

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La référence au paradigme du "bon père de famille" en responsabilité extracontractuelle

Goffaux, Boris; Montero, Etienne

Published in:
Le Forum de l'Assurance

Publication date:
2014

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):
Goffaux, B & Montero, E 2014, 'La référence au paradigme du "bon père de famille" en responsabilité extracontractuelle', *Le Forum de l'Assurance*, numéro 140, pp. 1-15.

General rights

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

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

Take down policy

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

La référence au paradigme du « bon père de famille » en responsabilité extracontractuelle

RESPONSABILITÉ

Il est traditionnellement enseigné que la faute extracontractuelle s'apprécie selon le critère du bon père de famille, normalement prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances. Quelles sont les circonstances susceptibles d'être prises en compte ? L'appréciation abstraite de la faute interdit-elle la prise en considération de caractéristiques subjectives, propres à l'agent ? Une analyse approfondie de la notion clé de « prudence » permet de jeter un éclairage nouveau sur ces questions.

Propos liminaires

Il est communément admis aujourd'hui que la faute civile s'apprécie abstraitement, en référence au critère du « bon père de famille ». Ce type d'évaluation, aussi traditionnel soit-il, ne trouve aucune assise dans les textes de loi.

Rien dans les articles 1382 et 1383 du Code civil ne suggère qu'une appréciation particulière ait eu la faveur des rédacteurs du Code¹. Le « bon père de famille » n'est toutefois pas un inconnu du Code civil². Son comportement idéal doit servir de modèle au locataire dans l'usage de la chose louée³, au preneur dans un bail à cheptel⁴, à l'emprunteur⁵, au gardien judiciaire⁶, à l'usufruitier⁷, au titulaire d'un droit d'usage ou d'habitation⁸ ou encore à l'administrateur provisoire dans la gestion du patrimoine de son protégé⁹. Alors que les références ne manquent pas en matière d'actes juridiques, elles sont plus rares sur le plan des faits juridiques. Le critère du bon père de famille est tout au plus mentionné dans une disposition relative à la gestion d'affaires¹⁰.

L'analyse des travaux préparatoires du Code de 1804 n'est pas plus éclairante. Les auteurs du Code n'optent pas explicitement pour une évaluation abstraite de la faute extracontractuelle. Ils se montrent plus prolixes à propos de l'obligation incombant au débiteur contractant. La faute contractuelle apparaît construite sur un principe simple « qui veut que l'on fasse pour les autres ce que nous voudrions qu'ils fissent pour nous-même »¹¹. Le débiteur visé à l'article 1137 du Code civil doit apporter dans la conservation de la chose les mêmes soins qu'il apporte dans la conservation des choses qui lui appartiennent. L'on n'exige pas de lui une surveillance extraordinaire. Il est simplement tenu « d'apporter les soins qu'on doit raisonnablement attendre d'un bon père de famille pour la conservation de sa propre chose »¹².

H. et I. Mazeaud tirent toutefois quelques enseignements des travaux préparatoires. Ils relèvent,

tout d'abord, que la faute aquilienne y est définie d'après le postulat retenu par les rédacteurs pour caractériser la faute contractuelle¹³. Dans l'exposé des motifs, on peut lire, en effet, que les engagements nés des délits et des quasi-délits « sont fondés sur ces grands principes de morale si profondément gravés dans le cœur de tous les hommes, qu'il faut faire aux autres ce que nous désirerions qu'ils fissent pour nous dans les mêmes circonstances »¹⁴. Les auteurs français sont du reste convaincus qu'une appréciation unitaire des deux fautes s'imposait naturellement dans l'esprit des rédacteurs du Code Napoléon. Adopter une appréciation abstraite en droit contractuel revenait à consacrer la même solution en matière aquilienne. S'ils s'y étaient opposés, les concepteurs du Code auraient contredit notre ancien droit, où l'on n'hésitait pas à étendre au domaine extracontractuel le principe expressément reconnu au plan contractuel¹⁵.

En l'absence d'indication précise dans les textes, le choix d'une appréciation *in abstracto* s'est imposé sous l'impulsion de la doctrine et des juges. Mais qu'entend-on précisément par appréciation abstraite de la faute extracontractuelle ? L'on observe à ce sujet un hiatus entre l'enseignement traditionnel de la doctrine et la jurisprudence. Alors qu'une majorité d'auteurs estiment qu'en principe, les caractéristiques propres à l'auteur du fait dommageable n'ont pas leur place dans la réflexion des juges, ces derniers se montrent en revanche plus enclins à les prendre en considération.

Après avoir rappelé brièvement les contours de la faute extracontractuelle, c'est-à-dire ses composantes et ses deux visages (I), nous exposerons la manière dont est appréciée la faute en cas de transgression de l'obligation générale de prudence (II). Nos réflexions conduiront enfin à se demander en quoi précisément faute pénale et faute civile se distinguent au niveau de leur appréciation par le juge (III).

1. C. HEINAU et G. SCHAMPS, « Responsabilité pénale et responsabilité civile : une parenté contestée », *Ann. dr.*, Bruxelles, 1995, pp. 150 et s.
2. Voy. S. DAVID-CONSTANT, « Le 'bon père de famille' et l'an 2000 - Rétrospective et prospective », *J.T.*, 1982, p. 152.
3. Article 1728 du Code civil.
4. Article 1806 du Code civil.
5. Article 1880 du Code civil.
6. Article 1962 du Code civil.
7. Article 601 du Code civil.
8. Article 627 du Code civil.
9. Article 488bis, f), du Code civil.
10. Article 1374 du Code civil.
11. Voy. le rapport du tribun FAVART, in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, t. XIII, p. 321.
12. *Ibid.*
13. H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1, 2^e éd., Paris, Sirey, 1934, p. 66, n° 54.
14. Voy. l'exposé des motifs par M. TREILHARD, in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, t. XIII, p. 465. Les italiques sont nôtres.
15. H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, op. cit., p. 422, n° 422.



I. Contours de la faute extracontractuelle

A. Les éléments constitutifs de la faute

Le Code civil ne définit pas la faute. En revanche, la doctrine s'est employée à combler cette lacune, en élaborant de nombreuses définitions¹⁶. Au-delà de la diversité des formules proposées, les auteurs belges et, dans une moindre mesure, les auteurs français, s'accordent pour considérer que la faute comporte un pôle objectif – la transgression d'une norme de conduite juridiquement obligatoire – et un pôle subjectif consistant dans l'imputabilité du fait dommageable à son auteur.

L'élément objectif de la faute vise l'écart entre le comportement prescrit par la norme et celui adopté par l'auteur du fait dommageable.

L'élément subjectif de la faute, ou sa composante psychologique, renvoie à la nécessité que la violation de la norme ait été commise librement et consciemment pour être érigée en faute. En effet, dès lors qu'il s'agit d'apprécier un comportement humain, un écart de conduite ne saurait être reproché qu'à un agent doté de conscience et de liberté, c'est-à-dire apte à comprendre la portée de ses actes et à se conformer à la norme juridique. Sauf à dénaturer la notion, aucune faute ne peut être reprochée à un agent dépourvu de capacité de discernement (enfant en bas âge, dément...) ou qui s'est trouvé dans des circonstances extérieures permettant, sous certaines conditions, de l'excuser d'avoir eu une attitude qui, normalement et sans elles, eût été jugée fautive (faits justificatifs).

Encore la Cour de cassation fait-elle de la prévisibilité du dommage un élément de la faute¹⁷. Cette exigence concerne seulement la faute par imprudence¹⁸. Certains auteurs en déduisent que la faute comporte en réalité trois éléments *distincts* : la méconnaissance de la norme générale de prudence, l'imputabilité (ou la capacité de discernement) et la prévisibilité du dommage¹⁹. D'autres estiment que la prévisibilité du dommage est prise en compte dans l'appréciation de la première condition de la faute, à savoir la violation d'une norme de conduite²⁰, ou qu'elle se fonde dans l'élément moral (la condition d'imputabilité)²¹.

B. Le double visage de la faute extracontractuelle en sa composante objective

De longue date, il est admis que la faute extracontractuelle peut se présenter sous deux aspects.

D'une part, la transgression matérielle d'une règle légale ou réglementaire est en soi constitutive de faute et entraîne la responsabilité de son auteur, pourvu que cette transgression soit commise librement et consciemment²². Ultérieurement, il a été précisé que seule constituait en soi une faute, la violation d'une règle de droit imposant d'agir ou de s'abstenir de manière déterminée²³.

D'autre part, en l'absence d'une telle règle à caractère déterminé, la faute résulte de la violation d'une norme de bon comportement, appréciée suivant le critère d'une personne normalement prudente, placée dans les mêmes conditions. Il est évident, en effet, que le législateur ne saurait régler dans leurs moindres gestes la vie des sujets de droit. Aussi les normes de conduite formulées de manière précise sont-elles complétées par un devoir général de prudence, qui s'impose à tous. Lorsque les textes légaux ou réglementaires imposent seulement aux individus des obligations indéterminées ou de moyens, en ce sens qu'une marge de liberté de jugement et d'action est laissée à l'appréciation de ces derniers, le juge ne peut retenir une faute génératrice de responsabilité civile qu'après avoir constaté la méconnaissance de l'obligation générale de prudence déduite des articles 1382 ou 1383 du Code civil. Autrement dit, lorsqu'une liberté d'appréciation est laissée au sujet, le simple constat de l'usage incorrect de celle-ci, et partant l'illicéité commise, ne suffit pas pour conclure à la faute. Encore faut-il démontrer qu'une personne prudente aurait fait un usage différent de cette liberté de jugement et d'action.

Dans ses conclusions précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 13 mai 1982, le procureur général J. Velu (alors avocat général), présente clairement ces deux catégories de fautes extracontractuelles²⁴. La formulation qu'il utilise, régulièrement reprise en jurisprudence²⁵ et largement avalisée par la doctrine, peut être paraphrasée comme suit. La faute extracontractuelle se présente sous un double visage. Soit elle consiste en un acte ou une abstention qui, sous réserve d'une erreur invincible ou d'une autre cause de justification, méconnaît une règle juridique – une norme de droit national ou une norme de droit international ayant des effets directs dans l'ordre

- 16 Pour un inventaire des définitions de la faute civile, R.O. DALCO, *Traité de la responsabilité civile*, Les Nouvelles, t. 5, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 1967, pp. 163 et s., n° 251 et s.; X. THUNIS, « Théorie générale de la faute », in *Responsabilités - Traité théorique et pratique*, sous la responsabilité de J.-L. FAGNART, Bruxelles, Kluwer, 2001, dossier 20, vol. 1, pp. 16 et s., n° 17 à 29.
- 17 Cass., 1^{re} ch., 5 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 802; Cass., 1^{re} ch., 17 avril 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 820; Cass., 2^e ch., 13 juin 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 1169.
- 18 Voy. *infra*, III.
- 19 Très clairement en ce sens : L. CORREUS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle - L'acte illicite*, Bruxelles, Bruylant, 1991, pp. 46 et s., spéc. n° 26.
- 20 Voy. parmi d'autres, R.O. DALCO, « Examen de jurisprudence (1968-1972) - La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *R.C.J.B.*, 1974, p. 4.
- 21 Voy. entre autres, B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'interprétation en droit de la responsabilité civile », in *La faute dans différentes branches du droit*, Conférence du Jeune barreau de Nivelles, U.C.L., 1999, p. 9.
- 22 Cass., 1^{re} ch., 10 avril 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 682.
- 23 Cass., 1^{re} ch., 13 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1056, concl. av. gén. J. Velu, *J.T.*, 1982, p. 772, *R.C.J.B.*, 1984, p. 10, note R.O. DALCO.
- 24 J. Velu, conclusions précédant Cass., 1^{re} ch., 13 mai 1982, précitées, spéc. n° 19.
- 25 Voy., par exemple, Cass., 1^{re} ch., 25 mars 2010, *Pas.*, 2010, I, p. 1007; concl. du ministère public précédant Cass., 1^{re} ch., 28 septembre 2006, *J.T.*, p. 594, spéc. p. 598; Cass., 3^e ch., 25 octobre 2004, *J.T.T.*, 2005, p. 106; concl. du ministère public précédant Cass., 3^e ch., 25 novembre 2002, *Pas.*, 2002, p. 2230.

juridique interne – imposant de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée. Soit elle consiste en un acte ou une abstention qui, sans constituer un manquement à de telles normes, s'analyse en une erreur de conduite que n'aurait pas commise une personne normalement prudente et diligente placée dans les mêmes conditions.

Seule cette seconde catégorie de fautes extracontractuelles retiendra notre attention, car c'est en cette hypothèse – et elle seulement – qu'il est fait usuellement référence au paradigme du bon père de famille normalement prudent et diligent.

