant de la violation libre et consciente d'une norme de comportement déterminé.

Ainsi, l'interprétation de la condition relative à la détermination du contenu de la norme peut se comprendre plus facilement en fonction de l'élément subjectif de la faute ainsi que d'une opposition avec l'autre catégorie reine des actes objectivement illicites, la violation d'une norme de prudence.

Il faut aussi immédiatement souligner que le choix de la qualification, aussi technique soit-il, ne doit pas masquer l'enjeu véritable touchant aux valeurs en cause et à l'idéal de justice recherché au travers des conditions de la responsabilité civile. L'enjeu du choix de la qualification – violation d'une norme déterminée ou de prudence – s'identifie à une question simple: celui qui viole la norme en cause a-t-il ou non un droit à l'erreur lui permettant, le cas échéant, d'échapper à la sanction de la réparation? Si on admet que la norme légale au sens large est toujours porteuse d'un comportement déterminé qui s'impose ou est interdit à son destinataire, ce dernier n'a pas de droit à l'erreur, sauf application exceptionnelle d'un fait justificatif. La constatation de la violation de la norme suffit à déterminer l'existence d'un acte objectivement illicite, qui constituera une faute, sans prise en considération des circonstances de fait ou de droit, non visées dans les conditions d'application de la norme, dans lequel l'acte de violation a été posé. Par contre, si on décide qu'elle n'est pas porteuse d'une telle précision, il faudra déterminer si au regard du contenu indéterminé de la norme et de la sanction dont elle est porteuse, il s'est conduit comme un homme normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances de fait et de droit.

Cet enjeu est, croyons-nous, porteur de sens dans la recherche d'un critère plus précis de la qualification de l'acte objectivement illicite en cause.

Le destinataire de la norme se trouve, dans les deux hypothèses d'acte objectivement illicite, dans une situation très différente. S'il n'a pas droit à l'erreur, la seule justification qui puisse fonder son éventuelle responsabilité est qu'il a prévu ou aurait dû prévoir le comportement licite attendu de lui par la norme. N'étant pas « guidé » dans sa recherche de comportement par les circonstances de fait et de droit dans laquelle il se trouve – qui ne seront ici pas prises en considé-

¹²⁴. Dans le même sens, L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle*, vol. I, o.c., p. 66; G. JOCQUÉ, « Bewustzijn en subjectieve verwijtbaarheid », o.c., p. 30, n° 29: « De regel dat een onwettige handeling zonder meer gelijk te stellen is met een fout in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht verliest het vereiste van het 'wetens en willens' uit het oog »; X. THUNIS, *Responsabilité. Traité théorique et pratique*, Titre II, Livre 20bis, *Théorie générale de la faute*, vol. 2, *La faute comme acte contraire au droit*, o.c., p. 13, n° 12.

¹²⁵. Pour une même constatation, X. THUNIS, *Responsabilité. Traité théorique et pratique*, Titre II, Livre 20bis, *Théorie générale de la faute*, vol. 2, *La faute comme acte contraire au droit*, o.c., p. 20, n° 21.

¹²⁶. Voy. par exemple, L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle*, vol. I, o.c., pp. 65 et s.; B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », o.c., pp. 1 et s., dont l'objet même est la critique sur tous ces points de la théorie, et qui l'amène à conclure sans ambiguïté que « Identifier la violation de la loi et de la faute civile procède assurément d'un raccourci trompeur, en dépit de son apparente évidence. (...) Qu'on le veuille ou non, la violation de la loi n'équivaut à la faute civile que si le juge appelé à statuer sur l'illégalité a ainsi nécessairement constaté l'existence de tous les éléments constitutifs de la faute aquilienne. » (p. 71, n° 44); G. JOCQUÉ, « Bewustzijn en subjectieve verwijtbaarheid », o.c., p. 30, n° 29; X. THUNIS, *Responsabilité. Traité théorique et pratique*, Titre II, Livre 20bis, *Théorie générale de la faute*, vol. 2, *La faute comme acte contraire au droit*, o.c., pp. 13 et s., spéc. p. 20, n° 21.

ration, contrairement à la recherche d'une norme de prudence – la seule voie de détermination de son comportement est la compréhension qu'il a pu ou dû avoir de la norme elle-même et des conditions d'application qui y sont prévues et/ou qui en découlent implicitement, mais certainement. On retrouve ici l'élément subjectif de la faute – une violation libre et consciente d'une norme dont on devait connaître le contenu – qui justifie en réalité l'adéquation facilitée entre l'acte posé et la violation illicite de la norme. Les conditions relatives à l'imposition d'un comportement déterminé et l'exigence d'une transgression libre et consciente, que l'on retrouve toutes deux dans la jurisprudence de la Cour de cassation, ne sont que les deux facettes d'une même exigence.

C'est le point d'intersection entre l'élément objectif et subjectif de la faute, l'un prenant son sens dans l'autre. Un comportement est déterminé par une norme lorsque son destinataire peut, de par son libellé ou moyennant un effort d'information réduit, en prendre conscience et partant, être capable de commettre la transgression libre et consciente qui conditionne toute faute. L'interprétation de la condition d'existence d'un comportement déterminé dans la norme se fait à l'aune de la conscience que peut en avoir son destinataire. Sans cela, il ne pourrait la violer librement et consciemment.

Par contre, dès lors que le destinataire n'est pas mis en position de prévoir sa ligne de conduite sans un effort d'interprétation poussé des juges et de la doctrine à qui la norme confie le soin de lui donner un contenu, il n'est pas mis dans une situation où il pourra choisir librement son comportement et on ne pourra que lui reprocher de ne pas avoir mis les moyens raisonnables en œuvre afin d'éviter le comportement sanctionné *in fine*, mais non déterminé *a priori*, par la norme. Si tel n'était pas le cas, c'est le principe général de sécurité juridique qui serait de plus mis à mal: dès lors qu'il s'agit d'une responsabilité pour faute, on ne peut retenir la responsabilité de l'agent qui ne pouvait subjectivement prévoir le comportement qui lui était imposé. Il s'agirait alors d'une responsabilité objective non prévue en droit belge.

Nous pensons dès lors qu'il revient au juge du fond, sous le couvert du contrôle de la Cour de cassation, de déterminer, à la lueur de la disposition impérative en cause, si cette dernière comprend une injonction ou une interdiction d'un comportement pouvant être comprise et définie par ses destinataires, à la lumière des seuls éléments contenus ou impliqués de manière certaine dans la norme, sans effort excessif d'interprétation de ceux-ci.

Si tel n'est pas le cas, et que tant le destinataire que le juge doivent s'aider, pour déterminer la portée du comportement visé, de circonstances de fait ou de droit ou d'interprétations de celles-ci qui ne s'imposent pas de la norme elle-même, alors il ne peut plus être question d'y voir une norme dont la violation constitue *in se* un acte objectivement illicite ou une faute. Il reviendra au contraire de décider si, en fonction de tous ces éléments, la personne s'est comportée comme une personne normalement prudente et diligente placée dans les mêmes circonstances de fait.

Mais comment déterminer si la norme peut ou non être perçue comme comportant un contenu déterminé s'imposant sans interprétation excessive à son destinataire? En passant par le critère abstrait de l'homme normalement prudent et diligent. Il s'agira alors de se demander si l'homme normalement prudent et diligent avait pu ou non, au moment où il a agi ou s'est abstenu, et au regard du seul contenu de la norme, prévoir un comportement assez précis pour s'y conformer. Tout comme dans le contrôle de l'existence d'un fait justificatif, ce passage par le critère de l'homme normalement prudent et diligent n'implique nullement que l'on passe d'un type d'acte illicite à l'autre: une réponse positive permet de constater, le cas échéant, la violation immédiate de la norme, une réponse négative impliquera la recherche de la norme de prudence qui a été violée au regard du résultat attendu par la norme légale ou assimilée, en fonction alors, de toutes les circonstances de fait et de droit entourant l'accomplissement de l'acte.

SECTION 3. LA FAUTE COMME VIOLATION D'UNE NORME GÉNÉRALE DE PRUDENCE

24. La violation de la norme générale de prudence comme acte objectivement illicite: le principe. Si la violation d'une norme de comportement déterminé peut être constitutive d'un acte objectivement illicite, il existe une quantité de normes, d'origines diverses, imposant à l'indi-

vidu, selon les circonstances, de calquer sa conduite sur celle, hypothétique, du « bon père de famille »¹²⁷. Ces normes sont généralement reprises sous un vocable abstrait du type « norme générale de prudence »¹²⁸ ou de « norme de bon comportement »¹²⁹.

¹²⁷ Voy. B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, « Chronique de jurisprudence. La responsabilité civile (1996-2007). Volume 1. Le fait générateur et le lien causal », *o.c.*, p. 24, n° 4; S. COVEMAEKER et W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, *o.c.*, p. 239; R.-O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t. I, *o.c.*, p. 166, n° 262; G. SCHAMPS, « La prévisibilité d'un dommage en responsabilité civile. De son incidence sur la faute et sur le rapport de causalité », *o.c.*, pp. 380 et s., n° 6.

¹²⁸ Voy. par exemple, S. COVEMAEKER et W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, *o.c.*, p. 367 (« zorgvuldigheidsnorm »); B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK, G. GATHEM, « Chronique de jurisprudence. La responsabilité civile (1996-2007). Volume 1. Le fait générateur et le lien causal », *o.c.*, p. 23; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT et M. DEBAENE, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1994-1999) », *o.c.*, p. 1592, n° 12 (« zorgvuldigheidsnorm »); H. VANDENBERGHE, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (2000-2008) », *o.c.*, p. 1771 et p. 1847 (« zorgvuldigheidsnorm »); Th. VAN SWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, *o.c.*, p. 127 (« zorgvuldigheidsnorm »).

Cette norme n'impose a priori aucune conduite précise. Son contenu est à trouver dans la conduite qu'aurait eue un homme normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances de fait que le défendeur en responsabilité.

Causer le dommage ne suffit pas ici non plus¹³⁰, il faut démontrer que l'auteur de l'acte n'a pas adopté la conduite du « bon père de famille » placé dans les mêmes conditions¹³¹. Cet acte apparaît alors comme une erreur, une imprudence, une négligence ou une imprévoyance¹³².

25. La faute comme violation d'une norme générale de prudence. En tant que telle, la violation de la norme générale de prudence constitue l'élément objectif de la faute. Mais conformément à la vision bicéphale de la faute, la condition subjective doit également être remplie. Cette violation doit être imputable à l'agent qui l'a commise¹³³.

Cette imputabilité va cependant, selon nous, s'appréhender de manière particulière.

Si l'élément de discernement va s'imposer de la même façon que dans le cas de la violation d'une norme de comportement déterminé, la condition de prévisibilité d'un dommage nous paraît devoir être incluse dans la condition subjective de la faute et non, comme elle est généralement présentée, comme faisant partie d'une condition objective de la violation de la norme générale de prudence. Ce choix s'est imposé comme le plus cohérent dans notre volonté d'aborder le concept de faute dans la globalité de ses deux composantes. En effet, la prévisibilité d'un dommage nous paraît intrinsèquement liée à la capacité de l'agent de commettre ou non une violation de la norme.

Cela nous permettra aussi de faire un lien plus naturel avec la théorie des faits justificatifs qui, si elle s'applique bien

également en cas de violation de la norme générale de prudence, se résoud en réalité au sein même de la détermination même de la norme générale de prudence ou plutôt de la constatation que vu la circonstance contenue dans le fait justificatif en question, on en conclut que l'agent s'est comporté en réalité sans violation d'une norme générale de prudence.

On perçoit d'ailleurs ce faisant l'imbrication particulière des éléments subjectifs et objectifs de la faute en cas de violation de la norme générale de prudence qui interdit, selon nous, que ces éléments soient analysés indépendamment l'un de l'autre.

26. La recherche de la norme: la comparaison avec l'homme normalement prudent et diligent. L'appel au comportement de l'homme normalement prudent et diligent implique une appréciation *in abstracto*¹³⁴.

Il ne s'agit pas de prendre en compte les caractéristiques et capacités personnelles de l'auteur de l'acte. C'est pourquoi avoir égard à des éléments purement personnels comme son âge, son sexe, son inexpérience, ses craintes, son niveau d'éducation, etc. est en principe exclu¹³⁵.

Il s'agit au contraire de découvrir la règle de conduite violée dans le comportement d'une personne abstraite. Cette personne n'est cependant pas infaillible. Il ne s'agit pas de se référer à un homme extraordinaire, hors du commun. C'est la conduite de l'homme « normalement » prudent et diligent qu'il convient de rechercher¹³⁶.

Une erreur n'est donc pas nécessairement une faute si elle n'avait pas été commise par une personne normalement prudente et diligente placée dans les mêmes circonstances de fait¹³⁷. Elle ne doit pas être ici invincible au sens de la théorie des faits justificatifs.

^{129.} Voy. par exemple, X. THUNIS, *Responsabilité. Traité théorique et pratique*, Titre II, Dossier 20bis, *Théorie générale de la faute*, vol. 2, *La faute comme acte contraire au droit*, Kluwer, mise à jour 16 janvier 2006, p. 21; P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, t. II, o.c., p. 1190.

