

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Théorie générale de la faute civile

Thunis, Xavier

Published in:
Responsabilités. Traité théorique et pratique

Publication date:
2017

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Thunis, X 2017, Théorie générale de la faute civile: volume 2 : la faute comme acte contraire au droit. Dans *Responsabilités. Traité théorique et pratique*. Kluwer, Bruxelles, p. 1-68.

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.

RESPONSABILITÉS – TRAITÉ THÉORIQUE ET PRATIQUE

Titre II – Livre 20bis

Théorie de la faute civile

Volume 2

La faute comme acte contraire au droit

(2^e édition)

Xavier Thunis

Professeur à l'Université de Namur

 **Wolters Kluwer**

Table des matières

LIMINAIRES	5
CHAPITRE 1^{ER}. VIOLATION D'UNE NORME EXTRACONTRACTUELLE	6
SECTION 1 ^{RE} . <i>VIOLATION D'UNE NORME IMPOSANT UN COMPORTEMENT DÉTERMINÉ</i>	8
§ 1 ^{ER} . FAUTE ET ILLÉGALITÉ : DE L'UNITÉ À LA PROXIMITÉ	8
§ 2. LA LOI FAUTIVE	14
A. Violation d'une norme supranationale	15
B. Violation d'une norme constitutionnelle	18
§ 3. LA LOI DES JUGES OU LA RECONNAISSANCE D'UN DROIT À L'ERREUR	19
SECTION 2. <i>VIOLATION D'UNE NORME DE BON COMPORTEMENT</i>	24
§ 1 ^{ER} . LA FAUTE COMME ERREUR DE CONDUITE : UNE NOTION AUX CONTOURS FLUCTUANTS	24
§ 2. ERREUR DE CONDUITE ET VIOLATION DE LA LOI	27
§ 3. DÉTERMINATION DE LA NORME DE BON COMPORTEMENT	30
A. Diversité des sources utilisées par la jurisprudence	30
B. Méthode et critères d'appréciation	31
C. Prudence, prudence...	35
CHAPITRE II. VIOLATION D'UNE NORME CONTRACTUELLE	37
SECTION 1 ^{RE} . <i>DÉTERMINATION DE LA NORME CONTRACTUELLE</i>	37
§ 1 ^{ER} . LE RÔLE DE LA VOLONTÉ DANS LA DÉTERMINATION DE LA NORME CONTRACTUELLE : FLUX ET REFLUX	38
§ 2. LA CONSTRUCTION D'UNE NORME CONTRACTUELLE DE BON COMPORTEMENT	39
§ 3. LA DIALECTIQUE DE LA LOI ET DU CONTRAT DANS LA CONSTRUCTION DE LA NORME CONTRACTUELLE	43

SECTION 2. <i>INEXÉCUTION DE L'OBLIGATION CONTRACTUELLE : LA DISTINCTION DES OBLIGATIONS DE MOYENS ET DE RÉSULTAT</i>	45
§ 1 ^{ER} . SUCCÈS D'UNE DISTINCTION DOCTRINALE	47
§ 2. PORTÉE ET PERTINENCE DE LA DISTINCTION	48
A. De l'intensité de l'obligation à l'attribution du risque de preuve	48
B. De la preuve de la force majeure à la preuve de l'absence de faute	49
C. Présomption de faute ou présomption de responsabilité	53
D. Inexécution de l'obligation contractuelle et dommage	54
§ 3. CRITÈRES DE LA DISTINCTION	55
A. Qualification légale ou conventionnelle de l'obligation	56
1. La loi	56
2. La volonté des parties	58
B. Qualification orientée par des facteurs plutôt objectifs	60
1. Objet du contrat ou de l'obligation	60
2. Conditions d'exécution de l'obligation	64
C. Qualification orientée par des facteurs plutôt subjectifs	65
INDEX	67

Liminaires

45. Toute faute comporte un élément objectif, la violation ou la transgression d'une norme juridique, et un élément subjectif ou psychologique, de conscience et de liberté permettant d'imputer la violation à l'auteur de celle-ci.

La jurisprudence belge a fait passer l'élément subjectif ou psychologique au second plan sans toutefois le supprimer totalement. Dans son arrêt du 10 avril 1970, la Cour de cassation belge affirme que « la transgression matérielle d'une disposition légale ou réglementaire constitue *en soi* (nous soulignons) une faute qui entraîne la responsabilité civile et pénale de son auteur, à condition que cette transgression soit commise librement et consciemment par l'intervention de l'homme »¹.

L'histoire de la faute juridique est celle de sa dé-moralisation². Encouragés par une partie de la doctrine, les juges ont progressivement porté sur le comportement litigieux du défendeur à l'action en responsabilité une appréciation abstraite, dégagée de facteurs trop étroitement liés à sa psychologie et à ses caractéristiques personnelles. L'accent mis aujourd'hui sur le pôle objectif de la faute justifie qu'on l'examine en premier lieu comme acte contraire au droit, ce qui est l'objet de ce volume. Le volume suivant examinera la faute dans sa dimension subjective ou psychologique, comme acte imputable à son auteur.

46. La faute est un écart de conduite par rapport à ce que le droit prescrit. Dans un système où l'unité de la faute et de l'illégalité s'affirme³, l'analyse de la composante objective de la faute est primordiale. C'est au droit tel qu'il s'exprime dans ses différentes sources nationales et supranationales qu'il faut se référer pour savoir si le comportement litigieux de l'agent, public ou privé, est ou non fautif. Selon une conception classique, il y a lieu de distinguer la faute extracontractuelle qui résulte de la violation de la loi au sens large (chapitre 1^{er}) et la faute contractuelle qui résulte de la violation d'une convention, loi des parties (chapitre 2). La distinction est commode mais elle est relative. On gardera à l'esprit que le contrat et la responsabilité extracontractuelle entretiennent des relations complexes, la seconde pouvant, à des conditions strictes, faire irruption dans les relations entre les parties contractantes⁴.

1. Cass., 10 avril 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 682. La faute est déduite quasi automatiquement dans l'hypothèse où l'auteur de celle-ci viole une norme juridique lui imposant un comportement déterminé. Cass., 22 septembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 83 ; Cass., 3 octobre 1994, *J.T.*, 1995, p. 727 ; Cass., 16 mai 2011, *Pas.*, 2011, p. 1339. Il peut s'agir d'une norme déontologique imposant une obligation déterminée (Cass., 25 juin 2015, *R.D.C.*, 2016, p. 653, note D. MOUGENOT).

2. Comme le souligne la Cour d'appel de Mons dans un arrêt du 13 janvier 1998 (*J.T.*, 1998, pp. 474 et s.), « cette notion n'est pas fondée sur un reproche moral adressé à l'auteur du dommage ». D'autant moins qu'il n'est pas nécessaire que l'auteur de la transgression matérielle d'une disposition légale ou réglementaire ait conscience qu'il la commet. Voir Cass., 9 février 2017, C.13.013.F/1.

3. Cette unité a, selon l'interprétation dominante, été affirmée par la Cour de cassation dans un arrêt du 13 mai 1982, relatif à la responsabilité de l'administration, *Pas.*, 1982, I, p. 1056 ; *J.T.*, 1982, p. 772, avec les conclusions de J. VELU. Pour des nuances, voir *infra*, n^{os} 49 et s.

4. Sur cette question : B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle », in *Responsabilités Traité théorique et pratique*, Kluwer, 2003, dossier 3 (particulièrement pp. 27 et s.) et livre 3bis (particulièrement pp. 20 et s.) ; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, *Dossiers du J.T.*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 469 et s.

Chapitre 1^{er}. Violation d'une norme extracontractuelle

47. C'est dans le domaine de la responsabilité des pouvoirs publics que la faute a été définie avec le plus de précision par la Cour de cassation, alimentée par les conclusions des avocats et procureurs généraux. Ce n'est pas un hasard. L'application du droit de la responsabilité civile aux pouvoirs publics ne va pas de soi. Elle doit se concilier avec le principe de la séparation des pouvoirs. Le juge doit se limiter à contrôler la légalité des actes de l'autorité publique sans glisser dans un jugement d'opportunité. L'exercice est difficile, notamment quand il s'agit d'appliquer la norme de prudence et de diligence à une abstention dommageable des pouvoirs publics dans la fonction réglementaire ou législative. Les discussions qui ont jalonné l'évolution ont stimulé la réflexion sur la définition et les éléments constitutifs de la faute civile¹.

En droit belge, le pouvoir judiciaire s'est estimé compétent pour appliquer la responsabilité pour faute aux pouvoirs publics. Le coup d'envoi fut donné par l'arrêt *La Flandria*², qui concernait la chute d'un arbre sur le domaine public de la ville de Bruges. Dans cet arrêt, la Cour décide que l'article 92 de la Constitution (actuellement 144 de la Constitution) attribue aux cours et tribunaux de l'ordre judiciaire la compétence pour connaître des contestations ayant pour objet un droit civil. C'est la nature du droit lésé qui est déterminante et non la qualité, privée ou publique, des parties en cause. La séparation des pouvoirs ne fait donc pas obstacle à ce que les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire se prononcent sur la réparation d'un dommage causé, par une faute de l'autorité administrative, à un droit civil.

Depuis l'arrêt *La Flandria*, l'évolution, longue et parfois tortueuse, a suivi une direction : l'application de la responsabilité civile à l'ensemble des fonctions qui sont celles de la puissance publique³. C'est en des termes identiques à ceux de l'arrêt *La Flandria* que la Cour de cassation, dans un arrêt du 28 septembre 2006⁴, rejette un pourvoi en cassation de l'État belge contre un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 4 juillet 2002⁵. Celui-ci avait retenu la responsabilité de l'État pour ne pas avoir pris les mesures législatives adéquates pour résorber l'arriéré judiciaire à Bruxelles, en violation de l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Selon la Cour de cassation :

« Le principe de la séparation des pouvoirs, qui tend à réaliser un équilibre entre les différents pouvoirs de l'Etat, n'implique pas que celui-ci serait, de manière générale, soustrait à l'obligation de réparer le dommage causé à autrui par

1. Nous nous référons aux principaux arrêts que la Cour de cassation a rendus en la matière. L'analyse des composantes de la faute y trouve un matériau de premier ordre pour une théorie qui excède le domaine de la responsabilité des pouvoirs publics.

2. Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, pp. 193 et s. et les concl. de M. le Proc. gén. LECLERCQ. Pour une étude approfondie de cet arrêt et de la doctrine de LECLERCQ dont il porte la marque, M. NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office*, Bruges, La Chartre, 2001, pp. 39 et s.

3. Sur l'ensemble de la question, H. VANDENBERGHE (éd.), *Overheidsaansprakelijkheid*, KU Leuven, 24 mai 2002, 216 p. ; H. VANDENBERGHE (éd.), *Overheidsaansprakelijkheid*, Bruges, die Keure, 2005 ; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence 1996-2007, o.c.*, pp. 547 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, « La responsabilité des pouvoirs publics et, en particulier, du pouvoir exécutif : bilan en 2014 », *Actualités en droit public et administratif La responsabilité des pouvoirs publics*, UB3, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 7 à 37 ; D. RENDERS (COORD.), *La responsabilité des pouvoirs publics*, Bruxelles, Bruylant, 2016.

4. Cass., 28 septembre 2006, *J.T.*, 2006, p. 594, concl. Proc. gén. LECLERCQ ; *R.C.J.B.*, 2007, p. 353, note S. VAN DROOGHENBROECK. Pour un commentaire, B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence (1996-2007), o.c.*, n° 757.

5. *J.L.M.B.*, 2002, p. 1184.

sa faute ou celle de ses organes dans l'exercice de la fonction législative. Ni ce principe ni les articles 33, 36 et 42 de la Constitution ne s'opposent à ce qu'un tribunal de l'ordre judiciaire constate pareille faute pour condamner l'Etat à réparer les conséquences dommageables qui en sont résultées.

En appréciant le caractère fautif du comportement dommageable du pouvoir législatif, ce tribunal ne s'immisce pas dans la fonction législative et dans le processus politique de l'élaboration des lois mais se conforme à la mission du pouvoir judiciaire de protéger les droits civils.

Le moyen, en cette branche, manque en droit. »

48. Dans ses conclusions précédant l'arrêt du 13 mai 1982, M. Velu a synthétisé les deux aspects sous lesquels peut se présenter la faute extracontractuelle :

« D'après le droit commun des articles 1382 et suivants du Code civil, la faute extracontractuelle est susceptible de se présenter sous deux aspects. Ou bien, c'est un acte ou une abstention qui méconnaît une norme de droit international ayant des effets directs dans l'ordre juridique national ou une norme de droit interne imposant à des sujets de droit de s'abstenir ou d'agir d'une manière déterminée. Ou bien, c'est un acte ou une abstention qui, sans constituer un manquement à de telles normes, s'analyse en une erreur de conduite, laquelle doit être appréciée suivant le critère d'une personne normalement soigneuse et prudente, placée dans les mêmes conditions »¹.

Cette présentation dichotomique a le mérite de la clarté. Elle a profondément influencé la doctrine belge postérieure à l'arrêt du 13 mai 1982². La distinction entre les deux types de faute ayant en droit belge des conséquences juridiques importantes, il s'impose d'en tenir compte et d'envisager la faute extracontractuelle comme violation d'une norme juridique imposant un comportement déterminé à son destinataire (section 1^{re}) et comme violation d'une norme de bon comportement adoptée par une personne normalement prudente et diligente (section 2). L'idée que le manquement à la loi ou aux règlements suffit à constituer la faute civile n'est pas neuve en doctrine belge. La distinction entre les deux types de normes n'est toutefois pas absolue. Depuis son arrêt du 13 mai 1982, la Cour ne l'a pas formellement démentie mais elle a dû nuancer sa jurisprudence et « se rabattre » sur la norme générale de bon comportement, en tenant compte du contenu de la norme violée et de la nature particulière de la fonction juridictionnelle incombant à ceux qui sont chargés d'interpréter la loi. La Cour consacre, sinon l'unité, du moins une proximité des deux notions³.

1. *Pas.*, 1982, I, pp. 1056 et s. ; *J.T.*, 1982, pp. 780 et s., n^{os} 19 et s.

2. Voir entre autres, R. O. DALCO, « Unité ou dualité des notions de faute et d'illégalité », *R.C.J.B.*, 1984, pp. 19 et s. ; B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », in *La faute dans différentes branches du droit*, UCL, Barreau de Nivelles, juin 1999, pp. 36 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 2010, n^o 830 ; W. VAN GERVEN et S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Louvain, Acco, 2001, pp. 237 et s. distinguant, selon une terminologie traditionnelle en doctrine néerlandophone, « *schending van een specifieke regel* » et « *schending van de zorgvuldigheidsnorm* ».

3. Comparer X. DIEUX, « Tendances générales du droit contemporain des obligations – Réforme et contre-réforme », in *Les obligations contractuelles*, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, pp. 15 et s., pour qui l'opposition ne doit pas être vue de façon trop tranchée. B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence (1996-2007)*, o.c., p. 556, n^o 661. Et un pas plus loin, B. DUBUISSON, « L'erreur du juge est-elle fatale ? Libres propos », *R.D.C.*, 2013, p. 1133, s'interrogeant sur l'opportunité de maintenir une distinction difficile à appliquer dans toute sa rigueur au pouvoir judiciaire et pouvant se révéler excessivement sévère pour l'administration qui peut, elle aussi, être confrontée à un travail d'interprétation de plus en plus périlleux.

SECTION 1^{RE}. VIOLATION D'UNE NORME IMPOSANT UN COMPORTEMENT DÉTERMINÉ§ 1^{er}. Faute et illégalité : de l'unité à la proximité

49. Dans un arrêt du 31 janvier 1944 rendu à propos d'une infraction à un règlement de police et de navigation, la Cour de cassation décide « qu'en pareilles matières, la faute consiste en ce que l'auteur a violé librement une prescription légale ou réglementaire, de sorte que le fait peut lui être imputé ; (...) le juge du fond a donc dûment et légalement justifié les condamnations pénales et civiles par la constatation que le demandeur a librement et consciemment violé l'arrêté royal du 15 octobre 1935, et ce, même en l'absence de toute faute en dehors de la faute constituée par la contravention même »¹.

Si la Cour se réfère explicitement à l'imputabilité comme condition de la faute, elle indique aussi clairement que la violation d'une prescription légale et réglementaire emporte en quelque sorte *de plano* l'erreur de conduite du défendeur de sorte que celle-ci ne doit plus être établie². La jurisprudence du fond et la doctrine belges demeuraient toutefois divisées³ avant que l'arrêt du 13 mai 1982 soit prononcé⁴.

50. Cet arrêt concerne la responsabilité civile de l'autorité administrative lorsqu'elle accomplit un acte administratif qui méconnaît des règles légales ou constitutionnelles lui imposant de s'abstenir ou d'agir de façon déterminée. Il livre des enseignements généraux sur la définition de la faute en droit de la responsabilité civile⁵. Des taxes de démergement avaient été illégalement perçues par certaines communes en vertu de règlements-taxes conformes à des arrêtés royaux annulés par le Conseil d'État pour violation des règles constitutionnelles d'égalité devant la loi et devant l'impôt (art. 6 et 112 de la Constitution selon l'ancienne numérotation). On aurait pu penser que de telles règles n'avaient qu'un contenu indéterminé et que la faute éventuelle de l'autorité publique devait donc être appréciée par rapport à la violation d'une norme générale de diligence et de prudence, sans qu'elle puisse se déduire automatiquement d'un arrêt d'annulation du Conseil d'État. La jurisprudence antérieure à l'arrêt du 13 mai 1982 était divisée à ce sujet. Selon M. Velu,

« Les règles de l'égalité devant la loi et devant l'impôt énoncées respectivement par ces deux dispositions constitutionnelles imposent à l'autorité administrative à tout le moins une obligation d'agir de manière déterminée et une obligation de s'abstenir ; elles obligent celle-ci, d'une part à traiter de la même manière tous ceux qui se trouvent dans la même situation d'autre part, à s'abstenir d'établir entre certaines catégories de personnes des distinctions re-

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

2. R. O. DALCQ, dans son *Traité*, écrit au n° 302 : « Lorsqu'un texte légal ou réglementaire ordonne d'accomplir un acte déterminé, celui qui ne s'y conforme pas est en faute parce qu'en ne se conformant pas à la loi, il commet une erreur de conduite. La faute existe dès lors en dehors de toute considération d'intention ou même d'imprudence ou de négligence ».

3. Voir les références citées par M. Velu dans ses conclusions, *J.T.*, 1982, p. 774, n°s 11 et s. ; D. DÉOM et B. PAQUES, « Les permis et autorisations administratives et la réparation des dommages causés aux tiers », *Amén./Env.*, n° spécial, 1995, pp. 53 et s. Ces auteurs signalent que les opinions doctrinales divergent selon qu'elles sont émises par des administrativistes, généralement partisans de la thèse de la dualité, ou par des civilistes, généralement partisans de la thèse de l'unité. La controverse continue toutefois d'exister entre administrativistes, parfois dans la même contribution. En l'occurrence D. RENDERS et D. DE ROY, « La responsabilité extracontractuelle du fait d'administrer Vue d'ensemble », *La responsabilité des pouvoirs publics*, D. RENDERS (coord.), Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 42 et s. (thèse de l'unité prônée par D. Renders), pp. 55 et s. (thèse de l'unité relative prônée par D. de Roy). L'arrêt du 25 octobre 2004 relaté au n° 53 de notre étude a en effet relancé la controverse.

4. *Pas.*, 1982, I, p. 1056.

5. L. CORNELIS, *Principes*, pp. 66 et s. ; *ibid.*, « Fout en wetsovertreding in het handelsverkeer: enkele beschoouwingen », in *Mélanges R. O. DALCQ*, Bruxelles, Larcier, 1994, pp. 35 et s.

vêtant un caractère arbitraire, c'est-à-dire des distinctions non susceptibles de justification. Il s'agit *donc* (nous soulignons) de règles à contenu déterminé génératrices d'obligations de résultat. Sous la réserve de l'erreur invincible ou de l'existence d'une autre cause d'exonération de responsabilité, la transgression de ces règles constitue en soi une faute civile »¹.

La Cour, dans son arrêt du 13 mai 1982, suit les conclusions du ministère public et casse l'arrêt de la Cour d'appel de Liège. Celle-ci avait considéré, en dépit de l'annulation des règlements par le Conseil d'État, que l'administration n'était pas fautive dès lors que de nombreux règlements-taxes avaient été pris et approuvés par arrêtés royaux dans le passé sans qu'il y ait eu discussion ou réclamation et que l'illégalité de ces règlements n'aurait pu apparaître qu'au terme d'études longues et minutieuses².

Dans la ligne de l'arrêt La Flandria³, la Cour confirme la compétence du pouvoir judiciaire pour appliquer au dommage causé par l'autorité administrative les articles 1382 et suivants du Code civil. L'arrêt affirme aussi, dans un attendu fondamental, que « sous réserve de l'existence d'une erreur invincible ou d'une autre cause d'exonération de responsabilité, l'autorité administrative commet une faute lorsqu'elle prend ou approuve un règlement qui méconnaît des règles constitutionnelles ou légales lui imposant de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée, de sorte qu'elle engage sa responsabilité civile si cette faute est cause d'un dommage »⁴.

51. L'arrêt du 13 mai 1982 a été favorablement accueilli en doctrine belge⁵. Selon l'interprétation dominante, il se rallie à la thèse de l'unité des notions de faute et d'illégalité⁶. Il n'a toutefois pas fait taire toute discussion. La solution qu'il consacre a pour avantage d'assurer au citoyen une protection efficace contre les excès de pouvoir par le biais de la responsabilité civile. Elle est sévère pour l'administration moins parce que la Cour se rallie à l'unité de la faute et de l'illégalité que par l'extension qu'elle semble conférer, sous l'influence du ministère public⁷, au concept de norme imposant un comportement déterminé.

Si des dispositions constitutionnelles prévoyant, de façon générale, l'égalité devant la loi et l'égalité devant l'impôt imposent à l'administration l'obligation de traiter, de la même manière, ceux qui se trouvent dans les mêmes situations et lui interdisent d'établir des distinctions arbitraires, il apparaît douteux que de telles règles lui imposent *a priori* un comportement précis. La précision est en quelque sorte donnée *a posteriori*, par le biais de l'illégalité constatée par le Conseil d'État dont dérive inéluctablement la condamnation de l'administration au civil⁸. La cohérence de l'ordre juridique est sauve, au prix, selon certains,

1. Concl. précitées, *J.T.*, 1982, p. 781, n° 21.

2. Pour plus de détails sur les faits ayant donné lieu à cette affaire, voir les conclusions précitées de J. VELU, *J.T.*, 1982, p. 772, n°s 1 et s. H. VANDENBERGHE, « Overheidsaansprakelijkheid. Aansprakelijkheid van de uitvoerende macht », in *Overheidsaansprakelijkheid*, Bruges, die Keure, 2005, pp. 8 et s. (avec un exposé de la jurisprudence antérieure qui était divisée).

3. Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, pp. 193 et s. et concl. de M. le Proc. gén. LECLERCQ.

4. *Pas.*, 1982, I, p. 1086.

5. Voir R. O. DALCQ e.a., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1984, pp. 19 et s. ; J.-L. FAGNART, « De la légalité à l'égalité (rapport introductif) », in *La responsabilité des pouvoirs publics*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 23 ; H. VANDENBERGHE, *o.c.*, 2005, pp. 7 et s., et les références citées.

6. En ce sens, B. DUBUISSON, *o.c.*, 1999, pp. 38 et s. ; H. VANDENBERGHE, *ibid.* ; D. DÉOM et B. PAQUES, « Les permis et autorisations administratives et la réparation des dommages causés aux tiers », *Amén./Env.*, n° spécial, 1995, pp. 53 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, « La responsabilité des pouvoirs publics et, en particulier, du pouvoir exécutif : bilan en 2014 », *o.c.*, 2014, p. 20.

7. Celui-ci, dans ses conclusions, laisse entendre que les règles imposant une obligation d'agir de façon déterminée sont majoritaires (n° 21) et transpose au domaine délictuel la distinction des obligations de moyens et de résultat (n° 19). La Cour ne reprend pas cette distinction dans son arrêt du 13 mai 1982.

8. Comme le remarque B. Dubuisson (*o.c.*, 1999, pp. 35 et s.), le contrôle de légalité exercé par le Conseil d'État sur les actes des diverses autorités administratives et, de façon plus générale, la multiplication des contrôles de conformité d'une norme à une norme hiérarchiquement supérieure favorisent l'expansion du principe d'identité entre la faute et l'illégalité.

d'une entorse aux critères d'appréciation de la faute¹. Au prix, aussi, d'un risque de discrimination dans l'appréciation de la faute selon que celle-ci est le fait de l'administration ou le fait de la magistrature², puisque celle-ci, compte tenu de la fonction juridictionnelle spécifique qu'elle exerce, bénéficie plus souvent de l'application de la norme de prudence et de diligence et se voit donc reconnaître, plus largement, le droit à l'erreur (*infra*, n^{os} 61 et s.).

Ce détour par l'arrêt du 13 mai 1982 est nécessaire car sa portée est générale. La définition de la faute qu'il contient s'applique aux pouvoirs publics et aux particuliers. La Cour de cassation sort de sa réserve et s'explique sur la signification qu'elle attache à la faute et sur la façon dont elle pondère ses composantes, objective et subjective. La faute extracontractuelle est comprise comme la transgression d'une norme de droit imposant à son destinataire de s'abstenir ou d'agir de façon déterminée. Cette dernière expression a son importance. L'identité entre la faute et l'illégalité ne joue que si la norme de conduite transgressée est contraignante et dicte un comportement précis aux agents publics et privés placés dans l'hypothèse prévue³. La thèse de l'unité de la faute et de l'illégalité ne peut bâtir son empire que sur une compréhension large du concept de norme imposant à son destinataire un comportement déterminé⁴ et une conception très stricte de l'erreur invincible⁵.

52. Si la disposition légale ou réglementaire en cause impose au destinataire de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée, ce qui peut prêter à discussion, sa transgression constitue en soi une faute entraînant la responsabilité civile de son auteur, à condition que cette transgression soit commise librement et consciemment. Telle est la formule généralement utilisée, à quelques variations près, par la jurisprudence belge postérieure à l'arrêt du 13 mai 1982⁶. La formule revient aussi comme un *leitmotiv* dans de nombreuses décisions de la Cour de cassation, notamment dans un arrêt du 28 septembre 1988⁷. Cet arrêt censure la décision d'une cour d'appel pour avoir écarté la responsabilité d'une société et de son préposé, au motif qu'une infraction à une disposition du règlement général pour la protection du travail, imposant le port de la ceinture de sécurité à

1. En ce sens, B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'interprétation en droit de la responsabilité civile », note sous Cass., 26 juin 1998, *R.C.J.B.*, 2001, pp. 50 et s.
2. K. STANGHERLIN, « La responsabilité de l'État du fait du service public de la justice », *R.G.D.C.*, 2002, pp. 514 et s. ; *id.*, « À la rescousse de l'article 1382 du Code civil. À propos d'une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage », *R.G.D.C.*, 2003, pp. 612 et s., où l'auteur relit la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la responsabilité des pouvoirs publics et s'efforce de réduire la disparité d'appréciation de la faute selon qu'il s'agit de l'administration ou du pouvoir judiciaire.
3. Sur cette condition, B. DUBUISSON, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2001, p. 34, n^{os} 9 et s., où l'auteur paraît assimiler la norme impérative à celle qui impose un comportement déterminé. Comparer L. CORNELIS, *Principes*, pp. 67 et s. qui n'exclut pas qu'une norme puisse être impérative tout en laissant une certaine liberté d'appréciation au sujet de droit. La norme peut prévoir un comportement déterminé sans être contraignante. Voir Cass., 10 avril 2014, C. 11.0796. N rendu à propos de la violation, par une commune, d'un délai précis dépourvu de sanction (commenté au n^o 54).
4. En ce qui concerne l'administration, les cas dans lesquels elle n'est pas confrontée à une norme imposant un comportement déterminé seraient rares, selon la doctrine. Voir, toutefois, en cas de délivrance à un administré de renseignements inexacts, Cass., 4 novembre 1982, *Pas.*, 1983, I, pp. 297 et s., ainsi que les références citées par D. DÉOM et B. PAQUES, *o.c.*, p. 56, note (89) ; B. DUBUISSON, *o.c.*, 2001, pp. 53 et s. Pour d'autres exemples, B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence (1996-2007)*, *o.c.*, pp. 561 à 566.
5. Dans l'affaire tranchée par l'arrêt du 13 mai 1982, la Cour d'appel de Mons, statuant sur renvoi, a rejeté l'argument de l'État et de la commune invoquant l'erreur invincible. Mons, 17 février 1988, *J.T.*, 1989, p. 419.
6. Voir la jurisprudence commentée dans H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE et L. WYNANT, « Overzicht van rechtspraak: aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1985-1993) », *T.P.R.*, 1995, pp. 1128 et s. ; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT et M. DEBAENE, « Overzicht van rechtspraak: aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1994-1999) », *T.P.R.*, 2000, pp. 1563 et s. ; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence 1996-2007*, *o.c.*, pp. 550 et s.
7. Cass., 22 septembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 83. Pour un commentaire approfondi, B. DUBUISSON, note citée, *R.C.J.B.*, 2001, p. 36. Voir aussi Cass., 3 octobre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 788 ; *J.L.M.B.*, 1995, p. 616 commenté par B. DUBUISSON, *R.C.J.B.*, 2001, p. 43. L'arrêt du 22 septembre 1988 précité ne doit pas être confondu avec un arrêt rendu le même jour (*Pas.*, 1989, I, p. 80, *R.C.J.B.*, 1990, p. 203, note R. O. DALCO), relatif à la responsabilité des administrateurs pour aveu tardif de faillite.

certains travailleurs particulièrement exposés, n'allait pas à l'encontre des règles d'un comportement normalement prudent et ne constituait que l'omission d'une précaution exceptionnelle.

Quand la disposition violée prescrit un comportement déterminé, il n'est pas nécessaire de vérifier en outre que le défendeur en responsabilité a violé une norme générale de prudence et de diligence ou qu'il ne pouvait raisonnablement pas prévoir le dommage découlant de la transgression. Tel est le point de vue majoritaire en doctrine et en jurisprudence belges¹, même si certaines décisions de la Cour de cassation ont suscité la perplexité². Qu'il s'agisse de circulation routière³, d'urbanisme et d'environnement⁴ ou d'activités professionnelles⁵, les normes législatives et réglementaires imposant ou interdisant des comportements précis aux sujets de droit, publics ou privés, se font de plus en plus nombreuses et complexes. L'importance croissante du droit européen a renforcé cette tendance et a créé de nouvelles zones de responsabilité civile, en particulier pour les pouvoirs publics : ceux-ci, quel que soit le pouvoir fautif, exécutif, législatif ou judiciaire, peuvent engager leur responsabilité civile pour violation du droit européen (*infra*, n^{os} 57 et s.). Bref, on assiste à une augmentation sensible des possibilités d'engager la responsabilité civile pour faute.

53. « Il y a faute dès qu'il y a violation d'une obligation. L'administration a l'obligation (nous dirions plutôt : le devoir) de respecter la loi. La violation de la loi est donc une faute »⁶. Telle est, condensée de façon fort abrupte et lapidaire, la thèse de l'unité de la faute et de l'illégalité. La Cour de cassation a toutefois précisé sa jurisprudence dans un sens plus clément pour les autorités administratives que l'arrêt du 13 mai 1982 n'avait pas épargnées. Dans un arrêt du 25 octobre 2004⁷, elle a dû trancher une affaire où l'ONSS avait pris une décision de retrait d'assujettissement à l'encontre d'une travailleuse, au motif que sa relation de travail ne pouvait être qualifiée de contrat de travail. La Cour du travail de Mons, saisie par la travailleuse et son employeur, décide au contraire dans un premier arrêt qu'il y a contrat de travail et donc assujettissement à la sécurité sociale des travailleurs salariés. Dans une décision ultérieure du 9 mai 2003 faisant l'objet du pourvoi, elle considère que, suite à la remise en cause de la qualification retenue par l'ONSS, la décision de retrait prise par celle-ci est illégale. Elle est, selon la Cour du travail, contraire à la loi du 27 juin 1969, norme imposant à l'ONSS d'agir de façon déterminée.

Les faits ressemblaient à ceux qui avaient donné lieu à l'arrêt du 13 mai 1982 : une décision de l'autorité administrative prenant le risque d'une qualification, un contrôle juridictionnel aboutissant à une qualification différente, tout

1. R. O. DALCQ et G. SCHAMPS, « La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle. Examen de jurisprudence (1987 à 1993) », *R.C.J.B.*, 1995, pp. 534 et s. Comparer toutefois, L. CORNELIS, *Principes*, pp. 67 et s. ; *ibid.*, « Fout en wetsovertreding in het handelsverkeer: enkele beschouwingen », in *Mélanges R. O. DALCQ*, Bruxelles, Larcier, 1994, pp. 50 et s.
2. Voir Cass., 22 septembre 1988, *Pas.*, 1989, I, pp. 80 et s. ; Cass., 18 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, pp. 1069 et s. ; Cass., 7 décembre 1990, *Pas.*, 1991, I, pp. 17 et s. Ces trois décisions relatives à l'application de l'article 440 de la loi sur les faillites sont commentées dans le vol. 3 sous l'angle de l'imputabilité.
3. Voir les nombreuses illustrations jurisprudentielles dans H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE et L. WYNANT, « Overzicht », *T.P.R.*, 1995, pp. 1155 et s. ; D. DE CALLATAY, *Circulation routière – Chronique de jurisprudence 1989-1996*, Dossiers du J.T., Bruxelles, Larcier, 1998.
4. La matière des permis et des autorisations est devenue un sujet classique de la responsabilité civile des pouvoirs publics. B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence (1996-2007)*, o.c., pp. 570 et s. Émergent aussi des responsabilités nouvelles résultant de droits nouveaux comme le droit à l'information. À ce sujet F. HAUMONT, « L'information environnementale: la responsabilité des pouvoirs publics », in B. DUBUISSON et P. JADOUX (dir.), *La responsabilité civile liée à l'information et au conseil*, Bruxelles, Université de Saint-Louis, 2000, pp. 103 et s.
5. Voir la jurisprudence commentée par B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence (1996-2007)*, o.c., pp. 701 et s.
6. J.-L. FAGNART, « De la légalité à l'égalité (rapport introductif) », in *La responsabilité des pouvoirs publics*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 23, n^o 22.
7. Cass., 25 octobre 2004, *Pas.*, 2004, p. 1667 ; *J.L.M.B.*, 2005, pp. 638 et s., obs. D. DE ROY, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière de responsabilité civile des autorités administratives: revirement ou affinement? ».

paraissait réuni pour que la décision jugée illégale soit automatiquement considérée comme fautive, par application du principe de l'unité de la faute et de l'illégalité. Le ministère public, dans ses conclusions, invitait la Cour à se prononcer en ce sens¹.