II. La méthode d'évaluation de la faute en cas de violation de l'obligation générale de prudence

A. L'enseignement traditionnel de la doctrine

Sous le bénéfice de nuances qui seront ultérieurement exposées, on peut résumer l'enseignement traditionnel de la doctrine comme suit²⁶. La faute peut résulter, avons-nous vu, d'une violation de l'obligation générale de prudence, qui s'impose à tous. Comment apprécier si l'auteur du dommage s'est comporté avec la prudence requise ? Cette appréciation se fait par référence au critère du *bonus pater familias*. Elle suppose un raisonnement en deux temps. Tout d'abord, il y a lieu de se demander comment se serait comporté, dans les mêmes circonstances, un bon père de famille normalement prudent et diligent, en principe soigneux, adroit et avisé, ni surdoué, ni héros, ni surhomme... pas plus qu'abruti ou inepte, mais simplement honnête homme comme est supposé l'être tout citoyen²⁷. À ce stade, abstraction doit être faite des capacités et caractéristiques personnelles de l'auteur pour s'attacher aux seules qualités généralement attribuées au bon père de famille raisonnable et prudent. Ensuite, il s'agit de comparer le comportement adopté par l'auteur du fait dommageable avec celui du modèle établi. La faute résulte d'un écart de conduite par rapport à l'attitude qui eût été adoptée par une personne normalement prudente, placée dans les mêmes circonstances.

La faute s'apprécie *in abstracto* en ce sens que l'acte doit être jugé en lui-même, indépendamment des capacités et caractéristiques personnelles du défendeur. Ni les caractéristiques physiques (âge, sexe, état de santé...),

ni les caractéristiques intellectuelles et morales (intelligence, caractère, aptitudes...), ni l'éducation, l'instruction ou l'expérience... de l'individu ne sont pris en considération. Néanmoins, il est généralement précisé qu'on tient compte des caractéristiques personnelles du défendeur lorsqu'elles dépassent les capacités de l'homme normalement prudent et diligent²⁸. Pour les uns, il s'agit là d'une « brèche dans l'abstraction »²⁹. Pour d'autres, les aptitudes professionnelles ressortissent aux exigences objectivement requises pour l'exercice de l'activité en cause. Autrement dit, elles sont moins envisagées comme une qualité personnelle de l'agent (ce qu'il est) que comme une exigence liée à son activité (ce qu'il fait)³⁰. Ainsi tient-on compte de la profession du défendeur³¹. On comparera, par exemple, le comportement du médecin, du sportif, du banquier... à celui d'un homme de même profession, voire de même spécialité, c'est-à-dire d'un médecin (anesthésiste, oncologue...), d'un sportif, d'un banquier... normalement prudent et raisonnable. Dans ce cas, le respect de la norme générale de prudence est apprécié avec plus de rigueur.

En résumé, la comparaison de la conduite du défendeur à la figure abstraite du bon père de famille doit se faire en remplaçant ce modèle fictif, indéterminé et intemporel dans les mêmes conditions de lieu et de temps que celles où se trouvait l'auteur de l'acte dommageable au moment des faits. Pour déterminer si une faute peut être reprochée à l'auteur du fait dommageable, le juge doit se demander comment aurait agi, dans les mêmes circonstances de fait, un homme normalement prudent et diligent, soit le type abstrait qui lui sert de référence. En d'autres termes, au sein de l'appréciation *in abstracto*, des éléments concrets sont pris en considération, mais leur champ d'application se limite aux circonstances de fait *externes*, à l'exclusion de celles propres à l'auteur du préjudice et qui tiennent à son individualité.

Cette doctrine traditionnelle est inégalement suivie par les juridictions de fond. Celles-ci s'en écartent régulièrement et prennent en considération des caractéristiques personnelles du défendeur telles que l'âge³², la connaissance antérieure ou l'expérience³³, l'état de diminution physique (maladie, handicap physique...)³⁴. Aussi la doctrine récente s'est-elle attachée à tempérer le principe suivant lequel seules les circonstances externes à l'agent peuvent entrer en ligne de compte dans l'appréciation de la faute. Il est suggéré, désormais, que des caractéristiques subjectives, propres à l'auteur de l'acte dom-

26 Parmi d'autres, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, t. 1, 5^e éd., Paris, éd. Montchrestien, 1957, n^o 429 à 439 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 2, Bruxelles, Bruylant, 1964, n^o 944 ; R.O. DALCO, *Traité de la responsabilité civile*, t. 1, 2^e éd., 1967, p. 166, n^o 263-264 et pp. 183-184, n^o 314-320 ; *idem*, « Examen de Jurisprudence (1968-1972) - La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *R.C.J.B.*, 1973, p. 631, n^o 5 ; L. CORNEUS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle - L'acte illicite*, Bruxelles, Bruylant, 1991, spéc. n^o 21, p. 39 et p. 41 ; X. THUNIS, « Théorie générale de la faute », in *Responsabilités - Traité théorique et pratique*, sous la responsabilité de J.-L. FAGNART, livre 20bis, vol. 2, Waterloo, Kluwer, 2006, pp. 28-31, n^o 30 à 32 ; N. COLETTE-BASECOZ et N. BLAISE, « Responsabilité civile et responsabilité pénale », in *Responsabilités - Traité théorique et pratique*, sous la responsabilité de J.-L. FAGNART, livre 2, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 65, n^o 98 ; S. STUNIS, *Verbintenissenrecht*, t. 1bis, Bruges, die Keure, 2013, pp. 43-45.

27 Nous écrivons « en principe » car, en pratique, les juges font parfois preuve d'une grande sévérité dans l'appréciation de la faute, comme s'ils évaluaient celle-ci au regard du paradigme du héros ou du surhomme. À ce sujet, voy. J.-L. FAGNART, « Introduction générale au droit de la responsabilité », in *Responsabilités - Traité théorique et pratique*, sous la responsabilité de J.-L. FAGNART, livre 1bis, vol. 2, Bruxelles, Kluwer, 1999, p. 40, n^o 69, et les références.

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

29 X. THUNIS, *op. cit.*, p. 30 ; N. COLETTE-BASECOZ et N. BLAISE, *op. cit.*, p. 65, n^o 98.

30 Parmi d'autres, N. DEJEAN DE LA BÂTE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, Paris, L.G.D.J., 1965, p. 45, n^o 46 ; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE et L. WYNIANT, « Overzicht van rechtspraak - Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1985-1993) », *T.P.R.*, 1995, p. 1188.

31 X. DANDOU, « Appréciation in abstracto de la faute civile extracontractuelle », *Ann. dr. Louvain*, vol. 70, 2007, pp. 114-115 ; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT,

B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile - Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, Les dossiers du J.T., n° 74, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 25.

- 32 Voy., par exemple, Gand, 13 mai 2004, *T. Verz.*, 2006, p. 249, *NjW*, 2004, p. 1279, note I. BOONE; Gand, 10 septembre 2004, *R.G.D.C.*, 2006, p. 185; Gand, 17^e ch., 21 novembre 1995, *T.G.R.*, 1996, p. 49.
- 33 Voy., par exemple, Mons, 1^{er} ch., 6 avril 1998, *Bull. ass.*, 2000, p. 88; J.P. WAREMME, 1^{er} octobre 1992, *J.L.M.B.*, 2000, p. 72.
- 34 Voy., par exemple, Gand, 17 décembre 1992, *Rev. dr. santé*, 1996-1997, p. 351; Civ. Dinant, 6^e ch., 6 octobre 1994, *J.J.P.*, 1996, p. 198.
- 35 Voy. B. DUBUSSION, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *op. cit.*, spéc. p. 24, n° 4; G. JOCCQUÉ, « Bewustzijn en subjectieve verwijtbaarheid », in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen 2006-2007*, Malines, Kluwer, 2007, p. 7; B. WEYTS, « Wordt de algemene zorgvuldigheidnorm steeds subjectiever ? », note sous Cass., 5 juin 2003, *R.G.D.C./T.B.B.R.*, 2005, pp. 112-115; S. STUNS, *op. cit.*, spéc. p. 45, n° 55.
- 36 Voy. S. STUNS, *op. cit.*, p. 45, n° 55.
- 37 Voy. B. DUBUSSION, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *op. cit.*, p. 24, n° 4, et p. 26, n° 6.
- 38 Cass., 1^{er} ch., 5 juin 2003, *Arr. Cass.*, 2003, p. 1337, *Pas.*, 2003, p. 1125, *J.L.M.B.*, 2004/13, p. 543, note D. PHILIPPE, « Le bon père de famille est-il désincarné ? », *NjW*, 2004, p. 14, *R.W.*, 2006-2007, p. 133, *R.G.D.C.*, 2005, p. 110, note B. WEYTS, « Wordt de algemene zorgvuldigheidnorm steeds subjectiever ? ».
- 39 Voy., en réponse à la deuxième branche du premier moyen invoqué, Cass., 1^{er} ch., 21 mars 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 911. À propos de la nature du contrôle exercé par la Cour de cassation sur la qualification d'un fait comme faute extracontractuelle, voy. l'étude de J. VAN MEERBECK, « Le contrôle de la Cour de cassation sur la qualification de la faute en matière aquilienne : trente ans après », note sous Cass., 1^{er} ch., 19 mai 2005, *R.C.J.B.*, 2008, pp. 372 et s.
- 40 Voy., par exemple, Cass., 1^{er} ch., 30 avril 1976, *Pas.*, 1976, p. 944, *R.W.*, 1976-1977, p. 1709.
- 41 Cass., 2^e ch., 14 novembre 2012, *R.G.A.R.*, 2013, n° 150009.
- 42 Cass., 1^{er} ch., 25 mars 2010, *Pas.*, 2010, p. 1007, *NjW*, 2011, p. 227, note I. BOONE, *R.G.A.R.*, 2011, n° 14734.
- 43 Cass., 1^{er} ch., 21 avril 2006, *Pas.*, 2006, I, p. 916.

mageable, peuvent être prises en considération, pourvu qu'elles soient « généralisables »³⁵.

Ce critère nous apparaît peu éclairant et d'un maniement délicat. Selon une opinion, seules les caractéristiques *strictement personnelles* telles que le caractère négligent, sentimental ou irascible de l'auteur de l'acte dommageable seraient incompatibles avec l'appréciation *in abstracto* de la faute civile³⁶. Observons que cet auteur se garde de mentionner la connaissance préalable, l'instruction, l'âge ou l'expérience, pour s'attacher uniquement à des traits de tempérament ou de caractère. Pour d'autres auteurs, ressortissent à de telles « caractéristiques strictement personnelles et donc non généralisables de l'agent », non seulement l'intelligence, la sensibilité... mais aussi, par exemple, l'expérience ou l'inexpérience, « *a priori* non généralisable », même si, concèdent-ils, la jurisprudence en tient compte³⁷.

À tout prendre, y a-t-il caractéristique propre à l'agent qui ne puisse être généralisée ? L'exercice de généralisation paraît possible quelle que soit la caractéristique envisagée. Au demeurant, ce modèle explicatif reste prisonnier d'une distinction (circonstances internes *versus* circonstances externes) qui n'apparaît pas tout à fait pertinente.

La Cour de cassation s'exprime d'ailleurs en des termes différents, plus heureux à notre avis, et plus en phase avec la réalité des appréciations des juges du fond. Voyons cela de plus près.

Force est de constater que la Cour de cassation n'a jamais avalisé le principe suivant lequel l'appréciation abstraite de la faute interdit de prendre en considération les caractéristiques et qualités personnelles de l'auteur du fait dommageable. Elle suggère certes qu'il y a lieu d'apprécier la faute par rapport au comportement d'une personne prudente, placée dans les mêmes circonstances, mais sans jamais préciser que seules les circonstances *externes* peuvent être prises en compte. La distinction entre circonstances internes et circonstances externes n'apparaît pas dans les arrêts de la Cour de cassation.

L'on sait que, dans un arrêt remarqué du 5 juin 2003³⁸, cette dernière n'a pas censuré un arrêt de la Cour d'appel de Mons, qui, dans son appréciation de la faute d'un moniteur, avait pris en considération des éléments subjectifs tels que le jeune âge de celui-ci, l'absence de diplôme et le caractère bénévole de son engagement. Aux yeux de la Cour de cassation, « en considérant, d'une part, "que l'on ne peut exiger d'un moniteur bénévole les mêmes compétences et autorité que celles qu'on est en droit d'attendre d'enseignants diplômés", d'autre part, "que le

comportement du [défendeur] ne s'est pas écarté de celui d'un jeune moniteur bénévole normalement prudent et diligent", les juges d'appel ne se sont pas départis d'une appréciation *in abstracto* de la faute ». Une telle appréciation n'apparaît pas, par principe, incompatible avec la prise en compte de caractéristiques propres à l'agent.