^{130.} H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, K. GEELLEN ET S. DE COSTER, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1979-1984) », o.c., p. 1283, n° 13.

^{131.} G. SCHAMPS, « La prévisibilité d'un dommage en responsabilité civile. De son incidence sur la faute et sur le rapport de causalité », o.c., p. 381, n° 6.

^{132.} R.-O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t. I, o.c., p. 166, n° 261.

^{133.} Pour un rappel: G. JOCQUÉ, « Bewustzijn en subjectieve verwijtbaarheid », o.c., p. 19, n° 19; H. VANDENBERGHE, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (2000-2008). Deel II. Foutvereiste. Algemene kenmerken », o.c., p. 1848, n° 36; Th. VAN SWEEVELT ET B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, o.c., p. 149, n° 207; J. VAN ZUYLEN, « Du fait justificatif à la force majeure: les visages contrastés de l'exonération de la responsabilité », o.c., p. 5, n° 5.

^{134.} Sur ce point, de manière plus approfondie: X. DANDOY, « Appréciation in abstracto de la faute civile extra-contractuelle », *Ann. Dr.*, 2007, pp. 111 et s.; H. VANDENBERGHE, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (2000-2008). Deel II. Foutvereiste. Algemene kenmerken », o.c., p. 1861, n° 39.

^{135.} L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle*, o.c., p. 39; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. II, Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 944, n° 944; G. SCHAMPS, « La prévisibilité d'un dommage en responsabilité civile. De son incidence sur la faute et sur le rapport de causalité », o.c., p. 381, n° 6; H. VANDENBERGHE, « Het aquiliaanse foutbegrip », o.c., p. 8, n° 6.

^{136.} L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle*, o.c., p. 40; J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence (1985-1995)*, Bruxelles, Larcier, 1997, p. 44, n° 36; G. SCHAMPS, « La prévisibilité d'un dommage en responsabilité civile. De son incidence sur la faute et sur le rapport de causalité », o.c., p. 381, n° 6; H. VANDENBERGHE, « Het aquiliaanse foutbegrip », o.c., p. 8, n° 6; Th. VAN SWEEVELT ET B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, o.c., p. 127: « Zo wordt door de rechtster opgemerkt dat de goede huisvader Batman niet is. De normaal zorgvuldige persoon beschikt niet over de moed van Achilles, de wijsheid van Odysseus of de kracht van Hercules. »; H. VANDENBERGHE, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (2000-2008). Deel II. Foutvereiste. Algemene kenmerken », o.c., p. 1862, n° 39; voy. également, Cass. (1^{re} ch.), 8 décembre 1994, *Pas.*, 1994, I, pp. 1063 et s.

^{137.} B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK ET G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007. Volume 1. Le fait générateur et le lien causal*, o.c., p. 28, n° 10.

27. La recherche de la norme: la prise en compte des mêmes circonstances de fait. L'abstraction a elle-même ses limites¹³⁸. Les circonstances « *externes* » de la situation auxquelles est confronté *in concreto* l'auteur de l'acte – à l'exclusion des circonstances « *internes* » spécifiques tenant à sa personnalité – doivent être prises en considération dans le contrôle opéré par le juge¹³⁹. Autrement dit, les circonstances externes qui ont influencé l'agent au moment où il a posé l'acte litigieux, seront prises en compte dans la recherche de l'attitude de l'homme normalement prudent et diligent.

On pense notamment aux circonstances externes de temps, de lieu, au milieu, à la profession exercée, le contexte socio-économique, etc.¹⁴⁰. Il nous paraît également que le fait d'agir via une personne morale ou non, avec des administrateurs professionnels ou non, etc. peut également avoir une incidence sur la norme de prudence à retenir.

La prise en compte des aptitudes professionnelles sera souvent essentielle en matière commerciale. Il faudra avoir égard dans la comparaison « *au professionnel de la même spécialité, normalement prudent, raisonnable et diligent* »¹⁴¹. Encore faut-il bien comprendre la portée de celle-ci. Avec d'autres, nous pensons qu'il ne s'agit nullement d'une brèche dans l'appréciation *in abstracto*. Il ne s'agit pas ici de rechercher quelle aptitude particulière et personnelle possède l'agent (son intelligence aiguë, son habileté particulière, etc.) mais celle qu'il est censé avoir au regard de ce qu'on attend d'un même professionnel ayant une même spécialité objective (l'avocat moyen est censé avoir une connaissance du droit sensiblement plus élevée que l'homme de

la rue, le banquier est censé avoir une connaissance spécifique des produits financiers que son établissement offre au public ou du risque du marché boursier nettement plus importante que le quidam non professionnel, etc.). Cette (in)capacité professionnelle « objective » doit cependant être généralisable et non spécifique à la personne¹⁴².

Il faut néanmoins admettre que cette délimitation entre circonstances « *externes* » et « *internes* » peut être délicate, voire carrément artificielle. Comment en effet prendre en considération le comportement du bon père de famille en faisant totalement abstraction de la situation propre à l'auteur des faits (âge, etc.)¹⁴³?

Le degré d'expérience personnel de l'agent est un bon exemple des limites de l'exercice. On relève en effet que les juges du fond prennent souvent l'(in)expérience personnelle de l'agent en considération, alors même que cet élément est clairement personnel à l'agent et ne serait pas nécessairement généralisable¹⁴⁴. Cette expérience particulière peut en effet « *rendre prévisible pour lui ce qui est imprévisible pour d'autres* »¹⁴⁵. Au contraire, l'inexpérience peut abaisser le standard de diligence retenu. L'âge, caractéristique personnelle par excellence, est aussi utilisé en jurisprudence comme critère objectif de comparaison¹⁴⁶ et les (in)capacités physiques de l'agent sont même parfois prises en considération par les juges du fond¹⁴⁷.

Ces circonstances doivent du reste être considérées comme déterminantes au moment de l'acte. Il faut se garder d'une appréciation *a posteriori*: la compréhension des événements

¹³⁸. « *Forcément, le type de comparaison ne pourra pas être un homo juridicus, une pure abstraction. Il serait irréel, et par conséquent, absurde.* » (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. II, Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 944, n° 944).

¹³⁹. Voy. par exemple, L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle*, o.c., p. 41; S. COVEMAERKER et W. VAN GERVEN, *Verbindenissenrecht*, o.c., p. 368; J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence (1985-1995)*, o.c., p. 45, n° 36; R.-O. DALCO, *Traité de la responsabilité civile*, t. I, o.c., p. 166, nos 263 et 264; H. VANDENBERGHE, « *Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (2000-2008). Deel II. Foutvereiste. Algemene kenmerken* », o.c., pp. 1861 et 1862.

¹⁴⁰. S. COVEMAERKER et W. VAN GERVEN, *Verbindenissenrecht*, o.c., p. 368; J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence (1985-1995)*, o.c., p. 45, n° 36; R. VANDEPUTTE, *Het aquiliaanse foutbegrip*, o.c., p. 16, n° 7; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT et M. DEBAENE, « *Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1994-1999)* », o.c., pp. 1607 et 1608, n° 16.

Voy. par exemple, Cass. (1^{re} ch.), 8 décembre 1994, *Pas.*, 1994, I, pp. 1063 et s. (magistrat normalement soigneux et prudent placé dans les mêmes conditions et circonstances de temps).

¹⁴¹. Voy. B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence (1996-2007)*. Volume 1. *Le fait générateur et le lien causal*, o.c., p. 25, n° 5 qui citent et commentent une jurisprudence constante des juges du fond. Aussi Cass. (1^{re} ch.), 5 juin 2003, *Pas.*, 2003, p. 1125; *J.L.M.B.*, 2004, p. 543, et obs. D. PHILIPPE; *R.G.D.C.*, 2005, p. 110, et note B. WEYTS; H. VANDENBERGHE, « *Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (2000-2008). Deel II. Foutvereiste. Algemene kenmerken* », o.c., pp. 1865 à 1871, n° 41; Th. VAN SWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, o.c., p. 130, n° 181.

¹⁴². X. DANDOY, « *Appréciation in abstracto de la faute civile extra-contractuelle* », o.c., p. 114, § 2; DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*. Volume 1. *Le fait générateur et le lien causal*, o.c., p. 25, n° 5.

¹⁴³. Sur ce point, voy. B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*. Volume 1. *Le fait générateur et le lien causal*, o.c., p. 10; H. VANDENBERGHE, « *Het aquiliaanse foutbegrip* », o.c., p. 10; la jurisprudence des juges du fond, notamment relative à l'appréciation de la prévisibilité d'un dommage, montre une personnalisation plus ou moins marquée du comportement de l'agent: les supériorités physiques ou intellectuelles même dans le cadre non professionnel mais parfois aussi l'âge, l'expérience et les habitudes sont pris en considération par la jurisprudence (cf. l'analyse critique de G. SCHAMPS, « *La prévisibilité d'un dommage en responsabilité civile. De son incidence sur la faute et sur le rapport de causalité* », o.c., p. 381, nos 6 à 11).

¹⁴⁴. X. DANDOY, « *Appréciation in abstracto de la faute civile extra-contractuelle* », o.c., p. 118, § 4; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence (1996-2007)*. Volume 1. *Le fait générateur et le lien causal*, o.c., p. 26, n° 6.

¹⁴⁵. X. DANDOY, « *Appréciation in abstracto de la faute civile extra-contractuelle* », o.c., p. 119.

¹⁴⁶. Sur ce critère et sa prise en considération en jurisprudence, voy. H. VANDENBERGHE, « *Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (2000-2008). Deel II. Foutvereiste. Algemene kenmerken* », o.c., pp. 1862 et à 1865, n° 40.

¹⁴⁷. H. VANDENBERGHE, « *Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (2000-2008). Deel II. Foutvereiste. Algemene kenmerken* », o.c., p. 1871, n° 42; Th. VAN SWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, o.c., p. 132, n° 183.

et des actes s'explique toujours plus aisément une fois que la réflexion a pu prendre la place de l'action¹⁴⁸.

28. L'imputabilité de la violation de la norme générale de prudence: un élément présent au fondement même la détermination de la norme de référence. Tout comme en cas de violation d'une norme de comportement déterminé, la violation d'une norme générale de prudence doit être imputée à son auteur¹⁴⁹.

Si d'évidence, la condition de discernement s'impose sans difficulté, on peut se demander si la condition d'imputabilité ne s'exprime pas sous d'autres formes.

On doit ici se rappeler que le passage à l'abstraction du comportement de l'homme normalement prudent et diligent se retrouve au centre du contrôle de l'imputabilité de la violation d'une norme de comportement déterminé. On la retrouve au moment de vérifier l'existence d'un fait justificatif en cas de violation d'une telle norme. L'erreur invincible, par exemple, est celle qui aurait été commise par tout homme normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances.

La violation d'une norme de prudence, de par son mode de détermination lui-même, comprend à la fois un élément purement objectif – la recherche du comportement du bon père de famille – et un élément plus subjectif, la prise en considération des éléments externes permettant de singulariser l'acte posé par l'agent. On a vu du reste que bon nombre d'éléments personnels à l'agent, comme son âge, son expérience, etc., étaient également pris en considération.

Même balisée par le principe d'abstraction et de généralisation, cette prise en considération des éléments concrets de l'acte comme environnement de celui-ci, permettra de personnaliser l'analyse de la responsabilité de l'agent. A ce moment, le caractère libre et conscient de l'acte posé paraît alors, hors problème du discernement, déduit du fait même de la prise en considération des circonstances concrètes qui l'entourent dans la détermination de la norme de conduite. Si transgression il y a eu, elle a dû être libre et consciente puisque l'homme normalement prudent ne l'aurait pas posé au vu des circonstances particulières auxquelles l'agent lui-même était confronté et de certaines caractéristiques même de sa personnalité. Et si des circonstances externes, comme un fait justificatif, avait annihilé cette volonté, on aurait nécessairement conclu à l'absence de transgression d'une

norme de prudence. Plus des éléments concrets et subjectifs sont pris en considération, plus la présomption paraît forte.

Cela démontre selon nous l'ambivalence intrinsèque de la détermination de la faute comme violation d'une norme de prudence: dans le cadre même de la détermination objective de la violation de la norme, on va – qu'on le veuille ou non – plus ou moins « personnaliser » l'acte posé par la prise en considération des circonstances qui entourent sa survenance. Même en s'en tenant à des critères généralisables, on va le baliser par des circonstances qui pourront, puisque l'agent les rencontre, être considérées comme propres ou personnelles à celui-ci (sa profession, son âge, son appartenance à une classe socioéconomique, son expérience, etc.) et permettront de supposer qu'il a posé l'acte qui lui est reproché librement et consciemment.

29. L'imputabilité de la violation de la norme générale de prudence: l'inclusion immédiate des faits justificatifs dans la détermination de la norme de conduite. Dès lors que l'élément subjectif est une condition commune à tous les types d'actes objectivement illicites pour être qualifiés de faute au sens de l'article 1383 du Code civil, la théorie des faits justificatifs devrait s'appliquer également en cas de violation d'une norme de prudence et diligence. Pourtant, elle ne paraît pas alors donner lieu à des débats spécifiques.