Après avoir défini la faute conformément à la jurisprudence inaugurée par l'arrêt du 13 mai 1982, la Cour, s'écartant des conclusions du ministère public, décide que :

« la seule circonstance que la cour du travail ne s'est pas ralliée sur ce point à l'analyse du demandeur n'implique pas que celui-ci a commis une faute ; Qu'en effet, aucune norme de droit n'impose au demandeur, dans la qualification d'une relation de travail, de s'abstenir ou d'agir de façon déterminée ; Attendu que la décision du demandeur ne pourrait être considérée comme fautive que si elle consistait en un comportement qui s'analyse en une erreur de conduite devant être appréciée suivant le critère de l'autorité administrative normalement diligente et prudente placée dans les mêmes conditions, comportement que l'arrêt attaqué ne constate pas ».

Nous ne pensons pas qu'il s'agisse d'un revirement de la Cour ou, pour utiliser l'expression du Premier avocat général Leclercq dans ses conclusions, d'une « nouvelle brèche dans la règle de l'unité de l'illégalité et de la faute »². Il s'agit, à notre avis, d'un rééquilibrage : la Cour de cassation prend soin, dans les arrêts où elle définit la faute, de distinguer les deux branches de la composante objective. Les règles imposant un comportement déterminé aux destinataires ne sont pas à ce point majoritaires que l'on puisse se passer à tout coup d'une appréciation de la conduite de l'agent, public ou privé, au regard de la norme de comportement qui est celle du bon père de famille, du bon professionnel ou de l'autorité administrative normalement diligente et compétente. Il en est notamment ainsi dans les cas où l'autorité administrative est amenée à prendre une décision impliquant un travail d'interprétation des règles de droit et de qualification de la situation soumise à son appréciation. Ce travail d'analyse et de décision comporte un risque d'erreur. Il n'est pas fondamentalement différent de celui effectué par un organe chargé de l'exercice d'une fonction juridictionnelle pour lequel la Cour a manifesté une certaine compréhension dans son arrêt du 26 juin 1998 (*infra*, n^{os} 61 et s.)³.

De même, quand l'administration livre une information à un de ses administrés, sa faute s'apprécie conformément au critère du bon père de famille et ne sera retenue que si l'information a été fournie sans investigations suffisantes ou sans les nuances nécessaires⁴.

54. Le degré de précision ou de détermination du comportement imposé par la norme peut apparaître clairement à la lecture de celle-ci. Bon nombre de dispositions législatives et réglementaires édictent de façon minutieuse les mesures à adopter dans l'hypothèse visée et prévoient les sanctions applicables en cas de non-respect des mesures prescrites. C'est loin d'être toujours le cas. La jurisprudence est appelée à jouer un rôle de premier plan dans la qualification de la

1. Reproduites sur le site de la Cour de cassation.

2. Nouvelle brèche parce que la Cour a admis, dans ses arrêts du 8 décembre 1994 et du 26 juin 1998, que la responsabilité de l'État du fait du pouvoir judiciaire puisse relever de la seconde branche de l'alternative et être appréciée à l'aune de l'erreur de conduite que ne commettrait pas le magistrat normalement diligent et prudent (pour plus de détails, *infra*, n^{os} 61 et s.). Comparer D. DE ROY qui, dans ses observations (pp. 648 et s.), penche pour un affinement de la jurisprudence de la Cour.

3. Dans le même sens, B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence (1996-2007)*, o.c., n^o 661.

4. Cass., 4 novembre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 297. Pour plus de détails, B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence (1996-2007)*, o.c., n^o 666. À propos de la responsabilité civile de l'administration fiscale, Cass., 1^{er} juin 2012, *For. Ass.*, 2013, p. 129, note J. GODIN.

norme et dans la détermination de l'intensité juridique des obligations et des devoirs qu'elle impose aux agents publics ou privés¹.

Même quand la norme préétablie dicte, à première vue, un comportement précis ou déterminé à son destinataire, l'équation faute-illégalité, qui devrait jouer de soi, implique une intervention jurisprudentielle dont l'importance apparaît clairement dans un arrêt, très commenté, de la Cour de cassation du 22 février 1989². En l'espèce, un usager, compte tenu du volume de son engin, n'avait pu mieux tenir sa droite lors d'un croisement. On lui reprochait de n'avoir pas pris toutes les précautions nécessaires pour ne pas gêner les autres usagers et pour supprimer le danger que son véhicule représentait quoique circulant à droite, alors qu'il connaissait la difficulté des lieux, le rayon de courbure de la route et la faiblesse du champ de visibilité. La Cour de cassation a admis qu'eu égard à l'objectif de sécurité assigné aux dispositions du Code de la route, le juge du fond avait pu légalement considérer que les obligations contenues dans l'article 10.1., 1^o et 3^o, du Code de la route devaient être considérées comme des obligations déterminées ou de résultat.

La Cour, dans cet arrêt, met l'accent sur le pôle objectif de la faute sans rappeler explicitement que la transgression d'une norme déterminée doit être libre et consciente pour satisfaire à l'exigence d'imputabilité³. Elle semble aussi admettre que l'obligation de résultat soit transposée à la matière extracontractuelle puisqu'elle ne désavoue pas le juge du fond qui l'applique à l'usager de la route.

Un autre exemple montre l'importance du travail d'interprétation des juridictions. L'affaire concernait la mise en cause de la responsabilité pour faute d'une commune pour dépassement d'un délai prévu par une disposition décrétole mais dépourvu de sanction. Selon un arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2014⁴ :

« 2. Fût-elle commise par l'État ou par une autre personne morale de droit public, la violation d'une disposition légale ou réglementaire constitue en soi une faute qui, si elle est cause de préjudice, engage la responsabilité civile de l'auteur de cette violation, sous réserve de l'existence d'une erreur invincible ou d'une autre cause d'exonération de responsabilité.

Il appartient au juge d'apprécier si l'inobservation d'un délai, imposé par le législateur sans toutefois qu'y soit attachée une sanction, constitue en soi un acte illicite en raison de la nature et du but dudit délai, en tenant compte notamment des termes dans lesquels l'obligation est imposée, de son étendue et de son objectif. »

La Cour réaffirme son attachement à la règle de l'unité de la faute et de l'illégalité mais cet attachement est plutôt formel en l'espèce. Le rapport annuel de la Cour signale (p. 22) que la Cour décide pour la première fois « qu'il appartient

1. Voir sur ce point, les décisions analysées par H. VANDENBERGHE *et al.*, « Overzicht », *T.P.R.*, 2000, p. 1571, n^o 7. Pour un exemple en matière de nuisances aéroportuaires, Liège, 29 juin 2004, *Amén./Env.*, 2005/1 (en bref), pp. 79 et s.

2. *Pas.*, 1989, I, p. 631. Pour un commentaire, B. DUBUISSON, *o.c.*, 1999, pp. 15 et s. ; D. DE CALLATAY, *o.c.*, pp. 60 et s. et pp. 65 et s.

3. Comparer Cass., 31 janvier 1944, *Pas.*, 1944, I, pp. 178 et s. Dans cet arrêt qui concernait une avarie constitutive d'un délit en matière de police fluviale, la Cour met l'accent sur l'élément d'imputation en affirmant qu'« en pareille matière, la faute consiste en ce que l'auteur a violé librement une prescription légale ou réglementaire de sorte que le fait peut lui être imputé ». Dans d'autres arrêts, la Cour utilise une formulation qui pondère différemment les composantes objective et psychologique en affirmant que la transgression matérielle d'une disposition légale ou réglementaire constitue en soi une faute qui entraîne la responsabilité civile de l'auteur pour autant qu'elle soit libre et consciente. Cass., 10 avril 1970, *Pas.*, 1970, I, pp. 682 et s., précité n^o 45 (à propos du freinage soudain d'un véhicule engageant la responsabilité pénale et civile de l'auteur à raison d'une violation d'une disposition du Code de la route) ; Cass., 22 septembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 83, précité n^o 53 (à propos de la violation de l'art. 158sexies du règlement général pour la protection du travail (R.G.P.T.) imposant le port de la ceinture de sécurité aux travailleurs exposés au risque d'une chute supérieure à deux mètres de hauteur).

4. Cass., 10 avril 2014, *Pas.*, 2014, p. 949, commenté par D. RENDERS et D. DE ROY, « La responsabilité extracontractuelle du fait d'administrer Vue d'ensemble », *La responsabilité des pouvoirs publics*, D. RENDERS (coord.), Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 63 et s.

au juge d'apprécier si un délai imposé légalement, pour lequel le législateur n'a toutefois pas prévu de sanction, est de nature et de tendance (*sic*) telles que son inobservation constitue en soi un acte illicite ». On a connu des expressions plus fermes...

55. La distinction entre les obligations de moyens et de résultat est importée du domaine de la responsabilité contractuelle où elle détermine l'intensité des obligations assumées par les parties. Pareille transplantation, suggérée par M. Velu dans ses conclusions sous l'arrêt du 13 mai 1982¹, nous paraît en théorie contestable pour des motifs qui apparaîtront mieux lorsque nous aurons analysé dans son ensemble la portée de la distinction en matière contractuelle. Disons, pour faire bref, que le *devoir* de respecter une norme générale, de prudence ou de bonne foi, nous paraît fondamentalement différent de l'*obligation* d'exécuter une prestation en vertu d'un contrat déterminé par la volonté des parties. De plus, si l'on considère comme une obligation de résultat le devoir d'un usager de la route de respecter les prescriptions précises du Code, on aboutit à présumer sa faute en cas de violation de ces prescriptions, sauf à démontrer une cause de justification ou une cause étrangère exonératoire.

Sur le plan, important en pratique, de la charge de la preuve, l'importation des obligations de résultat dans le droit de la responsabilité civile extracontractuelle a pour conséquence de créer une présomption de faute à charge du défendeur à l'action en responsabilité et l'oblige à démontrer, pour se libérer, une cause de justification ou une cause étrangère exonératoire. Ceci ne nous paraît pas conforme aux principes².

§ 2. La loi fautive

56. « Aucun texte constitutionnel ni légal ne soustrait l'État législateur au contrôle des cours et tribunaux dès lors qu'une faute portant atteinte à des droits subjectifs légalement protégés a été commise dans l'exercice de cette activité »³.

L'immunité de principe du législateur a vécu⁴. La loi, désacralisée⁵ par les contrôles de conformité auxquels elle est soumise, que ce soit par rapport à la Constitution ou par rapport à une règle supranationale dotée d'effet dans l'ordre juridique belge, peut, au terme de ces contrôles, se révéler contraire à la hiérarchie des normes et engager la responsabilité de son auteur pour faute⁶. Il n'y a pas, à cet égard, de différence substantielle entre la loi et le règlement. Comme

1. *J.T.*, 1982, p. 781, n^{os} 21 et s.

2. À ce sujet, V. RONNEAU, « La charge de la preuve en responsabilité civile extracontractuelle », in *Responsabilités, indemnisation et recours*, CUP, Limal, Anthemis, 2017, n^{os} 11 et s. ; B. DUBUISSON, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2001, pp. 38 et s. Pour des nuances, D. DE CALLATAY, *o.c.*, pp. 66 et s. soulignant que lorsque la demande est fondée sur une faute constitutive d'infraction, il appartient au demandeur à l'action de rapporter la preuve de l'existence de l'infraction reprochée au défendeur mais aussi la preuve de l'inexistence de la cause de justification invoquée par ce dernier pour autant que son allégation ne soit pas dépourvue de tout élément de nature à lui donner crédit. Cf. Bruxelles, 16 octobre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1147.

3. Bruxelles, 4 juillet 2002, *R.G.D.C.*, 2002, p. 557 se référant à Civ. Bruxelles, 17 mars 1997, *R.W.*, 1997-1998, p. 257, note P. POPELIER et à Bruxelles, 7 décembre 2000, *J.T.*, 2001, p. 385. La responsabilité de l'État peut aussi être engagée à raison du préjudice causé par la faute d'une commission d'enquête parlementaire, Bruxelles, 28 juin 2005, *J.T.*, 2005, pp. 594 et s., obs. M.-F. RIGAUX.

4. Sur l'ensemble de la question, S. VAN DROGHEBROECK, « La responsabilité extracontractuelle du fait de légiférer Vue d'ensemble », *La responsabilité des pouvoirs publics*, D. RENDERS (coord.), *o.c.*, pp. 345 et s. ; H. VUYE, « Aansprakelijkheid wegens ondeugdelijke wetgeving. Een laatste bastion na Flandria, Anca, Francovitch en Brasserie du pêcheur? », in H. VANDENBERGHE (éd.), *Overheidsaansprakelijkheid*, KU Leuven, 2002, pp. 70 et s. ; H. VUYE, « Overheidsaansprakelijkheid wegens het doen en laten van de wetgever. Van Europees recht naar Belgisch recht: een te grote stap? », in H. VANDENBERGHE (éd.), *Overheidsaansprakelijkheid*, Bruges, die Keure, 2005, pp. 123 et s.

5. Nous empruntons l'expression à M. MAHIEU et S. VAN DROGHEBROECK, « La responsabilité de l'État législateur », *J.T.*, 1998, pp. 825 et s.

6. Pour une réfutation des différents arguments invoqués en faveur de l'immunité de l'État du fait des lois, H. VUYE, *o.c.*, 2005, pp. 178 et s.

l'autorité administrative dans sa fonction d'administrer ou de réglementer, le législateur peut se trouver confronté à des normes lui imposant un comportement déterminé, normes de droit européen primaire ou dérivé dont la violation *per se* sera considérée comme fautive. Il est obligé d'indemniser les dommages causés à des tiers par sa faute. Par sa faute simple et non par une faute lourde ou caractérisée comme doit l'être la violation qui, selon l'arrêt *Brasserie du pêcheur*¹, engage la responsabilité d'un État membre dans l'exercice de sa fonction normative.

Le contrôle, par le pouvoir judiciaire, de la conformité des lois à la hiérarchie des normes a connu une progression remarquable qui résulte en grande partie de la primauté du droit international et du droit européen sur le droit national². Le législateur peut commettre une faute si la loi n'est pas conforme à une règle supranationale, droit européen ou Convention européenne des droits de l'homme (A). Il en va de même si une loi n'est pas conforme à la Constitution (B).

A. VIOLATION D'UNE NORME SUPRANATIONALE

57. La Cour de cassation, dans un arrêt du 14 janvier 2000³, a eu l'occasion d'appliquer une conception classique de la faute à la responsabilité du législateur, plus exactement à la responsabilité de l'État belge du fait de la fonction normative pour violation d'un traité, norme primaire du droit européen. En l'espèce une réglementation technique relative au rayon de braquage de véhicules automoteurs était incompatible avec une disposition du traité européen interdisant les restrictions à la libre circulation des marchandises par des normes d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation. Disposition générale mais précise et dotée d'effet direct⁴. Il n'était pas contesté que la violation de l'article 30 du traité constituait une faute dont un particulier pouvait se prévaloir. L'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles⁵, censuré par la Cour de cassation, avait toutefois exigé, en s'inspirant de la jurisprudence plus libérale pour les pouvoirs publics de la Cour de justice, que la violation soit suffisamment caractérisée, sérieuse et manifeste.

L'arrêt de la Cour d'appel est cassé pour violation des articles 1382 et 1383 du Code civil. La Cour de cassation considère que « sous réserve de l'existence d'une erreur invincible ou d'une autre cause d'exonération de responsabilité, l'autorité administrative commet une faute quand elle prend ou approuve un règlement qui méconnaît soit une disposition de droit international ayant des effets directs dans l'ordre juridique interne, soit des règles constitutionnelles ou légales lui imposant de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée, de sorte qu'elle engage sa responsabilité civile si cette faute cause un dommage ». L'arrêt s'exprime dans une formule plus riche mais très similaire à celle de l'arrêt du

1. C.J.C.E., 5 mars 1996, aff. jointes C-46/93 et C-48/93, *Brasserie du pêcheur et Factortame*, *Rec.*, I, p. 1029 ; *J.L.M.B.*, 1996, pp. 696 et s. Le droit européen est toutefois plus sévère que le droit belge en ce qu'il suffit d'une violation caractérisée pour engager la responsabilité de l'État sans que soit imposée la condition d'imputabilité requise en droit belge. Pour plus de détails, H. VUYE, *o.c.*, 2005, pp. 174 et s.

2. Cette extension progressive du contrôle judiciaire a eu son coup d'envoi avec l'arrêt *Franco-Suisse Le Ski*, Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 886 et les conclusions du Proc. gén. GANSHOF VAN DER MEERSCH. Pour une description et une analyse de cette évolution, M. MAHIEU et S. VAN DROOGHENBROECK, *o.c.*, pp. 833 et s.

3. *Pas.*, 2000, I, pp. 102 et s. ; *R.W.*, 2001-2002, pp. 1097 et s., note A. VAN OEVELEN. Pour une étude d'ensemble de la jurisprudence relative à la responsabilité du pouvoir législatif, H. VANDENBERGHE *et al.*, « Overzicht », *T.P.R.*, 2000, pp. 1666 et s. ; H. VUYE, *o.c.*, 2005, pp. 164 et s. (avec une synthèse de la jurisprudence antérieure à l'arrêt du 14 juillet 2000).

4. Cet effet direct, qui caractérise le règlement, est dégagé au cas par cas en ce qui concerne les dispositions des traités et des directives. Il est reconnu aux dispositions suffisamment claires, précises et inconditionnelles. Pour plus de détails, L. LE HARDY DE BEAULIEU, *L'Union européenne*, Presses universitaires de Namur, 2017, pp. 21 et s. ; K. LENAERTS et P. VAN NUFFEL, *Europees recht in hoofdlijnen*, Anvers, Maklu, 2003, pp. 677 et s.

5. Bruxelles, 5 juin 1998, *A.J.T.*, 1998-1999, pp. 322 et s., note G.-L. BALLON.

13 mai 1982. La Cour y réaffirme l'unité entre la faute et l'illégalité, sous réserve de l'erreur invincible. Une norme fondamentale du traité européen, tout en étant générale, peut donc imposer aux autorités publiques un comportement déterminé, notamment quand elle prévoit une obligation de ne pas faire comme celle de ne pas imposer des restrictions quantitatives à l'importation ou des mesures d'effet équivalent. Ce qui entraîne l'application du principe de l'unité de la faute et de l'illégalité. La faute simple suffit. Il n'est pas requis que la violation du droit européen soit caractérisée, comme c'est le cas dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

58. La responsabilité de l'État du fait de la fonction normative peut aussi être engagée en cas de violation du droit européen dérivé. Un cas fréquent est celui de la transposition tardive d'une directive. Selon le Tribunal civil de Liège, « le délai imposé aux États pour adapter leur droit national crée, dans le chef de l'État, une obligation de résultat. Le dépassement du délai de transposition doit être considéré, *per se*, comme une violation suffisamment caractérisée des obligations de l'État membre pour engager sa responsabilité »¹. Le Tribunal utilise une terminologie inspirée par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. L'affirmation pure et simple de l'unité de la faute et de l'illégalité aurait conduit au même résultat et aurait été plus conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation favorable au justiciable².

Dans une espèce où il était reproché à l'État belge d'avoir transposé avec plus de cinq années de retard une directive du 18 décembre 1986 améliorant le sort des agents commerciaux en cas de cessation du contrat les liant à leur commettant, la Cour, dans un arrêt du 28 septembre 2001, a décidé que « l'obligation des États membres, découlant d'une directive, d'atteindre le résultat prévu par celle-ci, ainsi que leur devoir, en vertu de l'article 5 du Traité CE, de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution de cette obligation s'imposent à toutes les autorités des États membres, y compris dans le cadre de leurs compétences, les autorités juridictionnelles... »³. La Cour affirme clairement l'obligation qu'ont tous les organes de l'État de mettre en œuvre les dispositions d'une directive dans le délai imparti par celle-ci. Elle confirme aussi l'arrêt rendu par le juge du fond condamnant l'État belge au paiement de dommages et intérêts sur la base de l'article 1382 du Code civil. Ce détour par la responsabilité civile donne un effet indirect à la directive dans la mesure où le montant des dommages et intérêts octroyés correspond à l'indemnité d'éviction que l'agent aurait pu réclamer au commettant si la directive avait été transposée en temps utile. La transposition tardive d'une directive constitue à la fois une faute au sens de la responsabilité civile et une violation caractérisée au sens du droit européen. La transposition incorrecte d'une directive a, en revanche, des effets moins prévisibles. Par définition, une directive laisse aux États une certaine

1. Civ. Liège, 19 mars 1997, *J.L.M.B.*, 1997, pp. 759 et s. (p. 762). Dans le même sens, Civ. Bruxelles, 13 février 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1261. Ces deux affaires mettaient en cause la responsabilité civile des pouvoirs publics pour transposition tardive de la directive du 18 décembre 1986 relative aux agents commerciaux indépendants. Cf. aussi C. trav. Liège, 6 avril 1995, *Chron. D.S.*, 1995, pp. 337 et s., note J. JACQMAIN. Pour un examen de la jurisprudence, B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence (1996-2007)*, o.c., pp. 642 et s.

2. B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence (1996-2007)*, o.c., p. 645, n° 766. Pour une application dans une affaire portant sur le remboursement de minervals payés indûment par des étudiants européens (non belges) suite à une loi contraire à une disposition du traité CE dotée d'effet direct, Liège, 15 janvier 1994, *Pas.*, 1993 (*sic*), II, p. 50. La saga des minervals a ressurgi dans un arrêt du 30 avril 2015 (*J.L.M.B.*, 2015, p. 1958 ; C. 12. 0637. F, avec concl. Av. gén. WERQUIN) où la Cour de cassation décide que « le législateur commet une faute lorsqu'il prend une réglementation lui imposant d'agir de manière déterminée, de sorte qu'il engage sa responsabilité si cette faute est la cause d'un dommage ». Pour un commentaire, S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité extracontractuelle du fait de légiférer Vue d'ensemble », *La responsabilité des pouvoirs publics*, D. RENDERS (coord.), o.c., p.388. Comme l'observe l'auteur, l'arrêt ne donne pas d'indication sur la responsabilité de l'État-législateur en cas de pur manquement au devoir de prudence.

3. *R.D.C.B.*, 2003, p. 79, note M. EYSKENS, « Overheidsaansprakelijkheid wegens laattijdige omzetting van Richtlijn 86/653 ». H. VUYE, o.c., 2005, p. 170.

liberté dans le choix des moyens de transposition. En outre, toutes les dispositions d'une directive n'ont pas nécessairement un contenu univoque si bien qu'une transposition jugée incorrecte ne constitue pas automatiquement une violation caractérisée du droit européen.

59. La fonction de légiférer est proche de la fonction de réglementer¹. La Cour de cassation a admis que le devoir général de prudence, qui s'impose à tous, s'applique à l'administration dans l'exercice de sa fonction réglementaire. Dans son arrêt du 26 avril 1963, la Cour de cassation a décidé que les tribunaux peuvent apprécier si l'administration n'a pas commis de faute en imposant la vaccination antivariolique qui, statistiquement, présente certains risques². On ne voit pas de raison de ne pas appliquer à la fonction de légiférer le régime strict dérivant de l'unité de la faute et de l'illégalité. La multiplication des contrôles portant sur la conformité de la loi aux normes de droit international ou de droit européen entraîne naturellement une augmentation des cas où la loi illégale, si l'on ose cet oxymore, sera jugée fautive et susceptible d'engager la responsabilité civile de l'État, pour autant qu'il soit satisfait aux conditions du dommage et du lien causal³.

Dans un arrêt du 28 septembre 2006, la Cour de cassation rejette un pourvoi de l'État belge contre un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 4 juillet 2002 qui avait retenu la responsabilité de l'État pour ne pas avoir pris les mesures législatives adéquates pour résorber l'arriéré judiciaire à Bruxelles – ce qui, selon la cour d'appel, constituait une violation de l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Selon l'arrêt, de la Cour de cassation,

« En attribuant aux cours et tribunaux la connaissance exclusive des contestations qui ont pour objet des droits civils, l'article 144 de la Constitution met sous la protection du pouvoir judiciaire tous les droits civils. En vue de réaliser cette protection, la Constitution n'a égard ni à la qualité des parties contendantes ni à la nature des actes qui auraient causé une lésion de droit, mais uniquement à la nature du droit faisant l'objet de la contestation. L'Etat est, comme les gouvernés, soumis aux règles de droit, et notamment à celles qui régissent la réparation des dommages découlant des atteintes portées par des fautes aux droits subjectifs et aux intérêts légitimes des personnes. En règle, la faute dommageable commise par l'un de ses organes engage la responsabilité directe de l'Etat sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil lorsque l'organe a agi dans les limites de ses attributions légales ou qu'il doit être tenu comme ayant agi dans ces limites par tout homme raisonnable et prudent(...)

En appréciant le caractère fautif du comportement dommageable du pouvoir législatif, ce tribunal ne s'immisce pas dans la fonction législative et dans le processus politique de l'élaboration des lois mais se conforme à la mission du pouvoir judiciaire de protéger les droits civils⁴ ».

1. M. MAHIEU et S. VAN DROOGHENBROECK, *o.c.*, pp. 842 et s. soulignent cette proximité. En ce sens, F. DELPEREE, « L'obligation de réglementer », note sous Cass., 23 avril 1971, *R.C.J.B.*, 1975, pp. 9 et s. Cette proximité de la fonction de réglementer et de légiférer est mise en évidence dans un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 4 juillet 2002, *R.G.D.C.*, 2002, pp. 557 et s. retenant la responsabilité de l'État belge pour n'avoir pas pris les normes susceptibles d'assurer la mise en œuvre de l'article 6-1, a., de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

2. Cass., 26 avril 1963, *Pas.*, 1963, I, p. 906 (à propos d'un arrêté royal rendant obligatoire la vaccination contre la variole).

3. Bruxelles, 4 juillet 2002, *R.G.D.C.*, 2002, pp. 557 et s. ; Liège, 16 décembre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, pp. 819 et s.

4. Cass., 28 septembre 2006 (arrêt dit *Ferrara*), *J.T.*, 2006, p. 594. Pour un commentaire, S. VAN DROOGHENBROECK, « Arriéré judiciaire et responsabilité de l'Etat-législateur : dissiper les malentendus et les faux espoirs », *R.C.J.B.*, 2007, p. 367 ; *id.*, « La responsabilité extracontractuelle du fait de légiférer Vue d'ensemble », *La responsabilité des pouvoirs publics*, D. RENDERS (coord.), *o.c.*, p. 379 ; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence (1996-2007)*, *o.c.*, pp. 634 à 636.

Il résulte de l'arrêt que les deux volets de la faute s'appliquent à l'État-législateur et qu'en principe, le juge peut apprécier si l'État a agi comme le ferait un législateur normalement prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances. Ce second volet, sur la portée duquel la Cour est discrète, est plus délicat à manier car il mène le juge à la frontière du contrôle d'opportunité que lui interdit le principe de la séparation des pouvoirs. Comme l'écrit l'Avocat général Leclercq dans ses conclusions précédant l'arrêt du 28 septembre 2006,

« (...) quand le législateur s'abstient sans plus de légiférer sans qu'une règle quelconque l'incite à le faire, il me paraît difficile de retenir la responsabilité du législateur. Les cours et tribunaux risquent dans ce cas de s'immiscer dans l'exécution de la fonction législative. Néanmoins, il me paraît qu'on peut dire que le législateur qui omet d'agir lorsqu'il y a péril n'agit pas en bon père de famille. Je pense notamment à l'abstention d'agir lorsque le pays est menacé par des risques sur le plan de la sécurité, de la santé publique, de l'hygiène, de l'atteinte à l'environnement, etc. »¹.

Des situations proches de l'état d'exception pourraient-elles favoriser la pleine application du critère du bon père de famille à l'État-législateur ?

B. VIOLATION D'UNE NORME CONSTITUTIONNELLE

60. Le contrôle de la conformité de la loi à la Constitution relève non du pouvoir judiciaire² mais de la Cour constitutionnelle. Quel est l'effet d'un arrêt de la Cour constitutionnelle constatant l'inconstitutionnalité d'une loi sur l'appréciation, par le pouvoir judiciaire, de la faute du pouvoir législatif ?

Par analogie, on pourrait soutenir que la constatation de l'inconstitutionnalité d'une loi par la Cour constitutionnelle devrait produire les mêmes effets qu'un arrêt d'annulation du Conseil d'État censurant l'illégalité d'un acte administratif. On se rappelle combien l'arrêt d'annulation du Conseil d'État, doté de l'autorité de chose jugée *erga omnes*, a conditionné la responsabilité de l'autorité administrative dans l'arrêt de la Cour de cassation du 13 mai 1982. Un arrêt d'inconstitutionnalité de la Cour constitutionnelle permettrait donc *ipso facto* d'établir la faute du législateur déduite de la violation d'une norme lui imposant un comportement déterminé³. Ce n'est pas le cas. Selon un arrêt de la Cour de cassation du 10 septembre 2010⁴ :

« L'article 1382 du Code civil dispose que tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.

L'Etat peut, en règle, être tenu responsable d'une intervention ou omission législative fautive. Il appartient au juge d'examiner si l'Etat a agi comme le ferait un législateur normalement prudent et diligent.

La décision prise par la Cour constitutionnelle dans le cadre d'une question préjudicielle qu'une disposition légale est contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution n'implique pas encore qu'il est établi que le législateur a commis une faute au sens de l'article 1382 du Code civil.

1. J.-F. LECLERCQ, concl. avant Cass., 28 septembre 2006, *J.T.*, 2006, p. 599.

2. Liège, 16 décembre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, pp. 819 et s.

3. Pour une discussion de cette question, M. VERDUSSEN, « Responsabilité civile du fait de légiférer en violation de la Constitution », *La responsabilité des pouvoirs publics*, D. RENDERS (coord.), o.c., p. 398. Une décision du Tribunal de première instance de Bruxelles du 16 février 2001 (*R.G.D.C.*, 2003, pp. 212 et s.) considère que la mise en cause de la responsabilité du législateur pour une loi contraire à la Constitution suppose un arrêt préalable de la Cour d'arbitrage (devenue Cour constitutionnelle), qu'il s'agisse d'un arrêt rendu sur une question préjudicielle ou suite à un recours en annulation. Dans le même sens, Liège, 16 décembre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, pp. 819 et s. La mise en cause de la responsabilité administrative pour illégalité n'est pas tributaire d'un arrêt d'annulation préalable du Conseil d'État. Sur ce point, B. DUBUISSON, o.c., *R.C.J.B.*, 2001, pp. 51 et s.

4. F.09.0042.N. L'arrêt est relaté dans le *Rapport annuel*, 2010, p. 23 ; *A.P.T.*, 2012, p. 1, note P. VAN OMMESLAGHE, « La responsabilité extracontractuelle de l'Etat appliquée au pouvoir législatif » ; S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité extracontractuelle du fait de légiférer Vue d'ensemble », o.c., pp. 366 et s., pp. 381 et s. ; M. VERDUSSEN, « Responsabilité civile du fait de légiférer en violation de la Constitution », o.c., p. 404.

La responsabilité du législateur pour avoir adopté une législation fautive requiert une appréciation propre du juge saisi de la demande de condamner l'Etat sur la base d'un acte illicite. Le simple renvoi à un arrêt de la Cour constitutionnelle qui a décelé lors d'une question préjudicielle une contrariété entre la loi et la Constitution sur la base de l'état du droit au moment où elle a statué, ne suffit pas comme appréciation propre.

Les juges d'appel ont énoncé que la Cour constitutionnelle a constaté dans un arrêt préjudiciel du 9 décembre 1998 que l'article 34, § 1^{er}, 1^o du Code des impôts sur les revenus 1992 viole la Constitution. Ils ont considéré que la constatation par cette Cour qu'une disposition est contraire à la Constitution signifie nécessairement que le comportement fautif est établi dans le chef du législateur.

Ainsi, ils n'ont pas légalement motivé leur décision. »

Les arrêts d'inconstitutionnalité de la Cour constitutionnelle ne jouissent pas de l'effet couperet des arrêts d'annulation du Conseil d'Etat. Il n'y a pas de symétrie dans la jurisprudence de la Cour de cassation : la constatation par la Cour constitutionnelle de la violation de la Constitution par le législateur ne permet pas d'inférer automatiquement la faute de celui-ci¹. Il se peut que la Cour constitutionnelle soit amenée à se prononcer sur des textes anciens qui, à l'époque de leur adoption, étaient conformes à la Constitution mais qui, à la suite d'un changement de contexte, deviennent inconstitutionnels quand ils sont appréciés par la Cour sur question préjudicielle².

Le pouvoir législatif, même s'il est régi par des contraintes de plus en plus rigoureuses provenant des normes supranationales, reste, semble-t-il, plus libre que le pouvoir exécutif dans l'exercice de la fonction réglementaire ou administrative. Ceci n'exclut pas l'erreur de conduite, appréciée au regard de la norme générale de bon comportement, en l'occurrence du législateur normalement prudent et compétent³.