Il est à noter, par ailleurs, que, sauf exception³⁹, la Cour de cassation ne recourt pas à l'expression « bon père de famille ». De longue date, la haute juridiction privilégie une formulation qui, exprimée en des termes légèrement fluctuants, revient à ceci : la faute aquilienne doit être appréciée suivant le critère d'une personne normalement prudente et diligente, placée dans les mêmes circonstances⁴⁰. Plus précisément, la faute doit être appréciée suivant le critère :

- du transporteur gazier normalement prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances⁴¹;
- du magistrat normalement soigneux et prudent, placé dans les mêmes conditions⁴²;
- d'un juge-commissaire (chargé de surveiller la manière dont le curateur gère et liquide la masse faillie) raisonnablement prudent et prévoyant qui se trouve dans les mêmes circonstances⁴³;
- de l'État - législateur - normalement soigneux et prudent, placé dans les mêmes circonstances⁴⁴;
- de l'autorité administrative normalement soigneuse et prudente, placée dans les mêmes conditions⁴⁵;
- d'une personne normalement soigneuse et prudente, placée dans les mêmes conditions⁴⁶;
- d'un organisme public normalement soigneux et prudent, placé dans les mêmes conditions⁴⁷;
- d'un tenancier de café normalement soigneux et prudent, placé dans les mêmes circonstances⁴⁸;
- du sportif normalement prudent et avisé, placé dans les mêmes circonstances⁴⁹.

Remarquons que l'adjectif « prudent » revient invariablement, tant dans la terminologie de la Cour de cassation que dans celle des auteurs et des juges du fond, tandis que le second adjectif utilisé peut varier : prudent et diligent ; prudent et raisonnable ; prudent et soigneux ; prudent et avisé, etc. Il est à noter aussi que la Cour de cassation utilise indistinctement les expressions « placé dans les mêmes conditions » ou « placé dans les mêmes circonstances », en se gardant

toujours d'accoler au substantif l'adjectif « externes ».

Il ressort de tout ceci que, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, la référence indiscutable à l'heure d'apprécier la faute éventuelle de l'agent est la notion de *prudence*, en lien étroit avec les *circonstances* concrètes du comportement litigieux.

B. Pour un autre modèle

Le « modèle standard » décrit plus haut n'est pas satisfaisant. Tout d'abord, il ne rend pas adéquatement compte de la jurisprudence des juges du fond et ne reflète pas davantage celle de la Cour de cassation. Ensuite, plus fondamentalement, il y a, nous semble-t-il, *contradictio in terminis* à prétendre juger un comportement en lui-même, abstraction faite de la personnalité de son auteur, afin de déterminer si ce dernier a manqué à l'obligation générale de *prudence*. Sauf à dénaturer cette dernière notion, qui plonge ses racines dans l'éthique philosophique, il est malaisé d'apprécier l'exigence de prudence indépendamment d'un sujet concret en situation concrète.

Même si la majorité des juristes est peu encline à philosopher, il n'est pas moins étonnant que la doctrine juridique soit si avare de réflexions sur la prudence. Il s'agit pourtant de la notion clé en la matière, à l'aune de laquelle s'apprécie la faute extracontractuelle. *La référence au « bon père de famille » n'est pertinente et éclairante que dans la mesure où ce dernier incarne la personne prudente.*

1. Digression philosophique : qu'est-ce que la prudence ?

La prudence à laquelle il est fait référence en droit de la responsabilité extracontractuelle est un concept emprunté à la philosophie. Elle désigne une vertu, capitale s'il en est, car, comme nous le verrons, elle est guide et mère de toutes les vertus.

Le texte philosophique le plus fameux et universel sur la notion de prudence ou *phronèsis* (φρόνησις, en grec ancien) est sans conteste le livre VI de *l'Éthique à Nicomaque* d'Aristote. Il s'agit d'un texte extrêmement complexe, procédant par approximations successives, sans jamais proposer de définitions tranchées, ce qui peut expliquer en partie qu'il n'ait jamais cessé, au cours des siècles, de faire l'objet de commentaires savants⁵⁰. Actuellement, le concept de *phronèsis* fait même l'objet d'une étonnante réhabilitation dans des environnements philosophiques strictement modernes, fort étrangers à

l'univers conceptuel de l'éthique aristotélicienne. C'est dire si l'on se borne ici à relever quelques traits caractéristiques de la *phronèsis*, sans la moindre prétention savante⁵¹. Soyons clairs : notre propos n'est pas guidé par le souci de restituer avec précision toutes les nuances de la conception aristotélicienne de la *phronèsis*, et moins encore de rendre compte des discussions contemporaines y relatives⁵². L'objectif est avant tout de mieux cerner la notion de prudence, quitte à prendre quelque liberté par rapport au texte d'Aristote lui-même et de tirer parti des gloses ultérieures de celui-ci. D'autant que, sur le terrain du droit, la prudence n'est pas envisagée comme vertu éthique, mais comme norme sociale, même s'il ne fait pas de doute que la prudence incarnée par le bon père de famille, qui sert de mesure de la faute civile, a partie liée à la notion philosophique.

Il est significatif de remarquer qu'Aristote nous fait entrer dans le chapitre consacré à la prudence par la porte du *phronimos*, l'homme prudent : « Une façon dont nous pourrions appréhender la nature de la prudence, c'est de considérer quelles sont les personnes que nous appelons prudentes »⁵³. Suit une référence à Périclès, à qui est attribuée de façon paradigmatique la vertu de *phronèsis*. C'est qu'il n'y a pas de critère universel de prudence : l'homme prudent (le *phronimos*) est la mesure de la prudence (*phronèsis*) et, au vrai, de toutes les vertus. En effet, suivant le stagirite, toute vertu est « une disposition à agir d'une façon délibérée, consistant en une médiété relative à nous, laquelle est rationnellement déterminée et comme le déterminerait l'homme prudent (le *phronimos*, φρόνιμος) »⁵⁴. Les vertus sont des *habitus* opératifs bons, c'est-à-dire des dispositions stables du sujet qui règlent les désirs, les sentiments et les actions relatifs aux biens (le temps, l'argent, la connaissance, les affects, l'alimentation...) et aux activités (toutes les dimensions de la vie humaine : le travail, le repos, les loisirs, les activités sportives). Toutes les vertus supposent un jugement droit, un discernement, une sagesse pratique, de même que la modération et une adaptation aux circonstances⁵⁵. L'acte vertueux est toujours une médiété, un juste milieu déterminé par la raison pratique (*medium rationis*). Ce juste milieu ne doit pas être vu comme une forme de médiocrité, mais plutôt comme un sommet – façon courbe de Gauss – entre un défaut et un excès. Ainsi, le courage (ou vertu morale de force) est ce juste milieu, déterminé par la droite raison, entre la crainte et la témérité. Ainsi encore, la magnanimité est le juste milieu, déterminé par la droite raison, entre la pusillan-

- 44 Concl. du ministère public précédant Cass., 1^{er} ch., 28 septembre 2006, *J.T.*, 2006, p. 594, spéc. p. 598.
- 45 Cass., 3^e ch., 25 octobre 2004, *Pas.*, 2004, II, p. 1667.
- 46 Cass., 1^{er} ch., 5 juin 2003, précité.
- 47 Cass., 3^e ch., 25 novembre 2002, *Pas.*, 2002, p. 2230.
- 48 Cass., 1^{er} ch., 10 mars 2000, *Dr. circ.*, 2000, p. 446.
- 49 Cass., 1^{er} ch., 21 octobre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 249.
- 50 Voy. P. RICŒUR, « À la gloire de la *phronèsis* », in *La vérité pratique - Aristote - Éthique à Nicomaque, livre VI*, textes réunis par J.-Y. CHATEAU, Paris, Vrin, 1997, pp. 13-22.
- 51 Parmi une abondante littérature, outre l'ouvrage classique de P. AUBRY, *La prudence chez Aristote*, Paris, P.U.F., 1963, nous retiendrons deux collectifs plus récents en langue française : *L'excellence de la vie - Sur l'Éthique à Nicomaque et l'Éthique à Eudème d'Aristote*, études réunies et éditées par G. AUBRY, sous la direction de G. ROMÉYER DHERBERY, Paris, Vrin, 2002, 464 p. et *Le jugement pratique - Autour de la phronèsis*, sous la direction de D. LORIES et L. RIZZERIO, Paris, Vrin, 2008, 382 p.
- 52 Pour un panorama historique des conceptions de la *phronèsis*, voy. D. LORIES, « Introduction - Contre une "idée mortelle" », *op. cit.*, pp. 7-46 (et, notamment, les références aux travaux de H. ARENDT et H.G. GADAMER), et, plus particulièrement, pour un bon aperçu des débats contemporains sur la notion aristotélicienne de *phronèsis*, C. NATAL, « La *phronèsis* d'Aristote dans la dernière décennie du XX^e siècle », in *L'excellence de la vie*, *op. cit.*, pp. 179-194, et les références aux travaux de H.G. GADAMER, G.E.M. ANSCOMBE, M. HEIDEGGER, S. BROADIE, A. ALBERTI, A. TOSEL, E. BERTI, P. RICŒUR, S.G. SALKEVER, R. ELIA, O. GUARIGLIA, etc. Dans ces ouvrages figurent aussi des études particulières sur la *phronèsis* d'Aristote, telle qu'interprétée par certains de ces auteurs.
- 53 ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, trad. par J. TRICOT, Paris, Vrin, 1997, 1140a24-25 (cité ci-après EN).
- 54 EN, 1107a.
- 55 J. CASSIEN, *Institutiones*, V, 41 : SC 109, 256.
- 56 EN, 1140b5. *L'orthos logos* indique la part d'intellection à l'œuvre dans les vertus intellectuelles ou diaonétiques, tandis que la *disposition* pratique enracinée dans le désir (*éthos*) est typique des vertus éthiques ou morales. Les vertus intellectuelles procurent la capacité de bien agir, sans toutefois

impliquer, et moins encore garantir, le bon usage de cette capacité. Les vertus éthiques, en revanche, comprennent par essence le désir et la volonté de bien agir. La prudence est à la croisée de ces deux types de vertus. Elle suppose à la fois une justesse de vue ou une « vue exercée » (aspect cognitif), laquelle ne s'acquiert qu'avec le temps et l'expérience, et la présence du désir, sans lequel le jugement pratique du *phronimos* ne déboucherait pas dans l'action, car seul le désir peut mouvoir à l'action. Enfin, encore faut-il que soit assurée la rectitude du désir, au sens où il doit être en accord avec les indications de la *phronésis* et avoir pour objet le bien véritable. À défaut d'un tel accord, la *phronésis* serait entravée dans son bon fonctionnement. À ce sujet, C. NATALI, *op. cit.*, p. 181.

57 D. LOPES, « Introduction - Contre une "idée mortelle" », in *Le jugement pratique - Autour de la notion de phronésis*, *op. cit.*, p. 39.

58 EN, 1142a23. Or il n'est pas de science du particulier. La *phronésis* ne peut être enseignée, elle ne s'apprend pas dans les livres ; elle s'acquiert par l'expérience, la force des exemples et la création d'habitudes. Il s'en suit que « les paroles et les opinions indémontrées des gens d'expérience, des vieillards et des personnes douées de sagesse pratique sont tout aussi dignes d'attention que celles qui s'appuient sur des démonstrations, car l'expérience leur a donné une vue exercée qui leur permet de voir correctement les choses » (EN, 1143b10-14).

59 Voy. C. NATALI, *op. cit.*, p. 182.

60 EN, 1143a8.

61 EN, livre 6, chap. 10, *passim*, spéc. 1142b32.

62 EN, 1142b34.

63 EN, 1143a19.

64 À la lumière, principalement, de Thomas d'AQUIN, *S. th.*, II-II, q. 47 à 56.

mité et la présomption. La vertu consiste en une « médiété relative à nous », car, par exemple, un acte courageux pour l'un peut représenter un acte téméraire pour un autre (qui, n'ayant pas l'habileté, la condition physique, les ressources psychologiques, l'expérience... suffisantes, fait preuve d'un courage exagéré et irrationnel qui l'amène à affronter un danger de manière inconsidérée).

La détermination de ce juste milieu témoigne de la part de raison pratique au cœur de chaque vertu. En ce sens, la prudence est regardée comme une vertu intellectuelle dont le rôle est précisément de perfectionner la *raison pratique*, en manière telle qu'elle soit apte à juger et *prescrire* la manière de bien agir dans les cas particuliers. Comme l'écrit Aristote, « la prudence est une disposition, accompagnée de règle vraie (*orthos logos*), capable d'agir dans la sphère de ce qui est bon ou mauvais pour un être humain »⁵⁶. Il est à remarquer que la prudence n'a pas d'objet propre : elle vise à réguler toutes les actions humaines *sub ratione veri practici et boni*, c'est-à-dire en assurant la droiture et la vérité de tout le processus de la raison pratique en cette fonction directive, de manière à déboucher sur des actions bonnes (*eupraxia*). En d'autres termes, elle s'entend de la *recta ratio agibilium*, que l'on pourrait traduire librement comme la vertu visant à réguler, selon la droite raison, les actions morales particulières en ce qu'elles ont de plus concret et en fonction de toutes les circonstances. C'est parce qu'il revient à la prudence de diriger toutes les actions morales considérées de la manière la plus concrète qu'elle est guide et mère de toutes les vertus (*auriga et genitrix virtutum*). Pour être le critère de la *phronésis*, encore faut-il que le *phronimos* puisse, pour ainsi dire, « universaliser » le choix des moyens d'action qui lui est propre, « ce qui implique qu'il ne peut céder au plaisir immédiat comme le ferait un homme immodéré (c'est la *sôphrosunê* sauvant la *phronésis*) »⁵⁷. Dans le même ordre d'idées, la prudence règle aussi l'usage des passions (peur, colère, haine...), des émotions et des affects, selon les circonstances.