La raison paraît être que le fait justificatif se manifeste comme une circonstance à laquelle a été confronté l'agent au moment où l'acte a été posé. Sa prise en compte permettra de considérer que l'agent qui s'est conduit comme un homme normalement prudent et diligent n'a dès lors violé aucune norme de prudence¹⁵⁰. Le fait justificatif n'est alors pas perçu comme purgeant *a posteriori* le caractère fautif ou illicite de l'acte: il explique que l'on considère qu'aucune norme n'a été transgressée dans ces circonstances.

Ici encore, la double nature – objective et subjective – de la violation de la norme de prudence s'impose de manière éclatante puisque la non imputation d'un fait qui aurait dû être considéré comme objectivement illicite ne l'est plus du fait même de son absence d'imputabilité à une volonté libre et consciente.

30. La prévisibilité d'un dommage comme condition de la faute comme violation d'une norme générale de prudence. La prévisibilité d'un dommage est fréquemment pré-

¹⁴⁸. L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle*, o.c., p. 41; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence (1996-2007)*. Volume 1. *Le fait générateur et le lien causal*, o.c., p. 30, n° 12.

¹⁴⁹. Voy. L. CORNELIS et P. VAN OMMESSLAGHE, « Les faits justificatifs dans le droit de la responsabilité aquilienne », o.c., p. 269, n° 8; G. JOCQUÉ, « Bewustzijn en subjectieve verwijtbaarheid », o.c., p. 19, n° 19; H. VANDENBERGHE, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (2000-2008). Deel II. Foutvereiste. Algemene kenmerken », o.c., p. 1848, n° 36; Th. VAN SWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, o.c., p. 149, n° 207; J. VAN ZUYLEN, « Du fait justificatif à la force majeure: les visages contrastés de l'exonération de la responsabilité », o.c., p. 5, n° 5.

¹⁵⁰. Dans le même sens, L. CORNELIS et P. VAN OMMESSLAGHE, « Les faits justificatifs dans le droit de la responsabilité aquilienne », o.c., p. 275, n° 16; G. JOCQUÉ, « Bewustzijn en subjectieve verwijtbaarheid », o.c., p. 51, n° 50; adde J. VAN ZUYLEN, « Du fait justificatif à la force majeure: les visages contrastés de l'exonération de la responsabilité », o.c., pp. 10 et 11, n° 10.

sentée comme un élément constitutif de la faute, du moins lorsqu'il s'agit de la violation d'une norme de prudence et de diligence¹⁵¹, ce qui est confirmé par la jurisprudence de la Cour de cassation¹⁵². L'idée serait simple: on ne peut imaginer retenir la responsabilité d'une personne qui ne pouvait prévoir les conséquences dommageables de son acte. Comme l'a indiqué Jean-Luc FAGNART: « *Il n'y a pas faute à ne pas prévoir l'imprévisible.* »¹⁵³.

La condition spécifique de la faute qui en découle doit être bien comprise. Il n'y a pas forcément une faute parce que l'on pose un acte que l'on sait susceptible de créer un dommage¹⁵⁴. Ce n'est pas parce que des entreprises opèrent en posant des pratiques commerciales efficaces leur permettant d'acquérir une clientèle au détriment de leurs concurrents qui ainsi, peuvent subir un dommage, qu'elles ont commis une faute. Mais pour qu'il y ait faute au sens de la violation d'une norme générale de prudence, il faut que le dommage ait été prévisible.

La prévisibilité d'un dommage se justifie selon nous par la portée limitée des articles 1382 et 1383 du Code civil. Ces dispositions n'ont pas pour objet ou finalité d'interdire des comportements considérés comme fautifs par le juge. Le seul devoir qu'elles comprennent est celui de réparer les dommages consécutifs à la faute qui les a causés. Dès lors que ce comportement ne fait pas l'objet d'une interdiction qui serait contenue dans une règle de comportement déterminé par la loi au sens large, il est *a priori* licite et souvent couvert par une liberté privée spécifique (liberté d'entre-

prendre, de contracter, etc.). Si, *a priori*, l'agent ne peut prévoir que l'acte posé peut provoquer un dommage à autrui – et donc provoquer éventuellement l'application de ces dispositions et de la sanction de réparation – on ne pourra reprocher à l'agent un comportement *a priori* illicite sans violer le principe général de liberté. En effet, pourquoi l'agent aurait-il dû adopter un comportement différent – celui de l'homme normalement prudent et diligent – si l'acte posé était *a priori* totalement indifférent pour autrui?

C'est pourquoi on comprend également que cette condition ne soit pas retenue en ce qui concerne la violation d'une norme de comportement déterminé. Le comportement est en toute hypothèse interdit sur la base de la force obligatoire de la norme qui s'impose à tous. Il devait donc être respecté indépendamment de la question de savoir si sa violation pouvait ou non provoquer un dommage à autrui. On peut alors comprendre qu'il soit demandé réparation même au cas où le dommage n'était pas prévisible: le comportement était de toute façon interdit¹⁵⁵.

31. La portée de la prévisibilité d'un dommage comme condition de la faute. La portée de ce critère n'est pas toujours facile à saisir. Il ne faut pas démontrer que l'acte devait nécessairement impliquer un dommage réel mais il suffit que la création d'un dommage ait été raisonnablement perçue comme possible par son auteur¹⁵⁶. La prévisibilité ne porte pas sur le dommage occasionné *in concreto* ni sur son étendue. Le seul fait de pouvoir prévoir raisonnablement un dommage, *in abstracto*, suffit donc pour que cette condition

¹⁵¹ Voy. ainsi, L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle*, vol. I, o.c., pp. 46 et s.; S. COVEMAEKER et W. VAN GERVEN, *Verbindtenissenrecht*, o.c., p. 367; R.-O. DALCQ et G. SCHAMPS, « Examen de jurisprudence. La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle (1987 à 1993) », o.c., p. 537, n° 6 et 7; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. II, o.c., p. 941, n° 941; J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence (1985-1995)*, o.c., p. 43, n° 35; H. ROLIN, « Quelques remarques sur les engagements résultant des délits ou quasi-délits (art. 1382-1383 du Code civil) », *Bulletins de la Classe des Lettres et des Sciences morales et politiques*, 1927, t. XIII, pp. 85 et 86; G. JOCQUÉ, « Bewustzijn en subjectieve verwijtbaarheid », o.c., pp. 32 et s.; G. SCHAMPS, « La prévisibilité d'un dommage en responsabilité civile. De son incidence sur la faute et sur le rapport de causalité », o.c., pp. 377 et s., n° 4 et s., n° 19; H. VANDENBERGHE, « Het aquiliaanse foutbegrip », o.c., pp. 6 et s., n° 5 et 6; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT et M. DEBAENE, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1994-1999) », o.c., p. 1594, n° 13.

¹⁵² Voy. par exemple, Cass. (2^e ch.), 12 novembre 1951, *Pas.*, 1952, I, pp. 128 et s.: « *Attendu que, pour qu'un acte constitue une imprudence au sens des articles 418 et 420 du Code pénal et donne lieu à responsabilité en vertu des articles 1382, 1383 et 1384 du Code civil, il n'est pas requis qu'il soit de nature à causer un dommage certain; il suffit que le dommage soit une conséquence possible de l'acte, mais cette conséquence possible doit être prévisible, en manière telle que celui qui accomplit l'acte dommageable ne commet une imprudence dont il doit répondre que s'il devait prévoir le dommage et prendre les mesures nécessaires pour le prévenir;* »; Cass. (1^{re} ch.), 5 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, pp. 802 et s.: « *Attendu que, pour donner lieu à responsabilité en vertu des articles 1382, 1383 et 1384 du Code civil, le dommage causé par l'acte doit être un dommage que l'auteur devait raisonnablement prévoir* »; aussi, Cass. (2^e ch.), 15 décembre 1958, *Pas.*, 1959, I, pp. 385 et s.

¹⁵³ J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence (1985-1995)*, o.c., p. 43, n° 35.

¹⁵⁴ R.-O. DALCQ et G. SCHAMPS, « Examen de jurisprudence. La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle (1987 à 1993) », o.c., p. 537, n° 6; G. SCHAMPS, « La violation de la loi et la prévisibilité de la loi et la prévisibilité d'un dommage en matière aquilienne », o.c., p. 45, n° 3; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT et M. DEBAENE, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1994-1999) », o.c., p. 1593, n° 13 et p. 1606, n° 16; H. VANDENBERGHE, « De grondslag van kontraktuele en extra-kontraktuele aansprakelijkheid voor eigen daad », o.c., p. 133, n° 4.

¹⁵⁵ On ne peut donc être d'accord avec ceux qui y voient une condition inutile. En ce sens, R.-O. DALCQ, « La prévisibilité d'un dommage est-elle une condition nécessaire de la faute? », in *Hommage à Jacques Heenen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 87, n° 7: « *La nécessité de cette exigence ne nous paraît par contre nullement démontrée en matière civile si ce n'est par l'affirmation péremptoire, malgré les critiques de la doctrine, de l'identité des fautes civiles et pénales en matière de délits par l'imprudence.* » (aussi n° 3, 4 et 9).

¹⁵⁶ Voy. L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle*, vol. I, o.c., pp. 46 et 47, n° 25; R.-O. DALCQ et G. SCHAMPS, « Examen de jurisprudence. La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle (1987 à 1993) », o.c., p. 537, n° 6; J.-L. FAGNART, « Chronique de jurisprudence. La responsabilité civile (1976-1984) », *J.T.*, 1986, p. 299, n° 45; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, K. GEELLEN et S. DE COSTER, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1979-1984) », o.c., p. 1285 et p. 1290, n° 16; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT et M. DEBAENE, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1994-1999) », o.c., p. 1604, n° 15. Voy. aussi, spéc. Cass. (2^e ch.), 12 novembre 1951, *Pas.*, 1952, I, pp. 128 et s.

soit remplie¹⁵⁷. La prévision ou la prévisibilité raisonnable d'un dommage est elle-même à apprécier en fonction du critère de l'homme normalement prudent et diligent¹⁵⁸.

La doctrine est très divisée quant au statut à donner à cette exigence.

Celle-ci est alors parfois présentée comme une condition autonome de la faute, elle-même à apprécier en fonction d'une norme de prudence¹⁵⁹ ou comme condition inhérente à l'obligation générale de prudence¹⁶⁰. L'homme normalement prudent et diligent ne peut être fautif que s'il a pu, ou s'il devait, avoir conscience que, dans les circonstances concrètes rencontrées, l'acte qu'il posait était susceptible de créer un dommage pour autrui. En ce sens, on a pu écrire que la prévisibilité d'un dommage était le premier critère d'appréciation de la violation d'une norme générale de prudence¹⁶¹.

Certains n'y voient une utilité que dans les hypothèses où cette prévisibilité n'intervient pas pour la détermination d'une norme générale de prudence¹⁶².

Pour d'autres, enfin, dont nous sommes, la prévisibilité d'un dommage est inhérente à l'élément moral de la faute c'est-à-dire à son imputabilité¹⁶³. Nous y voyons une fois de plus le signe de l'ambivalence de la faute en général et de celle conçue comme la violation d'une norme générale de prudence en particulier. Faisant appel à la capacité de l'agent à prévoir un potentiel dommage consécutif à son acte, la condition s'insère naturellement dans la condition de l'imputabilité de l'acte.

Comme pour les faits justificatifs, son contrôle passe lui-même par la mise en œuvre d'une comparaison avec l'homme normalement prudent et diligent afin de vérifier si ce dernier aurait ou non dû prévoir le dommage causé à autrui dans les circonstances de fait données. Une objectivation de l'élément subjectif de la faute apparaît donc également concernant cette condition qui, comme le relève Xavier THUNIS¹⁶⁴, souligne la proximité entre la composante subjective et objective de la faute conçue comme violation d'une norme générale de prudence.

SECTION 4. LA FAUTE COMME VIOLATION D'UN DROIT SUBJECTIF

32. Introduction. Au vu de la conception traditionnelle de la faute, la violation d'un droit subjectif ne pourrait *a priori* constituer un acte objectivement illicite qu'au travers d'une des deux catégories dégagées par la doctrine et la jurisprudence dominantes: la violation d'une norme déterminée ou d'une norme générale de prudence. Bien entendu, en plus de l'acte objectivement illicite, il faut en outre que l'acte soit

imputable à son auteur et remplisse de manière générale les conditions subjectives de la faute. Mais il n'y aurait pas de place pour une faute spécifique comprise au départ de la violation du droit subjectif lui-même.

Pourtant, depuis plusieurs années apparaissent des voix dissonantes. La violation d'un droit subjectif pourrait être con-

¹⁵⁷. Ch. HENNAU-HUBLET et G. SCHAMPS, « Responsabilité pénale et responsabilité civile: une parenté contestée », *o.c.*, p. 184, n° 76; J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence (1985-1995)*, *o.c.*, p. 43, n° 35.

¹⁵⁸. R.-O. DALCQ et G. SCHAMPS, « Examen de jurisprudence. La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle (1987 à 1993) », *o.c.*, p. 537, n° 7. L'analyse de la jurisprudence des juges du fond fait cependant apparaître une personnalisation plus ou moins marquée du comportement de l'agent (*idem*, pp. 538 et s., n° 8; sur ce dernier point surtout, G. SCHAMPS, « La prévisibilité d'un dommage en responsabilité civile. De son incidence sur la faute et sur le rapport de causalité », *o.c.*, p. 381, n°s 6 et s.); G. SCHAMPS, « La violation de la loi et la prévisibilité de la loi et la prévisibilité d'un dommage en matière aquilienne », *o.c.*, p. 47, n° 8; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT et M. DEBAENE, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1994-1999) », *o.c.*, p. 1596, n° 14.