§ 3. *La loi des juges ou la reconnaissance d'un droit à l'erreur*

61. Dans ses conclusions précédant l'arrêt du 13 mai 1982, M. Velu considérait que « le contenu des obligations constitutionnelles et légales est le plus souvent suffisamment déterminé [que] pour qu'on puisse les considérer comme des obligations de résultat »⁴. L'affirmation, qui est discutable, conduit à étendre le principe d'unité de la faute et de l'illégalité et à objectiver la faute déduite, sous réserve de l'erreur invincible ou d'une autre cause de justification, d'une transgression de la norme imposant un comportement déterminé.

La jurisprudence de la Cour de cassation relative à la responsabilité de l'Etat du fait du pouvoir judiciaire agissant dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle ne confirme pas cette affirmation. Dans cette jurisprudence

1. Contrairement à ce qu'avait décidé l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 2 octobre 2008 (*R.A.B.G.*, 2009, pp. 613 et s.) soumis à la censure de la Cour de cassation. Contrairement aussi à la conception plus stricte de l'unité de la faute et de l'illégalité prônée par J.-F. Leclercq, concl. avant Cass., 28 septembre 2006, *J.T.*, 2006, p. 599.

2. Voir les réflexions de S.VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité extracontractuelle du fait de légiférer Vue d'ensemble », *o.c.*, p. 376.

3. R. ERGEC, « La responsabilité du fait de la carence législative », in *Mélanges Philippe GÉRARD*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 294 et s. Comparer, plus réservé, H. VUYE, *o.c.*, pp. 199 et s. En jurisprudence, Civ. Bruxelles, 3 mars 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 733.

4. Concl. précitées n° 21.

inaugurée par l'arrêt du 19 décembre 1991¹, la Cour de cassation a admis qu'il n'y a pas lieu d'exclure la responsabilité de l'État pour les actes juridictionnels du pouvoir judiciaire². Mais cette responsabilité s'apprécie à l'aune des deux critères utilisés dans la définition de la faute. Dans son deuxième arrêt Anca, la Cour a ainsi rejeté le pourvoi intenté contre l'arrêt de la cour d'appel de Liège du 28 janvier 1993³. L'arrêt de la cour d'appel se plaçait non sur le terrain de la légalité mais sur celui de l'erreur de conduite, pour considérer qu'il n'y avait pas de faute de la part de juges prononçant une faillite d'office, le comportement de ceux-ci devant s'apprécier selon le critère du magistrat normalement soigneux et prudent placé dans les mêmes circonstances de temps et de lieu, en tenant compte de la controverse existant à l'époque en doctrine et en jurisprudence au sujet des normes applicables à la procédure de déclaration de faillite d'office. De façon assez surprenante, la Cour de cassation considère que la Cour d'appel de Liège a pu, sans violer les articles 1382 et 1383 du Code civil, conclure à l'absence de faute du magistrat et juger que « eu égard à l'état de la jurisprudence à ce moment-là, la procédure suivie par le tribunal de commerce ne s'écartait pas à ce point des normes établies qu'un magistrat normalement soigneux et prudent aurait dû s'abstenir d'y avoir recours ».

Selon la Cour telle qu'elle s'exprime dans ses arrêts du 8 décembre 1994 et du 26 juin 1998, « la faute [du magistrat ou du directeur des contributions exerçant une fonction juridictionnelle] pouvant, sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil, entraîner la responsabilité de l'État consiste, en règle, en un comportement qui, ou bien s'analyse en une erreur de conduite devant être appréciée suivant le critère [du magistrat ou de l'organe de l'État] normalement soigneux et prudent placé dans les mêmes conditions, ou bien, sous réserve d'une erreur invincible ou d'une autre cause de justification, viole une norme de droit national ou d'un traité de droit international ayant des effets dans l'ordre juridique interne, imposant au magistrat ou à cet organe de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée »⁴.

62. Il n'y a pas rupture de continuité entre la faute de l'organe exerçant une fonction juridictionnelle, telle qu'elle est définie par les arrêts de la Cour de cassation du 8 décembre 1994⁵ et du 26 juin 1998⁶ et la faute telle que la Cour l'ap-

1. Dans l'affaire Anca. Celle-ci a donné lieu à deux arrêts : Cass., 19 décembre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 316 et Cass., 8 décembre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 1063. Sur l'ensemble de la question, A. VAN OEVELEN, « De aansprakelijkheid van de Staat voor ambtsfouten van magistraten in de Belgische rechtspraak en in die van het Europese Hof van justitie », in *Overheidsaansprakelijkheid*, H. VANDENBERGHE (éd.), Bruges, die Keure, 2005, pp. 205 et s.

2. En ce qui concerne les actes non juridictionnels, la question ne soulève pas de discussion. Un arrêt du 21 avril 2006 (C.04.0614.N., *Pas.*, 2006, n° 230) fait application des critères généraux pour apprécier la responsabilité d'un juge commissaire d'une faillite dans le cadre de son pouvoir de contrôle sur un curateur ayant des agissements douteux. Il considère que cette faute doit être appréciée par rapport à l'attitude d'un juge commissaire raisonnablement prudent et prévoyant qui se trouve dans les mêmes circonstances. Sur l'ensemble de la jurisprudence relative à la responsabilité des pouvoirs publics pour les actes non juridictionnels, B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence (1996-2007)*, o.c., pp. 618 à 624.

3. *J.T.*, 1993, p. 479, obs. R. O. DALCQ.

4. Cass., 8 décembre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 1066 et Cass., 26 juin 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 823. On ne s'attache pas à la condition de mise à néant préalable de la décision incriminée qui a d'ailleurs disparu dans l'arrêt du 26 juin 1998, ce qui a surpris. D. PHILIPPE, « À propos de la responsabilité des magistrats », note sous Cass., 26 juin 1998, *J.L.M.B.*, 1998, pp. 1170 à 1172. La nécessité de cette condition était pourtant admise par la majorité de la doctrine et soulignée par M. le procureur général VELU, notamment dans ses conclusions sous Cass., 19 décembre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 350, n°s 52 et s. L'arrêt de la Cour de cassation du 19 décembre 1991 ne donne pas de définition explicite de la faute contrairement aux arrêts du 8 décembre 1994 et du 26 juin 1998 commentés dans le corps du texte.

5. Cass., 8 décembre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 1063 et s., *J.L.M.B.*, 1995, pp. 787 et s., obs. D. PHILIPPE ; *J.T.*, 1995, pp. 497 et 498, obs. R. O. DALCQ.

6. Cass., 26 juin 1998, *Pas.*, 1998, I, pp. 812 et s. ; *R.G.A.R.*, 1999, n° 13095, obs. R. O. DALCQ ; *J.L.M.B.*, 1998, pp. 1166 et s., obs. D. PHILIPPE ; *R.C.J.B.*, 2001, pp. 21 et s., note B. DUBUISSON.

plique à la responsabilité de l'autorité administrative dans son arrêt du 13 mai 1982¹, ce qui s'explique, au moins en partie, par la continuité des conceptions développées par le ministère public².

Il y a toutefois évolution. Les arrêts de 1994 et de 1998 incorporent dorénavant une définition complète de la faute qui fait droit à son caractère bicéphale. Ils l'envisagent aussi en tant qu'erreur de conduite et ce volet de la faute est fréquemment sollicité dans la responsabilité de l'État pour les actes juridictionnels³.

De façon nette dans l'arrêt du 26 juin 1998, la Cour affirme que « si certaines normes de droit imposent à celui qui prend une décision juridictionnelle de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée, tel n'est pas le cas de la norme de droit qu'il a pour mission d'appliquer aux faits de l'espèce ; que, partant, l'erreur dans l'interprétation ou l'application d'une telle norme n'est fautive que si elle consiste en un comportement qui s'analyse en une erreur de conduite devant être appréciée suivant le critère de l'organe de l'État normalement soigneux et prudent, placé dans les mêmes conditions »⁴.

63. C'est exclusivement sous l'angle de la définition, très complète, de la faute que la jurisprudence de la Cour de cassation retient notre attention. Le caractère bicéphale de la faute est confirmé par sa jurisprudence ultérieure, dans des arrêts du 5 juin 2008⁵ et du 25 mars 2010⁶ qui retiennent une définition semblable à celle retenue pour apprécier la responsabilité du pouvoir exécutif. Ceci emporte des conséquences pratiques dont la plus importante est que le magistrat se voit reconnaître le droit à l'erreur⁷.

Cette conséquence a été critiquée par R. O. Dalcq au motif qu'un juge qui voit sa décision réformée pour erreur de droit commet nécessairement une faute⁸. Cette position applique au pouvoir judiciaire, de façon rigoureuse, les conséquences de l'arrêt du 13 mai 1982. Qu'un contrôle *ex post* désavoue la décision de l'autorité administrative ou du juge et la voici, par un couperet, déclarée illégale et donc fautive. Cette position confond, à notre avis, faute et erreur. Une décision peut être désavouée par une instance supérieure ou par une autorité de contrôle sans que l'analyse sur laquelle elle se fonde soit fautive ni même d'ailleurs erronée. Ce n'est pas parce qu'un organe n'a pas le pouvoir du dernier mot qu'il a nécessairement tort. *A fortiori* ne peut-on, s'il est contredit, nécessairement en déduire qu'il est fautif. Plus fondamentalement, l'opinion de R. O. Dalcq semble reposer sur l'idée qu'il y aurait un sens clair de la loi et méconnaît les difficultés liées à l'interprétation et à l'application de celle-ci. Certes, il y a des normes qui imposent au juge (ou au fonctionnaire) un comportement déterminé dont la violation constitue une faute. Les règles de procédure ou de preuve sont généralement citées à titre

1. Cass., 13 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, pp. 1056 et s. Il y a toutefois de légères variations, certains arrêts faisant référence, dans la définition de la faute, aux effets *directs* de la disposition de droit international violée, d'autres, comme l'arrêt du 26 juin 1998, n'y faisant pas allusion.

2. Comparer J. VELU, concl. sous Cass., 13 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, pp. 1077 et s. ; concl. sous Cass., 19 décembre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 359, n^{os} 61 à 65 et J. SPREUTELS, concl. sous Cass., 26 juin 1998, *Pas.*, 1998, I, pp. 817 et s.

3. Pour un panorama instructif de la jurisprudence relative à la responsabilité pour les actes juridictionnels et non juridictionnels, B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence (1996-2007)*, *o.c.*, pp. 611 et s.

4. *Pas.*, 1998, I, p. 823.

5. C.06.0366.N ; *Pas.*, 2008, p. 1418 ; *J. L.M.B.*, 2009, p. 52, note D. PHILIPPE.

6. C.09.0403.N.

7. Selon l'expression de D. PHILIPPE, note sous Cass., 26 juin 1998, *J.L.M.B.*, 1998, pp. 1171 et s. ; B. DUBUISSON, « L'erreur du juge est-elle fatale ? Libres propos », *R.D.C.*, 2013, pp. 1128 à 1141.

8. L'éminent auteur a répété ses critiques dans différentes notes et observations sous l'arrêt de la Cour de cassation du 19 décembre 1991 (*J.T.*, 1992, p. 449), de la Cour d'appel de Liège du 28 janvier 1993 (*J.T.*, 1993, p. 479), de la Cour de cassation du 8 décembre 1994 (*J.T.*, 1995, p. 497) et de la Cour de cassation du 26 juin 1998 (*R.G.A.R.*, 1999, n^o 13095).

d'exemples¹, bien qu'on ait montré que toutes ces règles n'imposent pas un comportement déterminé, pas plus que toutes les règles de fond ne se contentent de requérir du juge un comportement normalement diligent et prudent². Si l'on s'en tient au fond du litige, la mission juridictionnelle, dans la plupart des cas, ne se borne pas à délivrer mécaniquement une vérité univoque, déposée dans le texte une fois pour toutes, mais à dire le droit dans des hypothèses où précisément des argumentations juridiques, de prime abord raisonnables et cohérentes, s'opposent et l'obligent à trancher, à réactualiser la vérité de la règle à l'épreuve du cas qui lui est soumis³. On ne peut plus réduire le juge à n'être que la bouche de la loi, d'autant moins que la loi contemporaine lui délègue de plus en plus souvent le pouvoir de donner un contenu à des notions indéterminées. Ceci amène le juge à exercer une mission d'intérêt général, plus proche de la police économique ou de la guidance familiale que de la fonction juridictionnelle *stricto sensu*⁴. Plus les textes sont fondamentaux, plus ils édictent des principes ou affirment des règles dont le contenu n'est pas déterminé et que la jurisprudence précise progressivement. Le principe de précaution en fournit un bel exemple.

64. « Attendu que si certaines normes de droit imposent à celui qui prend une décision juridictionnelle de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée, tel n'est pas le cas de la norme de droit qu'il a pour mission d'appliquer aux faits de l'espèce »⁵.

Cette jurisprudence, qui tient compte de la spécificité de la fonction juridictionnelle, oblige à s'interroger sur le concept de norme imposant au juge un comportement déterminé, ce qui passe par une analyse du contenu de la norme et de l'intensité des obligations qu'elle prescrit ainsi que par la détermination de son destinataire⁶. Plus respectueuse de la nature et de la difficulté de la fonction juridictionnelle, elle est certainement moins confortable, pour les juges comme pour la doctrine, que celle qui déduirait automatiquement la faute du juge de la censure de sa décision par une instance supérieure. Des questions légitimes ont été posées sur l'inégalité de traitement qu'elle entraîne : la responsabilité de l'État du fait de l'autorité administrative est plus lourde que celle de l'État du fait du pouvoir judiciaire dans l'exercice de la fonction juridictionnelle alors que les différences entre la fonction de juger exercée par un organe du pouvoir judiciaire et la fonction de décider exercée par une autorité administrative ne sont pas substantielles au point qu'il faille nécessairement apprécier la faute de la seconde plus sévèrement que celle d'un juge⁷. Relevons que la décision prise par le directeur des contributions, considérée comme juridictionnelle par l'arrêt du 26 juin 1998, aurait pu être considérée comme un acte administratif et a d'ailleurs été qualifiée comme tel par une législation ultérieure du 15 mars 1999⁸. Rappelons que la Cour, dans un arrêt du 25 octobre 2004⁹, a transposé à une décision de l'autorité administrative une jurisprudence dont le ministère public lui demandait expressément de cantonner le bénéfice à la fonction juridiction-

1. En ce sens, F. RIGAUX et J. VAN COMPERNOLLE, « La responsabilité de l'État pour les fautes commises par les magistrats dans l'exercice de leurs fonctions », *R.C.J.B.*, 1993, pp. 310 et s.

2. Voir les réflexions de K. STANGHERLIN, « La responsabilité de l'État du fait du service public de la justice », *R.G.D.C.*, 2002, pp. 512 et s.

3. En ce sens, F. RIGAUX et J. VAN COMPERNOLLE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1993, pp. 312 et s. ; dans le même sens, B. DUBUISSON, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2001, p. 66.

4. La littérature sur ce thème est très abondante. Voir la synthèse de F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Faculté de l'Université de Saint-Louis, 2002, pp. 97 et s., pp. 431 et s.

5. *Pas.*, 1998, I, p. 823.

6. Voir les critères de classification proposés par B. DUBUISSON, *o.c.*, 2001, pp. 49 et s., pp. 67 et s. en ce qui concerne l'exercice de la fonction juridictionnelle.

7. K. STANGHERLIN, « À la rescousse de l'article 1382 du Code civil. À propos d'une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage », *R.G.D.C.*, 2003, pp. 612 et s.

8. Sur ce point, B. DUBUISSON, *o.c.*, 2001, pp. 30 et s.

9. Cass., 25 octobre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, pp. 638 et s., obs. D. DE ROY, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière de responsabilité civile des autorités administratives: revirement ou affinement? ».

nelle (*supra*, n° 52). L'exigence de la violation d'une norme juridique établie revient à cet égard à la question de savoir si le magistrat en cause s'est comporté comme un magistrat normalement diligent et prudent, placé dans les mêmes circonstances. Ainsi, le magistrat qui applique une jurisprudence constante ne saurait être critiqué en cas de revirement de celle-ci. Cette solution équilibrée a été confirmée depuis lors : « La faute du magistrat susceptible d'entraîner la responsabilité de l'État, sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil, consiste, en règle, en un comportement qui s'analyse ou bien en une erreur de conduite devant être appréciée suivant le critère du magistrat normalement soigneux et prudent, placé dans les mêmes conditions, ou bien, sous réserve d'une erreur invincible ou d'une autre cause de justification, en une violation d'une norme du droit national ou d'un traité international à effets directs dans l'ordre juridique interne, imposant au magistrat de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée¹. »

65. La responsabilité civile des pouvoirs publics est très marquée à la fois par les missions d'intérêt général qu'ils poursuivent, par la nécessité d'assurer la protection du citoyen contre les excès de pouvoir et par l'existence des contrôles qui régulent l'activité des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. La responsabilité des pouvoirs publics a fait office de révélateur parce que la mission particulière de ceux-ci a obligé la Cour de cassation à sortir de sa réserve et à livrer progressivement une définition précise de la faute. Précise et exigeante pour les pouvoirs publics puisque la faute simple suffit, conformément au droit commun, à engager leur responsabilité. Une partie de la doctrine, trouvant la solution trop rigoureuse, prône l'engagement de la responsabilité des pouvoirs publics en cas de faute caractérisée².

L'identité de la faute et de l'illégalité, présentée comme une équation d'une implacable rigueur, souffre des restrictions théoriques et pratiques importantes. D'une part, toute faute requiert un élément d'imputabilité qui s'exprime, assez discrètement il est vrai, par la réserve tirée de l'existence d'une erreur invincible ou d'une autre cause d'exonération³. Nous y reviendrons. D'autre part, même si on se limite à la composante objective que la Cour de cassation définit précisément dans ses arrêts, la détermination en quelque sorte *de plano* de la faute ne peut s'opérer que dans l'hypothèse où l'agent, public ou privé, transgresse une norme lui imposant un comportement déterminé. La jurisprudence relative à la responsabilité des magistrats met en relief cet aspect des choses.

Il n'est pas faux mais il est trop rapide de dire que toute illégalité est une faute. Cette équation n'est correcte que moyennant une analyse de la norme prétendument violée, du degré de précision et de l'intensité des obligations qu'elle impose à son destinataire.

1. Cass., 5 juin 2008 (2 arrêts), *Pas.*, 2008, n°s 347 et 349 ; Cass., 25 mars 2010, *Pas.*, 2010, n° 219.

2. Nous n'approfondissons pas cette question soulevée notamment par R. ANDERSEN, « Introduction », *La responsabilité des pouvoirs publics*, D. RENDERS (COORD.), *o.c.*, p. 25. Cette solution est celle retenue par la Cour constitutionnelle dans un arrêt n° 99/2014 du 30 juin 2014 (*R.G.A.R.*, 2015, n° 15164, note F. TULKENS) qui consacre la responsabilité de l'État en cas de violation suffisamment caractérisée par le Conseil d'État des règles de droit applicables. Le cas d'une faute commise par une juridiction statuant en dernier ressort comme la Cour de cassation pose des problèmes spécifiques qui viennent de se manifester en droit belge. Version juridique de l'arroseur arrosé. C.C., n° 29/2017 du 23 février 2017, *J.L.M.B.*, 2017/22, p. 1041, obs. F. BOUHON, « La Cour de cassation face à sa propre faute ».

3. Cass., 23 juin 2005, *Pas.*, 2005, p. 1437 ; Cass., 8 février 2008, C.07.0131.F. ; Cass., 23 septembre 2010, C.09.0220.F.

SECTION 2. VIOLATION D'UNE NORME DE BON COMPORTEMENT

§ 1^{er}. La faute comme erreur de conduite : une notion aux contours fluctuants

66. Aussi riche soit-il en dispositions imposant des comportements déterminés, le droit objectif, menacé d'inflation, ne peut prévoir et sanctionner tous les comportements fautifs possibles. Le souci de protéger le citoyen a durci la définition de la faute en soulignant le lien étroit qu'elle entretient avec l'illégalité. La jurisprudence relative à la responsabilité des pouvoirs publics montre toutefois qu'il n'est pas possible, à tout coup, de déduire la faute d'une norme imposant un comportement déterminé. Il faut, dans certains cas, apprécier la faute par rapport à une norme générale dite de bon comportement, de bonne conduite ou de prudence¹. Une telle norme joue un rôle utile de soupape. Elle contribue à des créations jurisprudentielles aussi fondamentales que l'abus de droit, la tierce complicité ou la bonne foi dans la période précontractuelle, trois questions sur lesquelles le Code civil actuel est muet.

Normes générales et ouvertes, les articles 1382 et 1383 du Code civil permettent d'échapper aux inconvénients d'une définition préalable des comportements fautifs et à une méthode casuistique fondée sur des délits spéciaux². Ces textes ne définissent aucun devoir précis ni aucune norme de conduite explicite. Ce n'est qu'indirectement, par les sanctions que le juge attache à ce qu'il estime être la faute, qu'ils imposent à chacun de se conduire avec prudence et diligence dans la vie sociale, comme le ferait un bon père de famille, placé dans les mêmes circonstances de fait.

La norme générale de prudence, sur laquelle le juge se fonde en l'absence de norme spécifique ou en complément à celle-ci, est indéterminée. Cette indétermination ouvre le droit de la responsabilité civile aux sources matérielles du droit, règles de convenance, usages, bonnes pratiques de la profession, etc. dont la juridicité, parfois discutable *a priori*, peut se trouver consacrée par le juge pour construire la norme de bon comportement applicable en l'espèce, dans un sens favorable ou défavorable à l'auteur du dommage. Cette ouverture à d'autres systèmes normatifs ressort clairement de la définition de MM. Dabin et Lagasse déjà citée :

« Est constitutif de faute tout manquement, si minime soit-il, volontaire ou involontaire, par acte ou par omission, à une norme de conduite préexistante. Cette norme de conduite a sa source soit dans la loi ou les règlements (droit pénal, droit civil, droit administratif...), – édictant une obligation déterminée ou indéterminée –, soit dans une série de règles de vie sociale, de morale, de convenances ou de technique, non formulées en textes législatifs : loyauté, bienséance, sang-froid, prudence, diligence, vigilance, habileté, déontologie professionnelle..., le tout selon le critère de l'homme normal de l'époque, du milieu, de la région »³.

1. Telles sont les expressions généralement utilisées en doctrine francophone et dans les définitions citées dans la suite du texte. La doctrine flamande parle de *zorgvuldigheidsnorm*. W. VAN GERVEN et S. COVEMAEKER, *o.c.*, p. 239 ; H. VANDENBERGHE *et al.*, « Overzicht (1994-1999) », *T.P.R.*, 2000, pp. 1592 et s. E. MONTERO et B. GOFFAUX, « La référence au paradigme du 'bon père de famille' en responsabilité extracontractuelle », *For. ass.*, n° 140, 2014, pp. 1 à 15 ; X. DANDOY, « Appréciation *in abstracto* de la faute civile extracontractuelle », *Ann. dr. Louvain*, 2007, pp. 111 à 142.
2. Sur ce point, G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité, o.c.*, proposent une belle systématisation des devoirs (pp. 457 et s.) ; J. CARBONNIER, *Obligations*, 22^e éd., t. 4, Paris, PUF, 2000, pp. 412 et s. Il est classique d'opposer sur ce point l'abstraction des articles 1382 et suivants du Code civil au droit des *Torts* anglo-américain. L'opposition ne doit pas être durcie car le *Tort* de *negligence* a fini par gagner, lui aussi, un certain degré de généralité.
3. « Examen de jurisprudence (1939 à 1948). La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle (Code civil, art. 1382 et s.) », *R.C.J.B.*, 1949, p. 57, n° 15. Pour un commentaire, *supra*, n°s 21 et s.

67. La Cour de cassation adopte une conception bicéphale de la faute. Telle est aussi, dans une certaine mesure, la conception de MM. Dabin et Lagasse, même si la définition qu'ils proposent met l'accent sur la source de la norme de conduite préexistante dont la violation constitue une faute¹. Deux impérialismes guettent. Le premier consiste à faire prévaloir une conception légaliste de la faute qui la définit « simplement » comme une violation de la loi ou d'une obligation. En pratique, les choses ne sont pas si simples : la distinction entre une norme imposant un comportement déterminé et une norme n'imposant qu'une obligation indéterminée n'est pas étanche² si bien que la violation de la « loi » – l'article 1382 est une loi³ – n'épargne pas une appréciation de la conduite de l'agent mis en cause. Le second consiste à considérer, à l'instar de MM. Mazeaud et Chabas, que « la faute est une erreur de conduite telle qu'elle n'aurait pas été commise par une personne avisée placée dans les mêmes circonstances 'externes' que le défendeur »⁴. L'erreur de conduite englobe alors aussi bien le manquement à une disposition spécifique que la faute d'imprudence.

En doctrine belge, L. Cornelis propose une définition semblable en considérant, de façon globale, la faute comme la méconnaissance d'une norme générale de prudence. Cette méconnaissance doit être imputable à la personne atraite en responsabilité et entraîner un dommage dont la survenance était prévisible⁵. Cette définition, pourtant forgée après l'arrêt du 13 mai 1982, ne reprend pas la distinction, généralement admise en doctrine belge, entre la violation d'une norme légale ou réglementaire spécifique et la violation de la norme générale de prudence et de diligence⁶. La violation d'une norme spécifique n'est, dans cette conception, qu'un cas particulier de la violation de la norme générale de prudence et de diligence par un agent juridique doté d'un minimum de conscience et de liberté. On est alors condamné à soutenir que l'homme normalement prudent et diligent ne viole pas la loi, ce qui n'est pas dénué de verbalisme⁷. La définition présente toutefois l'intérêt de montrer la corrélation entre l'accent porté sur la norme générale de prudence, l'imputabilité et la prévisibilité du dommage, considérée comme un élément constitutif supplémentaire de la faute.

68. « Il n'y a pas faute à ne pas prévoir l'imprévisible »⁸. Une partie de la doctrine belge fait de la prévisibilité du dommage un élément constitutif de la faute, du moins lorsque celle-ci est une violation de l'obligation générale de prudence et consiste dans un défaut de prévoyance et de précaution⁹. Ce point de vue trouve un appui dans la jurisprudence de notre Cour de cassation. Selon celle-ci,

1. Voir également notre proposition de définition, vol. 1, n° 27.

2. Comme le reconnaît H. Vandenberghe, *o.c.*, 2005, p. 9 : « Alhoewel het onderscheid... niet altijd waterdicht is ».

3. Nous prenons le terme loi au sens courant. La question a aussi été posée, sur le plan, plus technique, des limites à la liberté de la presse, de savoir si l'article 1382 du Code civil constituait une loi claire et prévisible au sens de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Pour plus de détails, H. VANDENBERGHE *et al.*, « Overzicht (1994-1999) », *T.P.R.*, 2000, pp. 1583 et s. ; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence (1996-2007)*, *o.c.*, p. 963, n° 1237.

4. MAZEAUD et CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations*, Paris, Montchrestien, 1991, p. 466, n° 453 et la note 1. Pour un commentaire, *supra*, n° 18.

5. *Principes*, particulièrement la définition proposée p. 311.

6. La distinction est cependant utilisée par l'auteur dans son exposé antérieur, particulièrement quand il s'interroge sur les relations existant entre la faute et la contravention à la loi (pp. 65 et s.).

7. Dans le même sens, Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 327 et s., particulièrement p. 330.

8. J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence (1985-1995)*, Bruxelles, Larcier, 1997, p. 43, n° 35. Comparer R. O. DALCQ et G. SCHAMPS, « Examen (1987-1993) », *R.C.J.B.*, 1995, p. 536, n° 6 et s.

9. J.-L. FAGNART, *ed. loc.* ; R. O. DALCQ et G. SCHAMPS, « Examen (1987-1993) », *R.C.J.B.*, 1995, p. 536, n° 6 : « Il est acquis que la violation de l'obligation générale de prudence ne constitue une faute que si le dommage est prévisible dans les circonstances données ».

« celui qui accomplit l'acte dommageable ne commet une imprudence dont il doit répondre que s'il devait prévoir le dommage et prendre les mesures nécessaires pour le prévenir »¹.

La doctrine reste divisée sur le statut et la portée de cette condition. Certains ont contesté la condition de prévisibilité dont la nécessité ne serait pas démontrée². D'autres contestent que la prévisibilité du dommage soit un élément distinct de la norme générale de prudence et de diligence à respecter par le bon père de famille³. D'autres encore font de la prévisibilité du dommage un élément constitutif supplémentaire de la faute, que celle-ci consiste en la violation d'une norme déterminée ou d'une norme générale de prudence⁴.

Même dans la jurisprudence de la Cour de cassation, le statut de la prévisibilité du dommage, en cas de violation d'une norme imposant une obligation déterminée, est assez ambigu. La Cour de cassation, après avoir rendu plusieurs arrêts d'où il ressortait que le simple manquement à la loi constituait *ipso facto* une faute⁵ aurait, selon certains commentateurs, infléchi sa jurisprudence en réintroduisant la condition de prévisibilité du dommage, même dans l'hypothèse de la violation d'une norme légale imposant un comportement déterminé.

Trois arrêts de la Cour, relatifs à la responsabilité civile d'administrateurs de société n'ayant pas fait aveu de faillite ni dépôt de bilan dans les trois jours de la cessation des paiements⁶, en méconnaissance de l'article 440 de l'ancienne loi du 18 avril 1851 sur les faillites⁷, ont en effet jeté le trouble. Dans les trois cas, la Cour a considéré que la décision du juge du fond, qui ne retient pas la responsabilité personnelle de l'administrateur d'une société, est légalement justifiée dès lors qu'il n'est pas démontré que cet administrateur, au moment où il a procédé aux achats litigieux, avait ou devait avoir conscience du fait que la société qu'il gérait était en état de cessation des paiements et que son crédit était ébranlé. Ces arrêts ont laissé certains commentateurs perplexes⁸ car ils paraissaient réintroduire l'exigence de prévisibilité du dommage alors même que la faute des administrateurs se déduisait de la violation d'une norme imposant une obligation déterminée.

À notre avis, il est possible de considérer la prévisibilité comme un élément d'appréciation de la violation de la norme générale de prudence, ce qui en objective l'appréciation. La prévisibilité du dommage est en effet appréciée au regard du critère abstrait du bon père de famille : il n'est pas exigé que le responsable

1. Cass., 12 novembre 1951, *Pas.*, 1952, I, p. 129 ; cf. aussi Cass., 5 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 808 ; Cass., 13 juin 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 1169. Pour un commentaire de cette jurisprudence, B. Dubuisson (*o.c.*, 1999, pp. 10 et s.), pour qui la prévisibilité du dommage apparaît plutôt comme une condition de l'imputabilité.
2. R. O. DALCQ répond négativement à la question servant de titre à sa contribution : « La prévisibilité du dommage est-elle une condition nécessaire de la faute? », in *Hommage à Jaques HEENEN*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 86 et s. ; 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. 379 et s.
3. H. VANDENBERGHE, « De grondslag van kontraktuele en extra-kontraktuele aansprakelijkheid voor eigen daad », *T.P.R.*, 1984, p. 133, n° 4 ; H. VANDENBERGHE *et al.*, « Overzicht (1994-1999) », *T.P.R.*, 2000, p. 1596, n° 14. Comparer L. CORNELIS, « Fout en wetsovertreding in het handelsverkeer: enkele beschouwingen », *Mélanges R. O. DALCQ*, Bruxelles, Larcier, 1994, p. 46, distinguant explicitement la prévisibilité du dommage de la norme générale de prudence.
4. En ce sens et très fermement, L. CORNELIS, *Principes*, pp. 46 et s. Cet auteur a évolué dans ses conceptions. Voir L. CORNELIS et P. VAN OMMESLAGHE, « Les faits justificatifs dans le droit belge de la responsabilité aquilienne », in *Memoriam Jean LIMPENS*, Kluwer, 1987, p. 272, n° 12, où il est affirmé que « la référence à l'imprévisibilité du dommage ne semble cependant pas indispensable à la définition de la faute ».
5. Cass., 31 janvier 1944, *Pas.*, 1944, I, pp. 178 et s. ; Cass., 13 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1056 ; Cass., 22 février 1989, *Pas.*, 1989, I, pp. 631 et s.
6. Cass., 22 septembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 80 ; *R.C.J.B.*, 1990, p. 203, note R. O. DALCQ, « Appréciation de la faute en cas de violation d'une obligation déterminée » ; Cass., 18 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1069 ; Cass., 7 décembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 17.
7. Cette disposition prévoyait que « tout failli sera tenu, dans les trois jours de la cessation de ses paiements, d'en faire l'aveu au greffe du tribunal de commerce de son domicile ». L'article 9 de la loi sur les faillites du 8 août 1997 actuellement en vigueur prévoit que « tout commerçant est tenu, dans le mois de cessation de ses paiements, d'en faire l'aveu au greffe du tribunal compétent ».
8. En particulier, R. O. DALCQ et G. SCHAMPS, « Examen », pp. 534 et s.

ait pu ou dû prévoir le préjudice tel qu'il est survenu *in concreto*¹. Mais il est aussi possible de voir dans la prévisibilité du dommage une manifestation de l'imputabilité, ce qui plaide pour une appréciation plus concrète². Retenons que, lorsque la faute est la violation d'une norme générale de prudence, il y a une proximité entre sa composante objective, la violation d'une norme générale de prudence, et sa composante subjective, l'imputabilité. La condition de prévisibilité du dommage, assez ambivalente, souligne cette proximité.

§ 2. Erreur de conduite et violation de la loi

69. Systématisons les liens existant entre la faute comme violation d'une norme déterminée et la faute comme erreur de conduite en gardant à l'esprit que, si le droit de la responsabilité civile est devenu un droit de la réparation, il le doit à une politique jurisprudentielle étendant la faute, jusqu'à la dénaturer.

Quand l'auteur d'un dommage viole une norme lui imposant un comportement déterminé, il n'y a pas lieu, selon la jurisprudence et la doctrine dominantes, de procéder à une appréciation de sa conduite au regard de la norme de prudence et de diligence et encore moins de la prévisibilité du dommage.

Le respect d'une norme déterminée n'exclut pas l'erreur de conduite. En d'autres termes, le respect de toutes les dispositions légales et réglementaires n'exclut pas que le comportement de l'auteur du dommage soit jugé fautif au regard de la norme générale de prudence et de diligence qu'il aurait dû respecter en l'espèce. La solution est rigoureuse mais elle est généralement admise³.