En un sens général, l'homme prudent est capable de délibérer et de juger correctement *en vue d'agir*, selon les circonstances, de façon adéquate. Suivant une représentation courante, mais erronée, la prudence est confondue avec l'indécision de celui qui est si soucieux de réunir tous les éléments d'appréciation qu'il en devient précautionneux, hésitant, et tergiverse au point de se trouver paralysé sur le terrain de l'action. En réalité, la prudence est de l'ordre de l'action : elle n'est ni une science (car elle porte sur ce qu'il

ya de plus particulier et contingent, l'objet de l'action pouvant être autrement qu'il n'est⁵⁸), ni un art (car comme telle, elle ne produit pas d'œuvre extérieure à l'agent). La prudence n'a pas pour objet le savoir général, même si elle le présuppose, ni d'appliquer le savoir général aux actions concrètes, même s'il y a de cela dans l'exercice de la prudence. La prudence n'a pas besoin d'indications générales et inapplicables (du genre « Sois courageux ! »), mais d'un plan d'action praticable et efficace⁵⁹. Son rôle n'est pas de déduire les actions singulières à partir de prémisses ou préceptes généraux, mais d'identifier (parfois « inventer » au sens étymologique du verbe) et mener à bien les actions concrètes qui, ici et maintenant, permette de bien agir face au problème qui se présente dans des circonstances concrètes.

La prudence est, par essence, une vertu impérative ou directive : le jugement prudentiel a pour fin de déterminer les voies et moyens à mettre en œuvre pour agir ou s'abstenir d'agir (c'est selon) comme il convient⁶⁰. L'acte principal de la prudence est de commander (*praecipere* ou *imperare*) l'action dans une situation particulière. Autrement dit, par exemple, il ne revient pas à la vertu de prudence de juger s'il convient d'agir avec justice, mais de commander efficacement les moyens et actions nécessaires pour œuvrer de façon juste, ici et maintenant.

En tant que vertu cognitive, la prudence s'appuie sur une série de vertus diaonétiques, de second ordre (selon Aristote), qui sont au service de l'acte impératif de la vertu : l'*εὐβουλία* (*eubulia*, en latin)⁶¹, la *σύνεσις* (*synesis*, en latin)⁶² et la *γνώμη* (*gnome*, en latin)⁶³. On les commente avec quelque liberté⁶⁴.

L'*εὐβουλία* (*eubulia*) ou bonne délibération traduit le souci de rassembler tous les éléments nécessaires à l'action projetée. Il s'agit de se connaître (avec ses points forts et ses points faibles, ses capacités physiques ou ses éventuelles diminutions d'ordre physique ou psychologique), d'interroger l'expérience, de considérer les précédents dans des situations similaires, de se procurer éventuellement la connaissance nécessaire via l'enseignement, la consultation d'un livre ou la demande de conseil, de faire preuve de sagacité. Si un problème réclame une solution urgente, la personne prudente peut faire preuve de perspicacité, qui est la capacité de saisir en un éclair de temps l'aspect central de la question pour choisir et mettre en œuvre promptement la solution appropriée.

La prudence, on le voit, suppose une certaine connaissance, de préférence celle qui porte sur

le singulier, les faits particuliers, et qui se nourrit d'exemples. « C'est pourquoi aussi certaines personnes ignorantes sont plus qualifiées pour l'action que d'autres qui savent : c'est le cas notamment des gens d'expérience »⁶⁵. La prudence a rapport aux faits particuliers, qui ne nous deviennent familiers que par l'expérience. Or celle-ci ne s'acquiert qu'à force de temps... C'est pourquoi on admet difficilement qu'il puisse exister un enfant ou un jeune homme prudent⁶⁶. La prudence suppose aussi l'habileté, qui est la capacité de « faire les choses tendant au but que nous nous proposons et de les atteindre »⁶⁷. Il s'agit là d'une condition nécessaire, sans laquelle il n'est pas de prudence, mais non suffisante, car « nous appelons habiles les hommes prudents aussi bien que les roués »⁶⁸. N'est pas prudent, celui qui se lance dans une entreprise qui dépasse manifestement ses talents, capacités et ressources intellectuelles, physiques ou psychologiques.

S'oppose à l'eubulia, la précipitation. Ce dernier terme évoque l'image spatiale de la chute, de haut en bas, à grande vitesse : se précipite dans l'action, et n'agit dès lors pas prudemment, celui qui passe du principe général à l'action concrète, sans délibération préalable, c'est-à-dire sans avoir considéré les expériences du passé, les circonstances concrètes de la situation, les différentes possibilités d'action et leurs conséquences possibles.

La bonne délibération n'est qu'une première étape. Encore faut-il formuler un jugement, sur la base des éléments rassemblés, en vue de l'action. La σύνεσις (synesis) perfectionne le jugement pratique porté sur les actions ordinaires en fonction des principes et règles moraux et légaux applicables à la généralité des cas. La γνώμη (gnome) perfectionne le jugement pratique porté sur les cas extraordinaires qui échappent aux prévisions des lois et oblige à faire appel à des principes de plus haute justice (équité ou epiqueia). Ne se comporte pas de manière prudente celui qui agit de manière inconsidérée, en omettant de porter un jugement sur divers éléments pris en considération. S'il y a eu précipitation – absence de délibération – le sujet agira aussi vraisemblablement de façon inconsidérée, mais l'inverse n'est pas vrai. Il peut y avoir eu bonne délibération (eubulia), sans précipitation, mais, ensuite, défaut de jugement subséquent sur les éléments qui avaient été rassemblés.

En tant que vertu impérative ou prescriptive, la prudence suppose aussi, à l'heure de passer à l'action, la circonspection (la capacité d'observer attentivement et d'apprécier toutes les circonstances, éventuellement changeantes, de la situation), la prévoyance, c'est-à-dire l'aptitude à voir,

au-delà de l'action, les conséquences possibles de celle-ci (pro-videre, en latin) et la précaution, c'est-à-dire le souci que l'action concrète ne cause pas de dommage. Deux défauts peuvent caractériser l'acte prescriptif de la prudence. Appelons-les la négligence et l'inconstance. Le négligent omet, par faiblesse ou légèreté, l'acte de la raison pratique qui commande la réalisation de l'action. L'inconstant, lui, ne passe pas à l'action pour des motifs futiles, en dépit d'un bon jugement sur ce qu'il y a lieu de faire. Répétons-le : n'est pas prudent celui qui sait ce qu'il y a à faire et ne se décide pas à agir : en ne passant pas à l'action, il manque à l'acte propre de la prudence.

En résumé, l'homme prudent – le phronimos – récapitule tous les éléments constitutifs de la prudence ou sagesse pratique : aptitude à bien délibérer et à bien juger, à déterminer « le juste milieu » (ce moyen terme, entendu comme un sommet, entre l'excès et le défaut) dans des circonstances concrètes et à guider l'action concrète en vue d'atteindre le but poursuivi.

Ces quelques indications sommaires illustrent combien la prudence s'apprécie nécessairement dans un contexte donné, dont font partie aussi bien des éléments internes à l'individu (connaissances et expérience particulières, instruction, aptitudes physiques et psychologiques, etc.) que les circonstances externes (configuration des lieux, conditions climatiques, etc.).

Il va de soi qu'importée dans le droit, la notion est vidée de sa signification proprement philosophique. Elle n'y est plus entendue comme vertu dirigée vers la vie bonne du sujet, mais comme norme sociale. À ce titre, la prudence désigne, pour ainsi dire, l'attitude que l'on peut attendre de tout citoyen normalement conscient et respectueux des exigences de l'ordre et de l'équilibre social, attentif à ce que son comportement ne porte pas préjudice à autrui. Remarquons encore, au passage, que la notion de prudence inclut en son champ sémantique la seconde qualité généralement attendue du bon père de famille, regardé comme normalement « prudent et diligent » ou « prudent et raisonnable » ou encore « prudent et avisé ». La prudence, on l'a vu, suppose un accord entre le jugement de la raison pratique et la rectitude du désir qui meut à l'action ; elle suppose que l'agent soit perspicace, circonspect et avisé ; elle suppose également qu'il soit diligent à l'heure de traduire en acte concret le commandement de la raison pratique.

65 EN, 1141b15.

66 EN, 1142a15.

67 EN, 1144a25.

68 EN, 1144a25.

2. L'appréciation *in abstracto*, qu'est-ce à dire ?

S'il paraît inconcevable de penser la prudence indépendamment des caractéristiques subjectives, propres à l'individu, comment comprendre que la faute s'apprécie *in abstracto* ?

Quelle norme de référence ?

L'on s'accorde pour considérer intuitivement que toute faute suppose une transgression, un écart ou une erreur de conduite, une discordance entre ce qu'une personne a fait et ce qu'elle aurait dû faire. Est fautif celui qui n'a pas agi (ou ne s'est pas abstenu d'agir) comme il aurait pu ou dû le faire. Pour arriver à ce genre de conclusion, il faut procéder à une comparaison entre l'attitude adoptée par l'auteur du dommage et celle qu'il aurait dû avoir et, à cet effet, disposer d'une norme de référence, qui détermine la conduite requise dans des circonstances concrètes.

À cet égard, deux méthodes paraissent envisageables : l'appréciation *in concreto* et l'appréciation *in abstracto*.

L'appréciation *in concreto* peut consister à évaluer le comportement de l'auteur du fait dommageable par rapport à lui-même : au soin, à la diligence, à l'attention, à l'habileté... dont il fait habituellement preuve dans le cours ordinaire de son existence. Ainsi ne sera-t-il tenu pour fautif que s'il ne s'est pas comporté à l'égard d'autrui avec le soin, la diligence, l'attention... qu'il met à s'occuper de ses propres affaires.

Comme on l'a vu, tel semble être le critère retenu par les auteurs du Code civil en ce qui concerne le débiteur contractuel (article 1137 du Code civil), dont il est exigé qu'il apporte « les soins qu'on doit raisonnablement attendre d'un bon père de famille pour la conservation de sa propre chose »⁶⁹. Cette appréciation de la faute en mode autoréférentiel est inacceptable. « Il ne peut être question d'examiner quel est le soin que l'auteur du dommage met ordinairement à s'en garantir lui-même, ou à préserver ses biens des atteintes qui pourraient leur être portées ». Le cas échéant, l'on imposerait à des tiers « les effets funestes de son indolence habituelle »⁷⁰. Un tel modèle serait effectivement une prime à l'incurie, à l'indolence et à la négligence. Il s'accorde mal avec les impératifs à la fois propres au droit – dont on verra qu'il est fondé sur la normalité des comportements, gage de la prévisibilité et d'une certaine sécurité juridique des relations sociales – et au droit de la responsabilité civile, qui est orienté vers l'indemnisation des victimes⁷¹.

Plus *in concreto* encore, serait une appréciation qui consisterait à jauger le degré de prudence

exigible selon l'état psychologique de l'agent au moment des faits. Il s'agirait alors de prendre en compte l'état d'esprit de la personne, ses angoisses particulières, son manque d'intelligence, etc. Pareille approche nous éloignerait plus encore de l'objectif fondamental assigné à la responsabilité civile.

L'appréciation *in abstracto*, quant à elle, consiste à évaluer le comportement de l'auteur du fait dommageable par rapport à un standard abstrait : la personne prudente, placée dans les mêmes circonstances. C'est l'approche prônée en droit de la responsabilité civile.

Plusieurs fondements ont été avancés pour justifier la référence à un type abstrait de comparaison. Tous ne convainquent pas. Selon une opinion, l'évaluation *in abstracto* serait la seule possible, à défaut de pouvoir mener une réelle appréciation *in concreto*. « Il est difficile au juge », explique P. Esmein, « de savoir si un individu est capable ou non d'une attention normale (...) entrer dans cette voie ouvrirait la porte à des discussions sans fin et affaiblirait singulièrement la valeur des impératifs sociaux »⁷². Mais, a-t-il été observé, cette constatation déplace le problème plus qu'elle ne le résout : « que les possibilités d'établir la faute soient tributaires des moyens dont disposent les parties et l'institution judiciaire est un fait ». Toutefois, il s'agit là d'un simple problème « de preuve qui ne touche pas à la définition de la notion de faute elle-même »⁷³.

D'autres auteurs fondent le recours à une appréciation abstraite de la faute civile sur l'idée du libre arbitre humain. Partant du principe que tout homme est libre, ils estiment que le droit est justifié à sanctionner une personne pour ne pas s'être conformé aux normes de conduite sociale⁷⁴. Il nous paraît que l'affirmation de la liberté permet tout au plus de justifier l'imputabilité des fautes à leur auteur ; elle n'explique pas pourquoi il y a lieu de se conformer à un modèle de comportement plutôt qu'à un autre. « L'observation du standard commun exige de la part des moins doués un effort et parfois un sacrifice plus grands que ceux qui sont requis du commun des hommes ; or, en admettant qu'ils puissent faire cet effort ou consentir ce sacrifice, pourquoi le doivent-ils ? »⁷⁵.