¹⁵⁹. R.-O. DALCQ et G. SCHAMPS, « Examen de jurisprudence. La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle (1987 à 1993) », *o.c.*, p. 537, n° 6 *in fine*; L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle*, *o.c.*, p. 48, n° 26 et p. 49, n° 28; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE et L. WYNANT, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1985-1993) », *o.c.*, p. 1184, n° 17; Th. VAN SWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, *o.c.*, p. 134, n°s 186 et s.

¹⁶⁰. Voy. par exemple, S. COVEMAEKER et W. VAN GERVEN, *Verbindenissenrecht*, *o.c.*, p. 367; G. SCHAMPS, « La prévisibilité d'un dommage en responsabilité civile. De son incidence sur la faute et sur le rapport de causalité », *o.c.*, p. 380, n° 6; H. VANDENBERGHE, « De grondslag van kontraktuele en extra-kontraktuele aansprakelijkheid voor eigen daad », *o.c.*, p. 132, n° 4.

¹⁶¹. H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, K. GEELLEN et S. DE COSTER, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1979-1984) », *o.c.*, p. 1283, n° 14; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT et M. DEBAENE, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1994-1999) », *o.c.*, p. 1593, n° 13.

¹⁶². L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle*, vol. I, *o.c.*, pp. 47 et s., n°s 26 et 27: s'il s'agit de sanctionner un acte qu'un homme normalement prudent et diligent n'aurait pas commis dans les circonstances de fait parce qu'il savait ou devait savoir qu'il donnerait naissance au dommage – concret – dont la réparation est demandée, la prévisibilité d'un dommage n'est pas une condition distincte de la violation de la norme générale de prudence. Selon l'auteur, elle est donc inutile. Par contre, si la prévisibilité d'un dommage tel que créé *in concreto* n'est pas entrée en compte dans la détermination elle-même de la norme générale de prudence, alors la condition de prévisibilité d'un dommage prend tout son sens comme condition de la faute.

¹⁶³. Dans le même sens, B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », *o.c.*, pp. 11, 33 et 34; l'auteur fait cependant une distinction entre la prévisibilité de tout dommage quelconque, condition de l'imputabilité, et la prévisibilité d'un dommage dont il est précisément demandé réparation, relevant de l'analyse du lien causal (p. 11); comp. L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle*, *o.c.*, p. 49, n° 27; G. JOUQUÉ, « Bewustzijn in subjectieve verwijtbaarheid », *o.c.*, p. 32, n° 32; X. THUNIS, *Responsabilité. Traité théorique et pratique*, Titre II, Dossier 20bis, *Théorie générale de la faute*, vol. 2, *o.c.*, p. 24 et spéc. note 2; *Idem*, *Responsabilité. Traité théorique et pratique*, Titre II, Livre 20ter, *Théorie générale de la faute*, vol. 3, *La faute comme acte imputable à son auteur*, *o.c.*, p. 10, n° 7 *in fine*.

¹⁶⁴. X. THUNIS, *Responsabilité. Traité théorique et pratique*, Titre II, Dossier 20bis, *Théorie générale de la faute*, vol. 2, *o.c.*, p. 24 et spéc. note 2.

sidérée comme une catégorie particulière d'acte objectivement illicite. Une fois encore, nous pensons que l'approche globale et unitaire de la faute comme résultante d'une condition objective et d'une condition subjective permet de justifier et de conforter cette opinion.

33. La violation d'un droit subjectif: un élément à la limite de la faute et du dommage. Dans la problématique de la violation des droits d'autrui, un autre élément doit impérativement être pris en considération sous peine de passer à côté de l'essence du débat: la qualification de l'atteinte au droit oscille entre celle de faute et de dommage.

Alors que lors de la rédaction du Code civil ainsi qu'au 19^e siècle l'assimilation de la notion de faute à l'atteinte aux droits d'autrui est fréquente¹⁶⁵, l'atteinte aux droits d'autrui est plutôt assimilée au dommage au début du 20^e siècle. En effet, si le procureur général LECLERCQ a proposé dans la première moitié du 20^e siècle une théorie en vue d'assimiler la violation d'un droit subjectif à une faute *in se*¹⁶⁶, distincte des deux autres catégories traditionnelles, c'est précisément en réaction à l'assimilation de l'atteinte à l'intégrité physique et à la propriété au dommage qui en naît.

L'atteinte au droit subjectif d'autrui peut en effet tant se comprendre comme une transgression des pouvoirs du titulaire sur le bien qui en forme l'objet, que l'expression de la reconnaissance d'un dommage au sens de l'expression du dégât qui a été porté au bien qui forme l'objet du droit¹⁶⁷.

Ainsi, la constatation de la destruction d'un bien meuble suite à l'acte d'un tiers est généralement comprise comme une violation des droits de son propriétaire mais peut se percevoir tant comme prouvant l'atteinte aux pouvoirs exclusifs de son propriétaire (un acte illicite) que la perte matérielle de la valeur du bien pour ce dernier (un dommage). Il peut en être de même de la constatation d'une contrefaçon. Le logiciel contrefait permet tant de déduire le non-respect du pouvoir du titulaire du droit d'auteur de consentir à son utilisation que l'existence d'une perte du fait, à tout le moins, du

non-paiement de la licence d'utilisation.

L'assimilation de l'atteinte au droit au dommage a été d'autant plus forte que ce dernier a longtemps été défini restrictivement par rapport à une telle atteinte¹⁶⁸. Même si cette interprétation a été rejetée depuis, il n'en reste pas moins que la constatation de l'existence d'un dommage à ce qui fait l'objet du droit permet très souvent en pratique d'en inférer la violation du droit lui-même.

Le problème est alors de distinguer les hypothèses où l'acte d'atteinte au droit pourrait constituer une faute de celles où l'atteinte au droit participe uniquement à la source et à la constatation d'un dommage. En effet, comme l'avait déjà parfaitement compris le procureur général LECLERCQ¹⁶⁹, on ne pourrait admettre que toute atteinte au droit est nécessairement fautive. Elle l'est seulement dans certaines circonstances caractérisant la faute. Il faut dès lors s'accorder sur des critères permettant le basculement d'une hypothèse à l'autre.

Doctrine et jurisprudence ont toujours échoué à arrêter de tels critères en droit positif belge. D'où l'émergence d'une vision traditionnellement binaire de la problématique: soit l'atteinte au droit est toujours une faute, soit elle est reléguée à la source du dommage, la faute trouvant alors sa source dans la violation d'une règle externe au droit subjectif: règle de prudence ou règle de comportement déterminé.

34. Une jurisprudence constante de la Cour de cassation: l'atteinte au droit n'est pas une faute. Porter atteinte aux droits d'autrui n'est pas illicite en soi, seule l'atteinte *fautive* à ces droits est sanctionnée par les articles 1382 et 1383 du Code civil. Dans cette optique, tout comportement, qu'il soit ou non pris en violation d'un droit subjectif, doit, pour être fautif, soit constituer la violation d'une règle de prudence, soit constituer la violation d'une règle de comportement déterminé. Ce faisant la notion de faute n'est pas comprise de manière différente selon que l'acte analysé porte atteinte à un droit subjectif, à une liberté civile ou à un intérêt légitime¹⁷⁰.

¹⁶⁵. Notamment DE GRUILLÉ, MARCADÉ, LAURENT, PLANIOL. Voy. pour les références, Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, o.c., pp. 396 et s., n° 237.

¹⁶⁶. Dans le cas d'une atteinte immédiate au droit, le procureur général plaide pour l'admission d'une faute spécifique constituée de l'atteinte au devoir légal de respect des droits d'autrui, sauf cas de force majeure. Dans le cas d'une atteinte médiate, on doit vérifier si, en dehors de l'atteinte au droit, une règle de prudence ou une règle légale a été violée pour pouvoir conclure à une faute (pour une étude fouillée de la thèse du procureur général LECLERCQ, voy. *Idem*, pp. 399 et s.; pour l'énoncé de celle-ci par le procureur général, voy. note sous Cass. (1^{re} ch.), 23 juin 1932, *Pas.*, 1932, I, pp. 200 à 211; conclusions précédant Cass. (1^{re} ch.), 21 janvier 1937, *Pas.*, 1937, I, pp. 23 à 31; conclusions précédant Cass. (1^{re} ch.), 17 mars 1938, *Pas.*, 1938, I, pp. 96 et 97.

¹⁶⁷. Pour une même constatation, H. BOCKEN et I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, o.c., p. 109; H. BOCKEN, « Nog iets over inbreuk op recht? », in *Liber Amicorum Walter van Gerven*, Deurne, Kluwer, 2000, pp. 197 et s., spéc. n° 13: « Een onderscheid dringt zich dus op tussen gedragingen die een onrechtmatige inbreuk op recht uitmaken en gedragingen die (slechts) schade toebrengen aan het goed of belang waarop het recht betrekking heeft. »

¹⁶⁸. Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, o.c., pp. 388 et s., n°s 232 et s.

¹⁶⁹. Le procureur général distingue en effet en cas d'atteinte au droit subjectif, le fait illicite immédiat constitutif d'une faute et le fait illicite médiate qui n'est constitutif d'une faute que s'il peut être considéré comme une imprudence. Sur cette distinction, voy. Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, o.c., p. 402, n° 240.

¹⁷⁰. Ainsi que l'a précisé l'avocat général SPREUTELS dans ses conclusions sous un arrêt de la Cour de cassation. Faisant le point sur la notion de faute, ce dernier précise que la faute naît d'un comportement s'analysant en une erreur de conduite ou une violation d'une norme de droit national. Ce faisant, il précise en note que la notion même de comportement doit se comprendre comme « toute action ou omission de nature à produire des effets directs sur les droits, libertés ou intérêts des personnes » (conclusions de l'avocat général J. SPREUTELS précédant Cass. (1^{re} ch.), 26 juin 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 817, n° 7, et note 11).

La Cour de cassation a confirmé son point de vue à diverses reprises¹⁷¹. Elle est présentée traditionnellement comme une prise de position de rejet à l'égard des thèses du procureur général LECLERCQ qui, en début de 20^e siècle, avait défendu une thèse favorable à la reconnaissance d'une catégorie de faute spécifique en cas de violation d'un droit subjectif.

Le rejet de la théorie de Paul LECLERCQ par la Cour de cassation et, par conséquent, de l'acceptation de l'assimilation entre la faute et l'atteinte au droit subjectif qui en découle, est quasi unanimement approuvé par la doctrine actuelle de la responsabilité civile en Belgique¹⁷². Il en découle que l'atteinte à un droit subjectif ne joue *a priori* aucun rôle dans la détermination de la faute. Il faut relever la violation d'autres règles en amont de l'acte de violation du droit pour remplir la condition de faute imposée par les articles 1382 et 1383 du Code civil.

On verra que certains tentent aujourd'hui de contourner cette jurisprudence en partant du principe que la violation du droit serait automatiquement une violation de la loi qui le consacre et donc une faute. Ce faisant, ils en reviennent très exactement au contenu de la position du procureur général LECLERCQ: violer le droit d'autrui est *a priori* fautif, sauf à prouver un fait justificatif ou une cause d'exonération de responsabilité. La seule différence est que le procureur général n'identifiait pas la source du devoir de respect aux lois consacrant chaque droit subjectif en particulier.

35. La persistance d'exemples d'assimilation en droit positif. L'assimilation entre la faute et l'atteinte aux droits subjectifs a cependant conservé un écho en droit belge.

Elle se comprend dans la mesure où la position de la Cour de cassation paraît excessive. En rejetant la théorie du procureur général LECLERCQ, elle empêche toute hypothèse d'assimilation entre la faute et l'atteinte aux droits subjectifs d'autrui. Or, ce refus mène à des incohérences théoriques et pratiques notamment en ce qu'il revient à nier l'effet d'opposabilité des droits subjectifs et le nécessaire devoir de respect des droits d'autrui qui s'impose à tous.

Cette incohérence est d'autant plus grande que le droit positif reconnaît et sanctionne ce devoir par de multiples actions indépendantes *a priori* de la faute. On pense par exemple à l'action en contrefaçon en matière de propriété intellectuelle ou à l'action en revendication en matière de droit de propriété¹⁷³. Cette jurisprudence contredit aussi une tendance limitée mais tangible du droit positif à admettre que la faute puisse être constituée de l'atteinte aux droits subjectifs d'autrui.

Une partie de plus en plus importante de la doctrine actuelle est encline à admettre, sur la base de ce constat, une telle assimilation, à des conditions il est vrai divergentes¹⁷⁴.