En l'absence de norme imposant à l'auteur du dommage un comportement déterminé, le juge apprécie le comportement en cause par référence au critère de l'homme normalement prudent et diligent. Le législateur ne peut pas tout prévoir. La norme générale de prudence permet de faire une économie législative mais elle reporte, dans une certaine mesure, sur le juge le soin de déterminer la norme de comportement et de faire les choix de valeur nécessaires. Avec des résultats parfois étonnants, soit par leur indulgence, soit, plus souvent, par leur sévérité.

Deux génisses meurent à la suite de l'absorption du poison contenu dans des branches d'ifs. Le propriétaire des génisses assigne le propriétaire du terrain sur la base de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil. La cour d'appel de Mons, dans un arrêt du 29 novembre 1991⁴, retient la responsabilité du gardien du terrain au motif que « la présence de branches d'ifs constituait bien une caractéristique anormale et intrinsèque de la bande de terrain susceptible de causer un dommage aux propriétaires de bétail paissant normalement à immédiate proximité... ». Saisie du même genre d'affaire, la cour d'appel de Liège, dans un arrêt du 30 novembre 1992⁵, interprète la notion de faute de façon rigoureuse et considère que le bon père de famille, en milieu rural, doit prévoir que des branches d'ifs risquent de causer un dommage si elles sont ingérées par le bétail de la prairie voisine. Sans doute les conclusions des plaideurs ont-elles conditionné les dé-

1. R. O. DALCQ et G. SCHAMPS, « Examen », p. 537, n° 7 ; H. VANDENBERGHE *et al.*, « Overzicht », *T.P.R.*, 2000, pp. 1606 et s., n°s 16 et s.

2. C'est le parti que nous avons pris dans le vol. 3. Il est discutable. Comparer H. VANDENBERGHE *et al.*, « Overzicht », *T.P.R.*, 2000, pp. 1551 et s., où la prévisibilité du dommage se retrouve à la fois dans la composante objective de la faute (n° 13) et dans l'imputabilité, mais dans une moindre mesure (n° 39).

3. H. VANDENBERGHE *et al.*, « Overzicht », *T.P.R.*, 2000, p. 1582, n° 10. En ce qui concerne l'impact d'autorisations administratives régulières sur la responsabilité du titulaire, D. DÉOM et B. PAQUES, « Les permis et autorisations administratives et la réparation des dommages causés aux tiers », *Amén./Env.*, n° spécial, 1995, p. 47 et les références en note 3.

4. *J.L.M.B.*, 1992, « Inédits de la responsabilité civile », p. 1451.

5. Liège, 30 novembre 1992, *R.R.D.*, 1993, p. 240. Dans le même sens, Mons, 15 janvier 2015, *R.G.A.R.*, 2016, 15267. Comparer J.P. Waremme, 15 mars 2001, *J.J.P.*, 2003, pp. 329 et s., décision moins exigeante pour le bon père de famille qui ignore les dangers de l'herbe coupée pour le bétail.

cisions. Il n'en reste pas moins remarquable qu'il soit possible d'aboutir, par le biais de la faute et d'une extension de la prévisibilité requise, à des résultats identiques à ceux obtenus par le biais de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil qui impose une responsabilité sans faute au gardien d'une chose vicieuse¹.

70. On a souligné, à de multiples reprises, que la faute ne peut être déduite de la violation de la loi que si celle-ci impose un comportement déterminé. La qualification de la norme prétendument violée devient donc centrale. Cette question de qualification peut se poser aussi en cas de violation d'un droit subjectif.

La notion de droit subjectif est fondamentale. Nous ne pouvons entrer dans les discussions qu'elle suscite². Notre objectif est de schématiser, de façon concise, les relations entre la faute civile et l'atteinte au droit subjectif. La violation d'un droit subjectif constitue-t-elle une faute ? Plus précisément, la violation d'un droit subjectif suffit-elle, à l'instar de la violation d'une norme imposant un comportement déterminé, pour que la faute soit établie ou faut-il, en plus de cette atteinte au droit, que l'auteur ait commis une erreur de conduite³ ?

La notion de faute est extrêmement large. S'il est vrai que le droit subjectif est un socle de notre système juridique, il serait paradoxal que l'atteinte qui y est portée n'engage pas la responsabilité civile de son auteur, soit au titre de la violation d'une norme imposant un comportement déterminé, soit au titre de la violation d'un devoir général de prudence.

Une partie de la doctrine récente défend l'idée selon laquelle la violation d'un droit subjectif peut, comme telle, engager la responsabilité de son auteur. Selon W. Van Gerven et S. Covemaeker,

« Daarnaast wordt gemakkelijk aangenomen dat een inbreuk op een bepaald subjectief recht dat hoge bescherming verdient, op zich onrechtmatig is, zelfs wanneer het niet door een specifieke verbodsbepaling wordt beschermd, zodat aansprakelijkheid ook hier alleen kan worden vermeden door het bewijs te leveren van een rechtsvaardigings- of verschoningsgrond, of afwezigheid van causaal verband. De voornaamste toepassing daarvan vormen inbreuken op persoonlijkheidsrechten...⁴ »

Tous les termes de ce texte, qui décrit une évolution en cours, sont soigneusement pesés. La formulation reste prudente. Strictement parlant, il n'assimile pas la violation d'un droit subjectif à la violation d'une norme imposant un comportement déterminé mais il lui attribue les mêmes effets. Il semble qu'il y ait là une catégorie autonome de violation, ce que confirme la référence aux droits de la personnalité dont la sanction, le plus souvent une cessation de l'atteinte portée aux droits sans examen complémentaire de la conduite de l'auteur de l'atteinte⁵, tend à devenir autonome et à s'émanciper des conditions d'application des articles 1382 et suivants du Code civil⁶. Il est tentant de faire un pas de plus et de considérer que certains droits subjectifs, définis et organisés par le législateur,

1. Comparer Civ. Liège, 15 avril 1994, *Bull. ass.*, 1995, n° 310, pp. 185 et s. Le Tribunal retient la responsabilité pour faute d'une commune qui avait affecté un terrain au transit d'immondices (plastiques) occasionnant la mort de bovidés du fermier voisin. Le Tribunal se refuse explicitement à appliquer l'article 1384 du Code civil.

2. Voir la définition classique du droit subjectif comme « appartenance-maîtrise » retenue par J. Dabin, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1954, p. 105. Celle-ci est un préliminaire à toute discussion de la notion en doctrine belge. Pour un renouvellement de l'analyse, Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, Bruxelles, Larquier, 2005. La première partie de l'ouvrage est consacrée aux qualifications de droit subjectif, de liberté civile et d'intérêt légitime. Des définitions sont proposées en page 673, après confrontation des différentes qualifications aux données du droit positif.

3. Cette question est traitée de façon approfondie par Th. Léonard, *o.c.*, pp. 395 et s.

4. W. VAN GERVEN et S. COVEMAEKER, *Verbindingsrecht*, Louvain, Acco, 2001, p. 213.

5. Pour plus de détails, H. BOCKEN, « Nog iets over inbreuk op recht? », in *Liber Amicorum Walter VAN GERVEN*, Deurne, Kluwer, 2000, pp. 186 et s. traitant aussi du droit à l'environnement ; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence (1996-2007)*, *o.c.*, n°s 35 et 36. Voir aussi *supra*, n° 24.

6. En matière de droit à l'image, une partie de la jurisprudence belge se contente de constater l'atteinte sans plus faire référence à la faute, ni comme illégalité ni comme erreur de conduite. Voir l'analyse de Th. LÉONARD, *o.c.*, pp. 533 et s.

sans imposer directement un comportement déterminé, aboutissent à un résultat analogue puisqu'ils imposent aux tiers un devoir de respect et leur interdisent de porter atteinte à l'exclusivité du droit conféré au titulaire¹. L'assimilation de cette hypothèse à la violation d'une norme imposant un comportement déterminé, concept interprété largement en droit belge, peut se faire d'autant plus facilement que le droit subjectif en cause a été organisé, comme c'est le cas pour le droit d'auteur, par le législateur ou progressivement précisé par la jurisprudence.

71. Tout ceci est trop simple pour être (totalement) vrai... sur le plan juridique. L. Cornelis a critiqué la thèse selon laquelle, de façon générale, la violation d'un droit subjectif constitue une faute civile. Selon lui, sous réserve d'exceptions prévues par le législateur, la violation d'un droit subjectif n'est pas, comme telle, fautive. Elle ne l'est que si l'auteur de la violation enfreint la norme de prudence et de diligence qui incombe à l'homme normalement diligent et prudent, placé dans les mêmes circonstances de fait². L'opinion contraire reviendrait à renouer avec les thèses du Procureur général Leclercq pour qui existait une obligation de ne pas porter atteinte aux droits d'autrui, obligation dont la violation était, comme telle, fautive³.

L'ombre des thèses passées plane donc encore sur le débat. Il y a plus décisif : de nombreux arrêts de la Cour de cassation rappellent que c'est l'atteinte fautive ou illégale aux droits subjectifs qui engage la responsabilité civile de son auteur⁴. L'argument ne manque évidemment pas d'autorité. Les remarques qui suivent ne le réfutent pas mais en éclairent la portée. Comme le reconnaît L. Cornelis en le regrettant, la jurisprudence belge relative aux troubles de voisinage, depuis les arrêts de la Cour de cassation du 6 avril 1960⁵, sanctionne comme illicite l'atteinte à un droit subjectif. La Cour de cassation, avant de reconnaître un fondement autonome à la théorie des troubles de voisinage dans ses arrêts du 6 avril 1960, avait, dans un arrêt du 7 avril 1949⁶, élargi la faute au point de considérer comme fautif « celui qui use de son bien de manière telle qu'il inflige à son voisin un dommage dépassant la mesure normale des inconvénients du voisinage ». Cette jurisprudence, aujourd'hui abandonnée, nous intéresse directement : à partir du moment où la théorie des troubles de voisinage a notamment pour fondement l'article 544 du Code civil, il est possible de tirer parti de la définition que cette disposition donne du droit de propriété et de la considérer comme assez précise. La faute possible peut alors être vue sous deux angles : soit comme la lésion d'un droit, soit, si l'on veut une justification plus compatible avec la jurisprudence de la Cour citée plus haut, comme la violation d'une norme de comportement déterminé⁷. Si le principe constitutionnel d'égalité impose à ses destinataires un comportement déterminé, on ne voit pas pourquoi le droit de

1. H. VANDENBERGHE *et al.*, « Overzicht », *T.P.R.*, 2000, p. 1583, n° 11 ; G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité, o.c.*, p. 454, n° 449. Ces auteurs utilisent des formulations très voisines.

2. L. CORNELIS, *Principes*, pp. 153 et s. Pour une discussion de l'ensemble de la thèse de cet auteur, notamment de sa conception des rapports entre le droit objectif et le droit subjectif, Th. LÉONARD, *o.c.*, pp. 428 et s.

3. Sur les thèses du Proc. gén. Leclercq, leur ambiguïté mais aussi leur pertinence parfois méconnue par ses critiques, Th. LÉONARD, *o.c.*, pp. 400 et s. La jurisprudence de la Cour de cassation semble y revenir en atténuant à l'extrême la composante psychologique en cas de violation d'un droit. Voir Cass., 9 février 2017, C.13.013.F/1.

4. Outre l'arrêt du 23 mars 1984 (*Pas.*, 1984, I, p. 863) cité par L. Cornelis (p. 156), on mentionnera Cass., 18 juin 1987, *Pas.*, 1987, I, pp. 1299 et s. ; Cass., 19 décembre 1991, *Pas.*, 1992, I, pp. 316 et s. Comparer, en jurisprudence française, Cass. fr., 10 novembre 1992, *Bull. civ.*, III, n° 292.

5. *Pas.*, 1960, I, p. 915.

6. Cass., 7 avril 1949, *Pas.*, 1949, I, p. 273 et conclusions de l'Av. gén. JANSSENS DE BISTHOVEN ; *R.C.J.B.*, 1949, pp. 201 et s. et note J. DABIN qui relève les ambiguïtés de l'arrêt associant faute-erreur de conduite et faute-lésion d'un droit.

7. Pour une critique de ce raisonnement, J. DABIN, *o.c.*, p. 214, selon qui l'article 544 se borne à tracer une définition. Comparer S. STIJNS et H. VUYE, *Burenhinder, reeks Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, t. V, Anvers, Story-Scientia, 2000, pp. 96 et s.

propriété défini à l'article 544 du Code civil, balisé par une tradition multi séculaire, ne pourrait en faire autant.

Sans avoir la prétention de régler ce débat dans les quelques lignes que nous lui consacrons, nous ne voyons pas de raison d'exclure *a priori* que la violation d'un droit subjectif puisse constituer la violation d'une norme déterminée puisque la violation du droit subjectif porte atteinte aussi à la distribution des prérogatives exclusives, organisée par le droit objectif, explicitement ou implicitement. On nous objectera qu'en matière de droits contractuels, la théorie de la tierce complicité requiert une faute du tiers complice et même une fraude, soit une faute présentant un élément psychologique d'une intensité particulière¹. À notre avis, cette exigence supplémentaire de la jurisprudence s'explique par une certaine faiblesse des droits de créance. Les droits de créance sont opposables aux tiers au même titre que les droits réels mais ils souffrent d'un déficit de publicité, ce qui amène la jurisprudence à renforcer l'intensité de la composante psychologique requise du tiers complice².

§ 3. Détermination de la norme de bon comportement

A. DIVERSITÉ DES SOURCES UTILISÉES PAR LA JURISPRUDENCE

72. En l'absence de norme déterminée applicable au comportement de l'auteur du dommage, le juge peut puiser à différentes sources pour construire la norme de bon comportement par rapport à laquelle le comportement en cause sera apprécié. Il *peut* se fonder sur la violation d'une norme déontologique, d'un usage, d'un code de bonnes pratiques ou encore de normes professionnelles et techniques pour conclure à la faute civile³. Ces normes paralégales n'ont pas toutes le même objectif ni la même portée⁴. Elles ont en commun de spécifier des normes de comportement dont la prise en compte par le juge va déterminer la consistance de la faute et donc la responsabilité de l'auteur du dommage.

Les relations entre la faute civile et la violation de règles déontologiques sont significatives⁵. Le manquement à une règle déontologique *peut* être considéré par le juge comme une faute civile⁶ ou comme un élément à la lumière duquel il *peut* conclure à la faute civile⁷. La violation d'une norme déontologique n'implique pas automatiquement la faute civile. À l'inverse, le respect de la déontologie par l'auteur du dommage n'exclut pas la faute civile. Ces principes s'expliquent : la

1. La théorie de la fraude simple est généralement reçue en droit belge. Pour des précisions et des réserves, B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle », in *Responsabilités Traités théorique et pratique*, Kluwer, 2003, livre 3bis, pp. 11 et s. Voir aussi le vol. 3 de cette étude.

2. En ce sens, Th. LÉONARD, *o.c.*, pp. 453 et s. Voir aussi le vol. 3 de cette étude.

3. Pour une remarquable synthèse, G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, *o.c.*, pp. 474 et s.

4. Pour une typologie, P. VAN OMMESLAGHE, « L'autorégulation – rapport de synthèse », in *L'autorégulation*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 252 et s.

5. Sur l'ensemble de la question, L. CORNELIS, *Principes*, pp. 277 et s. ; Y. HANNEQUART et P. HENRY, « Les rapports entre la déontologie et la responsabilité civile », in *Liber Amicorum Jozef VAN DEN HEUVEL*, Anvers, Kluwer, 1999, pp. 37 et s. ; B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle », *o.c.*, 2003, dossier 3, p. 33.

6. La norme déontologique peut imposer une obligation déterminée à son destinataire. Voir Cass., 25 juin 2015, *R.D.C.*, 2016, p. 653, note D. MOUGENOT. En termes nets, Liège, 24 janvier 2002, *J.L.M.B.*, 2003, pp. 338 et s., obs. J.-P. BUYLE ; Mons, 26 novembre 2013, *J.L.M.B.*, 2015, p. 30 ; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence (1996-2007)*, *o.c.*, n° 821 (manquement au respect des règles déontologiques par des avocats) et n° 1240 (respect des règles déontologiques par les journalistes). En droit français, A. CAPPELLO, « La faute civile et la violation des règles régissant une activité sportive ou professionnelle », *R.T.D. civ.*, 2013, p. 777.

7. Comme l'énonce la Cour d'appel de Liège dans un arrêt du 14 octobre 1994 (*J.L.M.B.*, 1995, pp. 302 et s.) : « l'analyse de la faute éventuelle de l'architecte doit se faire à la lumière des obligations légales, déontologiques et contractuelles qui gouvernent l'exercice d'une profession... ». On ne peut pas mieux souligner la complémentarité des différentes sources normatives dans la régulation des comportements.

norme déontologique a, en principe, un objet plus restreint que la norme de prudence et de diligence. De plus, cette dernière peut être violée même si l'intéressé a respecté les normes spécifiques applicables à son comportement. Cela étant, il peut y avoir, à l'estime du juge, coïncidence entre ce que prescrit la norme déontologique et la norme de bon comportement ou une norme de comportement spécifique¹.

Les mêmes principes s'appliquent *mutatis mutandis* pour les usages et autres pratiques de la profession : il en est de bons ou d'efficaces, il en est de contestables, de corporatistes ou de poussiéreux. Ils fournissent des repères au juge. Celui-ci garde sa liberté d'en tenir compte. Le non-respect d'un usage peut constituer un élément d'appréciation de la faute². Ce qui signifie que le respect des usages ou des pratiques habituelles ne garantit pas l'immunité civile à celui qui s'en prévaut, comme le montre notamment la jurisprudence relative à la responsabilité médicale³.

Prenons une dernière illustration⁴, celle des normes et spécifications techniques dans le domaine du contrat d'entreprise. La confrontation des règles de l'art et des normes techniques est éloquent. Selon les auteurs d'une chronique consacrée au contrat d'entreprise⁵, l'inobservation des normes techniques fait présumer la responsabilité mais le respect des normes fait présumer la non-responsabilité⁶, ce qui est surprenant au regard des principes admis en responsabilité civile. Les auteurs de la chronique ajoutent toutefois que « cette présomption cède souvent devant la constatation par le juge que les normes n'édicte que des conditions minimales »⁷. Ceci confirme que la norme générale de prudence et de diligence, construite par le juge, prend appui, sans les entériner, sur les normes provenant de sources diverses, notamment des milieux professionnels concernés.

B. MÉTHODE ET CRITÈRES D'APPRÉCIATION

73. Comme l'écrit N. Dejean de la Batie, avec justesse et élégance, « en présence d'une notion juridique impliquant référence à l'humain, l'appréciation peut osciller assurément, entre deux pôles extrêmes, qui sont la référence à un type purement abstrait et celle qui serait faite à la personne même du sujet en cause. Mais elle peut aussi faire choix d'un type intermédiaire – moyennement abstrait, si l'on peut dire –,... »⁸. Certaines dispositions du Code civil choisissent explicitement une méthode d'appréciation intermédiaire. L'article 1112 du Code civil par exemple, relatif à la violence dans la formation des conventions, se réfère au modèle abstrait de la personne raisonnable, corrigé par des données concrètes telles que l'âge, le sexe et la condition des personnes.

1. Voir p. ex. Bruxelles, 26 novembre 2002, *J.T.*, 2004, pp. 75 et s.

2. Bruxelles, 14 janvier 2000, *Journ. proc.*, 2000, pp. 24 et s. (prise en compte par le juge d'un usage du parquet).

3. Th. VANSWEEVELT, « La responsabilité des professionnels de la santé », in *Responsabilités Traité théorique et pratique*, Kluwer, 2015, livre 25, pp. 32 et s. L'auteur signale aussi (n° 60) qu'une déviation par rapport à une pratique normale entre médecins n'est pas nécessairement fautive.

4. Il y a beaucoup d'autres exemples, notamment celui de la responsabilité en matière sportive où se confrontent la faute civile et la « faute sportive » définie par rapport aux règles organisant le jeu ou le sport pratiqué. Voir p. ex. Liège, 9 octobre 1990, *Bull. ass.*, 1991, pp. 156 et s., se référant, pour apprécier la faute, aux usages spécifiques du pilotage de vitesse. B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence (1996-2007)*, o.c., pp. 1025 et s. ; R. MARCHETTI, « L'appréciation de la faute du footballeur », *For. ass.*, 2013, p. 21.

5. M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX, F. POTTIER, *Le contrat d'entreprise (1990-2000)*, Bruxelles, Larcier, 2001, pp. 83 et s.

6. Voir les n°s 86 et s. de la chronique.

7. N° 87. Pour une analyse plus approfondie, R. O. DALCQ, « Responsabilité quasi délictuelle et normes professionnelles et techniques », in *Le droit des normes professionnelles et techniques*, Bruxelles, Bruylant, 1985, pp. 463 et s.

8. N. DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, Paris, L.G.D.J., 1965, p. 6, n° 8.

Le droit de la responsabilité civile adopte, pour l'appréciation de la faute, une position de compromis. En l'absence d'indications légales spécifiques¹, le juge, pour apprécier le comportement de l'auteur du dommage, va se référer à un type abstrait : l'homme normalement soigneux et prudent, le bon père de famille², ou, ce qui indique une certaine personnalisation, le conducteur prudent, le magistrat normalement compétent, le professionnel compétent et diligent agissant selon les règles de l'art, etc. Ce genre de démarche est aussi pratiqué dans des systèmes inspirés par la *Common Law*. Souvent qualifié de casuistique, le droit anglo-américain a son *reasonable man*.

Le droit de la responsabilité civile fait prévaloir un principe *tempéré* d'appréciation *in abstracto* de la faute civile. Des raisons philosophiques plus ou moins convaincantes ont été invoquées à l'appui d'une appréciation abstraite. En réalité, la référence à la conduite de l'homme normalement prudent et diligent s'explique par des impératifs propres au droit qui est fondé sur la normalité des comportements, gage de la prévisibilité et d'une certaine sécurité des relations sociales. Elle s'explique aussi par des impératifs propres au droit de la responsabilité civile. À partir du moment où celui-ci s'est focalisé sur l'indemnisation des victimes, il est beaucoup plus commode d'évaluer le comportement dommageable par rapport à un type abstrait que par rapport aux particularités de l'auteur de l'acte. L'homme normal n'existe pas. Le concept est ambigu : il peut désigner l'homme moyen, « qui fait comme tout le monde » ou l'homme ajusté à la norme juridique qui, en responsabilité civile, n'entérine pas automatiquement ce qui se fait communément³.

Même si l'homme normalement prudent et diligent n'est pas un homme hors du commun, infaillible ou extraordinaire, l'appréciation *in abstracto* a permis à la jurisprudence d'élever considérablement la norme de prudence et de diligence⁴. Un tel niveau n'aurait pu être atteint à l'aide d'une appréciation se référant trop intensément à l'auteur du dommage dont l'idiosyncrasie aurait empêché la norme de décoller et d'acquiescer une certaine généralité. Selon l'analyse économique du droit, la fonction principale de la responsabilité civile est préventive et non indemnitaire. Les coûts élevés que les agents négligents ou inaptes doivent consentir pour se hisser au niveau de prudence requis par une activité donnée ont normalement pour conséquence de les dissuader de l'entreprendre⁵.

74. L'appréciation *in abstracto* interdit en principe de prendre en considération les caractéristiques personnelles de l'auteur du dommage. Dans l'appréciation qu'il porte sur le comportement de celui-ci, le juge n'a pas, en principe, égard à ses caractéristiques physiques (âge, sexe, santé, ...), psychologiques (intelligence,

1. Outre l'article 1112, voir l'article 1927 du Code civil commenté *infra*, n° 109.

2. Expression un peu désuète mais fréquente en jurisprudence et dans les chroniques de jurisprudence. R. O. DALCQ et G. SCHAMPS, « Examen », pp. 537 et s. En doctrine néerlandophone, W. VAN GERVEN et S. COVEMAERKER, *o.c.*, 2001, p. 239 (*goede huisvader*) ; H. VANDENBERGHE *et al.*, « Overzicht », *T.P.R.*, 2000, p. 1607 (*zorgzame en omzichtige burger*).

3. Sur ces différents sens, G. LEBLANC, *Les maladies de l'homme normal*, Paris, Vrin, 2007, pp. 26 et s.

4. Le droit, contrairement à ce qui se dit ou s'écrit, ne passe pas son temps à s'adapter au fait. Le bon père de famille sait ou doit prévoir que les branches d'ifs et l'herbe coupée contiennent des substances toxiques pour le bétail, qu'il n'est pas exclu qu'un ballon de football ou une balle de golf, etc. Ce durcissement du devoir de prudence, que le principe de précaution accentuera, est également perceptible dans le domaine de la responsabilité des pouvoirs publics et singulièrement de l'administration.

5. La jurisprudence belge reproche précisément à l'individu diminué physiquement de ne pas avoir adapté son comportement en conséquence. Ajoutons que les coûts d'un système d'appréciation finement différencié en fonction des particularités individuelles seraient plus importants que ceux d'un système d'appréciation abstrait.

caractère, ...) ou culturelles (niveau d'instruction ou d'éducation, habitudes, ...)¹. En principe...

L'abstraction a ses limites. C'est le comportement d'un individu ou d'un groupe d'individus dans une situation donnée qu'il s'agit d'apprécier et, le cas échéant, de sanctionner. Le comportement de l'auteur du dommage sera donc comparé à celui du bon père de famille replacé dans une situation similaire, dans les mêmes conditions ou dans les mêmes circonstances de fait², lieu, temps³ urgence, difficultés de la tâche exercée⁴, etc., sans céder à la tentation de juger le comportement dommageable *a posteriori*, en fonction d'éléments d'information ou d'événements postérieurs. La technique du contrôle marginal a été prônée par une partie de la doctrine belge pour tenir lieu au juge de garde-fou et lui éviter de confronter directement le comportement litigieux à ses propres jugements de valeur⁵. Nous n'y sommes pas favorables. Même si cette technique a ses partisans, notamment dans le domaine de l'abus de droit et de la responsabilité des pouvoirs publics, elle crée la tentation de renouer avec une gradation dans l'échelle des fautes et de ne considérer comme fautifs que les comportements lourdement ou manifestement fautifs alors qu'en principe toute faute suffit à engager la responsabilité civile⁶.

Il y a en tout cas une certaine concrétisation du critère du bon père de famille dont la manifestation la plus remarquable concerne la responsabilité professionnelle. La jurisprudence à ce sujet est abondante⁷. La concrétisation s'exprime à deux niveaux : d'une part, la responsabilité d'un professionnel s'apprécie non par rapport à la compétence d'un homme ordinaire mais par rapport à la compétence d'un professionnel ; d'autre part, la responsabilité du professionnel en cause s'apprécie par rapport à la compétence, à la prudence et à la diligence d'un professionnel de la même spécialité ou du même niveau. Il s'agit là d'une brèche sérieuse à l'abstraction. Elle se justifie au regard de l'objectif de la responsabilité civile. Dans bon nombre de cas, la profession, l'expérience ou le niveau de spécialisation de l'auteur du dommage sont des facteurs de supériorité qui permettent au juge de hausser la norme de prudence et de diligence applicable et de faciliter l'indemnisation des victimes⁸.

1. B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence (1996-2007)*, o.c., p. 24, n° 4, signalent des positions plus nuancées de la jurisprudence et une certaine personnalisation dans l'appréciation de la faute. Ce point est souligné et discuté de façon critique par 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. 380 et s. Pour une application en matière sportive, L. CORNELIS et I. CLAEYS, « Sport en aansprakelijkheid – Een stand van zaken », *R.G.D.C.*, 2003, pp. 583 et s.
2. Pour un approfondissement de la notion de « circonstances de fait identiques », L. CORNELIS, *Principes*, pp. 41 et s.
3. Pour un bel exemple en matière de responsabilité des pouvoirs publics, Cass., 8 décembre 1994, *Pas.*, 1994, I, pp. 1063 et s. où les circonstances de temps jouaient un rôle important.
4. H. VANDENBERGHE *et al.*, « Overzicht », *T.P.R.*, 2000, pp. 1607 et s., pp. 1635 et s. Cet auteur, comme la majorité de la doctrine, oppose les circonstances de fait externes aux circonstances internes ou subjectives auxquelles le juge ne peut avoir égard. Cette distinction nous paraît artificielle, au regard notamment de la profession de l'auteur du dommage qu'on peut difficilement considérer comme une circonstance interne, même en se focalisant sur l'acte professionnel dommageable.
5. J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence (1985-1995)*, Bruxelles, Larcier, 1997, p. 44, n° 36, y voit une règle générale de la responsabilité civile. *Contra* : L. CORNELIS, *Principes*, pp. 58 et s.
6. En ce sens, à propos de l'application de la technique du contrôle marginal à la responsabilité des pouvoirs publics, H. VANDENBERGHE, o.c., 2005, pp. 40 et s.
7. Aple moisson dans B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence (1996-2007)*, o.c., pp. 701 et s. *Adde* : *Les responsabilités professionnelles*, CUP, Université de Liège, novembre 2001 ; H. VANDENBERGHE (éd.), *De professionele aansprakelijkheid*, Bruges, die Keure, 2004.
8. R. O. DALCQ et G. SCHAMPS, « Examen », p. 540, n° 9 ; Th. VANSWEEVELT, « La responsabilité des professionnels de la santé », o.c., Kluwer, 2015, livre 25, analysant (n° 48) l'influence de la spécialisation sur l'appréciation de la faute en matière médicale. En droit français, G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, o.c., pp. 483 et s. Le facteur de supériorité peut provenir de la profession exercée par l'individu mais, plus largement, d'aptitudes spéciales, de connaissances préalables relatives par exemple à la disposition des lieux d'un accident. Pour une discussion, H. VANDENBERGHE *et al.*, « Overzicht », *T.P.R.*, 2000, pp. 1645 et s.

75. Les facteurs d'infériorité tels que l'âge, le manque d'expérience ou la maladie posent des problèmes plus délicats que les facteurs de supériorité puisque leur prise en considération risque d'abaisser le seuil de prudence requis et donc de remettre en cause l'objectif d'indemnisation de la responsabilité civile. Qu'on songe à l'imprudence commise par un jeune enfant, à l'hésitation d'un vieillard traversant une chaussée fort fréquentée ou encore au conducteur victime d'un incident cardiaque provoquant un accident de la circulation automobile. Tous ces exemples posent la question du groupe de référence par rapport auquel le juge va établir la norme de bon comportement¹. En toute rigueur, le grand ou le jeune âge, le manque d'expérience, les infériorités de toutes sortes ne devraient pas résister à l'appréciation *in abstracto*². Au regard de l'objectif d'indemnisation qui est celui de la responsabilité civile, il est cohérent de ne se référer qu'à un type abstrait, celui de l'homme ordinaire afin d'élever la norme de prudence et de diligence.

De fait, la jurisprudence refuse en principe de prendre en considération les infériorités physiques pour adoucir la norme de prudence et de diligence applicable à l'auteur du dommage. Elle va généralement reprocher à l'agent diminué physiquement de ne pas avoir adapté son comportement et de ne pas s'être pas abstenu de l'activité dommageable au regard de son état de santé ou de son handicap³.

L'âge de l'auteur du dommage pose des questions d'une acuité particulière. Tenons-nous en aux enfants⁴. En théorie, le jeune âge ne devrait pas être pris en considération pour adapter la norme de prudence et de diligence applicable. Il s'agit en effet d'une caractéristique individuelle propre à l'agent. Faut-il donc apprécier le comportement d'un enfant par rapport au type abstrait de l'homme (adulte) normalement diligent et prudent ? Une telle comparaison est dénuée de sens au regard de la règle méthodologique selon laquelle il faut comparer ce qui est comparable. Il est absurde de comparer le comportement d'un enfant de six ans causant un dommage parce qu'il joue avec des pétards ou lance des cailloux avec celui d'un adulte, bien hypothétique, qui se livrerait à ce genre d'activités. Il faut sans doute admettre ce genre de reconstruction qui est conforme à une certaine logique juridique mais qui heurte le sens commun. La question est alors de savoir dans quelle mesure le droit de la responsabilité civile est encore compris de ceux dont il entend orienter le comportement.

L'hypothèse du jeune enfant nous place dans une zone ambivalente. Son comportement dommageable peut être appréhendé par le biais de la norme de prudence et de diligence mais il peut l'être aussi par le biais de la condition d'imputabilité comme nous le soulignons plus loin. Le comportement dommageable ne peut en effet être qualifié de fautif que si son auteur est doué d'une conscience et d'une liberté suffisantes. En théorie, les deux questions sont distinctes, en jurisprudence, elles communiquent, le critère de l'âge étant retenu par certains juges pour apprécier le degré de diligence requis de l'auteur du dommage⁵. La distinction entre les deux plans, celui de

1. Sur ce point en général, N. DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, Paris, L.G.D.J., 1965, pp. 159 et s.

2. Voir toutefois Cass., 5 juin 2003, *R.G.D.C.*, 2005, pp. 110 et s., note Br. WEYTS ; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence (1996-2007)*, o.c., n° 5. La Cour de cassation semble, en rejetant le pourvoi, admettre une certaine personnalisation dans l'appréciation, faite par le juge du fond, du comportement du moniteur, appréciation tenant compte de la jeunesse et de l'expérience limitée de celui-ci.

3. En jurisprudence belge, R. O. DALCQ et G. SCHAMPS, « Examen », p. 542, n° 10. B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence (1996-2007)*, o.c., n° 7. Dans le même sens, la jurisprudence française décide fréquemment qu'un individu doit mesurer ses entreprises à ses capacités. G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, o.c., pp. 485 et s., n°s 468 et 469 évoquant la création de devoirs supplémentaires en cas d'infirmité ou de maladie.

4. Sur l'ensemble de la question, B. DUBUISSON, « Autonomie et irresponsabilité du mineur », in *L'autonomie du mineur*, Bruxelles, Faculté de l'Université de Saint-Louis, 1998, pp. 89 et s.