D'autres arguments fondant le recours à un modèle abstrait nous paraissent plus décisifs. La référence à l'homme prudent et raisonnable permet de garantir la sécurité juridique des relations sociales. La confiance mutuelle est nécessaire au bon ordre des rapports humains. Or celle-ci implique nécessairement que l'on reconnaisse à chacun le droit d'exiger des autres

69 Voy. le rapport du tribunal Favart, *op. cit.*, pp. 321 et s.

70 A. SOURDAT, *Traité général de la responsabilité, ou De l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats*, Paris, Marchal & Godde, 1911, p. 582, n° 657, cité par H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, p. 421, n° 421.

71 En ce sens, parmi d'autres, X. THUNIS, *op. cit.*, vol. 2, p. 29 ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité - Traité de droit civil*, sous la direction de J. GHESTIN, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2006, pp. 401 et s., spéc. n° 463.

72 P. ESMÉIN, « La faute et sa place dans la responsabilité civile », *Rev. trim. dr. civ.*, 1949, p. 485. Dans le même sens, A. CH. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, Paris, L.G.D.J., 1982, pp. 329 et s. *Contra*, Y. HANNEQUART, « Faute civile - Faute pénale », *Ann. dr.*, 1983, p. 106 ; J. VERHAEGEN, « L'imprudence punissable en législation et en jurisprudence belges », *J.T.*, 1979, pp. 349-355.

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

74 B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations*, t. 1, 5^e éd., Toulouse, Litec, 1996, p. 147.

75 N. DEJEAN DE LA BÂTE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, *op. cit.*, p. 141.

une conduite normale et l'assurance d'obtenir réparation suite à la maladresse d'autrui⁷⁶. Ce postulat est à la base de plusieurs institutions du Code civil. Par exemple, si le propriétaire de la chose prend connaissance de la gestion d'affaires et l'accepte, c'est par « le sentiment honorable de la confiance » que lui inspire le gérant. Celui-ci « doit donc diriger, continuer et consommer l'affaire qu'il a entreprise (...) avec tous les soins, la diligence, la surveillance et l'intérêt d'un bon père de famille »⁷⁷. Se fonder sur la normalité des comportements est d'autant plus nécessaire que le droit s'accompagne d'un objectif préventif. L'on parvient à éviter la survenance de certains dommages en enjoignant aux malhabiles et aux inaptes d'aligner leur comportement sur celui du *bonus pater familias*⁷⁸.

L'objectif indemnitaire du droit de la responsabilité civile explique aussi que la faute soit appréciée abstraitement, en référence à une norme objective de comportement. On y reviendra⁷⁹.

Quelles circonstances entrent en ligne de compte ?

Que la faute civile doive s'apprécier abstraitement n'est guère discuté. Plus contestable, en revanche, est cette tendance doctrinale à ne voir dans l'appréciation *in abstracto* qu'une approche purement objective. Tout se passe comme si, aux yeux de la plupart des auteurs, l'abstraction suppose *proprio sensu* de ne pas prendre en compte les éléments subjectifs propres à l'individu. On n'est cependant pas obligé d'adhérer à cette conception de l'abstraction. Il s'agit d'apprécier le comportement d'une personne concrète, de chair et d'os, avec ses connaissances et son expérience, ses aptitudes, ses forces et faiblesses, dans des circonstances concrètes, à l'aune d'une norme de référence : la prudence. On se demandera comment la prudence lui commandait-elle d'agir, dans des circonstances concrètes, compte tenu de sa connaissance ou de son absence de connaissance, de son expérience ou de son inexpérience, de son état de diminution physique, etc.

Il est permis de parler d'une appréciation abstraite de la faute, dans la mesure où le jugement se fait en regard de la norme de prudence. Mais il s'agit, en définitive, d'évaluer le comportement d'un sujet concret. Comment estimer qu'une personne a fait preuve ou manqué de prudence, dans des circonstances données, tout en faisant complètement fi des caractéristiques personnelles de celle-ci ? Ne se met-on pas en contradiction avec soi-même dès lors que la prudence est précisément cette sagesse pratique qui cristallise la connaissance de soi et de ses limites, l'expérience, le jugement, les habiletés... et qui

permet d'ajuster son comportement en toutes circonstances ?

Il y a donc lieu d'apprécier la faute de l'auteur du dommage à l'aune des exigences de la prudence, compte tenu de toutes les circonstances pertinentes, sans distinguer de façon rigide entre facteurs externes et facteurs internes.

Des circonstances externes sont régulièrement prises en compte. Parmi celles-ci, on relève péle-mêle, en jurisprudence :

- les conditions de travail du journaliste (urgence et précarité des moyens)⁸⁰ ;
- l'importance et la nature du patrimoine de l'intéressé afin de déterminer, à l'aune du critère du bon père de famille, s'il a réalisé une opération qui excède les limites d'une gestion normale de patrimoine⁸¹ ;
- la nature « violente » du sport (sports de combat ou de contact)⁸² ;
- les aléas de l'expertise judiciaire⁸³ ;
- la réalité du terrain qui, en l'espèce, nonobstant l'imprécision du plan, aurait dû attirer l'attention d'un entrepreneur normalement prudent et avisé sur la présence d'une taque, obstacle à un tracé rectiligne⁸⁴ ;
- le degré de sécurité élevé que l'on est en droit d'attendre d'un endroit, tel qu'une boutique, en ce sens que « l'attention exigée est en de tels lieux moindre que celle qui est demandée à un piéton circulant sur la voie publique où des défauts dans les trottoirs ou voiries sont fréquents »⁸⁵ ;
- les divers obstacles (flaques d'eau, poutres...) qu'il faut s'attendre à rencontrer lorsque l'on traverse un atelier⁸⁶ ;
- etc.

La prise en considération de ces circonstances *externes* est habituelle et ne soulève aucune difficulté. Mais il y a plus. En dépit des principes traditionnellement énoncés, les circonstances prises en compte afin d'apprécier si le défendeur ne s'est pas comporté comme un bon père de famille normalement prudent peuvent aussi être *internes*, propres à l'agent.

La prudence attendue peut être liée à l'exercice d'une profession ou d'une activité (un sport, la conduite automobile, des travaux...) qui requiert des connaissances, une habileté, une certaine expérience. La prudence requiert qu'un sujet ne s'engage pas dans telle entreprise ou activité s'il *sait* qu'il ne jouit pas de la connaissance, de l'expérience, de l'habileté ou des conditions

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

77 Voy. le rapport fait par M. BERTRAND-DE-GREULLE, *in* P. A. FENET, *op. cit.*, p. 471.

78 G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, pp. 351 et s.

79 Voy. *infra*, III.

80 Par exemple, Bruxelles, 9^e ch., 12 septembre 2008, R.G. n° 2004/AR/795.

81 Voy. Civ. Bruxelles, 32^e ch., 13 février 2009, R.G.C.F., 2009/4, p. 30.

82 Par exemple, Liège, 20^e ch., 16 mars 2007, R.G. n° 1999/RG/81.

83 Par exemple, Liège, 20^e ch., 2 mars 2007, J.L.M.B., 2007/39, p. 1630.

84 Liège, 20^e ch., 10 janvier 2007, R.G. n° 2004/RG/740.

85 Liège, 20^e ch., 4 mars 2005, R.G.A.R., 2007, n° 14287.

86 Bruxelles, 4^e ch., 25 octobre 2011, R.G.A.R., 2012, n° 14840.

physique ou psychologique nécessaires, déterminées abstraitement eu égard à la nature de l'entreprise ou de l'activité. De même, la prudence requiert que l'agent tire parti des connaissances ou de l'expérience acquises, nonobstant la circonstance qu'il s'agit là de caractéristiques personnelles, pour prévenir certains dommages. À défaut, il est permis de conclure au manquement à la prudence.

Prenons l'exemple d'un organisateur de courses automobiles. S'il a pu observer des sorties de route récurrentes à un endroit précis du circuit, il doit tenir compte de cette connaissance ou expérience pour remédier au problème et prendre des mesures appropriées pour éviter que pareils accidents se reproduisent. En pareil contexte, la prudence commande objectivement que l'organisateur tire les leçons de cette expérience. Précisons que l'expérience de l'agent ne jouera pas toujours contre lui. Ce critère peut aussi contribuer à convaincre que l'intéressé a eu une attitude prudente. Ainsi, n'a pas été considéré comme fautif, le fait qu'une cavalière, blessée à la suite de la ruade d'un cheval, soit intervenue préalablement pour aider une amie à mettre l'animal en prairie. « Cavalière expérimentée, [la victime] était coutumière de ce type de manœuvre et connaissait le cheval pour l'avoir déjà monté. Du reste (...) l'assistance de [la cavalière] se justifiait afin d'éviter que l'animal prenne la fuite »⁸⁷.

Dans une autre affaire, il a été jugé que « tout parent normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances et au courant des risques encourus, n'aurait pas laissé jouer deux enfants ensemble sur le même trampoline »⁸⁸. Les parents ne peuvent exciper de leur ignorance du danger dans la mesure où, dans la notice d'emploi du trampoline, il est clairement déconseillé de se trouver à plusieurs utilisateurs sur le trampoline en vue notamment d'éviter les chocs. Ils engagent dès lors leur responsabilité sur pied de l'article 1382 du Code civil, « la circonstance que la majeure partie des parents aurait laissé jouer plusieurs enfants ensemble [étant] irrelevante ». Où l'on voit que la prudence n'est pas une norme statistique⁸⁹, et qu'est prise en considération la connaissance préalable, personnelle, des défenseurs⁹⁰.

Jugé que la *maturité* et l'*expérience* de dirigeants scouts doivent être prises en compte, à l'instar de leur devoir de veiller à la sécurité des louveteaux, pour déterminer la part de responsabilité des premiers dans l'accident survenu à la victime qui s'est blessée, par sa faute, en faisant tourner une corde au bout de laquelle était attachée un bâton⁹¹.

Par contre, on ne peut objectivement pas reprocher à un apprenti parachutiste de ne pas avoir fait preuve de la prudence qui eût été attendue d'un parachutiste confirmé. Selon le tribunal de Tournai, « il pouvait légitimement croire que toutes précautions destinées à assurer sa sécurité avaient été prises », et, selon la Cour d'appel de Mons, « la victime a perdu son sang-froid », mais « une réaction de ce genre ne peut être reprochée à un débutant et singulièrement à celui qui effectue son premier saut »⁹². Il est clair qu'en cette affaire, une caractéristique personnelle est prise en considération à titre de circonstance ou d'élément de contexte dans lequel s'apprécie la norme de prudence⁹³. Il ne s'agit pas pour autant d'une évaluation *in concreto* du comportement, car celui-ci est apprécié en regard des exigences de la prudence, lesquelles ne peuvent être déterminées qu'à l'aune de toutes les circonstances.

Qu'en est-il de la prise en compte d'un handicap, d'une infirmité ou d'une diminution d'ordre physique ou psychologique? Ici aussi, il y a lieu de raisonner à l'aune de la norme de prudence, compte tenu de toutes les circonstances, fussent-elles liées à la personnalité. La prudence commande que le sujet qui *se sait* atteint de telle ou telle limitation s'abstienne d'une activité déterminée ou prenne une précaution permettant d'en pallier les inconvénients. Ainsi, il a pu être reproché à un agriculteur qui « savait que le taureau était excité et nerveux » de prendre « le risque, non seulement d'aller faire le tour de la prairie pour se rendre compte de l'ampleur des dégâts, mais de réparer ceux-ci, passant ainsi un temps plus important dans le champ et concentré sur la tâche qui l'occupait », de sorte qu'« en se trouvant ainsi seul dans la prairie alors qu'il souffrait d'un handicap à l'œil droit et à l'oreille droite, diminuant d'autant sa perception de tous bruits et de toutes visions, (...) il a commis une faute ayant contribué à la survenance du dommage »⁹⁴. Ce sont précisément des caractéristiques personnelles du sujet – ici, une déficience de la vue et de l'ouïe – qui révèlent l'imprudence dont il a fait preuve.

