



PANTHÉON-ASSAS  
UNIVERSITÉ  
PARIS

**BANQUE DES MÉMOIRES**

**Master 2 Droit Privé Général**  
**Dirigé par Monsieur le Professeur Laurent Leveneur**  
**2021**

***La faute civile par omission***

**Aymeric DERVILLERS – DE TERVES**

**Sous la direction de Monsieur le Professeur Jean-Sébastien Borghetti**



## Remerciements

A l'issue de ce travail, je tiens à adresser mes plus vifs remerciements à chacun des acteurs qui, d'une manière ou d'une autre, a contribué à faire de ce mémoire ce qu'il est. Conscient des devoirs qui incombent à l'étudiant prudent et avisé, je tâcherai de n'en omettre aucun.

Je veux remercier en premier lieu Monsieur le Professeur Jean-Sébastien Borghetti, qui m'a encouragé dans le projet d'un mémoire consacré à la faute par omission, m'a aidé à identifier les axes saillants du problème, et s'est montré disponible au long de ce travail.

Je remercie Madame le Professeur Emmanuelle Chevreau, Monsieur le Professeur Olivier Descamps, et Monsieur le Professeur David Deroussin, dont les enseignements suivis cette année ainsi qu'en L3 m'ont permis d'aborder avec sérénité, en dépit de mes modestes connaissances et de ma totale inexpérience en ce domaine, les développements historiques qui ouvrent ce mémoire.

Je remercie le père Sylvain Gasser pour m'avoir aidé à identifier les occurrences de la faute par omission au sein de la Bible, spécialement du Nouveau Testament. Je remercie également Gide, Cyril, et mes parents pour leur relecture attentive et leurs précieux conseils.

Enfin, je remercie vivement Monsieur le Professeur Laurent Leveneur, qui m'a offert le privilège immense d'intégrer le Master 2 Droit Privé Général. Je lui fait part également de ma plus grande gratitude, ainsi qu'à l'ensemble de la communauté pédagogique de l'Université, pour tous les efforts déployés afin que puisse se dérouler dans les conditions les moins anormales possibles cette année universitaire qui, à bien des égards, ne fut à nulle autre pareille.

## Table des matières

<b>Introduction</b> .....	1
<b><u>PARTIE I : Postulat de liberté ou devoir de diligence : l'émergence d'une notion controversée</u></b> .....	2
<b><u>CHAPITRE 1: De la casuistique romaine à la clause générale de responsabilité : continuité et diversité de la faute par omission</u></b> .....	2
Section 1 : Les fondements romains du questionnement sur la faute par omission.....	2
I) <i>La lente subjectivisation de la responsabilité aquilienne, condition de possibilité de la faute par omission</i> .....	3
II) <i>La réflexion fondatrice autour de la réticence dolosive</i> .....	5
Section 2 : L'affirmation progressive d'un principe général de responsabilité pour faute par action ou par omission dans le droit savant .....	6
I) <i>Par l'émergence d'une conception morale et abstraite de la faute au Moyen-Age</i> .....	7
II) <i>Par la prise en compte de l'omission dans la formulation d'une définition générale de la faute à l'époque moderne</i> .....	8
Section 3 : La réception de la faute par omission dans les droits européens contemporains .....	10
I) <i>De l'Ancien Droit au Code civil: le triomphe d'une conception protéiforme de la faute en droit français</i> .....	10
II) <i>La pénétration de la faute par omission dans les droits étrangers</i> .....	12
• A) Le droit allemand : la faute par omission comme manquement à une obligation délictuelle de sécurité .....	12
• B) Le droit anglais : l'indifférence du caractère positif ou négatif d'un manquement au <i>duty of care</i> .....	14
<b><u>CHAPITRE 2 : La place controversée de la faute par omission dans le système du Code civil</u></b> .....	16
Section 1 : La défense libérale d'une approche restreinte de la faute par omission.....	16
I) <i>L'exigence d'un élément légal ou d'une intention de nuire, protectrice de la liberté</i> .....	16
II) <i>L'apport de Demogue : une notion précisée, un régime assoupli</i> .....	19
Section 2 : L'essor contemporain d'une définition souple de la faute par omission.....	23
I) <i>L'affirmation doctrinale d'un devoir positif et général de diligence</i> .....	23
• A) Origine et contexte d'une nouvelle définition de la faute par omission .....	23
• B) Justifications doctrinales de la nouvelle définition .....	25
II) <i>Déclin et survivance de la conception libérale : le principe de liberté soutenu par l'exigence de la causalité</i> ...	27
• A) L'abstention et la liberté .....	27
• B) L'abstention et la causalité .....	29