5. Critique de cette façon de raisonner, 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. 384 et s. Plus favorable, semble-t-il, Br. WEYTS, note sous Cass., 5 juin 2003, *R.G.D.C.*, 2005, pp. 110 et s.

l'imputabilité et celui de l'illicéité doit, autant que possible, être maintenue, si l'on veut donner ses effets à la théorie de l'acte objectivement illicite admise en jurisprudence belge¹.

C. PRUDENCE, PRUDENCE...

76. Comme la bonne foi dont elle est complémentaire et concurrente, la norme de prudence et de diligence a connu une extension remarquable. Elle a permis à la responsabilité civile de sanctionner des comportements qui n'étaient visés par aucune norme spécifique. Par le biais des articles 1382 et 1383 du Code civil, la jurisprudence a pu créer, progressivement, des devoirs dans des hypothèses où une pleine liberté d'action paraissait de mise. Au premier rang des créations jurisprudentielles, il faut bien entendu placer l'abus de droit en matière extracontractuelle, dominé par le principe de proportionnalité dont on a pu souligner, à juste titre, qu'il exprimait la prise en compte de l'intérêt légitime d'autrui dans l'exercice d'un droit².

La norme de prudence et de diligence sert aussi à limiter la liberté des agents dans des zones contiguës au contrat. La période de négociation précontractuelle est ainsi soumise à un devoir de bonne foi que les parties doivent respecter sous peine de commettre une faute délictuelle au sens des articles 1382 et suivants du Code civil. En période précontractuelle, la faute prend une couleur particulière. Elle est liée aux attentes particulières, à la confiance légitime que les négociations suscitent chez le partenaire. Juridiquement tiers, celui-ci a tout de même une position spécifique puisqu'il est intéressé par la perspective d'un contrat possible. Il nourrit l'espoir, à mesure que les négociations avancent et qu'il y investit en temps et en argent, qu'un contrat sera conclu ou qu'à tout le moins, aucun comportement déloyal ne remettra en cause le cours normal de la négociation. Le deuxième exemple, auquel nous reviendrons dans le volume suivant, est celui de la responsabilité du tiers complice de l'inexécution d'une obligation contractuelle. La norme de prudence et de diligence permet, à certaines conditions, de régler le conflit entre la liberté de commerce du tiers et le droit subjectif du créancier contractuel que le tiers méconnaît (*infra*, vol. 3)

77. Sans la norme de prudence et de diligence, la responsabilité des pouvoirs publics n'aurait pas non plus connu l'extension remarquable qui a été la sienne. Comme le montre la responsabilité de l'État du fait des magistrats, l'erreur de conduite permet d'appréhender un certain nombre de comportements fautifs ne relevant pas de la violation d'une norme de comportement spécifique.

La responsabilité des pouvoirs publics suscite une autre réflexion : la jurisprudence publiée dans le domaine de la voirie, plutôt sévère, montre l'importance du critère de la confiance légitime trompée pour définir la faute des pouvoirs publics³. L'appréciation de la faute n'est plus exclusivement centrée sur le comportement de l'auteur du dommage. Elle sanctionne aussi la méconnaissance des attentes légitimes d'autrui et l'atteinte à la sécurité des usagers de la voirie. La responsabilité des pouvoirs publics en matière de voirie paraît bien aboutir à une responsabilité spécifique⁴ plutôt centrée sur un résultat, la sécurité de la voirie qui conditionne celle de l'usager. La jonction qu'elle opère entre l'article 1382 du

1. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, *o.c.*, n° 903 ; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence (1996-2007)*, *o.c.*, n°s 106 à 108.

2. Ceci est fortement souligné par Th. LÉONARD, *o.c.*, pp. 226 et s., pp. 577 et s. Sur l'abus de droit en général, vol. I, n°s 31 et s.

3. Voir déjà Cass., 7 mars 1963, *Pas.*, 1963, I, p. 744 ; *R.C.J.B.*, 1963, pp. 93 et s., note J. DABIN. En jurisprudence du fond, Mons, 14 novembre 1986, *J.L.M.B.*, 1987, p. 452, note D. PHILIPPE ; Liège, 11 octobre 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 763. Pour le surplus, voir la jurisprudence citée par H. VANDENBERGHE, *o.c.*, 2005, p. 24, note 96.

4. En ce sens mais sous forme interrogative, H. VANDENBERGHE, *o.c.*, 2005, pp. 23 et s. Cet auteur insiste sur la nécessité d'apprécier de façon raisonnable le devoir qui incombe aux pouvoirs publics, aux communes notamment.

Code civil et l'article 1384, alinéa 1^{er} relatif à la responsabilité du fait des choses n'y est sans doute pas étrangère. Dans beaucoup d'autres domaines, la jurisprudence, en imposant au défendeur de « faire tout ce qu'il faut » ou « de prendre toutes les précautions nécessaires pour éviter tout dommage »¹, a fait mentir l'équipollence spontanée que l'on pourrait établir entre la norme de prudence et de diligence et l'obligation de moyens².

1. Entendue largement, la faute avait permis à certains tribunaux d'aboutir à des résultats très proches de la responsabilité sans faute prévue par la loi du 25 février 1991. Bruxelles, 12 novembre 1973, *R.G.A.R.*, 1974, n° 9177.
2. Selon L. Cornelis, (*o.c.*, pp. 288 et s.), il n'y a de toute façon pas place en responsabilité aquilienne pour les obligations de moyens.

Chapitre II. Violation d'une norme contractuelle

78. L'exposé se déroule en deux temps. On s'attache à préciser en quoi consiste la norme contractuelle. Cette norme contractuelle trouve sa source dans un accord de volontés qui détermine le contenu et l'intensité des obligations assumées (section 1^{re}). Traditionnellement conçue par référence à la faute¹, l'inexécution des conventions est dominée par la distinction des obligations de moyens et de résultat qui donne à la responsabilité contractuelle des caractères spécifiques (section 2).

SECTION 1^{RE}. DÉTERMINATION DE LA NORME CONTRACTUELLE

79. Selon l'article 1134, alinéa 1^{er}, du Code civil, « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Le contrat, qui se forme par la rencontre de volontés saines et libres, crée des normes juridiques appelées à s'insérer dans la hiérarchie des sources du droit². Dire que le contrat s'insère dans la hiérarchie des normes, c'est dire que les normes qu'il engendre doivent respecter l'ordre public et les bonnes mœurs (art. 6 C. civ.) ainsi que les lois impératives qui conditionnent son contenu. C'est dire, de façon plus positive, que la loi des parties, si elle résulte d'un accord de volontés, ne s'y réduit pas. La loi et les usages jouent un rôle important dans la détermination d'une norme contractuelle de bon comportement. On doit aussi souligner le rôle créateur et régulateur que la jurisprudence a joué, en usant des techniques de la qualification et de l'interprétation et en s'appuyant sur des normes générales ou à texture « ouverte ». La jurisprudence a bien souvent anticipé et influencé les interventions législatives contemporaines portant sur le processus de formation du contrat ou sur son contenu.

Dans une définition devenue classique, le Professeur Ghestin définit le contrat comme un « accord de volontés qui sont exprimées en vue de produire des effets de droit et auquel le droit objectif fait produire de tels effets »³. Cette définition, qui a le mérite de la concision, souligne que la volonté continue de jouer un rôle dans la détermination de la norme contractuelle (§ 1^{er}) mais qu'elle ne produit

1. Cette faute, à notre avis, diffère de la faute extracontractuelle précisément parce que la volonté des parties détermine la norme par rapport à laquelle s'apprécie la faute ou l'inexécution, si l'on préfère une terminologie moins teintée de responsabilité délictuelle. On tiendra compte toutefois du fait que si le contrat crée des obligations contractuelles à charge des parties, il est aussi régi par des devoirs plus généraux, comme la bonne foi qui n'est pas, techniquement, une obligation et qui ne se trouve pas dans le contrat même si celui-ci en déclenche l'application. Pour une mise au point éclairante, Ph. STOFFELMUNCK, *L'abus dans le contrat Essai d'une théorie*, Paris, L.G.D.J., 2000, pp. 118 et s.

2. Le contrat est une notion souple et même tentaculaire. Sa fonction ne se réduit pas à être une source d'obligations. Il a bien d'autres fonctions, politique et économique, mises en évidence par M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 1, Paris, PUF, 2016, pp. 131 et s. On adopte une définition traditionnelle du contrat qui reste celle de textes récents comme l'article 1110 nouveau du Code civil français tel qu'il résulte de l'ordonnance du 10 février 2016. On ne perdra pas de vue que certains contrats-types ou certaines structures associatives finissent par produire des règles générales qui peuvent s'imposer à tout un secteur d'activités et dont la violation peut se situer à la limite du domaine contractuel.

3. « La notion de contrat », *Revue Droits*, n° 12, Paris, PUF, 1990, p. 24. L'auteur a été amené à nuancer et à préciser cette définition dans des publications ultérieures, notamment dans « Le contrat en tant qu'échange économique », *Revue d'économie industrielle*, 2000, n° 92, pp. 81 et s. ; J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 1, *Le contrat-Le consentement*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 2013, pp. 47 et s. ; C. DELFORGE, « Le contrat aujourd'hui », in *Les sources du droit revisitées*, vol. 2, *Normes internes infraconstitutionnelles*, Anthemis, Université de Saint-Louis, 2012, pp. 797 et s.

d'effets qu'en vertu du droit objectif et conformément à celui-ci. Voulu par les parties, la norme contractuelle s'émancipe de l'accord qui lui a donné naissance. La jurisprudence, en s'appuyant notamment sur l'article 1134, alinéa 3, du Code civil, a contribué à construire une norme objective de bon comportement qui n'est pas une simple extension de la volonté des parties (§ 2). La multiplication des interventions législatives invite à s'interroger sur la dialectique de la loi et du contrat dans la construction de la norme contractuelle (§ 3).

§ 1^{er}. *Le rôle de la volonté dans la détermination de la norme contractuelle : flux et reflux*

80. Plus grand monde ne défend l'idée selon laquelle la volonté des parties contractantes, souveraine et toute-puissante, fonderait, à elle seule, la force obligatoire du contrat¹. Le principe de l'autonomie de la volonté, est, en doctrine française surtout, plutôt considéré comme un dogme ou une doctrine² et non comme une réalité de droit positif³. Il n'est d'ailleurs pas affirmé comme tel par le Code civil. Si celui-ci énonce, dans l'article 1134, que les conventions ont force de loi pour ceux qui les ont faites, c'est bien plutôt pour empêcher les revirements d'une volonté capricieuse et irrespectueuse de ce qui a été convenu de commun accord.

Dans les textes et en jurisprudence, la volonté n'a jamais été toute-puissante. L'article 1134 du Code civil parle des conventions *légalement* formées. L'article 6 du Code civil a toujours constitué une limite fondamentale permettant de mettre en échec les conventions portant atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs. La volonté des parties se voit imposer des limites jurisprudentielles et légales de plus en plus nombreuses dont les plus spectaculaires sont incontestablement celles qui dérivent de l'impératif de bonne foi et des lois récentes sur l'élimination des clauses abusives, au moins dans les rapports entre les entreprises et les consommateurs⁴.

81. S'il est vrai que le contrat ne produit d'effets qu'en vertu du droit objectif et fait l'objet d'un encadrement législatif de plus en plus strict, il est excessif de n'y voir que l'instrument de déclenchement d'un régime juridique organisé par la loi. La volonté, plus précisément l'accord de volontés, demeure un élément essentiel de la définition du contrat, sans lequel celui-ci ne peut naître. L'autonomie de la volonté est battue en brèche mais la liberté contractuelle demeure, même si elle est sous contrainte⁵.

Les parties gardent une marge de manœuvre pour déterminer l'objet et le type de contrat auquel elles soumettent leur relation, l'objet et l'intensité des obligations auxquelles il donne naissance, ainsi que les sanctions contractuelles applicables en cas de violation. La volonté continue aussi d'affirmer son rôle en ce qui

1. Pour une présentation synthétique, X. DIEUX, « Réflexions sur la force obligatoire des contrats et sur la théorie de l'imprévision en droit privé », *R.C.J.B.*, 1983, pp. 386 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 152 et s. En droit français, G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, o.c., p. 506, n° 483.

2. J. GHESTIN, o.c., 2000, pp. 87 et s. ; E. Savaux, dans son ouvrage, *La théorie générale du contrat. Mythe ou réalité?*, Paris, L.G.D.J., 1997, pp. 158 et s., met en évidence la part d'élaboration doctrinale et même la dose de métaphysique qui sous-tend l'affirmation du principe.

3. La doctrine belge est plus nuancée. P. VAN OMMESLAGHE, « La rigueur contractuelle et ses tempéraments selon la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », in *Études offertes à Jacques GHESTIN*, Paris, L.G.D.J., 2001, pp. 881 et s.

4. Pour un aperçu d'ensemble, M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Diegem, Kluwer, 1999, pp. 13 et s. L'auteur, à juste titre à notre avis, préfère parler de liberté contractuelle plutôt que d'autonomie de la volonté.

5. L'abandon du dogme de l'autonomie de la volonté ne signifie pas l'abandon de la liberté contractuelle comme technique de décentralisation dans la création de normes.

concerne l'interprétation des conventions. En cas de difficulté, celle-ci reste gouvernée par la recherche de la commune intention des parties (art. 1156 C. civ.)¹. La recherche de la commune intention des parties empêche en principe les juges du fond d'interpréter le contrat d'une façon qui heurte de front les termes de celui-ci. Il n'en reste pas moins qu'une interprétation, formellement respectueuse de la commune intention des parties, peut faire dire au contrat ce qu'il ne dit pas, le compléter et parfois le contredire ou le redresser pour des motifs d'équité.

La frontière est ténue entre une interprétation subjective qui doit reconstruire la commune intention des parties sur un point qu'elles ont omis de régler clairement et l'interprétation objective, qui, sous couvert de respecter l'esprit de la convention ou l'impératif de bonne foi, « découvre » dans la convention des obligations que les parties n'avaient pas prévues².

§ 2. La construction d'une norme contractuelle de bon comportement

82. Même dans les domaines où elle paraît libre de s'exercer sans trop de contraintes, la volonté trouve vite ses limites³. Les parties sont en principe libres de choisir le type de contrat, nommé ou innommé, qui va déterminer le régime juridique de leurs relations. La qualification qu'elles choisissent détermine, au moins pour partie, leurs obligations et leur responsabilité. Toutefois, le juge du fond n'est pas prisonnier de la qualification choisie par les parties. Il peut, en cas de contestation, ou d'office, si l'ordre public est en jeu, lui substituer une qualification plus conforme à ce qu'il estime être la volonté des cocontractants en se fondant non seulement sur les termes du contrat en cause mais aussi sur les circonstances et le contexte dans lequel il s'exécute⁴. Il arrive que la qualification retenue aboutisse à appliquer à la relation contractuelle un régime juridique dont les parties n'ont pas prévu ni voulu toute la rigueur qui est souvent d'origine prétorienne. La garantie due par le vendeur professionnel⁵ ou l'obligation de sécurité que la jurisprudence, surtout française, a « découverte » dans le contrat de transport en sont des exemples frappants⁶. Toujours à partir de la qualification, c'est-à-dire du rattachement de la situation à une catégorie contractuelle déterminée, les jurisprudences belge et surtout française ont dégagé l'idée qu'il existe, par type de contrat, un minimum obligatoire incompressible, une obligation essentielle ou fondamentale dont les parties ne sauraient s'exonérer par convention⁷. L'affirmation de cette obligation essentielle ou fondamen-

1. Pour plus de détails sur ce point, P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, 2001, pp. 885 et s. et la jurisprudence citée.

2. E. CAUSIN, « L'interprétation des contrats en droit belge », in *L'interprétation en droit*, Bruxelles, Faculté de l'Université de Saint-Louis, 1978, pp. 281 et s.

3. L'affirmation vaut plus pour les contrats de consommation que pour les contrats conclus entre professionnels, surtout s'il s'agit de contrats internationaux.

4. Sur ces principes, P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, *o.c.*, pp. 621 et s. ; M. COIPEL, *o.c.*, pp. 82 et s., pp. 93 et s., les références citées sous le n° 115. En jurisprudence, voir les exemples cités par P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence – Les obligations (1974-1982) », *R.C.J.B.*, 1986, p. 177, n° 79 ; R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et B. DE TEMMERMAN, « Overzicht van rechtspraak – Verbintenissen (1981-1992) », *T.P.R.*, 1994, pp. 445 et s. Voir notamment Cass., 23 décembre 2002, *J.T.T.*, 2003, pp. 271 et s., rappelant les conditions strictes auxquelles le juge du fond peut substituer une qualification différente à celle retenue par les parties.

5. Sur ce point, P. A. FORIERS e.a., « La garantie du vendeur professionnel et la Cour de cassation de Belgique », in *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Bruxelles, Bruylant et Paris, Dalloz, 1994, pp. 247 et s. ; M. VANWIJCK-ALEXANDRE et M. GUSTIN, « L'obligation de délivrance conforme et la garantie des vices cachés: le droit commun », in *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, C. BIQUET-MATHIEU, P. WÉRY (éd.), Bruxelles, La Chartre, 2005, pp. 28 et s.

6. G. SCHAMPS, *La mise en danger: un concept fondateur d'un principe général de responsabilité*, Bruxelles, Bruylant et Paris, L.G.D.J., 1998, pp. 688 et s. En droit français, l'obligation de sécurité connaît des périodes de flux et de reflux. Voir G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *o.c.*, pp. 532 et s.

7. La démarche n'est pas exempte de difficultés surtout quand elle s'applique à des contrats innommés qui ne font pas l'objet d'une définition légale. J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, Paris, L.G.D.J., 1999, pp. 149 et s.

tale du contrat s'impose comme une technique de régulation des relations contractuelles et renforce le contenu obligatoire du contrat¹.

83. Les juristes anglais, quand ils évoquent l'interprétation des conventions, parlent de « *construction* », ce qui souligne bien la dimension créatrice de l'interprétation, qu'elle s'applique à un texte de loi ou à une convention. Les articles 1134, alinéa 3, et 1135 du Code civil ont fourni à la jurisprudence des bases juridiques suffisamment souples et ouvertes pour construire une norme contractuelle de bon comportement qui n'est pas sans évoquer celle qui prévaut en matière extracontractuelle.

Il n'est plus possible aujourd'hui de considérer que les articles 1134, alinéa 3, et 1135 du Code civil ne fournissent au juge que des directives d'interprétation lui permettant de prolonger la volonté des parties quand celle-ci fait défaut². L'article 1134, alinéa 3, du Code civil, qui énonce le principe de l'exécution de bonne foi des conventions, s'est vu assigner une fonction interprétative qui peut encore, dans une certaine mesure, être rattachée à la recherche de la commune intention des parties énoncée par l'article 1156 du Code civil. Cette fonction de la bonne foi reste utilisée en droit belge³. La bonne foi a toutefois connu une expansion telle qu'il n'est plus possible de la réduire à une directive d'interprétation. Elle est devenue un principe régulateur des relations contractuelles dont le juge déduit une norme objective de comportement régissant l'exécution des obligations et l'exercice des prérogatives contractuelles. Elle impose aux parties « une triple obligation de loyauté, de pondération et de collaboration dans l'exécution des contrats »⁴. Si l'on admet que la bonne foi est un principe général de droit, elle pourrait irriguer l'ensemble du contrat, son exécution comme sa formation. Un manquement à la bonne foi pendant la période précontractuelle serait alors sanctionné non plus sur la base de l'article 1382 du Code civil, mais sur la base de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil⁵.

84. La bonne foi est difficilement définissable en tant que telle mais elle peut être cernée à partir des différentes fonctions qu'elle remplit. Dans sa fonction complète qui n'est pas complètement dissociable de la fonction interprétative⁶, le principe de la bonne foi permet aux juges d'imposer aux parties des obligations additionnelles qui ne figurent pas dans la convention : obligation de collaborer à la réussite de l'entreprise contractuelle en facilitant l'exécution par l'autre partie de ses obligations, obligation d'informer et même de conseiller l'autre partie particulièrement dans les relations entre professionnels et profanes, etc.⁷. Pareille démarche peut aussi s'autoriser de l'article 1135 du Code civil plus rarement utilisé en jurisprudence belge. Dans sa fonction modératrice, la bonne foi impose au créancier de se montrer raisonnable dans l'exercice de ses prérogatives

1. Sur l'ensemble de la question, R. SEFTON-GREEN, *La notion d'obligation fondamentale: comparaison franco-anglaise*, Paris, L.G.D.J., 2000 ; X. THUNIS, « Une notion fuyante: l'obligation essentielle du contrat », in *Mélanges Marcel FONTAINE*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 521 et s.

2. Pour une synthèse des différentes conceptions de la portée des articles 1134, alinéa 3 et 1135, du Code civil, E. CAUSIN, *o.c.*, p. 329. L'auteur distingue, de façon pédagogique, la thèse purement volontariste, la thèse simplement volontariste, la thèse non volontariste modérée et la thèse non volontariste radicale. En droit français, J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, 3^e éd., in *Traité de droit civil* (dir. J. GHESTIN), Paris, L.G.D.J., 2001, pp. 58 et s., considèrent que ces dispositions énoncent des directives d'interprétation objectives.

3. J.-F. ROMAIN, « Le principe de la convention-loi (portée et limites): réflexions au sujet d'un nouveau paradigme contractuel », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 2000, pp. 93 et s.

4. P. VAN OMMESLAGHE, « L'exécution de bonne foi, principe général de droit? », *R.G.D.C.*, 1987, p. 103.

5. Le choix de l'un ou l'autre fondement n'emporte guère de conséquence pratique. À ce sujet, B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle », in *Responsabilités* *Traité théorique et pratique*, Kluwer, 2003, dossier 3, pp. 17 et s. (à propos de l'obligation précontractuelle d'information) ; B. DE CONINCK et C. DELFORGE, *o.c.*, 2004, pp. 84 et s.

6. En ce sens, P. VAN OMMESLAGHE, « La rigueur contractuelle... », in *Études Ghestin*, pp. 894 et s.

7. J.-L. FAGNART, « L'exécution de bonne foi des conventions: un principe en expansion », *R.C.J.B.*, 1986, pp. 285 et s. En droit français, G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *o.c.*, p. 529, n° 498 et la jurisprudence audacieuse citée en note 445.

contractuelles et dans le choix des sanctions à appliquer en cas d'inexécution du contrat¹.

Bref, le principe de bonne foi impose aux parties des normes de comportement qui ne sont pas déductibles d'une interprétation purement subjective de leur volonté. On a parlé d'obligation par facilité et pour se conformer à l'usage courant. En doctrine, certains flottements terminologiques sont révélateurs : il est question tantôt de devoir, tantôt d'obligation². Certaines de ces « obligations », tel le devoir de modération qui interdit d'abuser de son droit, ont une nature particulière. Leur violation n'entraîne pas nécessairement l'application des sanctions traditionnelles liées à une obligation contractuelle *stricto sensu*³. Cette spécificité a été récemment dégagée en doctrine belge⁴. La bonne foi est un impératif, un principe régulateur qui s'exprime en différents devoirs. Elle n'est pas une obligation *stricto sensu*, pas plus que le devoir, générique, de se comporter en bon père de famille, en matière extracontractuelle.

85. Selon l'article 1135 du Code civil, « Les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi attachent à l'obligation d'après sa nature ».

L'expansion donnée à la bonne foi par la doctrine et la jurisprudence belges a sans doute occulté l'article 1135 du Code civil et les possibilités qu'il recèle⁵. La jurisprudence belge admet que les usages notamment puissent servir à compléter le contrat en l'absence de volonté exprimée par les parties⁶ pour autant qu'ils présentent un caractère de généralité suffisant qui permette de supposer que les parties ont entendu s'y référer implicitement⁷. Pareille conception est encore marquée par l'idée selon laquelle la volonté tacite des parties permet de soumettre leur convention à des usages qu'elles n'ont pas explicitement écartés. Dans cette optique, l'usage est plus un mode d'interprétation de la volonté que de construction de la norme contractuelle de comportement. Le rôle de l'article 1135 du Code civil, cantonné à la détermination de la volonté des parties quand elles ne se sont pas explicitement exprimées, apparaît limité si on le compare à l'extension prise par la bonne foi dans sa fonction complétive⁸. La jurisprudence française est plus encline que la jurisprudence belge à se fonder sur le seul article 1135 du Code civil pour en tirer des solutions audacieuses. C'est grâce à l'article 1135 du Code civil que les juges français ont découvert dans

1. Pour plus de détails sur l'abus de droit en matière contractuelle, vol. 1, n^{os} 31 et s.

2. Voir notamment G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *o.c.*, pp. 450 et s., n^{os} 445 et s. Pour une élaboration de la distinction entre devoir et obligation, Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, Paris, L.G.D.J., 2000, pp. 132 et s. Comparer H. VANDENBERGHE, « De grondslag van kontraktuele en extra-kontraktuele aansprakelijkheid voor eigen daad », *T.P.R.*, 1984, pp. 145 et s. parlant de *verplichtingen*.

3. Voir en ce sens, P. WÉRY, « Les sanctions de l'abus de droit dans la mise en œuvre des clauses relatives à l'inexécution d'une obligation contractuelle », in *Mélanges Ph. GERARD*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 132 et s.

4. M. FONTAINE, « Obliegenheit, incombance? » in *Liber Amicorum Hubert CLASSENS*, Louvain-la-Neuve, Academia et Bruylant et Anvers, Maklu, 1998, pp. 158 et s. ; *id.*, « Le droit des contrats à l'écoute du droit comparé », in *Liber Amicorum Michel COIPEL*, Bruxelles, Kluwer, 2004, pp. 305 et s. ; M. HOUBBEN, « Le devoir de modération du dommage : expression particulière de l'exigence de loyauté entre partenaires contractuels » *Ann. Dr.*, Louvain, 2015, p. 35.

5. Comparer M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats, o.c.*, p. 88, n^o 109.

6. Voir la jurisprudence citée par R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et B. DE TEMMERMAN, « Overzicht (1981-1992) », pp. 455 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence... », *R.C.J.B.*, 1986, pp. 180 et s. Sur le rôle des usages en matière bancaire, J.-P. BUYLE et O. CREPLET, in *Responsabilités Traité théorique et pratique*, Kluwer, livre 22, pp. 32 et s. En matière médicale, Th. VANSWEEVELT, in *Responsabilités Traité théorique et pratique*, Kluwer, livre 25, pp. 25 et s., dossier 25bis, pp. 29 et s.

7. Voir notamment Cass., 29 mai 1947, *Pas.*, 1947, I, 217 ; Cass., 17 octobre 1975, *Pas.*, 1976, I, 224 ; Cass., 29 mai 1976, *Pas.*, 1976, I, 833.

8. Voir toutefois Comm. Bruxelles, 16 juillet 1982, *R.D.C.B.*, 1983, pp. 458 et s. Cette décision, rendue dans une affaire de distribution de produits pétroliers, applique exclusivement l'article 1135 du Code civil en se référant non seulement aux usages mais aussi à l'équité. La décision aurait aussi bien pu s'appuyer sur l'article 1134, alinéa 3, du Code civil.

certaines contrats, le contrat de transport en particulier, une obligation de sécurité ou de surveillance¹.

86. L'équité en droit des obligations a mauvaise presse car on en craint l'arbitraire et l'effet subversif des solutions conventionnellement prévues. À notre avis, l'équité mentionnée par l'article 1135 du Code civil joue, comme la bonne foi, un rôle supplétif ou complétif. Il est possible d'en tirer un principe de cohérence pour l'appliquer aux relations contractuelles : il est par exemple contradictoire d'imposer au contractant de développer son activité et de lui imposer d'accroître au maximum le volume des ventes, tout en sabordant ses efforts par la création d'une station-service concurrente dans un environnement immédiat². C'est d'une équité non pas débridée mais contenue qu'il s'agit. Son rôle est très semblable à celui de la bonne foi de l'article 1134, alinéa 3³. Il est permis de penser que l'article 1134, alinéa 3, et l'article 1135 du Code civil peuvent être lus dans le même souffle et que la bonne foi n'est qu'une expression particulière, sans doute plus acceptable pour la communauté juridique, de l'équité en droit des obligations⁴.

Le renforcement du contenu obligatoire du contrat peut, s'il n'est pas maîtrisé, aboutir à un forçage du contrat, en incluant dans le périmètre contractuel des obligations qui n'ont pas été envisagées par les parties et qui ne relèvent pas de l'objet « naturel » du contrat. Les excès de cette façon de faire ont été dénoncés. Ce qui nous intéresse, du point de vue d'une théorie de la faute, c'est que les articles 1134 et 1135 du Code civil permettent de construire une norme contractuelle de comportement objective, indépendante de la volonté des parties. Cette norme, grâce à la texture ouverte des articles 1134 et 1135 du Code civil, peut aisément incorporer non seulement les usages⁵ mais aussi les règles de l'art⁶, la déontologie professionnelle⁷ et autres codes de bonne conduite ou de bonne gouvernance. La valeur juridique de certaines de ces normes est loin d'être facile à déterminer⁸ mais elles contribuent à déterminer la responsabilité contractuelle du débiteur ou, plus largement, sa responsabilité professionnelle.

1. Sur l'ensemble de la question, J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *o.c.*, pp. 66 et s., particulièrement p. 71 (à propos de l'obligation de surveillance). La doctrine française tire de l'article 1135 du Code civil (art. 1194 nouveau) une justification autonome. À ce sujet, Ph. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Paris, Dalloz, 2005 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations 1. Contrat et engagement unilatéral*, Paris, PUF, 2016, n^{os} 491 et s. En droit belge, la jurisprudence fait un usage modéré de l'obligation de sécurité et ne fait pas fréquemment le détour par l'article 1135 du Code civil. À ce sujet, B. DUBUISSON, « Questions choisies en droit de la responsabilité contractuelle », Liège, CUP, 1998, pp. 122 et s.
2. Tel était le problème tranché par la décision précitée du 16 juillet 1982.
3. Comparer l'opinion de X. Dieux qui, dans sa note précitée (*R.C.J.B.*, 1983, pp. 394 et s.), lui assigne une fonction très subsidiaire.
4. Pour la doctrine française, la bonne foi n'est qu'une manifestation de l'équité en droit des obligations. En ce sens, Ph. STOFFEL-MUNCK, *o.c.*, pp. 82 et s. Comparer J. MESTRE, *R.T.D. civ.*, 1990, p. 65. La doctrine belge paraît réticente à assimiler purement et simplement les deux notions. Sur ce point, J.-F. ROMAIN, *o.c.*, pp. 69 et s. La doctrine flamande fait nettement la distinction. Voir H. VANDENBERGHE, *o.c.*, *T.P.R.*, 1984, p. 145, n^o 7.
5. P. ex. Mons, 7 décembre 1988, *R.R.D.*, 1989, pp. 18 et s. (à propos de l'obligation de garde d'un garage). Dans le domaine bancaire, J.-P. BUYLE et O. CREPLET, « La responsabilité bancaire », *Responsabilités Traité théorique et pratique, o.c.*, livre 22, pp. 27 et s.
6. H. VANDENBERGHE, *o.c.*, *T.P.R.*, 1984, p. 146, note 112. Elles ne coïncident pas nécessairement avec les usages ou avec la pratique professionnelle habituelle. Voir en matière médicale, Th. VANSWEEVELT, « La responsabilité des professionnels de la santé », *o.c.*, livre 25, pp. 32 et s. La pratique ou les techniques professionnelles courantes peuvent servir d'élément d'appréciation au juge. Dans le domaine des paiements bancaires automatisés, X. THUNIS, *Responsabilité du banquier et automatisation des paiements*, P.U. Namur, 1996, particulièrement pp. 223 et s.
7. En matière bancaire, *La déontologie bancaire et financière*, Cahiers AEDBF, Bruxelles, Bruylant, 1998, en particulier la contribution de J.-P. MATTOUT, pp. 49 et s.
8. À propos d'une charte de bonne conduite, à la lisière du contractuel et du délictuel, Cass. fr., 10 juin 2004, *R.T.D. civ.*, 2004, p. 728, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

§ 3. *La dialectique de la loi et du contrat dans la construction de la norme contractuelle*

87. Les rapports de la loi et du contrat peuvent être envisagés sous plusieurs angles. À un niveau très fondamental qui relève de la philosophie du droit, on peut se demander par quelle alchimie l'accord des volontés qui noue le contrat crée des obligations juridiques. De façon presque spontanée, on répondra que c'est le droit objectif ou positif qui élève l'accord des volontés à la puissance juridique¹. Il s'opère, a-t-on dit, une sorte de transsubstantiation. La réponse nomme le mystère sans le résoudre, de sorte que d'autres explications ont été recherchées dans l'utile et le juste ou encore dans la confiance légitime que la promesse du débiteur suscite chez le créancier. Ces débats fondamentaux ne sont pas approfondis ici².

Nous mettrons l'accent sur la coopération et sur l'antagonisme de la loi et du contrat dans la construction de la norme contractuelle dont la violation peut, le cas échéant, constituer une faute.

88. La qualification du contrat offre une illustration frappante des relations qui existent entre le contrat, loi des parties, et les obligations que le juge peut en tirer à charge de celles-ci.

D'une part, les parties sont maîtresses de la qualification qu'elles donnent à leurs relations et leur commune intention s'impose en principe au juge. D'autre part, la jurisprudence, en se fondant sur les éléments essentiels, structure et finalité, de la situation contractuelle créée par les parties, considère, particulièrement pour les contrats les plus typiques, qu'il existe un minimum contractuel incompressible auquel les parties ne peuvent porter atteinte dans leur convention. Les parties contractantes sont soumises à un principe de cohérence : elles doivent assumer les obligations essentielles qui s'attachent au type contractuel dont elles ont, elles-mêmes, fait choix, explicitement ou implicitement³. Si la détermination de l'obligation essentielle du contrat n'est pas exempte d'incertitude, pareille démarche préserve l'utilité que chacune des parties, en particulier la partie la plus faible, est en droit d'attendre du contrat. Elle respecte le principe de la convention-loi en sauvegardant l'intégrité du type contractuel choisi. Elle restaure souvent l'équilibre contractuel prévu par le Code civil lui-même⁴. Il ne s'agit donc pas de forcer le contrat en y greffant artificiellement des obligations qui n'en découlent pas mais de lui rendre sa plénitude en lui reconnaissant ses conséquences « normales », celles que la loi attache au contrat et celles que la jurisprudence considère comme ses suites nécessaires au sens de l'article 1135 du Code civil⁵.