Faut-il prendre en compte les passions, les peurs ou phobies, les faiblesses de caractère? La prudence, a-t-on vu, a précisément pour objet de régler l'usage des passions, des émotions et des affects. Par conséquent, on pourra généralement conclure au défaut de prudence de celui qui, cédant à la passion, à la colère ou à un instinct non contrôlé, a occasionné un dommage à autrui. La prise en compte de ce genre de caractéristiques personnelles jouera donc habituellement contre le sujet en ce qu'elles révèlent son manque de prudence. Les travaux préparatoires du Code

- 87 Voy. Civ. Bruxelles, 11^e ch., 1^{er} mars 2011, R.G.A.R., 2011, n° 14755.
- 88 Liège, 3 mai 2012, R.G. n° 2001/RG/520. Les italiques sont nôtres.
- 89 Comp. Bruxelles, 7^e ch., 30 juin 1998, DCJ-VKJ, n° 8, 98/88, p. 378, considérant que le fait de sortir de la piscine en prenant appui sur le bord et en faisant un mouvement de jambes pour donner l'impulsion nécessaire est banal et courant, et correspond au comportement d'une personne normalement prudente apprécié *in abstracto*.
- 90 Comme autre exemple, il a été décidé que les propriétaires d'un doberman, sachant la cécité et la surdité de leur chien, devaient prévoir les réactions anormales de l'animal et, à tout le moins, mettre en garde les personnes susceptibles de l'approcher (cf. Liège, 3^e ch., 17 mars 2009, R.G.A.R., 2010, n° 14231).
- 91 Bruxelles, 4^e ch., 3 janvier 2005, R.G. n° 2001/AR/1163.
- 92 Voy. Corr. Tournai, 5^e ch., 13 mai 1987, R.G.A.R., 1989, n° 11446 et Mons, 3^e ch. corr., 16 février 1988, R.G.A.R., 1990, n° 11743, ainsi que le commentaire de ces décisions par X. DANDON, *op. cit.*, p. 120.
- 93 Dans le même sens, une juridiction a estimé que si un employeur inculque une certaine méthode de travail à un étudiant jobiste, en lui certifiant que cette façon de faire est usuelle au sein de l'entreprise et en l'encourageant à agir ainsi, il ne peut être reproché à cet étudiant d'accepter un risque en suivant la méthode recommandée (cf. Pol. Furnes, 9 mai 2011, R.W., 2011-2012, pp. 1395-1397).
- 94 Cass., 1^{er} ch., 6 janvier 2012, *Pas.*, 2012, I, p. 49.

civil sont d'ailleurs porteurs du même enseignement⁹⁵.

Il fut un temps où la Cour de cassation sembla réticente à prendre en compte l'âge de l'auteur du dommage⁹⁶. En revanche, dans un arrêt déjà cité du 5 juin 2003, elle a confirmé la décision du juge du fond qui avait pris comme critère de référence un jeune moniteur normalement prudent et diligent.

L'incidence du jeune âge joue habituellement sur le terrain de l'imputabilité, à l'heure d'apprécier la capacité de discernement de l'auteur de la faute. Il n'est donc pas fréquent que l'âge intervienne dans la détermination du contenu de la norme de prudence⁹⁷.

Il arrive néanmoins que des juges retiennent le critère de l'âge pour déterminer le caractère licite ou illicite de l'activité entreprise. La prise en compte de cette caractéristique personnelle – l'âge – ne nous semble pas inconciliable avec l'appréciation *in abstracto*. La référence centrale est, ici encore, la prudence qui est attendue du sujet concret, sans obligation de faire *a priori* abstraction de l'âge. Ce dernier peut entrer en ligne de compte dans la détermination de la prudence requise, en tant qu'il révèle une certaine connaissance ou expérience. Du reste, comme à d'autres auteurs, il nous semble artificiel, sinon aberrant, d'apprécier le comportement d'un enfant (forcément inexpérimenté, immature, irréfléchi...) par comparaison avec celui qui aurait été adopté par un adulte (mûr, réfléchi, pondéré et... prudent), en particulier lorsque le dommage se produit dans le cadre d'un jeu typiquement enfantin auquel un adulte ne se livre plus (bataille de pommes de pin, jeu avec des pétards, fabrication et lancement de fusées...) ⁹⁸. Le seul « groupe de référence » permettant une comparaison sensée paraît être celui formé d'enfants d'un âge similaire⁹⁹.

L'on constate qu'il est volontiers tenu compte de l'âge de la victime pour conclure à une absence de négligence dans le chef de celle-ci. Ainsi, n'a pas été jugé fautif, « le fait pour un enfant de 7 ans de sauter sur un trampoline sur lequel se trouve un autre enfant, en l'absence de toute interdiction qui lui aurait été faite à cet égard » ¹⁰⁰. Ainsi encore, une fillette, décédée des suites de l'accident, n'a commis aucune imprudence en jouant sur un dispositif en pierre, étant donné l'indécelable fragilité de ce dernier et le jeune âge de la victime¹⁰¹.

Notons que le grand âge du sujet pourra également jouer en sa faveur. On ne peut demander à un vieillard une adresse ou une rapidité de réflexe analogue à celle qui est attendue d'un

jeune adulte. Aussi ne peut-on lui reprocher de ne pas être descendu d'un bus ou de ne pas avoir traversé une chaussée aussi rapidement qu'une personne d'âge moyen¹⁰².

À l'inverse, joint à d'autres éléments, l'âge peut contribuer à révéler un manque de prudence. A été jugé en partie responsable de son dommage un jeune homme de 12 ans qui frappa à l'aide d'un marteau un ustensile récupéré sur une zone de chantier. Sa faute résidait dans le fait qu'il avait désobéi aux ordres de sa mère et qu'« il était suffisamment âgé pour se rendre compte que [l'objet] comportait des cartouches explosives et que ce jeu pouvait être dangereux » ¹⁰³. Pareillement, une imprudence pourra être reprochée à une personne âgée en certaines circonstances, par exemple si elle a pris le volant sans être en état de conduire ou si elle s'est elle-même placée dans des conditions peu compatibles avec son grand âge.

III. Où gît la distinction des fautes civile et pénale ?

Le principe de l'identité des fautes civile et pénale est consacré par la Cour de cassation de longue date¹⁰⁴. De nombreuses objections ont été adressées à cette jurisprudence plus que centenaire. Parmi les critiques, il est souligné combien les fautes civile et pénale s'apprécient différemment¹⁰⁵. La première s'évalue *in abstracto*, sans avoir égard aux caractéristiques personnelles de l'agent. La seconde est appréciée *in concreto*, en tenant compte des caractéristiques personnelles du prévenu.

Plus haut, nous avons cru pouvoir tenir que l'appréciation abstraite de la faute civile n'exclut pas, par principe, la prise en compte des caractéristiques propres à l'auteur. En ce cas, se demandera-t-on, en quoi se distingue l'appréciation des fautes civile et pénale ?

A. Les fautes civile et pénale : divergences de conception

L'on rappelle qu'au civil, la faute se compose d'un élément objectif – la transgression d'une norme de comportement – et d'un élément subjectif – l'imputabilité.

À l'origine, la composante subjective de la faute civile par imprudence impliquait que l'on recherche l'état d'esprit coupable de l'auteur ou, en d'autres termes, qu'on lui reconnaisse la possibilité de prévoir la survenance du dommage, compte tenu de ses aptitudes personnelles¹⁰⁶.

95 « Que le philosophe recherche si l'homme est sorti bon des mains de la nature ; le législateur ne saurait ignorer que les passions ont trop souvent étouffé la raison et fait taire la bonté. La loi doit donc vouloir pour nous ce que nous voudrions nous-mêmes si nous étions justes, et elle suppose entre les hommes, dans les cas imprévus, les obligations nécessaires pour le maintien de l'ordre social ». Voy. l'exposé des motifs par M. TREILHARD, *op. cit.*, p. 464.

96 Cass., 1^{re} ch., 24 octobre 1974, R.G.A.R., 1975, n° 9522.

97 X. DANDOU, *op. cit.*, pp. 127 et s.

98 F. RIGAUX, « La responsabilité des père et mère du fait de leurs enfants mineurs : abstraction et réalité », in *Hommage à René Dekkers*, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 315, n° 7 ; B. DUBUSSION, « Autonomie et irresponsabilité du mineur », in P. JADOUL, J. SAMBON et B. VAN KERSBILCK (éd.), *L'autonomie du mineur*, Bruxelles, Publications des F.U.S.L., 1998, pp. 90-92, et les références citées en note 21 ; X. THUNIS, *op. cit.*, livre 20bis, vol. 2, p. 31 ; B. DUBUSSION, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEN, *op. cit.*, p. 27, n° 8.

99 X. DANDOU, *op. cit.*, p. 130 ; B. DUBUSSION, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEN, *op. cit.*, p. 27, n° 8.

100 Liège, 3 mai 2012, R.G. n° 2001/RG/520.

101 Civ. Dinant, 5^e ch., 5 avril 2011, *For. ass.*, 2012, p. 48, note B. GOFFAUX, « La prévisibilité du dommage en matière extracontractuelle ». Voy. encore pour une prise en compte du jeune âge, jouant en faveur la victime, Corr. Charleroi, 7^e ch., 18 novembre 1975, R.G.A.R., 1976, n° 644.

102 Cf. N. DEJEAN DE LA BÂTE, *op. cit.*, p. 29.

103 Mons, 16^e ch., 13 janvier 2011, R.G.A.R., 2011, n° 14770.

104 Cass., 1^{re} ch., 5 octobre 1893, *Pas.*, 1893, I, pp. 321 et 328.

105 Voy. parmi d'autres, R.O. DALCO, « Faute civile - Faute pénale », *Ann. dr.*, 1983, pp. 77 et s. ; J.-L. FAGHART, « L'incidence sur la théorie de l'unité des fautes civile et pénale », in *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique*, Bruxelles, la Charte, 2005, pp. 221 et s. ; P.-H. DELVAUX, « Unité ou dualité des fautes pénale et civile : les enjeux d'une controverse », R.G.A.R., 1991, n° 11795 ; J. VERHAEGEN, « Faute pénale et faute civile », *Arch. phil. droit*, t. 28, Sirey, 1983, pp. 19 et s.

- 106 Y. HANNEQUART, « Faute civile - Faute pénale », *Ann. dr.*, 1983, p. 97.
- 107 En ce sens, Y. HANNEQUART, « Le défaut de prévoyance en droit belge », *Rev. dr. pén.*, 1994, p. 286 ; C. HENNAU et G. SCHAMPS, « Responsabilité pénale et responsabilité civile : une parenté contestée », *Ann. dr.*, Bruxelles, 1995, p. 169.
- 108 J. VERHAEGEN, « Faute pénale et faute civile », *op. cit.*, p. 18. Dans l'exposé des motifs du Code civil, un rapporteur s'exprime clairement en ce sens. « On pourrait se demander (...) s'il n'y a pas quelque injustice à punir un homme pour une action qui participe uniquement de la faiblesse ou du malheur, et à laquelle son cœur et son intention sont absolument étrangers. La réponse à cette objection se trouve dans ce grand principe d'ordre public : c'est que la loi ne peut balancer entre celui qui se trompe et celui qui souffre ». Voy. le rapport fait par M. BERTRAND-DE-GREUILLE, *op. cit.*, p. 474.
- 109 X. THUNIS, « Théorie générale de la faute - La faute comme acte imputable à son auteur », in *Responsabilités - Traité théorique et pratique*, livre 20ter, vol. 3, Bruxelles, Kluwer, 2012, p. 6.
- 110 Dans les travaux préparatoires du Code Napoléon, on lit déjà qu'« il n'entre pas dans les desseins du projet de loi de considérer ici les délits sous leurs rapports avec l'ordre politique. Ils ne sont envisagés que sous le rapport de l'intérêt de la personne lésée ». Voy. le discours prononcé par le tribun Tarrible, in P.A. FENET, *op. cit.*, p. 487.
- 111 N. COLETTE-BASECOZ et N. BLAISE, « Responsabilité civile et responsabilité pénale », *op. cit.*, p. 69.
- 112 C. HENNAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 1987, p. 346.
- 113 Voy. entre autres, P.-H. DELVAUX, « Unité ou dualité des fautes pénale et civile : les enjeux d'une controverse », *R.G.A.R.*, 1991, n° 11795 ; F. KURY, « L'infraction pénale », *Principes généraux du droit pénal belge*, t. 2, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 283 ; N. COLETTE-BASECOZ, « Le rejet des infractions purement matérielles en droit pénal et la consécration d'un élément moral pour toute infraction », *J.T.*, 2010, pp. 184 et s.
- 114 F. KURY, « L'élément moral d'une infraction dans le Code pénal de 1810 », *J.T.*, 2010, pp. 664 et s.
- 115 Voy. en ce sens, J.-J. HAUS, « Exposé des motifs », in J.-S.-G. NYPELS, *Législation criminelle de la Belgique*, t. III, Bruxelles, Bruylant-Christophe et Cie, 1868, p. 240, n° 103.
- 116 C. HENNAU-HUBLET, *op. cit.*, p. 349.
- 117 Y. HANNEQUART, « Le défaut de prévoyance en droit belge », *Rev. dr. pén.*, 1994, p. 286.

Avec le temps, cet élément de culpabilité a laissé place à un simple élément d'imputabilité. La faute civile désigne pratiquement tout comportement illicite (objectivement inadapté ou contraire aux normes en vigueur), puisqu'il suffit désormais que le défendeur fût doué de discernement, c'est-à-dire qu'il ait agi consciemment et librement au moment des faits. En pratique, cette dernière question n'est plus guère discutée quand elle n'est pas contestée¹⁰⁷.