**Partie II : Rayonnement et reflux de la faute par omission : le constat d'une jurisprudence indécise** ..... 33

**CHAPITRE 1 : La permanence des fondements traditionnels de la faute par omission** ..... 33

Section 1 : Le devoir préexistant, fondement exclusif de la faute par omission ..... 33

I) *L'apport et les ambiguïtés de l'arrêt Branly* ..... 33

- A) Une portée à relativiser ..... 35
- B) La place incertaine de l'intention ..... 36

II) *L'affirmation en trompe-l'oeil de l'intention de nuire comme fondement de la faute par omission* ..... 37

Section 2 : L'obligation fondée sur la loi, le règlement ou le contrat ..... 41

I) *Le manquement à une obligation légale, réglementaire ou conventionnelle liée à une qualité déterminée* ..... 41

II) *Les infractions d'omission : des clauses générales de responsabilité civile pour abstention ?* ..... 43

Section 3 : L'obligation fondée sur la diligence professionnelle ..... 47

I) *L'omission négligente du professionnel, faute de conduite à l'égard des tiers* ..... 47

II) *L'objectivisation de la responsabilité pour abstention des professionnels dans l'organisation et la conduite d'une activité risquée* ..... 50

**CHAPITRE 2 : La tentation d'une extension des fondements de la faute par omission** ..... 52

Section 1 : Les nouveaux visages de la faute par omission dans le sillage de l'arrêt *Branly* ..... 52

I) *La tentative judiciaire de définition d'un devoir positif et général de diligence* ..... 52

- A) L'omission des mesures de prudence consécutive à la création d'un risque par le défendeur ..... 52
- B) L'omission de mesures de prudence consécutive à l'apparition d'un risque dans la sphère de contrôle du défendeur ..... 53
- C) L'instrumentalisation de la faute d'abstention au service de la victime mineure ..... 55

II) *Les nébuleuses frontières de la réticence dolosive* ..... 57

Section 2 : Les facteurs de recul contemporain de la faute par omission

I) *L'expression nouvelle d'une réticence judiciaire face à la faute par omission sans assise légale* ..... 60

II) *L'abus de silence et la liberté d'expression* ..... 63

**Conclusion générale**..... 66

**Bibliographie** ..... 67

**Annexes : Arrêt *Branly* (Civ. 25 février 1951), et chron. J. Carbonnier, « Le silence et la gloire »**

*« Un homme descendait de Jérusalem à Jéricho, et il tomba sur des bandits ; ceux-ci, après l'avoir dépouillé et roué de coups, s'en allèrent, le laissant à moitié mort.*

*Par hasard, un prêtre descendait par ce chemin ; il le vit, et passa de l'autre côté. »*

Luc 10, 25-37

*« Un postulat de liberté semble s'opposer à ce que l'homme soit rendu responsable pour n'avoir rien fait »*

Jean Carbonnier (1908 – 2003), *Droit civil : les obligations*

*« Une obligation d'agir apparaîtra de plus en plus pour chacun à mesure qu'à l'idée individualiste de liberté se substituera celle d'un poste social tenu par chacun avec une certaine indépendance »*

René Demogue (1872- 1938), *Traité des obligations en général*

## Introduction

Tandis que, plongé dans la rédaction de mon mémoire, je travaille d'arrache-pied à la bibliothèque universitaire, un incendie se déclare chez moi, suite à une imprévisible défaillance électrique ! Je ne suis malheureusement pas là pour m'en apercevoir ; mais un quidam, passant dans la rue où j'habite et apercevant de la fumée, s'aperçoit du départ du feu. On pourrait me croire tiré d'affaire, car n'importe quel bon citoyen, dans sa situation, appellerait les pompiers, alerterait les voisins, ferait en tout cas *quelque chose*. Hélas ! Notre homme passe son chemin sans autre égard – est-il malveillant ? Faible d'esprit ? Simplement très pressé, ou trop absorbé dans ses pensées ? Toujours est-il que je suis fort marri de retrouver le soir venu, en lieu et place de mon matelas de plume et de mes murs de briques, un tapis de cendres sous un plafond de nuages. J'apprends, d'une manière ou d'une autre, qu'un témoin aurait *pu* intervenir, sans avoir à consentir lui-même aucun sacrifice particulier ; et je parviens, d'une manière ou d'une autre, à identifier l'indolent. Sûr de mon droit, j'exige de lui réparation, par des dommages et intérêts, de toutes les conséquences de son abstention.

Que dira le juge, au visa des articles 1240 et 1241 du Code civil ?