89. En quoi consiste la « loi » visée à l'article 1135 du Code civil ? Selon une interprétation volontariste des articles 1134 et 1135 du Code civil qui est celle de la doctrine classique, il s'agit nécessairement de dispositions supplétives prolongeant

1. Dans la conception kelsenienne, l'accord de volontés auquel la doctrine du 19^e siècle accordait une puissance créatrice, se réduit à n'être qu'un fait que la norme juridique élève au rang du devoir être. Sur ce point, Ph. COPPENS, « L'intention et la volonté dans les contrats », in *Mélanges offerts à Marcel FONTAINE*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 91 et s.

2. Pour une synthèse des principales explications avancées, J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 1, *Le contrat-Le consentement*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 2013, pp. 117 et s. ; M. COIPEL, *o.c.*, pp. 27 et s. ; J. CARBONNIER, *Les obligations*, t. 4, 22^e éd., Paris, PUF, 2000, pp. 64 et s. Le choix de l'une ou l'autre explication peut avoir une incidence sur la solution à donner à des questions de droit contractuel traditionnellement disputées (la lésion, l'imprévision, etc.). Sur les différents fondements de la loi du contrat, X. DIJON, *Droit naturel*, Paris, PUF, 1998, pp. 345 et s.

3. Sur l'ensemble de la question, J. ROCHFELD, *o.c.*, p. 362 ; X. THUNIS, « Une notion fuyante : l'obligation essentielle du contrat », in *Mélanges offerts à Marcel FONTAINE*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 521 et s.

4. Voir à ce sujet les pertinentes observations de Ph. STOFFEL-MUNCK, *o.c.*, pp. 355 et s.

5. Pour une détermination des critères permettant de distinguer les suites nécessaires du contrat et les obligations artificiellement greffées sur celui-ci, J. ROCHFELD, *o.c.*, pp. 330 et s.

la volonté des parties quand celles-ci ne se sont pas explicitement exprimées¹. À partir du moment où le dogme de l'autonomie de la volonté est battu en brèche, cette interprétation subjectiviste ou volontariste, dont on retrouve trace dans des travaux d'analyse économique du droit², perd de son crédit au profit d'une interprétation plus objective du contrat. Celle-ci, en s'appuyant sur les articles 1134 et 1135 du Code civil, construit une norme de comportement, qui, pour n'être pas inconciliable avec la volonté des parties, ne correspond pas nécessairement à leurs prévisions.

Ce n'est pas le lieu de faire l'histoire de ce changement radical de perspectives. Il suffit de noter que celui-ci peut aller de pair avec un changement de conception de la « loi » visée à l'article 1135 du Code civil. Dans l'esprit de Domat qui a influencé les codificateurs, les règles supplétives étaient fondées en dernière analyse sur des considérations d'utilité et d'équité³. Il en résulte que la « loi » n'a pas un contenu substantiellement différent de l'équité. Si la loi supplétive perd son soubassement purement volontariste mais repose sur des considérations d'utilité et d'équité, il redevient possible de conférer à certaines dispositions dites supplétives un statut plus énergique⁴. La jurisprudence contemporaine, qui interdit aux parties d'écarter une obligation essentielle ou fondamentale du contrat, leur impose le droit commun des contrats et de la responsabilité contractuelle alors même que les parties auraient manifesté leur volonté de s'en écarter.

90. Les relations du contrat et de la loi au sens large doivent être analysées à la lumière de ce que la doctrine française appelle un ordre public de protection⁵.

L'ordre public classique visé à l'article 6 du Code civil a surtout une fonction défensive et un effet prohibitif : il fait obstacle à la création ou à la transmission d'obligations contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs⁶. L'ordre public de protection nous intéresse plus directement car il s'impose aux parties contractantes en remodelant, dans bon nombre de cas, le contenu obligatoire de leur contrat. L'ordre public de protection se compose de dispositions impératives dont la finalité est de protéger certaines catégories de contractants, jugées plus faibles : travailleurs, locataires, et plus récemment les consommateurs de produits et de services.

Le Code de droit économique illustre la façon dont l'ordre public de protection pénètre dans le contrat. En son article VI. 2, il impose à l'entreprise, fournisseur de produits ou prestataire de services, une obligation très large d'information vis-à-vis du consommateur, tant sur les caractéristiques du produit fourni que sur les conditions juridiques de sa délivrance. Le Code, en son livre VI, vise aussi à éliminer les clauses abusives dans les relations entre les entreprises et les consommateurs, soit que ces clauses figurent dans la liste des clauses énumérées à l'article VI. 83 du Code (clauses dites « noires ») ou qu'elles soient considérées comme abusives par le juge sur la base de l'article I^{er}. 8. 22. Cette disposition définit, de façon générale, la clause abusive à partir du déséquilibre manifeste que la clause, seule ou combinée à d'autres, crée entre les droits et les obligations des parties.

1. Pour un exposé de cette conception, J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *o.c.*, p. 58 se référant notamment à BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. 2, 3^e éd., 1906, n^o 343.

2. Voir par exemple R. COOTER et Th. ULEN, *Law and Economics*, 3^e éd., Addison, Wesley Longman, 2000, pp. 199 et s. En analyse économique du droit, les règles supplétives prolongent la volonté des parties et permettent d'éviter les coûts de transaction.

3. J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *o.c.*, p. 65, note 291. Comparer J.-P. CHAZAL, « De la signification du mot loi dans l'article 1134, alinéa 1^{er} du Code civil », *R.T.D.civ.*, 2001, pp. 276 et s.

4. Sur l'ambiguïté du terme supplétif, M. COIPEL, *o.c.*, pp. 65 et s.

5. Voir p. ex., J. CARBONNIER, *o.c.*, pp. 146 et s. ; G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, *o.c.*, pp. 520 et s. parlent d'ordre public contractuel.

6. Pour un essai de définition et des illustrations, M. COIPEL, *o.c.*, pp. 62 et s.

Les dispositions supplétives du Code civil retrouvent, par le biais de l'ordre public de protection, une vigueur nouvelle¹. L'élimination de la clause abusive par le juge² restaure l'application du droit commun et notamment des règles de la responsabilité contractuelle paralysées totalement ou partiellement par la clause querellée. L'appréciation du caractère abusif d'une clause se fait aussi à l'aune du droit commun. Ceci est particulièrement net quand le juge se fonde sur l'article 1^{er}. 8. 22 du Code de droit économique. Le déséquilibre manifeste auquel cette disposition se réfère pour définir la clause abusive³ requiert du juge qu'il opère une comparaison entre la situation créée par la clause ou par la combinaison de clauses contestées et le droit commun qui serait applicable abstraction faite de celles-ci. L'ordre supplétif prévu par le Code conquiert ainsi, après avoir été écarté, une sorte d'impérativité seconde⁴ : il apparaît, dans bon nombre de cas, comme la normalité à laquelle se référer pour mesurer l'abus. L'application de la nullité sanctionnant l'abus entraîne la restauration du régime de droit commun.

En d'autres termes, le contrôle exercé par le juge sur les clauses abusives a un versant négatif – élimination des clauses en question – et un versant positif – la détermination de la norme contractuelle et de la responsabilité qui sanctionne sa violation. Le contrat est non seulement « nettoyé » mais, dans une certaine mesure, « (re) meublé ».

SECTION 2. INEXÉCUTION DE L'OBLIGATION CONTRACTUELLE : LA DISTINCTION DES OBLIGATIONS DE MOYENS ET DE RÉSULTAT

91. La notion d'obligation contractuelle est difficile à cerner. Elle se prête à une compréhension immédiate mais se soustrait à une définition rigoureuse. Pour montrer le problème, qu'il estimait presque insoluble, Paul Esmein citait l'exemple du tapissier qui, appelé au domicile d'un client pour poser une glace ou des rideaux, brise un vase. On peut, dit-il, aussi bien qualifier la responsabilité de contractuelle parce que le tapissier, en exécutant son contrat, doit prendre soin de ne rien briser chez son client, que lui dénier son caractère contractuel parce que le contrat ne le chargeait pas de toucher au vase⁵.

L'exemple soulève la question des liens entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité extracontractuelle qui ne peut, elle-même, être analysée qu'à la lumière de la délimitation du contrat, du champ ou du périmètre contractuel. Qu'il suffise d'indiquer, dans la ligne de notre exposé sur les articles 1134, alinéa 3, et 1135 du Code civil, qu'une utilisation incontrôlée de la bonne foi, de l'équité ou des suites du contrat peut conduire à un gonflement artificiel, voire à un forçage de celui-ci hors de son domaine naturel d'application. On s'en tient, dans l'exposé, à une compréhension immédiate ou naïve de l'obligation contractuelle, entendue comme celle qui découle d'un contrat, ce qui inclut les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. Cette définition est fragile. Elle indique ce que nous visons, l'obligation purement contractuelle, celle qui forme le

1. Sur l'ensemble de la question, Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, Paris, L.G.D.J., 2000, pp. 354 et s.

2. Que le juge prononce la nullité de la clause ou que celle-ci soit réputée non écrite. Sur cette différence de terminologie qui ne signifie pas, à notre avis, une différence de sanction, P. WÉRY, « Les sanctions des clauses illicites envisagées selon la méthode horizontale », in *Liber Amicorum Michel COIPEL*, Bruxelles, Kluwer, 2004, pp. 472 et s.

3. Il s'agit là, à notre avis, non pas d'un déséquilibre économique entre les prestations réciproques mais d'un déséquilibre juridique entre les clauses et conditions du contrat.

4. Ph. Stoffel-Munck (*o.c.*, p. 355) parle d'impérativité floue.

5. P. ESMEIN, « L'obligation et la responsabilité contractuelles », in *Études offertes à Georges RIPERT*, Paris, L.G.D.J., 1950, t. II, p. 105.

noyau dur du contrat¹. Cette notion est relative : quand une chaudière ne fonctionne pas dans un immeuble loué, le désagrément qui en résulte pour le locataire privé d'eau chaude peut donner lieu à la responsabilité contractuelle du bailleur. Que le locataire attrape une mauvaise grippe avec des complications pulmonaires et la responsabilité extracontractuelle risque de faire irruption. Le droit vécu s'acharne à déjouer les catégories les mieux établies et à glisser, entre le contractuel et l'extracontractuel, des obligations mixtes comme l'obligation de sécurité ou l'obligation de respecter les règles déontologiques.

92. Le concept de responsabilité contractuelle a fait l'objet de critiques répétées d'une partie de la doctrine française². Pour l'essentiel, cette critique reproche à la présentation traditionnelle, héritée de Planiol, d'aligner l'inexécution du contrat sur la responsabilité aquilienne et de réduire la responsabilité contractuelle à une fonction réparatrice alors qu'elle a pour objet, par le biais de dommages et intérêts, de procurer au créancier insatisfait l'équivalent de ce qui était promis par le contrat.

Ces critiques ne manquent pas de pertinence. Elles ont le mérite de remettre en lumière la spécificité de l'action contractuelle, spécificité un peu occultée, en droit belge et français, par le souci de rapprocher les deux ordres de responsabilité. Ce qui s'est traduit par un alignement de la responsabilité contractuelle sur la responsabilité aquilienne, et une tendance à calquer l'interprétation du dommage, du lien causal et de la faute en matière contractuelle, sur l'interprétation qui en est faite en matière extracontractuelle. Malgré ces critiques, nous adoptons une présentation traditionnelle. Il a paru préférable de partir du concept de faute contractuelle³ et de reconnaître, au moins à titre provisionnel, l'existence d'une responsabilité contractuelle symétrique de la responsabilité extracontractuelle. Quitte à souligner dans l'exposé que la responsabilité contractuelle n'est pas le simple décalque de la responsabilité aquilienne et que la faute contractuelle est spécifique car intensément rattachée à l'inexécution du contrat⁴. Ajoutons que sur le plan théorique, la responsabilité contractuelle a, pour sa défense, d'autres arguments à faire valoir que la tradition ou les attraits de la symétrie avec la responsabilité extracontractuelle. Les dommages et intérêts dus au créancier suite à l'inexécution du contrat peuvent avoir pour fonction de fournir au créancier l'équivalent d'une prestation qu'il n'a pas reçue mais aussi de réparer des dommages consécutifs à la mauvaise exécution du contrat⁵. La matière des virements bancaires en fournit un exemple simple. Si une banque exécute tardivement un ordre de virement et entraîne ainsi la résolution d'un contrat avantageux pour le donneur d'ordre, les dommages et intérêts consécutifs à l'inexécution ne s'identifient pas à une exécution par équivalent de la prestation prévue au contrat.

93. La faute contractuelle présente cette particularité fondamentale de se définir par rapport à la norme contractuelle. Quand le débiteur agit conformément à

1. Dont l'arrêt de la Cour de cassation du 4 juin 1971 (*Pas.*, 1971, I, 940) fournit un exemple particulièrement clair. Pour un commentaire, B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle », *o.c.*, livre 3bis, n^{os} 81 et s. M. VAN QUICKENBORNE, « Réflexions sur le dommage purement contractuel », note sous Cass., 14 octobre 1985, *R.C.J.B.*, 1988, pp. 341 et s.

2. Voir en particulier la magistrale étude de Ph. RÉMY, « La responsabilité contractuelle: histoire d'un faux concept », *R.T.D. civ.*, 1997, pp. 324 et s. Plus nuancé, E. SAVAUX, « La fin de la responsabilité contractuelle? », *R.T.D. civ.*, 1999, pp. 1 et s. Pour une réponse à ces critiques, G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », *Études offertes à Jacques GHESTIN*, Paris, L.G.D.J., 2001, pp. 921 et s. En synthèse, M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1 Contrat et engagement unilatéral*, Paris, PUF, 2016, n^o 701.

3. Le dommage et le lien causal ne font pas l'objet d'une analyse spécifique et sont traités que dans la mesure de leur rapport à la faute contractuelle, objet de notre étude.

4. Voir en particulier D. TALLON, « Pourquoi parler de faute contractuelle? », in *Écrits en l'honneur de G. CORNU*, PUF, 1994, pp. 429 et s. Comparer J. CARBONNIER, *o.c.*, p. 298 : « La faute contractuelle n'est pas [pour autant] entièrement symétrique de la faute délictuelle ». Dans le même sens, L. CORNELIS, *Principes*, pp. 168 et s.

5. Voir sur ce point, G. VINEY, *o.c.*, pp. 931 et s.

celle-ci, il exécute son obligation et il effectue un paiement qui doit satisfaire son créancier, ce qui est autre chose que d'agir conformément à la loi et aux règlements.

La norme contractuelle détermine en principe la portée de l'obligation souscrite, par rapport à laquelle va s'apprécier le manquement. L'intensité de cette obligation varie. La matière de l'inexécution des conventions est tout entière marquée par une distinction traditionnelle entre les obligations de moyens et de résultat. On en examine successivement l'origine (§ 1^{er}), la portée (§ 2) et les critères (§ 3).

§ 1^{er}. Succès d'une distinction doctrinale

94. La distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat a été proposée par R. Demogue¹ pour concilier les articles 1137 et 1147 du Code civil dont le prescrit était, à première vue, antinomique².

Bien qu'il soit placé après l'article 1137 du Code civil, l'article 1147 du Code civil paraît imposer, de façon générale, une obligation rigoureuse à charge du débiteur contractuel. Il condamne celui-ci au paiement de dommages-intérêts en cas d'inexécution ou d'exécution tardive de l'obligation contractuelle « toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part ». L'obligation contractuelle qui pèse sur le débiteur est envisagée de façon stricte. Ceci fait contraste avec la moindre rigueur du régime prévu par l'article 1137, alinéa 1^{er}, du Code civil : « L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille ». L'article 1137, en son alinéa 1^{er}, vise une hypothèse particulière mais la généralisation à laquelle il procède dans son alinéa 2 en fait une disposition susceptible de s'appliquer à un grand nombre de contrats.

Bref, les articles 1147 et 1137 du Code civil peuvent être considérés comme deux dispositions à caractère général. La première n'autorise le débiteur à se libérer que moyennant la preuve d'une cause étrangère tandis que la seconde fait dépendre la responsabilité du débiteur contractuel de la preuve d'une faute.

95. Plutôt que de nier la différence de régime résultant des deux dispositions, R. Demogue y a vu la marque d'une dualité de régime. L'article 1137, qui impose au débiteur d'apporter à l'exécution de son obligation « les soins d'un bon père de famille », concerne les obligations dites de moyens tandis que l'article 1147 concerne les obligations dites de résultat. Ces dernières imposent au débiteur contractuel de procurer au créancier un résultat précis.

Proposée par R. Demogue pour démontrer une certaine unité des responsabilités contractuelle et délictuelle sur le plan de la charge de la preuve, la distinction a échappé à son auteur. Elle a connu un succès considérable au point de devenir une *summa divisio* du droit des obligations³. Elle a notamment été reprise par H. Mazeaud. Celui-ci a proposé, selon une terminologie différente, de

1. R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. V, Paris, Rousseau, 1925, n° 1237. Le lecteur intéressé trouvera une description historique détaillée de la naissance et de l'évolution de la distinction dans J. FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Paris, L.G.D.J., 1965 ; G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité, o.c.*, pp. 438 et s.

2. Sur les différentes tentatives de conciliation des articles 1137 et 1147 du Code civil, G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité, o.c.*, n° 521. Ces conciliations ont le mérite d'exister mais elles sollicitent beaucoup les textes. En ce sens, les critiques de J. KIRKPATRICK, « Réflexions sur la charge de la preuve en matière de responsabilité médicale et sur la distinction entre obligations de résultat et de moyens », *R.C.J.B.*, 2010, pp. 515 et s.

3. Elle est exposée au début de son traité par P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 39 à 48.

distinguer « obligations déterminées » et « obligation générale de prudence et diligence »¹ et d'en faire une distinction applicable au droit des obligations tant contractuelles qu'extracontractuelles.

La distinction des obligations de moyens et de résultat garde en matière contractuelle une valeur pédagogique et une vertu clarificatrice indéniables. Elle est devenue un produit d'exportation². Le principe en est admis même si des critiques lui sont adressées³. Son succès en jurisprudence souligne son intérêt pratique⁴, tout en relativisant sa portée. Les variantes sont nombreuses et la réalité montre plutôt des gradations dans l'intensité des obligations assumées que des dichotomies tranchées.

§ 2. Portée et pertinence de la distinction

A. DE L'INTENSITÉ DE L'OBLIGATION À L'ATTRIBUTION DU RISQUE DE PREUVE

96. La distinction entre les obligations de moyens et les obligations de résultat permet de préciser le contenu et l'intensité de l'obligation assumée par le débiteur contractuel et donc d'apprécier l'existence de la faute. Elle a une importance pratique considérable car elle détermine l'attribution de la charge de la preuve en cas d'inexécution du contrat et surtout l'imputation du risque de preuve au cas où l'origine du dommage n'est pas connue avec certitude.

Le débiteur d'une obligation de moyens promet de mettre en œuvre tous les soins requis d'un bon père de famille dans l'exécution de la tâche contractuellement prévue. Le créancier insatisfait doit prouver que les soins normalement requis n'ont pas été mis en œuvre par le débiteur. Le créancier va supporter les conséquences de l'inexécution dans les cas où la cause de l'inexécution est douteuse, le débiteur n'étant pas, en principe, obligé d'établir positivement la cause exonératoire qui l'empêche de donner une exécution satisfaisante du contrat.

Le créancier d'une obligation de résultat est, en revanche, dans une situation plus confortable. Il peut se contenter d'établir qu'un engagement déterminé a été souscrit par le débiteur et que le résultat promis par celui-ci n'a pas été atteint. Pour se libérer, le débiteur doit prouver, positivement à notre avis, que l'inexécution trouve sa source dans une cause étrangère⁵. Il supporte le risque de la preuve dans les cas douteux, c'est-à-dire dans les cas où la cause de l'inexécution reste indéterminée, sans qu'il puisse être établi positivement qu'elle est due à une cause étrangère⁶.

1. H. MAZEAUD, « Essai de classification des obligations », *R.T.D. civ.*, 1936, pp. 1 et s.

2. M. FONTAINE, « Le droit des contrats à l'écoute du droit comparé », in *Liber Amicorum Michel COIPEL*, Bruxelles, Kluwer, 2004, pp. 311 et s.

3. Voir, entre autres, P. ESMEIN, « L'obligation et la responsabilité contractuelle », in *Études offertes à Georges RIPERT*, Paris, L.G.D.J., 1950, t. II, pp. 108 et s.

4. En droit belge, P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 42 à 48 ainsi que les chroniques de jurisprudence de R. KRUIHOF *et al.*, « Overzicht (1981-1992) », *T.P.R.*, 1994, pp. 496 et s., n^{os} 207 et s. ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence – Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, n^{os} 102 et s.

5. Sur l'application de ces principes à la responsabilité médicale, Th. VANSWEEVELT, La responsabilité des professionnels de la santé, *o.c.*, n^{os} 20 à 31 et n^o 42 (application de la distinction aux infections nosocomiales).

6. Pour un cas très net, Cass. fr., 15 avril 1979, *J.C.P.*, 1980, II, 19402 (à propos d'un dresseur de chevaux restituant un cheval de course blessé dans des circonstances inconnues). Voir la jurisprudence belge citée par M. CLAVIE, « La charge de la preuve. Questions choisies en matière contractuelle », in *La preuve*, Liège, CUP, mars 2002, pp. 34 et s.

97. La distinction entre les obligations de moyens et les obligations de résultat présente un intérêt indéniable pour attribuer la charge et le risque de preuve¹. En pratique, la collaboration des parties à la charge de la preuve nuance le schéma un peu mécanique qui vient d'être exposé². Le débiteur d'une obligation de moyens ne va pas attendre passivement que le créancier, victime de l'inexécution, prouve son imprudence ou son manque de diligence dans l'exécution de son obligation. Il va prendre les devants et, s'il le peut, démontrer l'existence d'une cause étrangère exonératoire pour échapper à la responsabilité contractuelle.

Quant au créancier de l'obligation de résultat, il bénéficie d'un allègement de la charge de la preuve plus que d'un renversement de la charge de la preuve *stricto sensu*. Il doit, en toutes hypothèses, administrer la preuve de l'obligation contractuelle souscrite, faire admettre, si cela est contesté, qu'un résultat a été promis et établir que le résultat promis n'a pas été atteint. Si l'inexécution est non pas totale mais simplement défectueuse, c'est à lui à prouver la discordance entre ce qui a été promis et ce qui a été exécuté³.

B. DE LA PREUVE DE LA FORCE MAJEURE À LA PREUVE DE L'ABSENCE DE FAUTE

98. La distinction entre les obligations de moyens et les obligations de résultat s'atténue si l'on admet que le débiteur d'une obligation de résultat peut échapper à sa responsabilité non seulement en fournissant positivement la preuve d'une cause étrangère – force majeure, faute d'un tiers ou faute du créancier lui-même – mais encore en apportant la preuve de l'absence de faute.

Selon A. Tunc, il existerait une corrélation absolue entre l'absence de faute et la force majeure si bien qu'en pratique comme en principe, il suffirait au débiteur de l'obligation de résultat de rapporter la preuve qu'il a fourni la diligence due pour échapper à sa responsabilité⁴. Cette thèse met l'accent sur le lien qui existe entre la cause étrangère, la force majeure en l'occurrence, et l'intensité de l'obligation assumée par le débiteur⁵.

On ne peut pas déterminer avec certitude, à la lecture de la doctrine belge, si le débiteur d'une obligation de résultat doit, pour s'exonérer, prouver un cas de force majeure ou peut se contenter de prouver son absence de faute⁶. Ainsi, B. Dubuisson, après avoir affirmé que le débiteur d'une obligation de résultat doit démontrer que « l'inexécution trouve sa source dans une cause étrangère qui ne lui est pas imputable » soutient ensuite que « le débiteur reste responsable si la cause de l'inexécution reste indéterminée et s'il ne parvient pas à démontrer

1. V. RONNEAU, « La charge de la preuve en responsabilité civile extracontractuelle », *o.c.*, n° 13. Pour une synthèse des théories sur la charge de la preuve, D. MOUGENOT, « La preuve : évolution et révolution », in *Le droit des obligations et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, La Chartre, 2004, pp. 122 et s.

2. Les résultats en sont d'ailleurs discutés. Voir les divergences d'opinions relatives par D. MOUGENOT, *o.c.*, p. 136, note 71.

3. Sur ces principes, N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, pp. 81 et s. ; D. MOUGENOT, « La preuve », *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, pp. 95 et s. Pour des nuances, G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, *o.c.*, n° 530, distinguant l'inexécution totale de l'exécution défectueuse.

4. A. TUNC, « Force majeure et absence de faute en matière contractuelle », *R.T.D. civ.*, 1945, pp. 242 et s.

5. En doctrine belge, R. KRUIHOF, « Schuld, risico, imprevisie en overmacht bij de niet-nakoming van contractuele verbintenissen. Een rechtsvergelijkende benadering », *Hommage à René DEKKERS*, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 283.

6. Dans le même sens, M. CLAVIE, *o.c.*, p. 26, n° 10. La doctrine française est plus ferme. G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, *o.c.*, n° 530 (mais l'exposé ultérieur reprend les deux conceptions possibles).

l'absence de faute »¹. Certains soulignent qu'en pratique le débiteur qui prouve l'absence de faute apporte souvent dans le même temps la preuve d'une cause exonératoire².

D'autres montrent qu'il n'est pas plus facile de prouver l'absence de faute que de prouver la cause étrangère exonératoire et en concluent qu'il n'y a pas de réelle différence pratique entre une obligation de résultat classique requérant la preuve positive d'une cause étrangère exonératoire et une obligation de résultat allégée où le débiteur peut se contenter d'établir son absence de faute³.

99. La jurisprudence de la Cour de cassation belge n'est pas dépourvue d'ambiguïté. Pour la Cour, la force majeure ou plus largement la cause étrangère libératoire s'entend d'un obstacle ou de circonstances imprévisibles à la conclusion du contrat, non imputables à la faute du débiteur et rendant absolument impossible l'exécution de l'obligation par celui-ci⁴.

Cette définition est rigoureuse. La force majeure se caractérise par l'impossibilité absolue d'exécution, par l'imprévisibilité et l'inévitabilité des événements qui la constituent, ce qui exclut toute faute du débiteur⁵. Même si la doctrine et la jurisprudence belges admettent que l'impossibilité d'exécution doit s'apprécier de façon raisonnable et humaine⁶, il ne semble pas que la force majeure s'identifie à l'absence de faute⁷.

La Cour de cassation belge a toutefois une tendance, en matière d'exécution des conventions, à identifier la force majeure à l'absence de faute. Dans un arrêt du 19 octobre 1995⁸, la Cour a rejeté un pourvoi dont un des moyens critiquait les juges du fond pour avoir fondé leur décision sur une version nouvelle de l'article 1733 du Code civil alors que, selon eux, au moment des faits, la version ancienne était applicable. La Cour estime que « la responsabilité du preneur en cas d'incendie prévue par l'ancienne version de l'article 1733 est, en soi, identique à celle prévue par la version modifiée ».

L'affirmation vaut d'être soulignée. La version modifiée dispose qu'« Il [le preneur] répond des dégradations ou des pertes qui arrivent pendant sa jouissance, à moins qu'il ne prouve qu'elles ont eu lieu sans sa faute ». La version ancienne prévoyait que « le preneur répond de l'incendie à moins qu'il ne prouve

1. *O.c.*, CUP, 1998, p. 104, n° 11. Comparer S. STIJS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique (1985-1995) », *J.T.*, 1996, pp. 726 et s. Après avoir énoncé les conditions traditionnelles auxquelles un événement peut être érigé en cause étrangère libératoire (impossibilité d'exécution, absence de faute du débiteur dans la genèse des circonstances constituant l'obstacle et rendant l'exécution de l'obligation impossible), ces auteurs paraissent approuver une conception moins stricte où la force majeure se ramène en définitive à l'absence de faute. Comparer P. A. FORIERS, « Le contrat de prestation de services: obligations des parties et responsabilité contractuelle », in *Les contrats de services*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 1994, p. 197, n° 82 (cet auteur insiste sur les degrés qui peuvent affecter tant les obligations de moyens que les obligations de résultat).

2. P. A. FORIERS, *o.c.*, p. 199.

3. En ce sens, à partir d'une analyse de la jurisprudence belge récente, M. CLAVIE, « La charge de la preuve: questions choisies en matière contractuelle », in *La preuve*, Liège, CUP, vol. 54, mars 2002, pp. 28 et s.

4. Voir notamment. Cass., 12 juin 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 264 ; Cass., 15 février 1951, *Pas.*, 1951, I, p. 388 ; Cass., 9 décembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 408. Pour un commentaire et une analyse de la jurisprudence ultérieure, S. STIJS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique (1985-1995) », *J.T.*, 1996, p. 727.

5. Voir la synthèse de M. CLAVIE, *o.c.*, p. 31. Pour une étude plus analytique et un relevé des variations terminologiques en jurisprudence et en doctrine, P. A. FORIERS et Ch. DE LEVAL, « Force majeure et contrat », in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, pp. 243 et s. relativisant chacun des éléments de la force majeure ; D. PHILIPPE, « Les clauses de force majeure, d'imprévision et de transfert des risques », in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles, La Chartre, 2001, pp. 2 et s.

6. S. STIJS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique (1985-1995) », *J.T.*, 1996, p. 727, 1^{re} col. ; P. A. FORIERS et Ch. DE LEVAL, *o.c.*, pp. 243 et s.

7. Voir l'analyse de R. KRUIHOF *et al.*, *T.P.R.*, 1994, pp. 516 et s. distinguant clairement *leer van de ontoerekenbare onmogelijkheid* et *schuldleer* selon laquelle l'absence de faute suffit à exonérer le débiteur. W. VAN GERVEN et S. COVEMAERKER, (*Verbintenissenrecht*, Louvain, Acco, 2001, pp. 106 et s.) montrent la proximité des deux théories. P. A. FORIERS et Ch. DE LEVAL (*o.c.*, pp. 251 et s.), après avoir, semble-t-il, admis l'équipollence de la force majeure et de l'absence de faute, concluent que la force majeure garde un brillant avenir.

8. *Pas.*, 1995, I, 932. Pour un commentaire, M. CLAVIE, *o.c.*, pp. 32 et s.

que l'incendie est arrivé par cas fortuit ou force majeure, ou par vice de construction ou que le feu a été communiqué par une maison voisine ». Ce faisant, la Cour pose un lien étroit entre la force majeure et l'absence de faute du débiteur, le locataire, en l'occurrence¹. La position de la Cour est ambiguë dans la mesure où elle a maintenu sa définition traditionnelle de la force majeure.

100. L'arrêt de la Cour de cassation concerne le louage de choses. À contrat spécial, règle spéciale, dira-t-on. Observons toutefois que bon nombre de textes du Code civil, qui imposent au débiteur une obligation de restitution, libèrent celui-ci de sa responsabilité à raison de pertes ou de dégradations s'il n'a pas commis de faute. Tel est le régime dont bénéficient l'emprunteur dans le prêt à usage (art. 1884 C. civ.), le locataire dans le louage de choses (art. 1732 C. civ.) ou le dépositaire dans le dépôt (art. 1933 C. civ.)².

La doctrine y a vu des obligations de résultat allégées dont le débiteur est admis à s'exonérer en établissant qu'il n'a pas commis de faute. Il est alors tenu d'une simple présomption de faute susceptible de preuve contraire³.

Par un mouvement assez naturel, on est alors conduit à opposer ces obligations de résultat atténuées aux obligations de résultat strictes ou classiques. Celles-ci seraient visées à l'article 1147 du Code civil selon lequel la responsabilité du débiteur d'une obligation de résultat est engagée « toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée ».

Ce texte ne parle pas de faute mais d'inexécution⁴. Il ne prévoit la libération du débiteur que moyennant la preuve d'une cause étrangère. On peut donc soutenir qu'il établit un régime de responsabilité plus strict que celui prévu par les textes spéciaux cités plus haut.

La jurisprudence de la Cour de cassation belge incline pourtant en sens contraire. Statuant sur la base de l'article 4 de la loi du 25 août 1891 sur le contrat de transport, la Cour de cassation a admis que la preuve de la cause exonératoire libérant le transporteur puisse « résulter indirectement d'un ensemble de circonstances excluant la possibilité de toute faute de sa part »⁵.

La solution mérite d'être soulignée car l'obligation du transporteur est généralement considérée comme une obligation de résultat pure et dure. L'article 4 précité le confirme en prévoyant la responsabilité de celui-ci à raison des avaries, pertes ou accidents survenus aux voyageurs, « s'il ne prouve pas que l'avarie, la perte ou les accidents proviennent d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée ». La Cour de cassation relève explicitement que « les derniers termes de l'article 4 précité, empruntés à l'article 1147 du Code civil, ont dans les deux textes la même portée »⁶. Il faut en conclure que l'arrêt, rendu à propos de l'obligation du transporteur, peut être généralisé à toutes les obligations de résultat.

101. L'arrêt du 5 janvier 1995, tant par les concepts qu'il utilise que par la solution qu'il adopte, suscite une série de questions sur le fondement de l'obligation

1. Sur la jurisprudence antérieure de la Cour, R. KRUTHOF *et al.*, *T.P.R.*, 1994, pp. 516 et s. *Adde* : Y. MERCHERS, « La responsabilité du locataire en cas d'incendie et son assurance », in *Mélanges R. O. DALCO*, Bruxelles, Larcier, 1994, pp. 425 et s. et la jurisprudence citée p. 430, note 13. Sur la jurisprudence postérieure, M. HIGNY, « L'incendie et le vice caché des lieux loués : un partage de responsabilités possible », note sous Cass. 6 novembre 2014, *R.C.J.B.*, 2017, p. 400.