L'assimilation de la faute à l'atteinte aux droits de la personnalité, considérés comme des droits subjectifs, est récurrente

¹⁷¹. La Cour de cassation rappelle souvent, au point que cela devienne une figure de style, que c'est l'atteinte « fautive » ou « illégale » au droit qui conditionne la responsabilité de celui qui y porte atteinte, se fondant implicitement sur l'idée selon laquelle la constatation de l'atteinte ne suffit pas pour qu'il y ait une faute au sens des art. 1382 et 1383 du Code civil. Voy., à titre d'exemples: Cass. (1^{re} ch.), 28 septembre 2006, C.02.0570.F/18, disponible sur www.cass.be: « L'Etat est, comme les gouvernés, soumis aux règles de droit, et notamment à celles qui régissent la réparation des dommages découlant des atteintes portées par des fautes aux droits subjectifs et aux intérêts légitimes des personnes »; Cass. (1^{re} ch.), 29 juin 2000, Bull., 2000, pp. 1222 et s.: « Attendu qu'en vertu de l'article 144 de la Constitution le pouvoir judiciaire est compétent tant pour prévenir que pour réparer une lésion illicite d'un droit civil »; Cass. (1^{re} ch.), 20 juin 1997, Bull., 1997, I, pp. 713 et s.: « Attendu que l'Etat et toute autre personne de droit public, ainsi que les justiciables, sont soumis aux règles de droit et, notamment, aux règles relatives à la réparation du dommage résultant de la violation des droits subjectifs et des intérêts légitimes des particuliers ensuite d'une faute »; Cass. (1^{re} ch.), 19 décembre 1991, Pas., 1992, pp. 316 et s.: « Attendu que l'Etat est, comme les gouvernés, soumis aux règles de droit, et notamment à celles qui régissent la réparation des dommages découlant des atteintes portées par des fautes aux droits subjectifs et aux intérêts légitimes des personnes »; Cass. (1^{re} ch.), 18 juin 1987, Pas., 1987, I, pp. 1299 et s.: « Attendu que la faute de la défenderesse peut consister (...) aussi dans le fait qu'elle aurait illégalement porté atteinte au droit de propriété du demandeur ».

¹⁷². Outre les auteurs qui ont, à l'époque, critiqué la théorie de Paul LECLERCQ, voy. par exemple: L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle*, vol. I, o.c., 1991, pp. 156 et s., n° 84; J. DABIN et A. LAGASSE, « Examen de jurisprudence. La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle (C. civ., art. 1382 et s.) (1939 à 1948) », o.c., p. 55, n° 13; R.-O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, 2^e éd., t. I, o.c., p. 160, n° 237 et p. 163, nos 249 et 250; J. LIMPENS, « La faute et l'acte illicite en droit comparé », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, t. III, Bruxelles-Paris, Bruylant-Sirey, 1963, p. 735, n° 23; G. SCHAMPS, *La mise en danger: un concept fondateur d'un principe général de responsabilité*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1998, p. 613, n° 33; R. VANDEPUTTE, *HET AQUILIAANS FOUTBEGRIIP*, Anvers-Apeldoorn, Ced.Samsom, 1983, pp. 30 et 31, n° 7; P. VAN OMMELAGHE, *Droit des obligations*, t. II, o.c., pp. 1142 et s., n° 804.

¹⁷³. Pour un même constat et le relevé de ces incohérences, voy. H. BOCKEN, « Nog iets over inbreuk op recht? », in *Liber Amicorum Walter van Gerven*, o.c., pp. 190 et s.; Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, o.c., pp. 438 et s.

¹⁷⁴. Voy. ainsi, avec aussi des références à la reconnaissance d'une catégorie de faute spécifique en droit néerlandais, H. BOCKEN et I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, o.c., p. 109; S. COVEMAEKER et W. VAN GERVEN, *Verbindenissenrecht*, 3^e éd., o.c., pp. 337 et s.; aussi, B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence (1996-2007)*, vol. I, o.c., pp. 45 et s., n° 36 qui admettent également à notre suite que l'élément objectif de la faute puisse être constitué de la violation du devoir de respect issu de l'opposabilité des droits subjectifs; H. VANDENBERGHE, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (2000-2008). Deel II. Foutvereiste. Algemene kenmerken », o.c., pp. 1811 et s., n° 24 qui fait une distinction selon que le devoir de respect est précis (pour les droits subjectifs au sens strict) ou vague et imprécis (pour les droits de l'homme et autres libertés fondamentales) mais rappelle que le principe reste en droit positif la non-assimilation de la faute avec la violation du droit subjectif quel qu'il soit. On approuve la distinction relevée dès lors qu'il s'agit en réalité d'un effet d'opposabilité différent, propre à ce que nous qualifions de libertés civiles ou privées (sur cette distinction, voy. Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, o.c., pp. 486 et s.; aussi « L'abus de la liberté de ne pas contracter: une application excessive de la théorie de l'abus de droit », et note sous Cass. (1^{re} ch.), 7 octobre 2011, *R.C.J.B.*, 2013, en cours de publication).

en doctrine¹⁷⁵ et jurisprudence belges¹⁷⁶. Si certains ont prôné la même approche concernant l'atteinte aux droits de l'homme et autres droits fondamentaux¹⁷⁷, la jurisprudence ne paraît qu'y donner un faible écho et semble nettement préférer un mode de résolution de conflit passant par une recherche d'équilibre des intérêts ou d'équilibre, donnant lieu à une faute conçue alors comme violation d'une norme de prudence¹⁷⁸. Cette approche est en effet plus conforme à leur qualification de liberté privée, qu'il ne faut pas confondre avec celle de droit subjectif au sens strict.

On retrouve également la même tendance en ce qui concerne le droit à l'environnement. Sa qualification en droit subjectif est en effet perçue comme un avantage, notamment en ce qui concerne l'assimilation possible de sa violation à la faute¹⁷⁹.

Encore plus fréquente est l'assimilation de l'atteinte aux droits d'auteur et voisins à la faute¹⁸⁰ mais elle est alors parfois justifiée par le passage à la violation de la loi qui fonde le droit de propriété intellectuelle et énonce le principe de son opposabilité¹⁸¹.

Une partie, certes minoritaire, de la doctrine belge – dont

nous faisons partie – prône également que le fondement de la responsabilité du tiers complice est à trouver dans l'atteinte au droit de créance¹⁸².

36. La convergence: le fondement de l'assimilation recherché dans la qualification de droit subjectif et ses caractéristiques. Le fondement de l'assimilation entre la violation du droit subjectif et la faute semble généralement recherché dans la qualification et les caractéristiques du droit subjectif. Trop rares sont cependant les études de fond tendant à une compréhension précise du lien entre la faute et l'atteinte au droit subjectif, seule voie possible afin d'offrir un fondement solide à l'assimilation.

La plupart du temps absente, la justification se fait parfois de manière très générale par référence à la qualification même du droit en question ou du droit subjectif en général¹⁸³. Une telle justification ne peut suffire à elle-même eu égard au rejet de principe de cette assimilation telle que relevée ci-avant.

Certains auteurs franchissent un pas supplémentaire en faisant appel explicitement à l'opposabilité ou à l'exclusivité

¹⁷⁵ Voy. par exemple, W. DEBEUCKELAERE, « De juridische mechanismen m.b.t. de persoonlijke levenssfeer », in *Het recht op privacy en de sluiers van het recht*, Anvers, Kluwer rechtswetenschappen, 1988, p. 20, n° 4; E. GULDIX, « Algemene systematische beschouwingen over het persoonlijkheidsrecht op de eigen afbeelding », *R.W.*, 1980-1981, col. 1164, n° 4; *Idem*, « De rechtsbescherming van de persoonlijke levenssfeer door persoonlijkheidsrechten », *Vl. T. Gez.*, 1986-1987, p. 209, n° 19; B. OVERSTEYNS, « Het recht op eerbieding van het privéleven », *R.W.*, 1988-1989, p. 496, n° 27, *in fine*; S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *Le droit de la presse*, Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, 2000, p. 304, n° 530; M. ISGOUR et B. VINÇOTTE, *Le droit à l'image*, Bruxelles, Larcier, 1998, pp. 124 et 125, n°s 171 et 172.

¹⁷⁶ Voy. par exemple, les décisions citées dans B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence (1996-2007)*, vol. I, o.c., p. 47 et notamment Gand (26^e ch.), 12 juin 2001, *A.M.*, 2002, pp. 169 et s. (droit à la vie privée et à l'honneur) où la cour parle de faute intentionnelle (opzettelijke fout); Civ. Bruxelles (33^e ch.), 19 mai 2000, *A.M.*, 2000, pp. 338 et s. (droit à l'image); aussi Gand, 20 septembre 2006, *A.M.*, 2007, p. 386 (droit à l'image).

¹⁷⁷ Voy. les références citées dans Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, o.c., p. 424, et note 1259.

¹⁷⁸ Voy. les nombreuses références citées par B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence (1996-2007)*, vol. I, o.c., p. 48, n° 37 qui approuve explicitement cette approche. De même en matière de presse et d'atteintes à la vie privée, H. VANDENBERGHE, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (2000-2008). Deel II. Foutvereiste. Algemene kenmerken », o.c., pp. 1835 et s., n° 33.

¹⁷⁹ H. BOCKEN, « Nog iets over inbreuk op recht? », in *Liber Amicorum Walter van Gerven*, Deurne, Kluwer, 2000, p. 187, n° 4 et réf. citées.

¹⁸⁰ Voy. par exemple, J. CORBET, *Auteursrecht*, Anvers, Kluwer-E-Story-Scientia, 1997, p. 103, n° 262: « Vermits het auteursrecht een absoluut recht is, bestaat de fout in iedere overtreding van dat recht, zelfs onopzettelijk, zelfs uit onwetendheid. »; F. DE VISSCHER, obs. sous Cass., 10 mars 1994, *R.D.C.*, 1995, p. 287, n° 6: « Celle-ci (ndlr: la contrefaçon) appelle d'emblée la condamnation à la cesser. Elle constitue aussi nécessairement une faute qui, sauf cause d'exonération, engage la responsabilité civile de celui qui l'a commise, et oblige celui-ci à réparer le préjudice subi par le titulaire du droit d'auteur et les autres personnes lésées (tels les licenciés et distributeurs des produits authentiques) »; F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruylant, 2000, p. 521, n° 655: « La violation du droit d'auteur ou d'un droit voisin constitue en soi une faute. »; A. PUTTEMANS, « Quelles suites donner à la future directive en Belgique? », in *Beteugeling van inbreuken op intellectuellen rechten. Combatte les atteintes à la propriété intellectuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 192, n° 35 où l'auteur énonce de manière générale: « L'atteinte à un droit intellectuel, acte de contrefaçon, est une violation de la loi qui l'interdit. En tant que telle, elle constitue une faute au sens de l'article 1382 du Code civil et oblige le contrefacteur à réparer le dommage causé par cette faute. »; *Idem*, « Les droits intellectuels en action (s) », in *Les droits intellectuels: développements récents*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 36, n° 38; L. VAN BUNNEN, « Procédure pénale et civile (L'action en contrefaçon) », in *Belgisch auteursrecht van oud naar nieuw. Le renouveau du droit d'auteur en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 422: « En cas d'action civile, la responsabilité du contrefacteur est engagée indépendamment de toute intention frauduleuse du seul fait de la reproduction illicite de l'œuvre d'un tiers. » Pour des exemples en jurisprudence, voy. par exemple, Civ. Bruxelles (24^e ch.), 3 février 2006, *A.M.*, 2006, pp. 450 et s.; Mons (12^e ch.), 13 mai 2002, *A.M.*, 2002, pp. 421 et s., et note F. BRISON, spéc. p. 424: « Qu'il n'est pas démontré que Madacy aurait commis une faute autre que celle d'avoir violé les droits de producteur de la première fixation depuis le 1^{er} août 1994 », cette violation ayant été constatée du fait de l'absence de convention conclue avec le titulaire des droits et de l'absence de preuve d'une acquisition légitime de ces droits auprès d'un tiers; Gand (17^e ch.), 16 avril 2002, *A.M.*, 2002, pp. 347 et s.; Bruxelles (9^e ch.), 23 mars 2001, *A.M.*, 2001, pp. 375 et s., et note E. DERCLAYE et A. CRUQUENAIRE.

¹⁸¹ Voy. par exemple, F. DE VISSCHER, obs. sous Cass., 10 mars 1994, o.c., p. 287; F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, o.c., p. 76, n° 90; F. PETILLON, « Précisions bienvenues sur la responsabilité objective et la réparation du dommage en droit d'auteur », et note sous Civ. Gand (1^{re} ch.), 10 janvier 2007, *I.R. D.I.*, 2007, p. 21; A. PUTTEMANS, « Quelles suites donner à la future directive en Belgique? », o.c., p. 192, n° 35; *Idem*, « Les droits intellectuels en action (s) », o.c., p. 36, n° 38.

¹⁸² Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, o.c., pp. 681 à 756; *Idem*, « Pour un dépassement des impasses de la théorie de la tierce-complicité », o.c., pp. 2 et s.

¹⁸³ Voy. par exemple, W. DEBEUCKELAERE, « De juridische mechanismen m.b.t. de persoonlijke levenssfeer », o.c., p. 20, n° 4; S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *Le droit de la presse*, o.c., p. 304, n° 530; M. ISGOUR et B. VINÇOTTE, *Le droit à l'image*, Bruxelles, Larcier, 1998, pp. 124 et 125, n°s 171 et 172.

des droits subjectifs¹⁸⁴, rejoignant ainsi, généralement sans s'en rendre compte, l'opinion déjà émise par Paul LECLERCQ. Peu d'entre eux cependant, cherchent à justifier ce fondement, notamment au regard de l'évolution de la jurisprudence et de l'opinion doctrinale dominante qui rejettent les thèses de LECLERCQ¹⁸⁵.