L'analyse très approximative réservée au pôle subjectif de la faute civile, en ce sens qu'il n'est plus besoin de rechercher la culpabilité de l'auteur, se comprend aisément. En matière de responsabilité civile, la tâche des cours et tribunaux est de déterminer qui, du défendeur ou de la victime, doit supporter la charge du préjudice subi. Dans le contexte d'une simple attribution des pertes, le fait qu'un comportement *illicite* de l'agent soit la cause exclusive du dommage paraît pouvoir justifier, à lui seul, la condamnation de l'auteur. Il semble toujours plus équitable de faire supporter le dommage à celui qui l'a causé par son acte objectivement illicite, quel que fût son état d'esprit au moment des faits, plutôt qu'à la victime dont le comportement n'est pas sujet à critique¹⁰⁸.

Au fil de son évolution, la responsabilité civile a perdu de sa connotation morale. Si elle s'apparentait jadis à une forme de sanction des comportements moralement répréhensibles, elle remplit aujourd'hui essentiellement une fonction indemnitaire¹⁰⁹. Compte tenu des développements des techniques et des risques de dommages qui en découlent, les juridictions civiles se veulent moins moralisatrices à l'égard du responsable qu'investies d'une mission de protection des victimes¹¹⁰.

En matière répressive, la faute par imprudence (ou non intentionnelle) connaît une autre conception. Elle est définie comme « un manque de prévoyance et de précaution, qui entraîne la violation involontaire d'un bien ou d'un intérêt protégé pénalement, alors que celle-ci aurait dû et pu être évitée »¹¹¹. Elle doit être entendue dans une double acception. Compris dans un sens objectif, l'aspect « fautif » ou « imprudent » d'un comportement renvoie à son caractère inadéquat ou illégal, au vu des circonstances et indépendamment de l'état d'esprit de l'auteur. Pris dans un sens subjectif, il désigne la *culpa* de l'agent, c'est-à-dire son état d'esprit coupable ou l'exercice répréhensible de ses aptitudes mentales¹¹².

L'infraction par imprudence ne peut se réduire à une donnée objective. Elle est indissociable

de son élément de culpabilité en raison du rôle préventif et de réprobation dévolu au droit de la responsabilité pénale¹¹³.

Outre la capacité de discernement, il importe ici de rechercher la défaillance du prévenu dans l'exercice de ses facultés mentales. Cette défaillance s'analyse dans le fait que l'auteur n'a pas mobilisé une énergie suffisante dans la conservation du bien social¹¹⁴ ou qu'il n'a pas fait preuve du degré de soin qu'exigeait la gravité des intérêts en jeu et que permettaient les circonstances du moment¹¹⁵. Dans la fixation du degré de soin exigible, le juge répressif se doit de tenir compte des capacités réelles du sujet, « des possibilités [qu'il avait] de faire face à la situation de l'espèce en en prévoyant le danger et en en conjurant les effets dommageables »¹¹⁶. La sanction doit frapper celui qui n'a pas pu prévenir le délit alors qu'il bénéficiait de facultés mentales suffisantes pour le faire. *A contrario*, elle ne peut être infligée à un individu qui ne disposait pas des forces nécessaires pour éviter le fait infractionnel.

Y. Hannequart explique très justement que la condamnation pénale a pour but d'inciter chacun à faire de son mieux pour conformer son comportement aux règles en vigueur. « Si la peine, ajoute-t-il, frappe indifféremment celui qui n'a pas fourni tout l'effort nécessaire et celui qui a échoué malgré la mobilisation normale de ses aptitudes et capacités, elle porte à faux. Elle embrouille chez le prévenu la distinction entre le mal, la malchance ou les risques du hasard ; elle favorise dans le public, selon les circonstances, les tempéraments et les opinions, soit le besoin hargneux de disposer d'un bouc émissaire, soit la propension à déplorer les mauvais coups du sort plutôt que de réprover le comportement délictueux »¹¹⁷.

B. Les fautes civile et pénale : divergences d'appréciation

Étant donné la vocation essentiellement indemnitaire de la responsabilité civile, la faute extracontractuelle s'apprécie *in abstracto*, eu égard aux exigences de la norme de prudence, mais, avons-nous vu, cela ne signifie pas qu'il soit interdit, par principe, de prendre en considération des caractéristiques personnelles de l'auteur.

Dès lors qu'un rôle essentiellement punitif est assigné à la responsabilité pénale, la faute pénale s'apprécie, elle, *in concreto*, étant entendu qu'il s'impose, ici, par principe, de prendre en compte toutes les caractéristiques personnelles du prévenu.

Encore convient-il de distinguer plus précisément la faute civile – telle que conçue aujourd'hui – et la faute pénale, du point de vue de leurs appréciations respectives (1) et, en particulier, sur le terrain de la prévisibilité du dommage (2).

1. Les modes d'appréciation

Au niveau civil, lorsqu'il ne s'agit pas de la violation d'une règle de droit à caractère déterminé, il convient – redisons-le – d'évaluer le comportement de l'auteur au regard de la norme de prudence. Pratiquement, le juge détermine ce qu'aurait été le comportement de l'homme prudent, placé dans les mêmes circonstances, et compare ce comportement modèle à celui du défendeur. L'appréciation se fait au regard des circonstances externes et internes à l'individu. C'est évidemment en considération d'éléments de temps et de lieu que l'on peut déterminer ce que la prudence commandait de faire. Mais pas seulement : il convient aussi de prendre en compte la profession de l'auteur, son niveau de spécialisation, ses connaissances, ses infirmités physiques éventuelles, etc.

Même les dispositions psychologiques du sujet peuvent intervenir dans la réflexion du juge. Ce dernier peut estimer que l'agent a agi de manière inconsidérée en se plaçant dans une situation peu compatible avec ses capacités mentales. Précisons cependant que la prise en compte des facteurs psychologiques ne peut servir à évaluer la faculté de jugement de l'auteur. Dans la détermination de la norme, la tâche du juge civil est seulement de savoir si l'agent a délibéré et jugé *adéquatement* en vue de l'action. À ce stade, le juge n'est pas censé se demander si l'auteur était *capable* d'une bonne délibération et d'une rectitude de jugement au moment des faits. Cette question se pose plutôt, le cas échéant, sur le terrain de l'imputabilité.

La composante subjective de la faute civile, on l'a vu, revient simplement à exiger que l'agent ait été doué de conscience et de libre arbitre. L'imputabilité n'est discutée, en pratique, qu'en cas d'extrême jeunesse, de démence, de perte passagère de conscience ou de faits justificatifs¹¹⁸. Dépouillée de son élément de culpabilité, la faute ne requiert plus désormais que le juge évalue la capacité de précaution et de prévoyance en fonction des dispositions mentales et intellectuelles de chaque individu.

Dans l'appréciation d'une infraction par imprudence, le juge pénal, quant à lui, doit non seulement établir le caractère objectivement répréhensible du comportement visé, mais

aussi imputer *moralemment* l'acte à son auteur. Autrement dit, ce dernier doit avoir eu la capacité de discernement et avoir fait un exercice coupable de ses facultés mentales. Cet élément moral qu'est la *culpa*, dont on a déjà montré l'importance en matière répressive, fait que la responsabilité pénale est fonction des capacités *réelles* de précaution et de prévoyance du prévenu.

Dans l'évaluation de cette faute « subjective » (ou *culpa*), la norme de vigilance prise pour référence est une donnée toute relative. Elle dépend du contexte et se mesure en fonction des facultés mentales de l'agent. Concrètement, il convient de juger le prévenu en référence aux forces de volonté d'un homme normal¹¹⁹. Mais il faut aussi, et avant tout, s'assurer du fait que l'agent disposait *réellement* des ressources intellectuelles nécessaires pour raisonner juste et prévoir les conséquences de son comportement. Afin de replacer l'homme modèle dans l'état psychologique du sujet, le juge s'intéressera à toutes les caractéristiques individuelles pertinentes. Certaines d'entre elles, comme la profession, le niveau élevé de spécialisation ou l'expérience, auront pour effet de rehausser le seuil de vigilance. À l'inverse, d'autres éléments internes à l'agent, tels son jeune âge, son éducation précaire, son manque d'intelligence, son défaut d'instruction ou ses limites à gérer une situation conflictuelle, seront de nature à rabaisser le degré d'attention exigible. Le juge peut aussi estimer qu'en raison d'une obnubilation passagère (comme un éclair d'inattention dû à une fatigue légitime), le prévenu, même normalement conscient, n'aurait pu comprendre le caractère répréhensible de son geste et prévoir les conséquences dommageables qui en ont découlé.

Cela étant, le juge répressif n'est pas non plus un psychanalyste, chargé de connaître la personne du prévenu dans toute sa complexité. Seules comptent les caractéristiques individuelles pouvant être dégagées sans difficulté ou supputation excessive¹²⁰. L'appréciation d'une culpabilité serait contestable si elle poussait l'introspection psychologique jusqu'à sonder la conscience ou tâcher de déterminer à tout prix ce qui a poussé une personne à adopter une conduite apparemment fautive. Par exemple, une prise en compte de la conception que le prévenu se fait du respect des règles ou de la hiérarchie des valeurs sociales inclinerait à baisser considérablement le degré de soin exigible et à justifier le comportement dans la plupart des cas¹²¹.

En substance, ce ne sont pas tant les critères d'évaluation mobilisés qui distinguent les fautes

118 L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle - L'acte illicite*, op. cit., p. 26 ; Y. HANNEQUART, « Le défaut de prévoyance en droit belge », op. cit., p. 286. Encore ces questions sont-elles souvent discutées, non sur le terrain de l'imputabilité, mais sur celui de la force majeure, et ce sous l'angle du lien causal. S'agissant de la perte momentanée de conscience, voy., entre autres, Pol. Bruxelles, 3 janvier 2011, *Dr. circ.*, 2011, p. 191 ; Gand, 23^e ch., 5 décembre 1997, *R.G.A.R.*, 1998, n° 13022 ; Pol. Saint Nicolas, 26 mars 1997, *T.A.V.W.*, 1997, p. 206. Pour des décisions assimilant l'erreur invincible à la force majeure, voy. Cass., 3^e ch., 22 février 2010, *Pas.*, 2010, I, p. 534 ; Cass., 2^e ch., 23 janvier 1950, *Pas.*, 1950, I, p. 348.

119 Nulle question donc d'excuser l'indolence habituelle et le zèle exceptionnel. En ce sens, voy. Y. HANNEQUART, « Les problèmes posés dans le droit pénal moderne par le développement des infractions non intentionnelles », rapport au congrès international de Lisbonne, *Rev. int. dr. pén.*, 1961, p. 968, cité par J. VERHAEGEN, « L'imprudence punissable en législation et en jurisprudence belges », *J.T.*, 1979, p. 351.

120 Y. HANNEQUART, « Faute civile - Faute pénale », op. cit., p. 106.

121 En ce sens, J. VERHAEGEN, « L'imprudence punissable en législation et en jurisprudence belges », op. cit., p. 351.

122 I. DRÉAN-RIVETTE, *La personnalisation de la peine dans le Code pénal*, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 49.

123 F. KURY, « La loi pénale », *Principes généraux du droit pénal belge*, t. 1, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 37.

124 P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. 2, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1190 ; G. SCHAMPS, « La prévisibilité du dommage en responsabilité civile. De son incidence sur la faute et sur le rapport de causalité », *Rev. dr. pén.*, 1994, pp. 377 et s. *Contra*, R.O. DALCO, « La prévisibilité du dommage est-elle une condition nécessaire de la faute ? », in *Hommage à Jacques Heenen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 84 et s.

125 Pour un rattachement de la prévisibilité à l'élément objectif de la faute, voy. entre autres, G. SCHAMPS, « La prévisibilité du dommage en responsabilité civile - De son incidence sur la faute et sur le rapport de causalité », *op. cit.*, pp. 379 et s. ; R.O. DALCO, « Examen de jurisprudence (1968-1972) - La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *R.C.J.B.*, 1974, p. 4. Apparemment plus enclins à ranger la prévisibilité dans la composante subjective de la faute, B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'interprétation en droit de la responsabilité civile », in *La faute dans différentes branches du droit*, *op. cit.*, p. 9 et X. THUNIS, « Théorie générale de la faute - La faute comme acte imputable à son auteur », *op. cit.*, vol. 3, p. 10, qui présente la prévisibilité comme une composante psychologique de la faute qui spécifie l'imputabilité.

126 L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle - L'acte illicite*, *op. cit.*, pp. 46 et s.

127 Voy. Cass., 1^{re} ch., 22 septembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 80 ; Cass., 1^{re} ch., 18 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1069 ; Cass., 1^{re} ch., 7 septembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 17. Ces décisions laissent penser que la condition de prévisibilité est requise même si l'acte (ou l'omission) litigieux constitue une infraction. À ce sujet, voy. G. SCHAMPS, « La violation de la loi et la prévisibilité du dommage en matière aquilienne », note sous Bruxelles, 28 avril 1992, *J.L.M.B.*, 1994, p. 47 ; R.O. DALCO, « Appréciation de la faute en cas de violation d'une obligation déterminée », note sous Cass., 1^{re} ch., 22 septembre 1988, *R.C.J.B.*, 1990, pp. 203 et s. Pour une étude complète de la jurisprudence, voy. Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 324 et s.