2. Pour une étude d'ensemble, M.-L. MORANÇAIS-DEMEESTER, « La responsabilité des personnes obligées à restitution », *R.T.D.civ.*, 1993, pp. 757 et s. ; B. DUBUISSON, *o.c.*, Liège, CUP, 1998, pp. 115 et s. ; M. CLAVIE, *o.c.*, pp. 26 et s. ; P. A. FORTIERS, *o.c.*, 1994, pp. 202 et s.

3. B. DUBUISSON, *o.c.*, Liège, CUP, 1998, p. 105 ; G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, *o.c.*, n° 534-1.

4. Voir la remarque dubitative de Carbonnier (*o.c.*, p. 298) : « C'est sans doute que la faute peut être regardée comme impliquée dans l'inexécution » ; comparer P. ESMEIN, « Le fondement de la responsabilité contractuelle », *R.T.D.civ.*, 1933, p. 633.

5. Cass., 5 janvier 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 18.

6. *Pas.*, 1995, I, p. 18. Pour un commentaire, M. CLAVIE, *o.c.*, pp. 36 et s.

de résultat, sur son intérêt pour le créancier de l'obligation inexécutée, sur sa portée au regard des trois conditions classiques de la responsabilité civile – dommage, faute et lien causal – pour autant que l'on accepte de travailler dans ces termes.

La libération du transporteur et, de façon plus générale, la libération du débiteur d'une obligation de résultat exclut qu'une faute puisse lui être imputée. Pour être plus précis, la libération du débiteur d'une obligation de résultat exclut qu'une faute de celui-ci intervienne dans la genèse des circonstances constituant l'obstacle invoqué au titre de cause libératoire¹. Cette omniprésence de la faute s'explique : à partir du moment où l'on admet que l'obligation de résultat est fondée sur une présomption simple de faute², il est logique que le débiteur de l'obligation inexécutée puisse se limiter à apporter la preuve de l'absence de faute, sans avoir en outre à prouver positivement la cause étrangère. C'est ce qu'admet la Cour de cassation dans son arrêt du 5 janvier 1995 : la preuve de la cause étrangère ne doit pas nécessairement être établie de façon directe par le débiteur mais peut « résulter indirectement d'un ensemble de circonstances excluant la possibilité de toute faute de sa part ». Dans cette perspective, l'absence de faute devient une composante essentielle de la définition de la force majeure. Celle-ci se définit exactement par rapport au contenu des obligations assumées par le débiteur. Le débiteur qui prouve l'absence de faute prouve également la cause étrangère libératoire au sens de l'article 1147 du Code civil³. La doctrine belge ne paraît pas opposée à cette solution en principe plus favorable au débiteur de l'obligation inexécutée⁴.

À notre avis, l'article 1147 du Code civil requiert en principe une preuve positive de la cause étrangère. On nous objectera qu'en pratique, il n'y a pas de différence tranchée entre la preuve de l'absence de faute et la preuve d'une cause étrangère (*supra*, n° 98). Il y a toutefois des cas où la preuve de l'absence de faute n'équivaut pas à la preuve positive de la cause étrangère. Supposons qu'un dresseur se voit confier un cheval pour l'entraîner à la compétition. Le cheval est victime d'une déchirure musculaire. Le dresseur peut démontrer qu'il n'est pas fautif (le box est bien conçu, le travail du cheval est régulier sans être excessif, etc.) mais il est incapable de préciser les circonstances précises de l'accident. Le dresseur qui aurait à rapporter la preuve positive de la cause exonératoire aurait une tâche plus lourde que celui qui peut se contenter de rapporter la preuve d'une absence de faute⁵.

1. Voir p. ex., Cass., 15 février 1951, *Pas.*, 1951, I, p. 388 ; Cass., 25 novembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 333 ; Cass., 10 novembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 685.

2. En ce sens, très vigoureusement, P. ESMEIN, *o.c.*, 1933, p. 630, se référant à Josserand ; L. CORNELIS, *Principes*, pp. 164 et s. ; G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité, o.c.* n° 527-2 confrontant les obligations de résultat et la responsabilité objective.

3. La doctrine néerlandophone oppose la conception rigoureuse de la force majeure (*leer van de ontoerekenbare onmogelijkheid*) à une conception plus souple où il y a équilibre entre la force majeure et l'absence de la faute (*schuldleer*), R. KRUTHOF et al., *T.P.R.*, 1994, pp. 516 et s. Il n'y a pas réellement d'opposition tranchée entre les deux conceptions si l'on admet que l'impossibilité d'exécution qui résulte d'un cas de force majeure doit être appréciée de façon humaine et raisonnable, ce qui ramène en définitive à une appréciation du comportement du débiteur par rapport aux obligations assumées dans le contrat. En ce sens, P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 2010, n° 967 semble considérer que la force majeure serait une notion théoriquement superflue.

4. P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence – Les obligations (1968-1973) », *R.C.J.B.*, 1975, pp. 218 et s. ; A. VAN OEVELEN, « Actuele jurisprudentiele en legislatieve ontwikkelingen inzake de sancties bij niet-nakoming van contractuele verbintenissen », *R.W.*, 1994-1995, pp. 837 et s. Voir aussi les références citées *supra*, sous le n° 99.

5. Sur ce cas, Cass. fr., 15 avril 1979, *J.C.P.*, 1980, II, 19402. En jurisprudence belge, Comm. Charleroi, 29 septembre 1992, *J.L.M.B.*, 1993, pp. 1316 et s. (à propos d'un revêtement de sol défectueux pour des raisons incertaines).

C. PRÉSUMPTION DE FAUTE OU PRÉSUMPTION DE RESPONSABILITÉ

102. La Cour de cassation, dans son arrêt du 5 janvier 1995, évoque la « présomption de responsabilité établie à charge du transporteur »¹. L'expression est troublante car elle vise un régime plus strict pour le débiteur que celui de la présomption de faute². Plus souvent utilisée dans le domaine de la responsabilité du fait des choses, la présomption de responsabilité combine une présomption de faute *et* une présomption de lien causal³. Il est paradoxal de l'appliquer à l'obligation de résultat et d'aboutir à un régime moins rigoureux pour le débiteur que celui qui résulte de la lettre de l'article 1147 du Code civil.

Certains auteurs soutiennent que le débiteur d'une obligation de résultat est « présumé responsable, la présomption portant à la fois sur la faute et sur le lien causal. Pour écarter cette responsabilité, il devra démontrer que l'inexécution trouve sa source dans une cause étrangère qui ne lui est pas imputable »⁴. Cette dernière affirmation, qui fait un sort plus dur au débiteur, nous paraît plus conforme à la définition d'une présomption de responsabilité et au prescrit de l'article 1147 du Code civil.

103. L'article 1147 du Code civil soumet l'exonération du débiteur de l'obligation inexécutée à la démonstration que l'inexécution provienne d'une cause étrangère (force majeure, fait du créancier, fait d'un tiers). Dans un même jet, cette disposition paraît fondre et confondre deux choses différentes, une question d'imputabilité d'une part, une question de causalité d'autre part.

L'imputabilité est un élément constitutif de la faute, un minimum de conscience et de liberté étant nécessaires dans le chef de l'auteur de l'inexécution pour que celle-ci puisse lui être rapportée. L'inexécution, pour engager la responsabilité contractuelle de son auteur, doit être le fait d'un sujet conscient et libre. À défaut de cette composante psychologique, celui qui n'exécute pas le contrat ne peut voir sa responsabilité contractuelle engagée : il est l'instrument de l'inexécution, il n'en est pas l'auteur responsable⁵. À défaut d'imputabilité, la faute n'existe pas, bien que l'acte objectivement illicite du contractant soit la cause de l'inexécution. On peut aussi imaginer qu'une faute existe mais que la responsabilité contractuelle de son auteur ne soit pas engagée, à défaut du lien causal requis⁶. C'est, à notre avis, une question non d'imputabilité mais de causalité que la Cour de cassation belge a tranchée dans son arrêt du 5 janvier 1995. Dans cette affaire, le voyageur blessé prétendait qu'il était tombé entre le train et le quai alors que le convoi était, selon lui, à l'arrêt. La SNCB prétendait, en produisant des déclarations de son personnel, que le voyageur avait sauté du train en mouvement.

La jurisprudence française montre l'intérêt de distinguer le plan du lien causal et celui du fait générateur. La preuve du lien causal entre le dommage et le manquement à une obligation de résultat a fait l'objet d'une évolution dans la jurisprudence de la Cour de cassation française.

Après avoir, dans un premier temps, affirmé que l'obligation de résultat emporte à la fois présomption de faute et présomption de causalité entre la

1. *Pas.*, 1995, I, p. 18, 2^e col.

2. Sur la notion dans le domaine du contrat de transport, qui est celui de l'arrêt du 5 janvier 1995, J. PUTZEYS, « Présomption de responsabilité ou présomption de faute? Confusions dans le droit des transports », in *Mélanges R.O. DALCQ*, pp. 497 et s. En jurisprudence du fond, Mons, 4 mars 2002, *J.T.*, 2003, pp. 159 et s.

3. A. LAGASSE, note sous Cass., 6 octobre 1961, *R.C.J.B.*, 1963, pp. 25 et s.

4. B. DUBUISSON, *o.c.*, Liège, CUP, 1998, p. 104.

5. Voir p. ex. l'arrêt du 29 novembre 1984, *R.C.J.B.*, 1987, pp. 213 et s., note F. GLANSDORFF, décidant que l'acte du preneur accompli dans un état grave de déséquilibre mental ne peut être considéré comme fautif et ne peut donc engager sa responsabilité contractuelle.

6. La distinction a été énoncée très clairement mais pour la matière délictuelle par A. LAGASSE, *o.c.*, pp. 25 et s.

prestation fournie et le dommage invoqué¹, la Cour a, dans des arrêts ultérieurs, décidé qu'il appartient en principe à la victime de prouver le lien causal entre l'inexécution et le dommage allégué². Ce point de vue est correct à condition d'admettre que l'obligation de résultat est fondée sur une présomption de faute et non sur une présomption de responsabilité.

D. INEXÉCUTION DE L'OBLIGATION CONTRACTUELLE ET DOMMAGE

104. La preuve du dommage doit, en principe, être établie par la victime. La Cour de cassation française a rendu un arrêt remarqué en considérant que « l'indemnisation du bailleur en raison de l'inexécution par le preneur des réparations locatives prévues au bail n'est subordonnée ni à l'exécution de ces réparations ni à la justification d'un préjudice » (nous soulignons)³.

La solution peut surprendre pour qui considère que le préjudice est une condition essentielle de la responsabilité civile et donc de la responsabilité contractuelle⁴. Focalisée sur le fait générateur de responsabilité, la doctrine ne prête pas une grande attention au dommage en cas d'inexécution d'une obligation de résultat. Si l'on en croit certaine doctrine française, « la non-réalisation du résultat promis (...) se confond *presque toujours* (nous soulignons) avec le dommage lui-même »⁵.

Dans la majorité des cas, l'inexécution d'une obligation contractuelle, qu'elle soit de moyens ou de résultat, entraîne pour le créancier victime de l'inexécution un préjudice dont le Code civil énonce d'ailleurs explicitement les principes d'indemnisation aux articles 1149 et suivants⁶.

105. L'inexécution d'une obligation contractuelle n'entraîne pas toujours un préjudice incontestable pour la victime de l'inexécution, comme le montre l'exemple suivant inspiré de la jurisprudence anglaise⁷. Un entrepreneur, chargé de la construction d'une piscine, ne respecte pas des stipulations contractuelles précises. La piscine achevée, le client s'aperçoit que la profondeur maximale de celle-ci avoisine les deux mètres alors qu'une profondeur maximale d'environ deux mètres vingt-cinq était prévue.

A-t-il droit à des dommages et intérêts et de quel montant, sachant que la valeur de la piscine n'en est pas affectée, pas plus que l'utilité que le client est en droit d'en attendre ? Il reste possible de plonger et de nager en toute sécurité dans une piscine dont la profondeur est légèrement inférieure aux deux mètres vingt-cinq convenus.

1. Cass. fr. (civ.), 16 février 1988, *R.T.D. civ.*, 1988, p. 767.

2. Cass. fr. (civ.), 16 octobre 2001 (à propos d'une cuisinière à gaz explosant un an après l'achat et causant des blessures à son propriétaire), *R.T.D. civ.*, 2001, pp. 514 et s. ; Cass. fr. (com.), 22 janvier 2002 (à propos de la responsabilité d'un garagiste réparateur et du lien qu'une réparation électrique effectuée par ses soins entretenait avec la panne ultérieure d'un système de réfrigération), *R.T.D. civ.*, 2002, p. 515.

3. Cass. fr. (civ.), 30 janvier 2002, *R.T.D. civ.*, 2002, p. 817, obs. P. JOURDAIN. La Cour a toutefois, dans des arrêts ultérieurs, réaffirmé l'exigence d'un préjudice en matière contractuelle. Cass. fr. (civ.), 3 décembre 2003, *R.T.D. civ.*, 2004, p. 295, obs. P. JOURDAIN. Comparer toutefois, à propos de l'inexécution d'une obligation de ne pas faire : Cass. fr. (civ.), 10 mai 2005, *R.T.D. civ.*, 2005, pp. 600 et s. ; obs. P. JOURDAIN.

4. P. JOURDAIN, obs. précitées, la trouve « un brin provocatrice ».

5. G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité, o.c.*, n° 530 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Paris, Defrénois, 2003, pp. 486 et s. Comparer B. DUBUISSON (*o.c.*, 1998, p. 100) qui, se référant à Domat, considère que la faute s'identifie en principe à l'inexécution. *Contra* : P. ESMEIN, *o.c.*, 1933, pp. 632 et s. *Adde* : P. WÉRY, *Le mandat*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 225 et la jurisprudence citée en note 6.

6. Pour une étude d'ensemble de la question, I. DURANT et N. VERHEYDEN-JEANMART, « Les dommages et intérêts accordés au titre de la réparation d'un dommage contractuel », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles* (dir. M. FONTAINE et G. VINEY), Bruxelles, Bruylant et Paris, L.G.D.J., 2001, pp. 307 et s.

7. Il s'agit de l'affaire *Ruxley Electronics Ltd, H. of L.* [1995] 3 *WLR*, 118 dont nous avons simplifié les faits. Pour un commentaire, X. THUNIS et P. WÉRY, *Revue européenne de droit privé*, 1996-4, pp. 383 et s. ; R.-A. POSNER, *Law and legal theory in the UK and USA*, Oxford, Clarendon Press, 1996.

Plusieurs solutions sont concevables, deux extrêmes et un moyen terme. Première solution maximaliste : considérer que le maître de l'ouvrage insatisfait a droit au coût de reconstruction d'un bassin conforme aux exigences contractuelles. C'est la sanction d'un manquement et la fonction « punitive » de la responsabilité civile qui sont ici à l'avant-plan.

Deuxième solution minimaliste : considérer que le manquement contractuel n'affectant pas l'utilité de l'ouvrage construit, le maître de l'ouvrage, déçu dans ses attentes, ne peut se prévaloir d'aucun préjudice justifiant l'octroi de dommages-intérêts. C'est la compensation d'un préjudice et la fonction indemnitaire de la responsabilité civile qui sont alors soulignées.

Aux deux solutions radicales qui viennent d'être exposées, la Chambre des Lords préfère un moyen terme adopté par le juge du premier degré : l'octroi de dommages-intérêts pour compenser le préjudice d'agrément (*loss of amenity*).

Deux arguments principaux sont invoqués à l'appui de la solution retenue. D'une part, il serait déraisonnable d'octroyer au maître de l'ouvrage le coût de reconstruction d'un nouveau bassin de natation alors que le bassin construit, quoique d'une profondeur légèrement inférieure, est parfaitement utilisable (*perfectly serviceable*) !

D'autre part, le préjudice d'agrément subi par le créancier justifie l'octroi d'une indemnité destinée à compenser son attente déçue (*disappointed expectations*). Il nous paraît que cette indemnité remplit non une fonction de paiement assignée à une exécution par équivalent mais une fonction de réparation où pointe un certain objectif de sanction, voire de punition.

§ 3. Critères de la distinction

106. Aucun critère ne détermine à coup sûr l'inclusion de telle ou telle obligation contractuelle dans la catégorie des obligations de moyens ou dans celle des obligations de résultat. Une palette de critères oriente la qualification sans jouer de façon déterministe. Le poids variable que les juges accordent à la satisfaction du créancier et à la protection de sa sécurité physique ou de ses attentes légitimes peut entraîner des variations de qualification dans le temps ou, même, à un moment donné, des discordances de qualification d'une juridiction à l'autre dans des hypothèses similaires. Ainsi l'obligation de sécurité est-elle, selon les époques et selon les juridictions, classée tantôt parmi les obligations de moyens, tantôt parmi les obligations de résultat. Des différences sensibles sont perceptibles en droit belge et en droit français dont le terreau législatif est pourtant commun¹. Une analyse purement juridique ne peut pas fournir une explication totalement satisfaisante de ces divergences. Celles-ci sont dues à des politiques jurisprudentielles nuancées. Les juges du fond restent attentifs à la singularité du cas. Au fil des décisions systématisées par une doctrine en quête de cohérence², émergent, implicitement ou explicitement, une série de critères dont la combinaison peut fournir à la jurisprudence des indications convergentes sur le type d'obligation en cause. Notre objectif est de dégager de façon générale les principaux critères de classification, en montrant comment ils se combinent ou comment ils s'opposent. Certains auteurs se sont plu à souligner les incohérences jurispruden-

1. La jurisprudence belge penche pour l'obligation de moyens. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 47 ; V. RONNEAU, « La charge de la preuve en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », *o.c.*, n^{os} 15 et s. (à propos de l'obligation de sécurité des communes et des hôpitaux). En droit français, Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *o.c.*, pp. 473 et s. montrant que tantôt l'obligation de sécurité est une obligation de résultat, tantôt elle est une obligation de moyens.

2. J. FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et de résultat*, Paris, L.G.D.J., 1965. Cet auteur montre le caractère relatif de la distinction. Très critiques de la distinction, P. ESMEIN, « L'obligation et la responsabilité contractuelle », *Études RIPERT*, Paris, L.G.D.J., 1950, t. II, pp. 101 et s. ; J. BELLISSENT, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Paris, L.G.D.J., 2001.

tielles et les renversements d'évolution¹, ce qui leur a permis de fourbir des critiques acerbes, mais un peu faciles. La distinction des obligations de moyens et de résultat est méthodologiquement et pédagogiquement utile, même si elle ne surmonte pas toujours l'écueil de la casuistique. Partant de la distinction proposée par R. Demogue, la jurisprudence, soucieuse de « coller » aux situations, a fini par créer un dégradé juridique que le Code civil n'interdit pas. Ce dégradé va de l'obligation de moyens à l'obligation de résultat en passant par des nuances intermédiaires, obligations de moyens renforcées et obligations de résultat atténuées. La jurisprudence ne se contente pas de qualifier globalement l'activité du débiteur en obligation de moyens ou de résultat. Elle distingue précisément, à l'aide des critères énumérés ci-dessous, les domaines de son activité auxquels elle applique la distinction. L'avocat, qui conçoit une stratégie juridique, est tenu d'une obligation de moyens mais il verra sa responsabilité engagée en tant que débiteur d'une obligation de résultat s'il ne respecte pas les délais d'appel ou d'opposition.

Aux obligations de moyens et de résultat sont venues s'ajouter les obligations de garantie dont l'inexécution, quelle qu'en soit la cause, entraîne la responsabilité du débiteur².

107. Pour clarifier une matière touffue, nous proposons une classification tripartite. Une obligation peut être qualifiée de moyens ou de résultat par la loi ou par la volonté des parties. La source, légale ou conventionnelle, oriente la qualification de l'obligation (A).

Ce n'est pas suffisant. Tant la loi que la convention peuvent poser des problèmes d'interprétation. D'autres critères sont parfois nécessaires pour faire parler une norme contractuelle ou légale incertaine. Certains critères s'attachent en priorité au pôle objectif des relations entre parties, à l'objet de l'obligation, à l'aléa qui grève son exécution ou aux conditions de cette exécution (B).

D'autres critères enfin, à résonance plus subjective, s'attachent à la situation des parties, à leur qualité, à leur rôle respectif dans l'exécution de l'obligation ou aux attentes que le créancier victime de l'inexécution pouvait légitimement nourrir (C).

A. QUALIFICATION LÉGALE OU CONVENTIONNELLE DE L'OBLIGATION

1. La loi

108. Il arrive que la loi se prononce sur la qualification de l'obligation ou fournisse des indications permettant de la qualifier. L'article 1147 du Code civil énonce, sans plus de précisions, le principe d'une obligation stricte à charge du débiteur contractuel. Sa formulation générale a incité la doctrine à considérer que l'obligation de résultat serait le régime de droit commun de la responsabilité actuelle³. Ainsi qu'on l'a indiqué, il est classique, depuis R. Demogue, d'opposer ce régime à celui prévu par l'article 1137, alinéa 1^{er} du Code civil qui établirait,

1. Dans ce registre, Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *o.c.*, pp. 473 et s.

2. Nous n'étudierons pas cette catégorie d'obligations qui est, à notre avis, à la marge de la responsabilité civile. J.-L. FAGNART, « Les obligations de garantie », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean BAUGNIET*, Bruxelles, 1976, pp. 233 et s. ; P. A. FORIERS, *o.c.*, 1994, pp. 201 et s. En droit français, B. GROSS, *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, Paris, L.G.D.J., 1964 ; G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, *o.c.*, n° 534-2.

3. En ce sens, B. DUBUISSON, *o.c.*, Liège, CUP, 1998, p. 107. Comparer G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, *o.c.*, n° 538. Selon B. DUBUISSON (*o.c.*, p. 117), la majorité des obligations seraient de résultat. Ceci nous paraît discutable.

lui aussi, une règle générale¹: le débiteur d'une obligation contractuelle de moyens doit agir en bon père de famille et se voit tenu de sa *culpa levis in abstracto*², c'est-à-dire de sa faute légère. Certains y voient une particularité de la responsabilité contractuelle par rapport à la responsabilité extracontractuelle où le bon père de famille serait tenu de sa faute très légère³. Cette distinction nous paraît inutile. Elle entraîne une casuistique fondée sur la gravité de la faute que le Code civil a précisément cherché à éviter⁴. Sous réserve du dol, l'indemnisation ne dépend pas de la gravité de la faute commise par le débiteur contractuel.

109. Cette présentation dualiste résulte du travail doctrinal plus que du Code civil qui n'est guère systématique. Bon nombre de ses dispositions ne comportent que des indications sur lesquelles la jurisprudence s'est appuyée pour introduire une gradation dans l'intensité et l'étendue des obligations assumées. Cette observation, faite à propos des obligations de résultat se vérifie aussi pour les obligations de moyens. La qualification d'obligation de moyens ne détermine pas un régime juridique homogène de responsabilité contractuelle. Comme l'indique l'alinéa 2 de l'article 1137 du Code civil, l'obligation est « plus ou moins étendue relativement à certains contrats ». Comme l'obligation de résultat, l'obligation de moyens comporte des degrés. Elle peut être renforcée. Ainsi, en matière de prêt à usage, l'emprunteur, tenu par application de l'article 1880 du Code civil « de veiller, en bon père de famille à la garde et à la conservation de la chose prêtée » est responsable, en vertu de l'article 1882 du Code civil, de la perte de la chose prêtée survenue par force majeure quand cette perte aurait pu être évitée par exposition au risque d'une chose propre à l'emprunteur.

Dans d'autres cas, le législateur fait preuve d'indulgence en allégeant le sort du débiteur contractuel, selon différentes techniques. Dans le cas du dépositaire bénévole par exemple, l'article 1927 du Code civil consacre la *culpa levis in concreto* : « Le dépositaire doit apporter dans la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent »⁵. La portée de l'article 1992 relatif au mandat bénévole est moins claire. Ces deux dispositions diminuent en tout cas le coefficient de diligence requis du débiteur bénévole⁶. En ce qui concerne la gestion d'affaires, l'article 1374 du Code civil, après avoir affirmé que « (le gérant) est tenu d'apporter à la gestion de l'affaire, tous les soins d'un bon père de famille », autorise le juge, en fonction des circonstances, « à modérer les dommages et intérêts qui résulteraient des fautes ou de la négligence du gérant ». Certes, la gestion d'affaires est un quasi-contrat, non un contrat. Le pouvoir de modération accordé au juge mérite toutefois d'être souligné car il est exceptionnel⁷. Il manifeste le souci du législateur

1. Notons que cette difficulté a été résolue non par l'affirmation de la prévalence d'un régime sur l'autre mais par la reconnaissance d'un régime dualiste de responsabilité contractuelle.

2. En ce sens, H. VANDENBERGHE, « De grondslag van kontraktuele en extra-kontraktuele aansprakelijkheid voor eigen daad », *T.P.R.*, 1984, p. 152 et les références citées en note 6. En droit français, J. CARBONNIER, *o.c.*, p. 299, soulignant que le modèle abstrait auquel se réfère l'article 1137 n'est pas toujours suivi par le Code lui-même.

3. En ce sens, apparemment, L. CORNELIS, *Principes*, pp. 167 et s. Au-delà de la différence entre *levis* et *levissima*, un peu futile, cet auteur insiste fortement et, à juste titre selon nous, sur la différence entre la faute contractuelle et la faute extracontractuelle.

4. L'évolution du droit positif oblige à renouer avec une casuistique des fautes en restreignant la responsabilité civile de certaines catégories d'agents (travailleurs, gendarmes, etc.) à des hypothèses de faute qualifiée. Sur l'ensemble de la question, B. DUBUISSON, « Les immunités en matière de responsabilité civile ou le déclin de la responsabilité individuelle », in *Buitencontractuele aansprakelijkheid*, Bruges, die Keure, 2004, pp. 45 et s. ; R. MARCHETTI, « L'immunité en droit de la responsabilité civile : état des lieux et concepts voisins », *Trois conditions pour une responsabilité civile Sept regards* (coord. A. CATALDO et A. PÜTZ), Limal, Anthemis, 2016, p. 195.

5. G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité, o.c.*, n° 533-2, y voient une obligation de moyens allégée.

6. Pour une étude d'ensemble, P. WÉRY, « La bienfaisance en droit des obligations: la responsabilité des débiteurs bénévoles », in *Liber Amicorum Jacques HERBOTS*, Deurne, Kluwer, 2002, pp. 553 et s.

7. R. BOUT, *La gestion d'affaires en droit français contemporain*, Paris, L.G.D.J., 1972, pp. 257 et s. ; *ibid.* « Quasi-contrats. Gestion d'affaires. Effets », *Juris-Classeur civil*, art. 1372 à 1375, 1996, pp. 8 et s. Sur la portée de ce pouvoir de modération du juge, P. WÉRY, *o.c.*, pp. 566 et s.

d'adoucir la responsabilité de celui qui, d'initiative et sans convention préalable, rend service à autrui dans des conditions parfois urgentes ou même périlleuses.

Le caractère bénévole ou désintéressé de l'intervention du débiteur se traduit, dans les trois dispositions citées, par une diminution de l'intensité de l'obligation qui lui incombe ou par une (possible) modération des dommages et intérêts dus en cas d'inexécution de l'obligation contractée¹.

2. La volonté des parties

110. La liberté contractuelle reste un principe dominant la formation des contrats. Il est dès lors logique de rechercher dans la volonté des parties des indications pour déterminer si l'obligation en cause est de moyens ou de résultat. La volonté des parties joue un rôle d'autant plus important que les indications données par la loi ne sont pas toujours nettes. La Cour de cassation belge a, dans plusieurs arrêts, affirmé que la volonté des parties est déterminante pour qualifier une obligation contractuelle².

Les limites de ce critère coïncident avec les difficultés bien connues liées à l'interprétation des conventions. Les dispositions contractuelles ne précisent pas toujours la portée ou l'intensité de l'obligation contractée, ce qui oblige le juge du fond à aller plus avant dans l'interprétation du contrat et la recherche de la commune intention des parties (art. 1156 C. civ.)³. S'il doit respecter la foi due aux actes, le juge du fond peut, pour reconstituer la volonté des parties, s'appuyer sur les éléments de fait qui lui paraissent pertinents et qui relèvent de son appréciation souveraine⁴. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 3 mai 1984, l'exécution d'un contrat portant sur le nettoyage à sec d'une robe de mariée n'avait pas fourni tous les résultats espérés. Les demandeurs en cassation, se fondant notamment sur la qualité de spécialiste du débiteur, reprochaient au juge de paix de ne pas avoir imposé à celui-ci une obligation de résultat. La Cour a considéré que le juge de paix a pu déduire « la volonté des parties de l'incertitude qui existait pour l'exécution de la convention et du fait que le risque était si grand que le débiteur avait refusé de l'assumer »⁵.

L'arrêt met en relief la tension entre deux critères classiquement utilisés en jurisprudence à défaut de volonté nette exprimée par les parties, le caractère aléatoire du résultat envisagé par les parties et la qualité de professionnel du débiteur de l'obligation. Le premier milite en faveur d'une obligation de moyens, le second en faveur d'une obligation de résultat. En l'absence de disposition contractuelle « claire », la solution qui consiste à retenir l'obligation de moyens peut aussi se revendiquer de l'article 1162 du Code civil selon lequel : « Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ».

111. La recherche de la commune intention des parties n'est pas dépourvue d'un certain caractère divinatoire. L'analyse des termes employés, qui devrait permettre

1. Au terme de son étude, dans laquelle il envisage principalement le dépôt, le mandat et la gestion d'affaires, P. WÉRY conclut (pp. 573 et s.) à un principe général de modération en faveur de tout débiteur bénévole.

2. Cass., 3 mai 1984, *Pas.*, 1984, I, p.1081 et s. ; *Entr. et dr.*, 1985, p. 132 et les conclusions du Proc. gén. KRINGS très précisément commentées dans R. KRUIHOF *et al.*, *T.P.R.*, 1994, pp. 496 et s. Voir aussi Cass., 18 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, 1068 et s.

3. En jurisprudence belge, à propos d'un courtage matrimonial, comparer Civ. Liège, 9 janvier 1995, *J.L.M.B.*, 1996, pp. 522 et s. et Civ. Bruxelles, 14 avril 1995, *J.L.M.B.*, 1996, pp. 524 et s.

4. Sous réserve du respect de la foi due aux actes et du principe de la convention-loi, le juge du fond dispose en effet d'un large pouvoir d'appréciation dans l'interprétation de la convention et des éléments de fait qui l'amènent à qualifier l'obligation. À ce sujet, P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 594 et s.

5. *Pas.*, 1984, I, p. 1082.

de déterminer le degré de précision de la prestation promise¹, ne fournit pas toujours d'enseignement décisif². L'absence d'écrit ne simplifie évidemment pas les choses. Sauf dans les contrats rédigés avec l'aide de juristes, il est rare que les parties se soient explicitement accordées sur la nature ou l'intensité de l'obligation qui incombe à l'une d'entre elles. Les contestations à ce sujet devant les tribunaux sont nombreuses et obligent les juges à reconstruire la volonté commune des parties précisément mise en cause par le litige. La jurisprudence est abondante³. Les contestations peuvent surgir même quand les parties ont pris la précaution de bien définir l'objet de l'obligation et d'insérer, le cas échéant, une garantie de performance dans le contrat, ce qui indique une obligation de résultat⁴ ou quand elles précisent, à l'inverse, que le débiteur s'engage à respecter les règles de l'art, ce qui indique une obligation de moyens⁵. Ce que les juges confrontent en définitive, c'est ce que l'on peut raisonnablement exiger du débiteur et ce que le créancier peut légitimement attendre de lui au regard de l'objet du contrat et de l'utilité que les parties envisagent d'en retirer au moment de la conclusion de celui-ci⁶. L'article 1137 du Code civil fait d'ailleurs explicitement référence à l'utilité commune des parties, ce qui autorise une analyse plus objective du contrat, moins artificielle que celle qui consiste à remonter à une commune intention dont le conflit en cause montre le caractère fort hypothétique⁷.

La recherche de la commune intention des parties, qui doit permettre la qualification de l'obligation en obligation de moyens ou de résultat, paraît inadaptée pour qualifier les obligations étrangères à l'exécution du contrat, telle que l'obligation précontractuelle d'information⁸. Ce sont d'ailleurs des obligations que les contractants n'ont pas voulues et qui sont d'origine jurisprudentielle ou légale.