A l'exception notable d'Hubert BOCKEN¹⁸⁶, la plupart font l'impasse sur l'apport principal de la théorie de LECLERCQ: l'atteinte au droit peut dans certains cas, constituer une faute, dans d'autres non.

37. La faute comme violation consciente et volontaire des droits subjectifs d'autrui¹⁸⁷. Nous nous rangeons résolument dans le courant favorable à l'admission d'une catégorie de faute spécifique au départ de la violation des droits subjectifs au sens strict. Comme toute faute, elle comporte un critère objectif et un critère subjectif.

Le critère objectif est constitué de la violation du devoir de respect issu de l'opposabilité du droit subjectif¹⁸⁸. Pouvoir exclusif reconnu à son titulaire, le droit subjectif s'impose à tous indépendamment des circonstances de sa violation, sauf application de la théorie correctrice de l'abus de droit. Un tiers ne peut emprunter le bien d'autrui, exploiter une œuvre protégée ou contracter au mépris du droit subjectif de créance d'autrui, sans le consentement du titulaire du droit subjectif en cause.

On retrouve alors *mutatis mutandis* le critère objectif utilisé en cas de violation d'une norme de comportement déterminé: le tiers ne peut porter aucun acte qui viole le devoir de respect des droits d'autrui qui s'impose à lui comme une règle de comportement déterminé. N'ayant par définition aucun pouvoir à faire valoir sur ce qui forme l'assiette du droit exclusif d'autrui, le comportement d'abstention attendu de lui se perçoit normalement clairement.

L'élément *subjectif* de la faute est constitué de l'atteinte consciente et volontaire au droit subjectif. Il ne suffit pas d'y porter atteinte mais il faut également que le tiers ait eu ou dû

avoir conscience de violer le droit subjectif d'autrui. Là est, selon nous, le critère décisif permettant de qualifier de faute une atteinte objective au droit subjectif d'autrui.

Sans cela, sur la base du seul critère objectif¹⁸⁹, on en arriverait à retenir comme fautives la quasi-totalité des atteintes aux droits d'autrui sans distinguer les cas d'atteintes relevant de la faute et celles relevant du dommage qui imposent, pour donner lieu à réparation, de constater en amont de l'atteinte au droit une violation d'une règle de prudence ou d'une règle de comportement déterminé.

La conscience de l'atteinte au droit subjectif va généralement de soi lorsqu'il s'agit de porter atteinte à l'assiette matérielle d'un droit subjectif: le tiers qui veut user d'un bien ou d'une œuvre protégée sur lequel il n'a aucun droit sait ou doit savoir que, ce faisant, il viole le devoir de respect des droits d'autrui s'imposant à lui. Pour certains droits, un système de publicité est organisé (pour les droits réels immobiliers par exemple). Pour d'autres enfin, dont l'existence n'est pas perçue par les sens et qui ne bénéficient pas d'un régime de publicité – le droit subjectif de créance, par exemple – il faudra prouver la connaissance concrète du droit par le tiers qui y porte atteinte, voire passer par le comportement abstrait de l'homme normalement prudent et diligent pour vérifier s'il devait avoir cette connaissance. C'est par exemple le cas en matière de tierce-complicité.

Cet élément de conscience ne suffit pas. En effet, si on en reste là, pratiquement, toute violation objective d'un droit subjectif serait fautive dès lors que l'agent a pu – même abstraitement – avoir conscience de l'existence du droit d'autrui. Or, tel ne peut être le cas. On peut être conscient de l'existence du droit d'autrui sans avoir aucune volonté de le violer. Si une entreprise rachète un stock de marchandises à une autre qui lui garantit cependant avoir acquis les droits suffisants pour opérer la transaction sans qu'elle ait raisonnablement la possibilité de le vérifier, l'atteinte au droit d'autrui ne sera pas nécessairement à la base d'une faute spécifique. Elle le sera, selon notre critère, si un élément de volonté peut être rapporté.

¹⁸⁴. Voy. par exemple, J. CORBET, *AUTERSRECHT*, o.c., p. 103, n° 262 (référence au caractère absolu du droit d'auteur); F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, o.c., p. 521, n° 655 qui expliquent l'assimilation comme suit: « Cela résulte du caractère absolu ou erga omnes de ces droits monopolistiques. »; B. OVERSTEYNS, « Het recht op eerbieding van het privéleven », o.c., p. 496, n° 27, in fine: « Wij hebben reeds vermeld dat, wanneer men het recht op eerbieding van het privéleven niet erkent als een grondrecht met privaatrechtelijke werking, men toch niet kan ontkennen dat het een persoonlijkheidsrecht is, tegenwerpelijk aan derden. Welnu, de rechtstreekse inbreuk op een subjectief recht (in casu het persoonlijkheidsrecht op eerbieding van het privéleven) is op zichzelf onrechtmatig. »

¹⁸⁵. Pour un relevé systématique de ces opinions, voy. Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, o.c., pp. 427 et s., n°s 254 et s. Suite à Hubert BOCKEN, la doctrine néerlandophone est de plus en plus encline à admettre l'existence de l'effet d'opposabilité des droits subjectifs et son lien avec la faute: H. BOCKEN et I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, o.c., p. 109; S. COVEMAEKER et W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 3^e éd., o.c., pp. 337 et s.

¹⁸⁶. H. BOCKEN, « Nog iets over inbreuk op recht? », in *Liber Amicorum Walter van Gerven*, o.c., pp. 183 et s.

¹⁸⁷. Pour un développement plus précis de notre proposition, cf. Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, o.c., pp. 445 et s.

¹⁸⁸. Dans le même sens, H. BOCKEN, « Nog iets over inbreuk op recht? », in *Liber Amicorum Walter van Gerven*, o.c., pp. 190 et s.; S. COVEMAEKER et W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 3^e éd., o.c., pp. 337 et s.; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence (1996-2007)*, vol. I, o.c., pp. 45 et s., n° 36; voy. aussi même si l'opinion des auteurs ne nous paraît pas aussi nette: Th. VAN SWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, o.c., pp. 139 et s.

¹⁸⁹. Nous ne sommes pas convaincus des subtiles distinctions qui, relatives au seul critère objectif, permettraient selon Hubert BOCKEN, d'effectuer cette distinction essentielle (pour un exposé du critère retenu et de notre critique, voy. Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, o.c., pp. 430 et s., n° 256 et p. 464, n° 275).

L'agent doit violer le droit d'autrui en connaissance de cause: prenant conscience de l'interdiction – ou ayant dû en prendre conscience – il passe outre son prescrit et pose volontairement l'acte attentatoire. C'est cet élément qui permet alors de savoir si l'acte ayant porté atteinte au droit subjectif est en lui-même une faute. Si tel n'est pas le cas, le devoir de respect du droit issu de son opposabilité n'est pas violé et la faute éventuelle de l'agent ne pourrait naître que de la violation d'un autre devoir contenu dans une norme de prudence ou dans une norme de comportement déterminé.

38. L'exemple de la théorie de la tierce-complicité. Dépassant les nombreuses impasses de la théorie de la fraude simple qui se fonde – erronément selon nous – sur l'opposabilité des conventions et une soi-disant application des critères de la faute de droit commun, nous avons constaté que les conditions de la faute retenue par la jurisprudence des juges du fond correspondaient très exactement à celles qui viennent d'être proposées et défendues en cas de violation de tout droit subjectif¹⁹⁰.

Analysant la tierce-complicité comme la violation de l'opposabilité du droit de créance par le tiers qui contracte avec le débiteur du titulaire du droit de créance en cause, on comprend que la faute du tiers consiste en la violation consciente et volontaire du droit de créance d'autrui.

Un exemple permet d'éclairer notre propos. Soit un tiers qui veut débaucher le personnel particulièrement qualifié d'un concurrent. Il entre en pourparlers avec une personne qui est liée par une clause de non-concurrence que nous supposons parfaitement valide au regard du droit du travail et du droit de la concurrence. Il prend connaissance de la clause qui est incluse dans le contrat de travail de la personne et qui lui a été communiquée par elle. Il contracte cependant avec l'ex-employé. L'ex-employeur l'attaque sur la base de la théorie de tierce-complicité.

Ce conflit oppose la liberté de contracter et de commerce du tiers au droit de créance de l'employeur. L'opposabilité de ce droit implique une obligation stricte de respect dans le chef du tiers. Cette opposabilité ne lui enlève pas in se ses libertés de contracter, de commerce ou de concurrence. Le tiers reste libre de contracter avec quiconque en ce compris l'ex-employé. Le tiers peut toujours exercer ses libertés civiles et concurrencer l'employeur en débauchant son personnel ou d'anciens membres de son personnel. Il n'est pas tenu par la clause de non-concurrence. Il peut continuer à exercer pleinement ses libertés en cause et concurrencer l'ex-employeur. Il ne peut cependant, ce faisant, porter atteinte à l'opposabilité du droit de créance qui oblige, pour l'instant et tant qu'il reste obligé par la clause, l'ex-employé à ne pas faire de concurrence à son ex-employeur sur un territoire particulier et durant une période déterminée.

Comment le tiers peut-il porter atteinte au droit de créance?

Il peut d'abord s'attaquer à la personne des débiteurs et créanciers et les empêcher matériellement d'exécuter soit leur obligation soit leur droit. Ce comportement est assez théorique.

Il pourrait également s'attaquer directement au pouvoir interne du droit ou à son objet. Le lien de droit/obligation étant immatériel, il n'offre généralement pas d'assise à une violation de l'objet même du droit. Le tiers peut par contre s'immiscer dans le lien contractuel et, par ses agissements, notamment sur le terrain juridique, faire en sorte que le tiers ne puisse plus jouir de l'exercice de son droit: c'est ce qu'il fait en contractant avec le débiteur et en prévoyant une obligation incompatible avec l'engagement antérieur de non-concurrence. La participation du tiers au non-respect de l'obligation de non-concurrence par la conclusion d'un tel contrat avec le débiteur est une attaque au droit de créance. Cette attaque est certes spécifique vu l'objet particulier de ce droit. Elle existe néanmoins en ce qu'elle a pour objet de priver le créancier de tout ou partie de son droit de créance c'est-à-dire de le priver de son droit à l'exécution de son obligation, par une immixtion dans ce lien de droit.

L'immixtion dans le lien de droit unissant le débiteur à son créancier, c'est-à-dire la participation chère à la théorie de la fraude simple, est une condition essentielle de l'atteinte au droit de créance en termes d'opposabilité. Elle prendra généralement la forme de la conclusion d'un acte juridique contradictoire rendant impossible, par le débiteur, l'exécution de tout ou partie des obligations corrélatives au droit du créancier sauf à violer sa nouvelle obligation à l'égard du tiers. Cet acte est également essentiel. Il faut, mais il suffit, que le débiteur accepte de s'engager dans l'acte juridique contradictoire qui lui est proposé pour créer l'immixtion objective du tiers dans la relation issue du pouvoir interne du droit.

La tierce-complicité n'est, en ce sens, qu'une forme particulière d'atteinte au droit de créance d'autrui, analogue à toutes les atteintes aux droits subjectifs qui s'attaquent soit aux titulaires du droit, soit à leur pouvoir, soit à la chose matérielle ou immatérielle qui en forme l'objet.

En matière de tierce-complicité, on reconnaît que *l'élément objectif* de la faute est constitué par la participation objective du tiers à la violation de l'obligation par le débiteur. Nous y voyons plus simplement un acte de violation de l'effet d'opposabilité du droit de créance par immixtion dans la relation juridique liant le créancier à son débiteur.

L'élément subjectif de la faute correspond dans la théorie actuelle de la tierce-complicité à la connaissance préalable par le tiers de l'obligation contractuelle qui lie le débiteur et à la participation consciente du tiers à cette violation.

¹⁹⁰. Pour le développement complet de notre opinion comprenant une analyse fouillée et complète de cette théorie en droit positif, voy. Th. LÉONARD, « Pour un dépassement des impasses de la théorie de la tierce-complicité », *o.c.*, pp. 2 et s.

Notre condition de conscience de l'atteinte fautive au droit subjectif se retrouve dans ce critère de la connaissance préalable du lien obligationnel auquel est tenu le débiteur. Affirmer cette condition de connaissance, c'est affirmer que le tiers doit connaître l'existence du droit de créance. Ce n'est qu'à cette condition que le tiers peut savoir qu'il est tenu par le devoir strict de respect de l'effet externe du droit, c'est-à-dire de l'effet propre à son opposabilité. Le tiers ne peut être fautif d'avoir violé ce devoir que s'il en connaissait l'existence. La condition de connaissance effective du droit est donc identique dans notre théorie générale de la faute comme atteinte au droit subjectif et dans la théorie de la tierce-complicité.