128 En ce sens, voy. B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEN, *op. cit.*, p. 39, n° 26.

129 Des juridictions de fond énoncent explicitement que le caractère prévisible du dommage s'apprécie *in abstracto*. Voy. parmi d'autres, Liège, 20^e ch., 7 octobre 2010, *R.G.A.R.*, 2011, n° 14724 ; Mons, 6^e ch., 28 juin 1994, *J.L.M.B.*, 1996, p. 91, note D. PHILIPPE.

130 L'on remarque néanmoins que plusieurs juridictions civiles retiennent le critère de l'âge pour la détermination du niveau de prévoyance que l'on est en droit d'attendre du responsable. Il a été jugé, par exemple, « que s'il est vrai qu'un enfant de 6 ans a un discernement suffisant pour apprécier le danger que pourraient présenter certains

civile et pénale que la manière d'approcher la psychologie de l'auteur pour l'appréciation de l'élément subjectif de la faute. Au civil, dès l'instant où l'agent était doué de libre arbitre et de conscience au moment des faits, le principe veut qu'on lui reconnaisse, en toute hypothèse, une certaine capacité de prévoyance et de précaution. Par contre, au pénal, la faculté de discernement est nécessaire, mais pas suffisante. Pour apprécier la faute « subjective », le juge répressif doit pouvoir reconnaître, en chaque individu, les facultés mentales permettant de prévenir l'infraction et ses conséquences dommageables.

Ajoutons, enfin, que le juge dispose d'une importante marge d'appréciation pour ajuster la sanction pénale. L'utilité d'une sanction, plus que l'établissement d'une culpabilité, suppose que l'on recherche la signification profonde de l'*animus* de l'agent. Donner un « sens » à la peine implique que l'on comprenne les ressorts intérieurs du prévenu et le passage à l'acte qui en est résulté¹²². Les cours et tribunaux ne peuvent donc avoir recours à des critères généraux pour caractériser la sanction. La peine doit être personnalisée en fonction de toutes les singularités du prévenu, notamment sa bonne ou mauvaise foi, les bons sentiments qui ont précédé son action, sa mentalité malsaine...¹²³

2. La prévisibilité du dommage

La prévisibilité du dommage crée un lien évident entre les responsabilités civile et pénale. Elle est une condition commune à la faute civile et à l'infraction pénale involontaire. Il n'en demeure pas moins que l'appréciation de cet élément diverge d'une responsabilité à l'autre.

Sur le terrain civil, le statut de la prévisibilité du dommage est encore âprement discuté. Il est généralement admis que la prévisibilité est un élément de la faute¹²⁴. Par contre, les points de vue divergent quant à savoir si cette condition se range dans l'élément d'illicéité ou d'imputabilité¹²⁵. Une opinion fait même de la prévisibilité du dommage une condition distincte des composantes objective et subjective de la faute¹²⁶.

Pour notre part, nous sommes plutôt portés à penser que la prévisibilité du dommage s'apprécie sous l'angle du devoir de prudence. Un manquement à cette dernière ne semble pouvoir être retenu que s'il devait apparaître à l'intéressé que l'acte (ou l'omission) envisagé était susceptible de causer préjudice à autrui. Cette solution nous semble de ailleurs la plus en phase avec la jurisprudence de la Cour de cassation. Selon l'enseignement traditionnel de la Cour, sous réserve de quelques décisions qui donnent à

penser le contraire¹²⁷, le recours à la prévisibilité est inutile une fois avérée la violation d'une obligation légale ou réglementaire. Cette position se justifie si l'on admet que la prévisibilité se fonde dans la norme de prudence : il est normal de ne pas tenir compte du critère de prévisibilité pour apprécier le comportement adopté en méconnaissance d'une obligation déterminée, dès lors que la référence à la personne prudente n'est pas nécessaire en cette hypothèse¹²⁸.

Rattachée à l'élément objectif de la faute, la prévisibilité d'un dommage s'apprécie donc abstraitement, au regard de l'homme prudent se trouvant dans les mêmes conditions¹²⁹. L'examen de la prévisibilité revient à se demander si l'homme prudent aurait pu raisonnablement prévoir, dans la même situation, les conséquences éventuelles de son comportement. Dans cette évaluation, il importe de s'enquérir du contexte et des connaissances dont disposait l'auteur, eu égard entre autres à sa profession, à son degré de spécialisation ou à son expérience. Notons que la circonstance qu'une infériorité psychologique de l'agent ait altéré sa perception des choses aux moments des faits n'est pas relevant. Comme observé précédemment, il ne s'agit pas, dans l'appréciation de la norme objective de comportement, d'évaluer la capacité de prévoyance propre à l'auteur¹³⁰.

Nettement plus concrète est l'approche pénale. Au plan répressif, la prévisibilité du dommage caractérise l'élément moral de l'infraction et s'évalue donc *in concreto*. Il convient d'analyser « la représentation ou la possibilité de représentation intellectuelle que l'homme a du caractère délictueux de ses gestes et notamment, dans le cadre de délits à résultat, des conséquences dommageables de son comportement »¹³¹. Au contraire du juge civil, la juridiction répressive est amenée à mesurer la capacité de prévoyance du sujet en fonction de ses ressources psychologiques propres. L'exigence de prévisibilité s'évalue ici au regard du potentiel réel de prévoyance du prévenu (qui peut être altéré, en certaines situations, par un manque d'intelligence, une fatigue compréhensible, des angoisses inévitables, un état obsessionnel lié au passé de l'intéressé, etc.) et non à travers le prisme de l'homme prudent, doté d'une faculté de prévision normale.

Les deux types de prévisibilité divergent également quant au dommage à prévoir. Au niveau civil, est visée la prévisibilité d'un dommage *quelconque*. Il n'est pas requis que l'agent ait prévu le préjudice qui s'est effectivement réalisé ; il suffit qu'il n'ait pu raisonnablement exclure « l'éventualité d'un risque à agir comme il l'a fait »¹³². Cela étant, une fois la responsabilité engagée, la

réparation couvre tout le préjudice tel qu'il s'est produit *in concreto*, quand bien même sa réalisation ou son étendue eût été imprévisible¹³³. L'infraction par imprudence requiert, pour sa part, la prévisibilité du dommage effectivement réalisé, comme l'atteinte à l'intégrité physique d'autrui au regard des articles 418 et 420 du Code pénal¹³⁴.

Enfin, une spécificité du domaine répressif est que la responsabilité peut varier en intensité selon le degré de prévisibilité. À ce sujet, l'on distingue les fautes sans prévoyance et avec prévoyance¹³⁵. La faute sans prévoyance est celle dont l'auteur n'a pas eu idée des risques encourus par son comportement, alors qu'il était à même de s'en rendre compte. La faute avec prévoyance résulte d'une indifférence consciente du prévenu à l'égard de certaines valeurs essentielles, telles que la vie ou l'intégrité physique. L'auteur savait ou devait savoir que son acte (ou son omission) était susceptible de causer un dommage, mais il a persisté néanmoins dans son comportement en espérant qu'aucun préjudice ne se produise. En cette hypothèse, le caractère délibéré du manquement peut être une cause d'aggravation de la peine¹³⁶. Le juge peut alourdir la sanction si le prévenu a commis un acte ou a omis d'agir volontairement, tout en ayant compté sur la chance ou le hasard pour éviter les conséquences possibles de son comportement.

Il va sans dire que ce type d'analyse n'aura jamais cours au sein des juridictions civiles. Ces dernières ne sauraient distinguer les fautes en fonction du degré de prévisibilité. L'indemnisation devant être intégrale ou ne pas être, il n'y a pas lieu de parler au civil d'une responsabilité « atténuée » ou « aggravée ».

Conclusion

On pourrait se passer de la référence au « bon père de famille » en responsabilité extracontractuelle. L'expression exhale un parfum d'archaïsme... voire de machisme. Il est permis de préférer une autre formulation suivant laquelle la faute extracontractuelle s'apprécie *in abstracto* à l'aune du modèle de « la personne prudente, placée dans les mêmes circonstances (ou conditions) ». Il s'agit là d'une version, légèrement épurée, de la formule privilégiée par la Cour de cassation.

Encore faut-il préciser les « circonstances » susceptibles d'être prises en compte. L'on a constaté à ce propos que doctrine et jurisprudence ne livraient pas le même enseignement. Suivant la doctrine, seules les *circonstances externes* (temps,

lieu, conditions climatiques...) peuvent être prises en considération, à l'exclusion des *circonstances internes* à l'agent (âge, instruction, expérience, aptitudes...). Cette distinction rigide ne se retrouve pas dans la jurisprudence des juges du fond et n'a jamais été avalisée par la Cour de cassation. Récemment, des auteurs ont tenté de refléter plus fidèlement la praxis jurisprudentielle, en suggérant que des caractéristiques propres à l'agent peuvent être prises en considération, pourvu qu'elles fussent « généralisables ». Ce critère ne semble cependant pas des plus limpides.

Il nous est apparu qu'une présentation renouvelée de la matière était possible autour de la notion même de prudence, qui, curieusement, a été très peu approfondie par la doctrine juridique, alors qu'elle joue un rôle central dans l'appréciation de la faute. Or, avons-nous vu, sauf à dénaturer cette notion, il est inconcevable de faire abstraction de la personnalité de l'individu dont on prétend juger le comportement à l'aune de la norme de prudence. Celle-ci est nécessairement contextualisée, en ce sens qu'elle s'apprécie en fonction de toutes les circonstances de l'espèce, qu'elles soient externes ou internes au sujet.

Si l'on admet que l'appréciation *in abstracto* de la faute civile n'exclut pas par principe la prise en considération de caractéristiques propres à l'agent, encore peut-on se demander en quoi elle se distingue de l'appréciation *in concreto* de la faute pénale. En réalité, plus que dans les critères d'appréciation des fautes civile et pénale, la distinction essentielle se situe au niveau des rôles respectivement dévolus aux juges civil et pénal dans l'évaluation de la composante subjective de la faute. À la différence de son homologue civil, le juge répressif doit s'assurer, afin de caractériser l'élément moral de l'infraction, que le prévenu avait réellement les capacités psychologiques pour prévoir et prévenir le fait infractionnel et les éventuelles conséquences dommageables.

Étienne MONTERO

Professeur ordinaire à l'Université de Namur
Doyen de la Faculté de droit
et

Boris GOFFAUX

Assistant à l'Unité de droit des obligations
de l'Université de Namur

de ses actes, sa conscience n'est pas suffisamment formée pour qu'il puisse apprécier correctement tous les périls auxquels il pourrait s'exposer » (cf. Mons, 11 mai 1976, R.G.A.R., 1977, n° 9783). L'on note par ailleurs que la Cour de cassation a avalisé une décision qui considérait que la victime n'était pas en faute dès lors qu'à l'âge de 14 ans, on « n'a pas nécessairement conscience de commettre une imprudence en plongeant en eau peu profonde » (cf. Cass., 1^{er} ch., 16 février 1984, Pas., 1984, I, p. 689). Tendancé à réintroduire une idée de culpabilité en droit de la responsabilité civile, cette approche – quoique difficilement critiquable – va à rebours de la tendance actuelle qui est de faciliter l'indemnisation des victimes. Voy. à ce sujet, B. DUBUSSON, « Autonomie de l'enfant et irresponsabilité du mineur », *op. cit.*, p. 92.

131 C. HENNAUT-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal*, *op. cit.*, p. 351.

132 C. DELFORGE, « La réparation des dommages soufferts par les gendarmes victimes dans le cadre de leurs fonctions au confluent d'une indemnisation automatique et du droit commun de la responsabilité civile », note sous Mons, 3 novembre 1999, *J.L.M.B.*, 2001, p. 77.

133 Cass., 2^e ch., 15 novembre 2006, Pas., 2006, p. 2336 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 1190 ; I. DURANT, « Le dommage réparable dans les deux ordres de responsabilité », in *Les rapports entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, Bruges-Bruxelles, la Charte, 2010, p. 87. Comp. avec le domaine contractuel, L. CORNELIS, « Le sort imprévisible du dommage prévisible », note sous Cass., 1^{er} ch., 11 avril 1986, *R.C.J.B.*, 1990, pp. 85 et s.

134 Y. HANNEQUART, « Le défaut de prévoyance en droit belge », *op. cit.*, pp. 293 et s.

135 Voy. C. HENNAUT-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal*, *op. cit.*, pp. 349 et s. ; Y. PICOD, « Conscience et responsabilité pénale », *Rev. dr. pén.*, 2000, pp. 1004 et s.

136 N. COLETTE-BASECOZ et N. BLAISE, « Responsabilité civile et responsabilité pénale », *op. cit.*, pp. 69 et s.