112. La volonté des parties s'exerce en principe librement. Il n'est pas exclu qu'elle allège ou, au contraire, qu'elle durcisse les obligations du débiteur contractuel. Une obligation considérée comme une obligation de moyens par application du critère de l'aléa peut se muer, par la volonté des parties, en obligation de résultat⁹. La validité de l'opération inverse n'est, en revanche, pas absolument sûre. Les jurisprudences, tant belge que française, mettent en effet des limites aux possibilités pour le débiteur d'alléger ses obligations ou sa res-

1. La plus ou moins grande précision de la prestation promise, prônée par J. Frossard dans son ouvrage (cité *supra*, sous le n° 106), se fonde sur la volonté des parties. Le même type de critère peut s'appliquer aux déclarations de volonté unilatérale telles qu'elles s'expriment dans une lettre de patronage. Voir p. ex., Civ. Verviers, 8 janvier 2001, *Droit bancaire et financier*, 2002, pp. 45 et s., note L. DU JARDIN.
2. Les parties, s'il s'agit d'un contrat, ou une des parties, s'il s'agit d'une déclaration unilatérale de volonté, peuvent souhaiter maintenir l'ambiguïté sur la portée de leurs engagements. Sur cette question en matière de garanties bancaires, L. SIMONT, « Garantie indépendante ou cautionnement », in *L'actualité des garanties à première demande*, AEBDF Belgium, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 101 et s.
3. S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique (1985-1995) », *J.T.*, 1996, pp. 724 et s. ; J. HERBOTS, S. STIJNS, E. DEGROOTE, W. LAUWERS et I. SAMOY, « Overzicht van rechtspraak – Bijzondere overeenkomsten (1995-1998) », *T.P.R.*, 2002-1, particulièrement pp. 538 et s.
4. Comm. Bruxelles, 3 juin 1996, *Entr. et dr.*, 1998, p. 162, note B. LOUVEAUX. En matière médicale, Th. VANSWEEVELT, « La responsabilité des professionnels de la santé », *o.c.*, livre 25, n° 27 (promesse de guérison). Sur les garanties de performance dans les contrats internationaux, M. FONTAINE et F. DE LY, *Droit des contrats internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 350 et s.
5. Ceci est fréquent en matière de contrat d'entreprise, singulièrement en matière de contrat de construction. Sur l'obligation de l'entrepreneur de respecter les règles de l'art, G. BAERT, « Aanneming van werk », *A.P.R.*, Story-Scientia, 2001, pp. 189 et s. ; J. HERBOTS *et al.*, « Overzicht 1995-1998 », *T.P.R.*, 2002-1, pp. 528 et s.
6. Dans le même sens, B. DUBUISSON, *o.c.*, Liège, CUP, 1998, p. 108.
7. Sur les différentes thèses relatives à l'interprétation – purement volontariste, simplement volontariste, non volontariste modérée, non volontariste radicale – E. CAUSIN, « L'interprétation des contrats en droit belge », in *L'interprétation en droit*, Bruxelles, Faculté de l'Université de Saint-Louis, 1978, pp. 329 et s. Le droit belge oscille entre la thèse simplement volontariste et la thèse non volontariste modérée. C'est dans ce dernier groupe que nous classerions X. DIEUX, du moins si l'on s'en tient à la lecture de sa note « Nature et limites du droit du titulaire d'une action directe contre un contractant de son débiteur », *R.C.J.B.*, 2004, pp. 36 et s.
8. B. DUBUISSON, *o.c.*, 1998, pp. 119 et s.
9. Voir sur ce point B. DUBUISSON, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie en droit belge », in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, P. WÉRY (dir.), Bruges, La Chartre, 2001, p. 176.

ponsabilité contractuelle en cas d'inexécution du contrat. Une clause transformant une obligation de résultat en une obligation de moyens peut se voir annulée si le juge estime qu'elle porte atteinte à l'obligation essentielle ou à l'obligation fondamentale du contrat¹.

À cela s'ajoutent les limites prévues par les législations visant à éliminer les clauses abusives dans les relations entre entreprises et consommateurs, en combinant la technique de la liste des clauses abusives et une définition générale de la clause abusive laissant au juge le pouvoir d'apprécier dans quelle mesure la clause querellée engendre un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties au contrat.

B. QUALIFICATION ORIENTÉE PAR DES FACTEURS PLUTÔT OBJECTIFS²

1. *Objet du contrat ou de l'obligation*

113. Un critère fréquemment prôné en doctrine et utilisé en jurisprudence pour déterminer la qualification de l'obligation est celui de l'incertitude qui s'attache à la réalisation du résultat promis au contrat³. Lorsque le résultat envisagé contractuellement découle normalement, c'est-à-dire sans grande incertitude, de la mise en œuvre des moyens dont dispose le débiteur, l'obligation est plutôt une obligation de résultat. L'obligation de soins du médecin⁴ ou l'obligation de l'avocat de défendre les intérêts de son client⁵ sont des exemples classiques d'obligations de moyens. Si l'incertitude est telle que l'obtention du résultat envisagé par les parties ne peut pas être garantie par le débiteur, l'obligation sera normalement considérée comme une obligation de moyens. Le résultat est espéré plus que garanti. La guérison ou le gain du procès sont des résultats espérés mais ils ne découlent pas nécessairement de la mise en œuvre diligente, par le praticien, des règles de son art.

Pour qu'il y ait plutôt obligation de résultat à charge du débiteur, il faut que la prestation prévue au contrat puisse être obtenue avec une probabilité suffisante de réussite par la mise en œuvre d'une diligence raisonnable, ce qui engendre, dans le chef du créancier, des attentes légitimes quant à l'obtention du résultat. Cette présentation montre que la différence entre les obligations de moyens et de résultat n'est pas radicale.

Le critère de l'aléa est utile mais il ne permet pas de qualifier l'ensemble d'une activité professionnelle. Si l'obligation de soins du médecin est généralement qualifiée d'obligation de moyens, certaines franges de son activité, décomposée en activités donnant naissance à des obligations distinctes, peuvent engendrer des obligations de résultat. Il en est ainsi de l'obligation du médecin de se rendre

1. De telles clauses, en principe valables, ont parfois pu être déclarées nulles. Mons, 26 juin 1997, *R.R.D.*, 1997, pp. 433 et s. Sur l'ensemble de la question, X. THUNIS, *o.c.*, in *Mélanges offerts à Marcel FONTAINE*, pp. 521 et s.

2. Il s'agit de points d'appui pour la qualification dont le centre de gravité est plutôt objectif. Certes, le contrat est modelé par la volonté des parties mais celle-ci trouve à s'exprimer dans la détermination en commun d'un objet qui échappe à une appréciation totalement subjective.

3. Critère utilisé dans de nombreux domaines, qu'il s'agisse de la responsabilité du médecin, ce qui est classique, ou du garagiste comme dans Bruxelles, 19 décembre 2001, *J.L.M.B.*, 2003, pp. 636 et s. Sur ce critère, G. VINEY et P. JOURDAIN, *o.c.*, n° 541 ; B. DUBUISSON, *o.c.*, 1998, pp. 109 et s. ; R. KRUIHOF *et al.*, *o.c.*, *T.P.R.*, 1994, pp. 497 et s. (cette chronique fait opportunément le lien entre la volonté des parties et le caractère aléatoire affectant l'exécution de ce qui est promis au contrat).

4. La responsabilité médicale fournit un exemple classique d'obligation de moyens. Le médecin ne promet pas de guérir son patient, dit-on. L'affirmation est trop générale. La jurisprudence tant belge que française montre un net durcissement de la responsabilité médicale et paramédicale. J. KIRKPATRICK, « Réflexions sur la charge de la preuve en matière de responsabilité médicale et sur la distinction entre obligations de résultat et de moyens », *R.C.J.B.*, 2010, pp. 515 et s. ; Th. VANSWEEVELT, « La responsabilité des professionnels de la santé », *o.c.*, livre 25, pp. 48 et s. (à propos de l'obligation d'information). En droit français, voir la synthèse de Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *o.c.*, n° 942 et s.

5. Sur l'ensemble de la question, P. DEPUYDT, « La responsabilité civile de l'avocat », in *Les responsabilités professionnelles*, Liège, CUP, 2001, pp. 5 et s.

chez son client ou d'effectuer avec succès un acte technique considéré comme simple, dépourvu d'aléa ou grevé d'un aléa très faible¹.

Même raisonnement pour l'avocat : s'il ne promet pas à son client le gain d'un procès, il lui doit d'accomplir les actes de procédure dans les délais requis².

114. L'aléa est un critère parmi d'autres ; il doit, dans la plupart des cas, être conjugué à d'autres critères ou indices dont la convergence déterminera l'appartenance de l'obligation querellée à l'une ou l'autre catégorie.

L'aléa est souvent couplé à une analyse du rôle, plus ou moins actif, du créancier dans l'exécution de l'obligation contractuelle en cause et de l'incidence que sa participation ou sa réaction peut avoir sur la réussite de l'opération contractuelle.

Une participation active du créancier à l'exécution de l'obligation contractuelle augmente, pour le débiteur, l'aléa qui greève l'exécution de son obligation. Ce critère est fréquemment utilisé en jurisprudence³. Un contrat de conseil fait en principe naître à charge du débiteur une obligation de moyens car le fournisseur du conseil applique sa compétence à des données qui lui sont transmises par le client et dont il ne peut pas nécessairement contrôler l'exactitude ou la pertinence. D'autre part, le créancier du conseil garde la liberté, au niveau de la décision, de tenir compte ou non du conseil donné⁴. À nouveau, ce critère n'est pas absolu : dans la relation médicale, une certaine passivité voire une dépendance du patient face à l'homme de l'art inclinent à le faire bénéficier d'une obligation de résultat. La participation du patient se manifeste toutefois au niveau du choix de suivre ou de ne pas suivre un traitement, de respecter les instructions qui permettront d'augmenter la probabilité de guérison, etc.⁵.

La jurisprudence peut, par une sévérité accrue, inciter les débiteurs à réduire l'aléa qui s'attache à l'exécution de leur prestation ou, plus brutalement, décider de leur faire supporter cet aléa même s'il est irréductible parce que d'autres valeurs, considérées comme fondamentales, sont en jeu. Des considérations de politique juridique, telles que le respect de l'intégrité corporelle du patient traité ou du voyageur transporté, peuvent perturber le jeu d'un critère de classification, quel qu'il soit.

115. L'objet de l'obligation peut déterminer son appartenance à l'une ou l'autre catégorie, obligation de moyens ou de résultat. L'objet de l'obligation, c'est, au niveau le plus concret, la prestation promise dont la volonté des parties va déterminer les contours de façon plus ou moins précise⁶. La promesse d'une prestation déterminée et précise tend à indiquer l'existence d'une obligation de résultat.

1. Sur ce critère en général, B. DUBUISSON, *o.c.*, CUP, 1998, pp. 109 et s. En matière médicale, Th. VANSWEEVELT, « La responsabilité des professionnels de la santé », *o.c.*, livre 25, pp. 18 et s. citant des opérations simples ou de routine génératrices d'obligations de résultat.

2. Voir p. ex. Mons, 6 mai 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 437, note J.-P. BUYLE. En revanche, l'obligation de conseil et d'assistance de l'avocat est en principe une obligation de moyens. Liège, 30 juin 2000, *J.L.M.B.*, 2005/7, pp. 280 et s. Sur les variations dans l'intensité des obligations de l'avocat selon le rôle qu'il assume, J.-P. BUYLE, « Rôle de l'avocat dirigeant le procès », *J.L.M.B.*, 2005/7, pp. 297 et s.

3. Mons, 30 novembre 1987, *R.R.D.*, 1988, pp. 117 et s. ; Bruxelles, 7 mars 1996, *R.G.A.R.*, 1997, n° 12.871. Voir la jurisprudence citée par B. DUBUISSON, *o.c.*, 1998, pp. 109 et s. Le critère n'est pas absolu et la jurisprudence est fluctuante. Comparer en jurisprudence française, à propos de la responsabilité des exploitants de remonte-pente et de toboggan, Cass. fr., 4 novembre 1992, *D.*, 1994, jur., pp. 45 et s. et Montpellier, 20 janvier 1992, *J.C.P.*, (éd. G.), 1992, II, 22125, pp. 371 et s.

4. En ce sens, B. DUBUISSON, *o.c.*, 1998, pp. 119 et s. dont les développements concernent plutôt l'obligation précontractuelle de conseil. À propos du contrat de conseil en informatique, J.-L. FAGNART, « Le contrat de conseil en informatique », in *Droit de l'informatique: enjeux – responsabilités nouvelles*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, pp. 312 et s. La distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat est appliquée de façon nuancée à ce contrat que l'on aurait pu croire, à première vue, typiquement gouverné par l'obligation de moyens.

5. À ce sujet, Th. VANSWEEVELT, *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, Maklu, Bruylant, 1996, pp. 314 et s.

6. C'est du degré de précision de la prestation promise que J. FROSSARD tire le critère permettant de distinguer obligation de moyens et obligation de résultat. Dans le même sens, P. A. FORIERS, « Le contrat de prestation de services... », *o.c.*, 1994, pp. 198 et s.

Si, de façon générale, l'obligation de soins du médecin est une obligation de moyens, la promesse faite par le médecin au patient d'appliquer une technique ou une méthode de traitement spécifique engendre une obligation de résultat. Ceci bien qu'il s'agisse d'une obligation de faire, plus susceptible d'entrer dans la catégorie des obligations de moyens. La distinction, traditionnelle, entre les obligations de donner, de faire ou de ne pas faire se superpose, dans une certaine mesure, à la distinction des obligations de moyens et de résultat. Les obligations de donner, dont l'existence est sujette à caution¹, sont des obligations de résultat en quelque sorte par nature. L'obligation de transférer la propriété d'un bien ou l'obligation de payer une somme d'argent sont des obligations de résultat. L'obligation de payer une somme d'argent fournit un exemple intéressant : si sa qualification au regard de la distinction entre les obligations de donner et les obligations de faire est débattue², il n'est pas discuté que son débiteur soit tenu d'une obligation de résultat³.

Les obligations de ne pas faire, comme l'obligation de secret ou l'obligation de non-concurrence, sont également des obligations de résultat⁴. En définitive, le débat sur la qualification est limité aux obligations de faire qui sont tantôt des obligations de moyens, tantôt des obligations de résultat.

À notre avis, rien ne permet d'affirmer que l'obligation de résultat bénéficie d'une quelconque primauté qui en ferait le droit commun en cas d'inexécution de l'obligation contractuelle⁵.

116. La qualification de l'obligation déduite de son objet fournit des enseignements plus fournis que le critère de l'aléa mais elle ne résout pas toutes les difficultés.

Une activité ou une prestation unitaire sur le plan économique peut être juridiquement décomposée en deux obligations successives dotées d'une intensité différente.

Pour s'en tenir à un seul exemple, celui du dépôt⁶, l'obligation du dépositaire de veiller à la conservation de la chose est une obligation de moyens, tant en vertu de l'article 1137 du Code civil qui l'affirme de façon générale qu'en vertu de l'article 1927 du Code civil qui réserve au dépositaire un traitement de faveur (appréciation *in concreto* du devoir de soins).

Le problème vient du fait que l'obligation de restitution est, quant à elle, généralement qualifiée d'obligation de résultat⁷. « L'adossement »⁸ de cette obligation

1. Voir sur ce point, les réflexions fondamentales de J. HUET, « Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée », in *Études offertes à Jacques GHESTIN*, Paris, L.G.D.J., 2001, pp. 425 et s.

2. Voir sur ce point, G. SOUSI, « La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent », *R.T.D.civ.*, 1982, pp. 514 et s. Cet auteur distingue selon que le paiement est en espèces – il y aurait alors obligation de *dare* – ou en monnaie scripturale – il y aurait alors obligation de faire. Cette variation de qualification en fonction de la technique d'exécution utilisée est critiquable.

3. En ce sens, G. SOUSI, *o.c.*, p. 532. Certains auteurs font de l'obligation de somme d'argent une obligation très proche de l'obligation de garantie. En ce sens, B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile*, Paris, Rodstein, 1947, pp. 279 et s. Dans le même sens, Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *o.c.*, p. 473.

4. *Ibid.*, *eod loco* ; G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *o.c.*, n° 546.

5. En ce sens, outre B. DUBUISSON, précité, P. A. FORIERS, *o.c.*, 1994, p. 200, dans des termes prudents : « en matière contractuelle, l'obligation de résultat paraît dominante ». Comparer G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *o.c.*, n° 538 faisant observer que, dans le doute, la convention s'interprète en faveur de celui qui a contracté, par application de l'article 1162 du Code civil.

6. Pour un point de vue plus ample opposant obligations de délivrance et de restitution – qui sont plutôt, en plus ou en moins, des obligations de résultat, et les obligations d'entretien, de réparation, de surveillance, de vigilance – qui sont généralement considérées comme des obligations de moyens, B. DUBUISSON, *o.c.*, 1998, pp. 114 et s. ; M.-L. MORANÇAIS-DEMEESTER, « La responsabilité des personnes obligées à restitution », *R.T.D. civ.*, 1993, pp. 757 et s.

7. En droit belge, B. DUBUISSON, *o.c.*, p. 114 ; M. CLAVIE, *o.c.*, pp. 26 et s. En droit français, G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *o.c.*, n° 546 et s.

8. Selon l'heureuse expression de P. A. FORIERS, *o.c.*, 1994, p. 202.

de restitution à l'obligation de conservation considérée comme une obligation de moyens crée une superposition de régimes qui rend la situation juridiquement complexe et même confuse¹.

La jurisprudence relative à la responsabilité du garagiste montre la difficulté de déterminer, de façon nette, l'intensité de son obligation de restitution². À notre avis, celle-ci dépend moins de la qualification du contrat que de la qualité de professionnel du garagiste et de la rémunération qu'il perçoit en contrepartie des services qu'il rend. Son obligation de restitution est liée à l'obligation de garde et conservation qu'il contracte pour pratiquer les réparations nécessaires. Cette dernière étant une obligation de moyens, cela entraîne par contamination un affaiblissement de l'intensité de l'obligation de restitution subséquente.

Le domaine des paiements bancaires prête aussi à discussion. Le banquier assurant le service des paiements pour sa clientèle combine les qualités de dépositaire tenu d'une obligation de restitution des fonds en compte et de mandataire tenu d'une obligation de moyens. Chargé du service des paiements pour sa clientèle, le banquier revêtirait deux qualités juridiques distinctes : celle de dépositaire et celle de mandataire³.

Titulaire d'un mandat de paiement, le banquier du donneur d'ordre fait un prélèvement sur les fonds déposés et accomplit son obligation de restitution des fonds en les transférant au bénéficiaire désigné. Titulaire d'un mandat d'encaissement, le banquier du bénéficiaire reçoit les fonds transférés au nom et pour le compte de son client et les joint au dépôt⁴.

La superposition des qualités de dépositaire et de mandataire soulève des difficultés sérieuses quand il s'agit de déterminer la responsabilité du banquier à la suite d'un incident de paiement. En tant que dépositaire, il assume le risque des fonds inscrits en compte dont il est devenu propriétaire. En tant que mandataire tenu d'une obligation de moyens⁵, il ne devrait supporter la charge d'un ordre frauduleux que si sa faute peut être prouvée par le titulaire. Mais quand revêt-il l'une ou l'autre qualité ? La difficulté apparaît clairement dans un arrêt du 5 janvier 1973 de la Cour d'appel de Paris où le client, victime d'un ordre de virement faux, demandait la condamnation de la banque qui avait exécuté l'ordre, non pas à titre de restitution des fonds déposés mais à titre de dommages-intérêts pour mauvaise exécution de sa prestation de services. L'action du client échoua parce qu'aucune faute de la banque ne semblait établie. Selon les commentateurs de l'arrêt, une action fondée sur l'obligation de restitution du banquier aurait pu aboutir parce que, selon l'article 1239 du Code civil, seul est libératoire le paiement fait au créancier ou à quelqu'un ayant pouvoir sur lui⁶. Cet argument nous semble pertinent mais il invoque une disposition qui relève du droit des paiements, ce qui permet d'échapper à un débat sur la qualification de l'obligation déduite de son objet et du contrat qui en est la source⁷.

1. B. DUBUISSON, « Critique », *o.c.*, pp. 114 et s. Pour un essai de clarification, P. VAN OMMESLAGHE, « La notion de restitution », in *L'obligation de restitution du banquier*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 15 et s.

2. V. PIRSON, « Le garagiste est-il dépositaire ? », note sous Civ. Anvers, 7 mai 2003, *R.G.D.C.*, 2005, pp. 152 et s.

3. J. MAHAUX, obs. sous Liège, 24 janvier 1979, *R.G.A.R.*, 1981, n° 10.364, n° 8.

4. Le cumul des qualités de mandataire à l'encaissement et de dépositaire crée une situation qui n'est pas très nette. Pour J. MAHAUX, obs. Liège, 24 janvier 1979, *R.G.A.R.*, 1981, n° 10.364, n° 8, « la convention de compte, complexe, implique aussi que le banquier cumule les qualités de mandataire et de dépositaire, ou plus exactement que ces qualités se succèdent, l'obligation de rendre compte du mandataire étant novée en l'obligation de dépositaire par l'inscription au crédit du compte du bénéficiaire ».

5. Il paraît impossible de dire *a priori* si le banquier mandataire est tenu d'une obligation de résultat ou de moyens. Sur l'ensemble de la question, Ph. PETEL, *Les obligations du mandataire*, Paris, Litec, 1988, pp. 84 et s., pp. 97 et s.

6. M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE, *Rev. trim. dr. com.*, 1973, pp. 310 et s. Voir les observations assez dubitatives des mêmes auteurs sous Paris, 3 janvier 1975, *Rev. trim. dr. com.*, 1975, p. 151. Comparer, Paris, 26 novembre 1981, *Chron. D.S.*, 1982, I.R., p. 502, obs. VASSEUR.

7. Comparer D. MARTIN, note sous Paris, 7 janvier 1992, *Chron. D.S.*, 1992, pp. 395 et s. s'interrogeant sur l'obligation « absolue » du banquier de restituer à qui de droit : « théorie de la garantie appliquée à la matière contractuelle ? Obligation paroxystique de résultat ? ».

2. Conditions d'exécution de l'obligation

117. Les conditions d'exécution de l'obligation peuvent influencer sur la qualification retenue. Il en va ainsi des conditions économiques *lato sensu*. La rémunération dont bénéficie le débiteur peut non seulement entraîner des variations dans la rigueur de l'obligation de moyens qu'il assume mais aussi faire basculer une obligation de la catégorie des obligations de moyens vers celle des obligations de résultat¹. On a déjà souligné l'incidence, sur l'intensité de l'obligation, du caractère gratuit ou onéreux du contrat dans lequel l'obligation s'insère (*supra*, n° 109.). L'article 1928 du Code civil, qui prévoit une responsabilité plus rigoureuse du dépositaire salarié, en fournit une illustration.

Les techniques utilisées pour l'exécution de l'obligation jouent un rôle également. La mécanisation et l'automatisation croissantes de certaines activités de services peuvent aboutir à un durcissement de la responsabilité contractuelle des prestataires.

« On sait, écrit Valéry, quel rôle jouent l'habileté individuelle et les procédés secrets dans une quantité de domaines... Si la médecine, par exemple, arrivait quelque jour, dans les diagnostics et dans la thérapeutique correspondante, à un degré de précisions qui réduisit l'intervention du praticien à une série d'actes définis et bien ordonnés, le médecin deviendrait un agent impersonnel de la science de guérir, il perdrait tout ce charme qui tient à l'incertitude de son art et à ce que l'on suppose invinciblement qu'il y ajoute de magie individuelle »².

Ces lignes, écrites en 1925, sont prophétiques. L'activité médicale, comme d'autres, se transforme sous l'effet du progrès technique dont elle bénéficie. L'incertitude de l'art pratiqué par le médecin s'estompe. En revanche, l'aléa, au cœur de toute technique complexe, fait son apparition. Le droit prend la technique au sérieux et se doit d'organiser la distribution des risques liés aux incidents de fonctionnement de la technique utilisée. De façon générale, la responsabilité du prestataire se trouve alourdie du fait de l'interposition d'une chose techniquement complexe pour l'exécution du contrat³.

118. L'obligation de soins du médecin est en principe une obligation de moyens. Certes. Mais l'aléa est absent d'opérations simples réalisées par des techniques éprouvées (analyses de sang, d'urine, etc.)⁴. Peut-on aller plus loin ? Selon certains auteurs, la mécanisation croissante de certaines prestations médicales pourrait conduire à retenir plus facilement la qualification d'obligation de résultat à raison du matériel utilisé⁵. L'état de dépendance ou de confiance dans lequel se trouve le patient qui s'abandonne entièrement à la science du praticien et à des techniques présentées comme fiables, devrait, à notre avis, renforcer cette tendance.

Le domaine des paiements bancaires illustre aussi le durcissement de la responsabilité contractuelle, celle du banquier en l'occurrence, suite à l'automatisation des ordres et des transferts. Le banquier est classiquement considéré comme un mandataire de son client. Pour l'essentiel, il est tenu vis-à-vis de celui-ci d'une obligation de moyens tant en ce qui concerne le contrôle des ordres que leur exécution correcte et diligente. Le banquier s'est mué en fournisseur de services automatisés de paiement. L'automatisation massive des paiements bancaires a conduit à un renforcement de la responsabilité contractuelle du banquier à raison de la « chose », de l'objet technique complexe utilisé par le traitement et la

1. Voir, à propos d'un revêtement haut de gamme, Comm. Charleroi, 29 septembre 1992, *J.L.M.B.*, 1993, pp. 1316 et s.

2. « Propos sur l'intelligence », La Pléiade, *Œuvres*, t. I, p. 1054.

3. Comparer, dans le domaine de la fourniture d'informations, les observations analogues de E. MONTERO, *La responsabilité civile du fait des bases de données*, P.U. Namur, 1998.

4. Voir les exemples cités par Th. VANSWEEVELT, « La responsabilité des professionnels de la santé », *o.c.*, livre 25, p. 18, n° 31. L'auteur souligne que la règle ne peut être étendue à toutes les analyses de laboratoire.

5. En ce sens, G. VINEY, P. JOURDAIN et S CARVAL, *o.c.*, n° 548.

transmission des ordres¹. Ce renforcement se fonde sur le risque créé par la technique que le banquier met à la disposition des titulaires de comptes et sur sa capacité, réelle ou supposée, à en maîtriser les éventuelles défaillances².

C. QUALIFICATION ORIENTÉE PAR DES FACTEURS PLUTÔT SUBJECTIFS

119. La distinction des obligations de moyens et de résultat peut s'appuyer sur des critères plus subjectifs, qui sont tirés de la situation des parties en présence. L'objectif et le subjectif sont difficiles à dissocier. Les critères s'enchevêtrent et combinent des éléments empruntant à la fois à la qualité ou à la situation des parties, à l'équilibre de leur relation et aux conditions d'exécution de l'obligation.

La qualité des parties en présence joue un rôle important. Le débiteur, professionnel qualifié, est en principe jugé plus rigoureusement à raison de la compétence qu'il doit déployer dans l'exécution de son obligation et de sa supériorité par rapport au profane³. Ce critère ne joue pas de façon déterministe⁴. Il peut naturellement se combiner à d'autres, tels la volonté des parties, l'aléa affectant l'exécution de l'obligation prévue au contrat, la plus ou moins grande passivité du créancier de l'obligation en cause, ou encore le risque que l'exécution défectueuse de l'obligation fait courir à la sécurité du cocontractant.

Ce professionnel est aussi maître ou censé être maître de la technique qu'il utilise pour exécuter son obligation de façon plus efficace et plus sûre. Ceci renforce les attentes du créancier de l'obligation quant à la qualité de la prestation fournie et peut conduire à écarter l'obligation de moyens⁵.

120. L'infériorité du créancier par rapport au débiteur, qui peut s'exprimer par l'existence d'un contrat d'adhésion, peut se manifester aussi par un certain déséquilibre probatoire que les tribunaux comblent parfois en tenant compte de l'aptitude respective des parties à la preuve⁶. Dans le domaine des paiements bancaires, le critère de la meilleure aptitude à la preuve a pu être utilisé par les tribunaux pour imposer à l'institution financière de fournir la justification d'une opération de retrait ou de virement litigieux⁷. C'est aussi ce critère de la meilleure aptitude à la preuve qui sous-tend, semble-t-il, la solution adoptée par la Cour de cassation française en matière médicale. Dans son arrêt du 25 février

1. Sur l'ensemble de la question, X. THUNIS, *Responsabilité du banquier et automatisation des paiements*, P.U. Namur, 1996, particulièrement pp. 217 et s., pp. 260 et s. On y montre que la qualification en obligation de moyens ou de résultat dépend d'une appréciation ou d'un présupposé de la jurisprudence sur la sécurité des systèmes en cause.

2. Comparer J.-P. BUYLE et O. CREPLET, « La responsabilité bancaire » in *Responsabilités Traité théorique et pratique*, Kluwer, dossier 22bis, p. 32 qui suggèrent que la jurisprudence pourrait instaurer une obligation de garantie pour les risques créés par les systèmes de transmission utilisés.

3. En jurisprudence, la qualité de professionnel du débiteur oriente la qualification vers l'obligation de résultat. Voir p. ex., Liège, 9 novembre 1995, *J.L.M.B.*, 1996, pp. 746 et s. En doctrine, A. TUNC, « Ébauche du droit des contrats professionnels », in *Études RIPERT*, Paris, L.G.D.J., 1950, t. II, pp. 140 et s. relevant aussi la soumission du professionnel aux « servitudes » de la technique. L. CORNELIS, *Principes*, pp. 272 et s.

4. Comme le montre l'arrêt de la Cour de cassation du 3 mai 1984 (*Pas.*, 1984, I, p. 1081 et s.) où la qualification d'obligation de moyens, retenue par le juge du fond, n'a pas été désavouée par la Cour alors que le débiteur était un spécialiste du nettoyage de vêtements.

5. G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *o.c.*, n° 540. Cette observation se vérifie dans le domaine des paiements bancaires. Cons. X. THUNIS, *o.c.*, pp. 262 et s.

6. Sur l'aptitude à la preuve en général, D. MOUGENOT, « La preuve: évolution et révolution », in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruges, La Chartre, 2004, pp. 133 et s.

7. Sur cette jurisprudence, X. THUNIS, *o.c.*, pp. 340 et s. Sur le recours au critère de l'aptitude à la preuve à propos de l'obligation de restitution, M.-L. MORANCAIS-DEMEESTER, *o.c.*, p. 774.

1997, elle a décidé qu'il incombe au médecin débiteur d'une obligation particulière d'information de démontrer qu'il a correctement informé son contractant¹. Cette solution est motivée par le souci de protéger le patient et de faciliter l'exercice de ses droits².

D'un point de vue théorique, le critère de l'aptitude à la preuve est discutable. Il ne nous paraît pas très logique de partir de la répartition souhaitée du fardeau de la preuve et du risque probatoire pour en déduire la qualification de l'obligation en cause³.

1. Cass. fr. (civ.), 25 février 1997, *R.T.D. civ.*, 1997, p. 434, obs. P. JOURDAIN.

2. En droit belge, la solution n'est pas fixée. J. KIRKPATRICK, « Réflexions sur la charge de la preuve en matière de responsabilité médicale et sur la distinction entre obligations de résultat et de moyens », *R.C.J.B.*, 2010, pp. 523 et s. ; D MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel : procession d'Echternach ou clarification définitive? », *R.D.C.*, 2016, p. 655.

3. Comparer, de façon plus radicale, J. FROSSARD, *o.c.*, pp. 106 et s. constatant une relative indépendance entre la répartition du fardeau probatoire et la distinction des obligations de moyens et de résultat.

Index

A

Abus de droit 66
 Aléa 107, 112-114, 116-119
 Appréciation 73
 – *in abstracto* 73-75
 – *in concreto* 73, 75, 116
 Autonomie de la volonté 80-81, 89

B

Bon père de famille 52, 64-65, 68-69,
 73-74, 84, 94-96, 108-109
 Bonne foi 66, 76, 80-81, 83-86, 91

C

Cause d'exonération 50, 57, 65
 Clause abusive 90, 112
 Confiance légitime 76-77, 87
 Conseil d'État 60
 Contrat 46, 79
 – inexécution du ~ 83-84, 92, 96, 112
 – interprétation du ~ 81, 110
 – objet du ~ 111
 – qualification du ~ 88, 116
 Contrôle marginal 74
 Cour constitutionnelle 60

D

Déontologie 66, 72, 86
 Devoir 54-55, 58, 66, 70, 76, 84, 116
 Dol 108
 Dommage
 – contractuel 92, 104-105
 – prévisibilité du ~ 67-69
 Dommages-intérêts 68, 92, 94, 105,
 109, 116
 Droit subjectif 70-71, 76

E

Enfant 75
 Équité 81, 85-86, 89, 91
 Erreur
 – de conduite 48-49, 53, 60-62, 64,
 66-67, 69-70, 77
 – invincible 50-51, 57, 61, 64-65

F

Faute 45-62, 64-74, 76-78, 87, 94, 96,
 98-101, 108-109, 116
 – absence de ~ 98-99, 101

– contractuelle 47, 92-93
 – gravité de la ~ 108
 – présomption de ~ 55, 102
 Force majeure 98-99, 101, 103, 109

I

Illégalité 89, 91-95, 97, 99-103, 105,
 107-108, 114
 Imputabilité 67-68, 75, 92, 97, 107,
 103
 Interprétation 52-53, 61-62, 69, 79,
 81, 84-85, 89, 92, 107, 110

J

Juge 48-49, 54, 58, 60-63, 66, 68-69,
 72-75, 81-85, 88, 90, 99, 105, 106,
 109-112

L

Liberté contractuelle 81, 110

M

Norme
 – contractuelle 78-80, 82-83, 85-86,
 90, 93, 107
 – de bon comportement 47, 59, 66,
 72, 75, 79, 82
 – de conduite 52, 66-67
 – déontologique 72
 – de prudence et de diligence 50-51,
 53, 67-69, 71-77
 – extracontractuelle 47
 – imposant un comportement déter-
 miné 52, 63-66, 67-71

O

Obligation
 – contractuelle 76, 84, 91, 94-95, 97,
 104-106, 108, 110, 114-115
 – de moyens 55, 77-78, 93, 95-98,
 106-107, 109-119
 – de résultat 50, 54-55, 58, 60, 78, 93,
 95-98, 100-104, 106-120
 – de restitution 100, 116
 – essentielle ou fondamentale 82, 89,
 112

P

Preuve
 – charge de la ~ 55, 95-97
 – risque de ~ 96-97
 Principe de précaution 62

R

- Responsabilité
- civile 45, 47-48, 50-51, 53, 55, 57-59, 66, 68-76, 101, 104-105
 - contractuelle 55, 78, 86, 89-92, 95, 97, 103-104, 108-109, 112, 117-118
 - de l'autorité administrative 50, 61, 63
 - de l'État du fait des lois 66
 - de l'État du fait du pouvoir judiciaire 60
 - des pouvoirs publics 47, 64-65, 74, 77
 - extracontractuelle 46, 91-92, 108
 - médicale 72
 - présomption de ~ 102-103
 - professionnelle 74, 86
- Règles de l'art 73-72, 86, 111
- Règles supplétives 89

T

- Tierce complicité 66, 71-72
- Transgression 88, 50-51, 53-54, 60
- Transposition 58

U

- Unité de la faute et de l'illégalité 51, 57
- Usage 66, 72, 79, 85-86

V

- Violation
- d'un droit subjectif 70-71
 - de la loi 46, 48, 56, 64, 67, 69-70
- Volonté des parties 55, 79-80, 83, 85-86, 89, 107, 110, 112, 115, 119