Notre condition relative au caractère volontaire de l'atteinte fautive aux droits subjectifs se retrouve quant à elle dans le critère de participation consciente du tiers à la violation, par le débiteur, de son obligation corrélative au droit de créance. Elle naît de la nécessité de distinguer l'atteinte fautive au droit d'autrui de l'atteinte qui est la résultante d'un acte fautif préalable. Lorsque le tiers connaît l'existence du droit subjectif et le devoir de respect qui pèse sur lui et qu'il commet l'atteinte en connaissance de cause, il agit volontairement. Lorsque le tiers connaît l'existence du droit et de l'obligation corrélative au droit de créance, il sait que le respect de l'acte qu'il se propose de conclure avec le débiteur l'empêchera de remplir son obligation. S'il agit néanmoins et conclut la convention, il porte volontairement atteinte au droit de créance au sens précité.

Notre théorie rejoint donc très exactement celle de la tierce-complicité, telle qu'admise en droit positif, quant aux conditions de la faute particulière du tiers que celle-ci vient sanctionner. Elle présente néanmoins l'avantage de dépasser les nombreuses discussions concernant son fondement et ses conditions en droit positif et de remettre cette théorie en cohérence avec la théorie générale des droits subjectifs. Elle ouvre également une perspective d'obtenir la cessation de l'atteinte au droit de créance, indépendamment de la preuve d'une faute.

39. Le cas particulier des droits de propriété intellectuelle: une responsabilité objective depuis 2007? La loi du 15 mai 2007 concernant l'aspect civil de la protection des droits de propriété intellectuelle a changé la donnée concernant la responsabilité en cas d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle. L'objet de cette loi était de moderniser les

moyens permettant, dans notre pays, d'assurer le respect des 'droits de propriété intellectuelle'. Elle est intervenue horizontalement en modifiant la quasi-totalité des lois spécifiques en la matière. Ce faisant, elle a selon nous introduit un véritable régime exceptionnel de responsabilité objective « sans faute »¹⁹¹.

En effet, la loi a inséré dans chacune des législations spécifiques (brevet, marque, droit d'auteur et droit voisin, etc.) une disposition spécifique à la responsabilité civile proclamant l'existence d'un droit à réparation ouvert par la simple constatation de l'atteinte au droit de propriété intellectuelle ou de l'acte de contrefaçon. L'absence de toute référence à la faute et le caractère purement objectif de l'acte de contrefaçon compris comme toute atteinte au droit de propriété intellectuelle implique la constatation de la mise en place d'un régime dérogatoire de droit commun, en dehors du système de responsabilité civile prévu aux articles 1382 et 1383 du Code civil.

Ce faisant, et en opposition avec la controverse séculaire sur la question et la position ferme de la Cour de cassation qui refuse l'assimilation, toute atteinte à un droit de propriété intellectuelle quel qu'en soit l'auteur et la conscience qu'il en a, ouvre depuis l'entrée en vigueur de cette loi, l'obtention de la réparation. Cette absence de l'élément subjectif de la faute objective complète le débat et exclut par elle-même l'application en la matière de la théorie des faits justificatifs, sans que la question n'ait donné lieu à un quelconque débat. Il semble en effet que le législateur ne s'en soit pas rendu compte si l'on en croit les débats parlementaires qui voient en ces dispositions de simples applications des articles 1382 et 1383 du Code civil en la matière¹⁹². Il assimile la violation du droit de propriété intellectuelle à une violation libre et consciente des lois de propriété intellectuelle.

La doctrine en propriété intellectuelle ne paraît d'ailleurs pas reconnaître le régime introduit par la loi et veut également y voir une simple application du droit commun de la responsabilité civile pour faute, assimilant l'atteinte au droit à la faute, le cas échéant par le passage de la faute conçue comme violation d'une norme de comportement déterminée¹⁹³. On admet ne pas trop bien comprendre cette tendance. Elle paraît rejeter la responsabilité objective introduite par la loi alors qu'elle est manifestement plus avantageuse pour la victime de la violation du droit de propriété intellectuelle. La

¹⁹¹. Dans le même sens, B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence (1996-2007)*, vol. I, o.c., p. 48, n° 36; voy. aussi B. VAN REEPINGHEN et L. VAN REEPINGHEN, « Les droits intellectuels renforcés: la contrefaçon en point de mire », *J.T.*, 2008, p. 156, n° 23 et 24.

¹⁹². Pour une analyse de ceux-ci, voy. Th. LÉONARD, « Atteintes aux droits subjectifs et responsabilité civile: réflexion suite à l'adoption de la loi du 10 mai 2007 relative aux aspects civils de la protection des droits de propriété intellectuelle », in *Droit des obligations. Développements récents et pistes nouvelles*, CUP, Liège, Anthémis, 2007, p. 199, n° 39.

¹⁹³. Voy. spécialement B. MICHAUX, art. 86bis, in *Hommage à Jan Corbet. La loi belge sur le droit d'auteur. Commentaire par article*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 606 et 607 où l'auteur, qui titre pourtant une 'responsabilité objective', justifie celle-ci par une référence à la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la faute comme violation d'une norme de comportement déterminé et à un prétendu principe selon lequel toute violation d'un droit de propriété intellectuelle serait une faute, énoncé par les travaux parlementaires de la loi. A sa suite, J. KEUSTERMANS et T. DE MAER, « Foutbegrip en schadevergoeding in het auteursrecht: double damage », *A.&M.*, 2009, p. 389.

jurisprudence paraît suivre encore timidement cette opinion¹⁹⁴.

Cette opinion doit être rejetée pour les incohérences qu'elle implique tant à l'égard des principes de responsabilité civile que de la théorie des droits subjectifs. Celles-ci seront développées au paragraphe suivant. Il est piquant de souligner d'ores et déjà qu'il s'agit très exactement d'une reformulation plus moderne de la thèse du procureur général LECLERCQ pour qui la faute était assimilée à la violation du devoir légal de respect des droits d'autrui. Mais si le procureur général était d'avis qu'il existait un devoir « général », d'origine légale, de respecter les droits d'autrui¹⁹⁵, le législateur de 2007 et la doctrine qui lui a emboîté le pas paraissent identifier ce devoir dans des dispositions spécifiques des lois de propriété intellectuelle exprimant souvent l'opposabilité de ces droits. L'assimilation avec la faute est cependant plus automatique encore que dans la thèse de l'éminent juriste. En effet, aucun critère de distinction n'est proposé par le législateur et la doctrine pour séparer les atteintes fautives des atteintes participant au seul dommage de la victime¹⁹⁶.

Cela étant dit, dès lors que la règle ouvrant réparation dans les lois de propriété intellectuelle est distincte des articles 1382 et 1383 du Code civil, ceux-ci ne paraissent plus applicables en la matière, ce qui risque de poser aussi question concernant les autres conditions de la responsabilité civile que sont le dommage et le lien causal. En effet, les interprétations traditionnelles ne s'imposent plus nécessairement en la matière.

Ce faisant, si on admet l'introduction d'une responsabilité objective, les victimes d'atteintes aux droits de propriété intellectuelle jouiraient théoriquement d'un régime juridique

plus protecteur que celui issu du droit commun, toujours applicable, par exemple, en matière de droit de propriété.

Les discussions sur la reconnaissance d'une faute spécifique en cas d'atteinte au droit subjectif pourraient donc bien, au départ de la matière de la propriété intellectuelle, retrouver une nouvelle vigueur dans les prochaines années.

40. La non-assimilation de la faute comme violation d'un droit subjectif à la faute comme violation d'une norme de comportement déterminé. L'assimilation de la faute résultant de la violation d'un droit subjectif à la violation de la loi qui consacre et, le cas échéant, organise le droit subjectif¹⁹⁷ en cause ne peut selon nous être admise pour plusieurs raisons¹⁹⁸.

Tout d'abord, parce que les droits subjectifs ne se ramènent pas aux règles de droit objectif qui les fondent et les organisent¹⁹⁹. Le droit subjectif n'a pas d'existence en dehors de la volonté de l'individu qui l'acquiert. Tant l'acquisition du pouvoir qui en forme le contenu que l'exercice de celui-ci est intrinsèquement dépendant de la volonté du titulaire du droit. Le droit subjectif constitue en réalité la résultante de la volonté individuelle *et* de l'application de la loi qui le consacre. Le droit subjectif ne s'acquiert que par un acte de volonté du bénéficiaire (qui crée une œuvre de l'esprit, acquiert par achat un meuble ou un immeuble, etc.). Le réduire à sa seule source légale nie en définitive toute spécificité au concept même de droit subjectif : ce dernier devient inutile si on réduit le pouvoir qu'il contient et l'atteinte portée à celui-ci à une violation de la loi qui le reconnaît²⁰⁰.

Ensuite, le devoir de respect du droit subjectif par les tiers n'est que rarement exprimé par la loi elle-même²⁰¹. Il se

¹⁹⁴ Voy. Gand, 19 janvier 2009, *A.&M.*, 2009, p. 389, et note J. KEUSTERMANS et T. DE MAER; Civ. Bruxelles, 1^{er} septembre 2008, *A.&M.*, 2010, pp. 266 et s. Comp. Bruxelles, 14 mai 2009, *A.&M.*, 2010, p. 26 où la cour après avoir admis la faute comme atteinte au droit d'auteur sur un jingle (§ 26) n'en recherche pas moins si l'auteur de la violation a également transgressé une norme de prudence.

¹⁹⁵ Pour une explication de l'opinion du procureur général sur ce point précis, voy. spécialement ses conclusions précédant Cass. (1^{re} ch.), 21 janvier 1937, *Pas.*, 1937, I, p. 24.

¹⁹⁶ A leur décharge, il est vrai que les lois expriment souvent l'effet d'opposabilité des droits qu'ils consacrent et organisent – notamment en interdisant toute exploitation de ceux-ci sans le consentement du titulaire – sème le doute en créant une espèce de « concurrence » entre les deux types de faute. D'où la tentation de l'adéquation entre la faute « violation du droit » et la faute « violation de la loi ».

¹⁹⁷ Outre la défense de cette opinion en matière de propriété intellectuelle, voy. pour une comparaison en ce sens, X. THUNIS, *Responsabilité. Traité théorique et pratique*, Titre II, Dossier 20bis, *Théorie générale de la faute*, vol. 2, *La faute comme acte contraire au droit*, o.c., p. 26, n° 27; H. VANDENBERGHE, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (2000-2008). Deel II. Foutvereiste. Algemene kenmerken », o.c., p. 1811, n° 24.

¹⁹⁸ Déjà dans le même sens, Th. LÉONARD, « Atteintes aux droits subjectifs et responsabilité civile : réflexion suite à l'adoption de la loi du 10 mai 2007 relative aux aspects civils de la protection des droits de propriété intellectuelle », o.c., p. 211, n° 49.

¹⁹⁹ Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, o.c., p. 143, n° 92 et p. 429.

²⁰⁰ Et ce serait une erreur. On en vient alors à parler de 'droit' à chaque application de la norme (en visant son contenu) au bénéfice de celui qui peut en tirer profit. C'est alors confondre le respect de l'effet obligatoire de la norme qui s'impose à tous avec l'identification d'un droit subjectif compris comme pouvoir exclusif, reconnu à son titulaire sous l'impulsion de la volonté de ce dernier. Inversement, ce dernier ne demande pas le respect de la loi en cas de violation de son droit subjectif mais tout simplement le respect de son droit. L'action en contrefaçon exprime parfaitement cette réalité. Il convient de rappeler que l'argument de l'assimilation du droit subjectif à la loi – ou au droit 'objectif' – qui le consacre a été un des arguments utilisés au début du 20^e siècle pour nier l'existence même du concept de droit subjectif (sur ce débat qui semblait dépassé jusqu'ici, voy. J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, pp. 5 et s.).

²⁰¹ Ainsi, le droit de propriété ne trouve pas dans la disposition qui le fonde, l'article 544 du Code civil, l'expression de ce devoir de respect. Cette disposition ne dit pas expressément que les tiers doivent s'abstenir de tout acte qui porterait atteinte au droit de propriété, se contentant de décrire, de manière très générale, les pouvoirs reconnus au propriétaire. Le Code civil ne prévoit pas non plus une disposition spécifique qui impose aux tiers le respect des droits de créances d'autrui. Même en matière de propriété intellectuelle, l'effet d'opposabilité n'est pas toujours exprimé (voy. sur ce point, Th. LÉONARD, « Atteintes aux droits subjectifs et responsabilité civile : réflexion suite à l'adoption de la loi du 10 mai 2007 relative aux aspects civils de la protection des droits de propriété intellectuelle », o.c., p. 146 et notes 13 et 14).

déduit de son nécessaire effet d'opposabilité, constitutif d'un principe général de droit. Si la loi exprime avec plus ou moins de précision le pouvoir exclusif qui en forme le contenu, elle ne proclame en effet que rarement le devoir strict de respect qui est seul garant de cette exclusivité au regard des velléités de tiers sur ce qui en forme l'objet.

En outre, si on admet la constatation d'une faute par le passage à la violation de la loi qui consacre le droit, on en revient à l'assimilation entre l'atteinte au droit et la faute telle que prônée par le procureur général LECLERCQ. Cette théorie, on l'a rappelé, est refusée de manière constante depuis près de 75 ans par la Cour de cassation, même si tout droit subjectif trouve son fondement dans une loi dont on pourrait dire qu'elle est violée en cas d'atteinte au droit lui-

même. Ce faisant, on passe aussi outre la nécessité constatée d'abord par Paul LECLERCQ et ensuite par la doctrine, de distinguer les hypothèses où l'atteinte au droit est directement constitutive d'une faute de celles où elle n'est que la résultante d'un autre acte fautif et participe à la constatation du dommage.

Les caractéristiques propres au contentieux de l'atteinte au droit subjectif – notamment l'absence de connaissance de leur existence par l'agent, qui ne se pose pas concernant l'existence de la norme – nécessite en outre, selon nous, qu'un élément subjectif spécifique s'ajoute au discernement et à la simple conscience de l'atteinte, retenue en cas de violation d'une norme de comportement déterminé, à savoir la violation consciente et volontaire du droit d'autrui.

SECTION 5. CONCLUSIONS SUR LA CONDITION DE FAUTE: VERS UNE SYSTÉMATISATION DE LA NOTION DE FAUTE PAR SA CONCEPTION UNITAIRE?

41. L'élément objectif de la faute comme violation d'une norme déterminée de comportement: une approche généralisée en droit positif. L'élément *purement objectif* est à la base protéiforme et s'exprime dans chaque catégorie de faute (violation d'une norme légale ou assimilée, violation d'une norme de comportement ou violation d'un droit subjectif d'autrui). Il présente cependant un point commun pour chaque catégorie de faute. Il ne peut y avoir violation d'une norme que si celle-ci impose à l'agent un comportement déterminé et précis à l'égard duquel il pourra prendre position. On touche à l'essence du concept de faute qui implique nécessairement que l'agent ait adopté un autre comportement que celui qui lui était imposé par la norme.

Trois hypothèses peuvent être distinguées.

Soit la norme légale ou assimilée contient et décrit elle-même le comportement que l'agent doit adopter pour respecter l'agir ou l'injonction qu'elle impose. La simple constatation que l'agent n'a pas eu ce comportement suffit, sans prise en considération d'autres circonstances que celles visées par la norme. La seule marge réelle de manœuvre laissée au juge – outre l'application aux faits – se produira au niveau de l'analyse de la norme et de son contenu. Il tranchera, le cas échéant, la question de savoir si la norme contient un agir ou une abstention « de manière déterminée » c'est-à-dire un comportement déterminé et précis.

Soit l'agent est confronté à un droit subjectif qui lui est opposable en ce qu'il lui impose un devoir strict de respect qui est déterminé. Cette détermination s'impose normalement d'elle-même de par le fait que l'assiette des droits subjectifs – un immeuble, une œuvre protégée, une invention ou une marque enregistrés, etc. – est normalement bien déterminée et donc que les contours du devoir de respect s'imposent à l'agent qui adapte facilement son comportement. Par hypothèse, il se trouve confronté à des droits dont il n'est pas un titulaire exclusif et il ne peut exercer des pouvoirs qu'il n'a

pas. La marge de manœuvre du juge est ici fortement limitée à la constatation de l'atteinte au droit subjectif en cause. Il s'agit alors de vérifier si par son acte il s'est immiscé dans un pouvoir ou a exercé un pouvoir qui était exclusif au titulaire.

Soit l'agent ne se trouve pas dans une des deux situations précédentes. *A priori*, il exerce sa liberté. Il est libre de poser les actes qu'il entend. Néanmoins, les circonstances de fait et de droit dans lesquelles il pose *a priori* ses actes lui imposent un comportement déterminé qui devait s'imposer à lui au regard de la comparaison avec l'homme normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances de fait et de droit.

42. L'élément subjectif de la faute: une condition nécessaire mais souvent accessoire en droit positif. L'élément *purement subjectif* est identique pour chaque catégorie de faute: la violation de la norme – quelle qu'elle soit – doit être au minimum libre et consciente. Cela implique non seulement que l'élément de discernement soit rapporté au sens de la capacité de l'agent à comprendre les conséquences de son acte. Un second élément doit également être vérifié. L'agent doit être en position de choisir librement et consciemment la voie de l'illicite. Non pas qu'il faille rapporter la preuve de ce choix *in concreto* mais démontrer que l'agent était en position d'effectuer ce choix dans des conditions de liberté et de conscience suffisantes. Si la première condition ne pose pas de grandes difficultés, la portée de la seconde reste problématique.

Les difficultés apparaissent ainsi au niveau du lien qui doit exister intrinsèquement entre les deux éléments objectif et subjectif afin d'arriver au constat de la faute. Le droit positif présente des zones d'ombre pour chacune des catégories analysées qui paraissent alors se résoudre, sans doute par souci de facilité mais pas seulement, par une objectivation

croissante de la faute. L'élément subjectif est cependant alors invoqué accessoirement pour éviter un trop grand automatisme de la constatation d'une faute.

On retrouve ici la difficulté d'interprétation de la norme afin de conclure ou non à l'existence d'un comportement déterminé dont elle serait porteuse. La théorie de l'unité de la faute et de l'illégalité permet de simplifier et d'objectiver la faute. Toute violation de l'interdiction ou de l'imposition de l'acte visé par la loi, en tant que résultat nécessaire de son application, serait alors constitutive de faute, sous réserve du discernement requis – pratiquement présumé – et de l'application de la théorie des faits justificatifs. Celle-ci apparaît alors comme le nécessaire retour de balance entre l'élément objectif qui règne en maître et l'élément subjectif relégué au titre d'accessoire.

On retrouve la même tendance à l'objectivation au sein de la faute conçue comme violation d'une norme de prudence. On est allé loin dans l'abstraction de la comparaison avec le comportement de l'homme normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances de fait et de droit en bannissant, théoriquement, toute prise en considération d'éléments personnels à l'agent. Moins on prend en considération les éléments concrets dans lequel se trouve l'agent, plus facile sera l'analyse. Plus on raisonne dans l'abstrait, plus on s'éloigne de la prise en compte de la situation réelle de l'agent et des circonstances subjectives qui peuvent expliquer, si non justifier, son comportement. On retrouve cependant là aussi le retour de balance de l'élément subjectif qui s'exprime non seulement dans la prise en considération des faits justificatifs dans la comparaison mise en œuvre mais aussi, et surtout, par la condition de la prévisibilité d'un dommage dont le statut reste discuté (élément de la norme abstraite ou, comme nous le pensons, élément rattaché à la condition subjective).

Enfin, la dernière catégorie de faute conçue comme violation du droit subjectif d'autrui oscille véritablement entre les deux extrêmes. Tour à tour admise ou rejetée comme constitutive d'une faute spécifique, elle est parfois admise par une objectivation complète de la faute. Objectivation imposée par la loi en matière de propriété intellectuelle ou admise en cas d'atteinte aux soi-disant « droits » de la personnalité²⁰². La simple violation du droit subjectif serait alors constitutive de faute sans que l'on n'y intègre réellement de la théorie des faits justificatifs. On ne peut cependant nier qu'à l'autre extrême, on retrouve en force l'élément subjectif qui impose une intension caractérisée en cas d'atteinte au droit subjectif de créance, quoique sans l'avouer, dans la théorie traditionnelle de la tierce-complicité. On passe alors par une application forcée de la faute comme violation d'une norme de prudence pourtant réduite à des conditions très strictes et préci-

ses qui empêchent la prise en considération du contexte factuel et juridique de l'atteinte.

43. Le retour de l'élément subjectif de la faute par la vision unitaire de celle-ci? On ne peut cependant nier que ces dernières années, l'élément subjectif de la faute revient en force. Qu'elle passe par la critique de la théorie de l'assimilation de l'illégalité à la faute, de la prise en compte croissante de la situation spécifique et concrète de l'agent dans la comparaison avec le comportement de l'homme normalement prudent et diligent, par la construction de la théorie moderne des faits justificatifs en responsabilité civile ou de la recherche, initiée par le procureur général LECLERCQ, d'une distinction entre les hypothèses d'atteintes fautives au droit subjectif d'autrui.

Il nous est apparu dans la présente contribution que le dépassement des principales difficultés d'interprétation du concept de faute passe par une réconciliation entre ses éléments objectifs et subjectifs, l'interprétation de l'un prenant sens au départ de l'autre. On remarque alors une intensité d'ailleurs différente de l'élément subjectif selon la catégorie de faute en cause.

En cas de violation d'une norme de comportement déterminé, le degré de détermination prend sens au regard de la condition d'imputabilité qui prend ensuite le relais. Si l'on veut opérer un contrôle d'imputabilité et vérifier que la violation a été libre et consciente, on doit pouvoir partir du principe que l'agent pouvait percevoir au départ de la simple connaissance de la norme, quel comportement précis s'imposait à lui. Ce n'est qu'à ce moment également que l'on peut apprécier correctement l'exacte portée de circonstances particulières permettant ou non de considérer que le non-respect de ladite norme de comportement n'est pas imputable à l'agent.

En ce qui concerne la violation d'une norme de prudence, c'est l'élément de prévisibilité d'un dommage qui joue le garde-fou subjectif d'une trop grande objectivation de la faute au regard de la comparaison au comportement abstrait de l'homme normalement prudent et diligent. On ne peut reprocher subjectivement à l'agent de ne pas avoir adopté le comportement qui s'imposera de l'homme normalement prudent et diligent que si ce dernier devait se rendre compte du risque dommageable de son comportement et, partant, d'un possible devoir de réparation qui pouvait s'imposer à lui.

Enfin, le caractère subjectif de la faute conçue comme violation d'un droit subjectif prend une intensité particulière permettant de faire le tri entre les cas d'application d'une catégorie particulière de faute et l'application traditionnelle des normes de comportement déterminé et des normes de pru-

²⁰² La qualification de droit subjectif accordée aux droits de la personnalité paraît souvent hâtive du point de vue du droit civil. On lui préférera souvent celle de liberté civile ou privée. Voy. par exemple sur ce vaste débat, Y. POULLET, « La protection des données: entre libertés, droits subjectifs et intérêts légitimes », in *Liber Amicorum Paul Martens*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 133 à 150; F. RIGAUX, *La vie privée. Une liberté parmi les autres?*, Travaux de la Faculté de droit de Namur, n° 17, Bruxelles, Larcier, 1992.

dence. Si l'agent a agi non seulement consciemment mais volontairement, il commettra une faute: sachant ou devant savoir que son comportement portera atteinte aux pouvoirs exclusifs d'un titulaire de droit subjectif, il pose son acte en connaissance de cause ou est censé le faire tel quel.

44. La dualité de la recherche d'une norme de prudence. L'approche globale de la faute en ses éléments subjectifs et objectifs montre également de manière particulièrement prégnante le caractère dual de la recherche de la norme de prudence.

D'une part, la violation d'une telle norme constitue une catégorie spécifique d'acte objectivement illicite. Catégorie reine de la faute, elle est déjà hybride en tant que telle, indépendamment de l'élément d'imputabilité qui devra être contrôlé. Elle comprend dans ses conditions d'application tant un élément purement objectif – la comparaison avec le comportement abstrait de l'homme normalement prudent – que des éléments quasi subjectifs – la prise en considération des circonstances dans lequel l'acte litigieux a été posé par l'agent. On a vu que ce faisant, on incluait souvent des caractéristiques personnelles, sans doute généralisables mais personnalisant et concrétisant sensiblement l'approche abstraite de principe.

D'autre part, le passage à la norme de prudence est également un concept outil permettant, au sein des deux autres catégories de faute, de vérifier un élément d'imputabilité jugé *in abstracto*.

On retrouve ce passage à la norme de prudence au sein de chaque fait justificatif en vue de vérifier si (tout) homme normalement prudent et diligent aurait vu – ou dû voir – sa volonté libre et consciente annihilée par des circonstances données. On la retrouve également, dans notre proposition, au moment où on jauge la possibilité de percevoir ou non le comportement déterminé dans une norme légale ou assim-

lée préexistante. On la retrouve enfin lorsqu'il s'agira de se demander si l'agent devait avoir conscience du droit subjectif d'autrui.

45. La tension entre l'élément objectif et subjectif de la faute et ses conséquences. Comme indiqué, les controverses relevées et analysées ci-avant révèlent une tension entre les éléments objectifs et subjectifs de la faute.

L'objectivation permet souvent de faciliter la réparation de la victime au détriment du sentiment de justice de l'agent et de sa nécessaire prise de conscience de n'avoir pas eu le comportement qu'il aurait dû avoir. A la limite, en cas d'objectivation complète, il ne s'agit plus pour lui d'admettre et de reconnaître sa faute mais de se soumettre au caractère impératif d'une norme lui imposant de réparer un dommage causé par son fait (par exemple en cas de violation des droits de propriété intellectuelle sous le régime de responsabilité objective).

La subjectivité opère de manière inverse en favorisant la nécessaire prise de conscience et la compréhension par l'agent de son devoir de réparation, au détriment, le cas échéant, de la réparation elle-même qui pourrait échapper à la victime du fait de la prise en considération de circonstances ayant annihilé le caractère libre et conscient de la violation de la norme.

L'espace de jeu ou la marge de manœuvre des juges du fond se révèle alors particulièrement dans l'interprétation des conditions subjectives de la faute, permettant ainsi l'équilibre délicat et toujours en évolution de la finalité d'une réparation juste qui soit comprise comme légitime par les destinataires des normes, dans le respect du principe de sécurité juridique. Et c'est dans cet espace que s'écrit encore, croyons-nous, l'évolution du concept de faute dans les décennies qui viendront.