Voici, à peu de choses près, l'exemple imaginé par le jurisconsulte Jean-Baptiste Victor Proudhon, issu de la première génération de commentateurs du Code civil<sup>1</sup>, pour illustrer le très délicat problème de la faute par omission. Nous le plaçons en tête de ce mémoire, car il nous semble apte à faire surgir dans l'esprit du lecteur toutes les difficultés particulières soulevées par le principe même de faute par omission : le *fait de l'homme* qui fonde sa responsabilité est-il susceptible de s'entendre de manière *purement négative* ? Peut-on considérer que ce « fait » est bien la *cause* du dommage final ? Doit-on, en raison de la spécificité du cas et en dépit des principes classiques de la responsabilité civile, rechercher *l'intention* qui a guidé l'omission pour déterminer si cette dernière est coupable ? Faut-il surtout estimer que ces deux articles n'ont entendu borner la liberté de chacun que par le devoir de *s'abstenir* de tout acte déraisonnable, ou au contraire y découvrir le fondement d'une obligation générale d'*agir* en toutes circonstances comme le ferait une personne raisonnablement prudente et diligente ?

Le principe général bien connu dégagé en la matière en 1924, puis réaffirmé dans un célèbre arrêt du 27 février 1951, n'est pas très éclairant, puisqu'il a tout d'un raisonnement circulaire : « *L'omission ne peut entraîner une responsabilité qu'autant qu'il y avait, pour celui auquel on l'impute, obligation d'accomplir le fait omis.* »<sup>2</sup>. Certes. Mais comment circonscrire une telle obligation ? Le problème, on le verra, a été formulé dès l'Antiquité romaine, et reste évoqué, quoique souvent lapidairement, dans tous les manuels et autres traités de droit des obligations. Il ne fait pas aujourd'hui l'objet d'une littérature doctrinale foisonnante, peut-être parce que le développement des régimes de « responsabilité objective » nous conduit à admettre comme une évidence que l'intervention directe du défendeur dans la production du dommage n'est pas une condition de sa responsabilité. Pourtant, l'abondance de la jurisprudence en la matière et la diversité des hypothèses qui se présentent à elle, ainsi que la richesse des débats suscités par cette question depuis deux millénaires nous semblent justifier l'intérêt d'une réflexion autour de cette notion fuyante.

---

1 *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, tome III, Imprimerie Victor Lagier, 1824, n°1489, p.461.

2 Cass. civ. 24 décembre 1924, *D.H* 1924.120, *S*.1925.1.328.

La réforme qu'on espère imminente de la responsabilité civile constitue par ailleurs une occasion particulièrement propice de s'interroger sur cette problématique : les conditions de la responsabilité du fait personnel, lorsque celui-ci consiste en une abstention, doivent-elles faire l'objet d'une définition spécifique ?

On croit utile de conclure immédiatement cette introduction synthétique, puisque l'on a fait le choix de consacrer la première partie de ce mémoire à retracer brièvement l'histoire et l'état actuel des réflexions doctrinales autour de cette notion, de Rome jusqu'à nos jours (Partie I). Ces développements théoriques nous permettront d'éclaircir les grandes tendances dégagées par une jurisprudence hésitante depuis l'emblématique arrêt *Branly* (Partie II).

## **PARTIE I : Postulat de liberté ou devoir de diligence : l'émergence d'une notion controversée**

Le principe selon lequel un fait purement négatif peut engager la responsabilité de son auteur fut constamment affirmé depuis l'époque romaine, et ne fait plus guère de doute dans les systèmes européens (Chapitre 1). Toutefois, les conditions d'une telle faute dans le système du Code civil furent immédiatement, et restent jusqu'à aujourd'hui un sujet de controverse (Chapitre 2).

### **CHAPITRE 1: De la casuistique romaine à la clause générale de responsabilité : continuité et diversité de la faute par omission**

Il a été relevé dès l'époque romaine que certaines abstentions sont contraires à la diligence attendue d'un bon père de famille, mais l'idée qu'elles puissent toutefois être sanctionnées par le droit embarrassait les jurisconsultes, qui ne l'admettaient qu'avec une grande timidité (Section 1) ; l'étroitesse du lien établi au Moyen-Age entre le droit et la morale favoriseront toutefois l'admission de la responsabilité en ce genre d'hypothèses (Section 2), ce qui explique que le principe de faute par omission ait été clairement affirmé par les différents ordres juridiques européens à l'époque moderne (Section 3).

#### **Section 1 : Les fondements romains du questionnement sur la faute par omission**

L'analyse de la notion de faute en droit romain suppose de préciser d'emblée que celle-ci n'a pas immédiatement été pensée comme une condition nécessaire de la condamnation de l'auteur d'un dommage. Les premiers textes de lois ayant substitué, au système de vengeance privée, une répression institutionnelle des délits publics et privés, et dans lesquels notre droit de la responsabilité puise ses racines, envisagent avant tout la réalisation d'un dommage comme condition de l'action de la victime. Par ailleurs, le "droit romain de la responsabilité", en dépit d'un mouvement d'élargissement continu des cas d'ouverture de l'action aquilienne, restera jusqu'à son état ultime appuyé sur un ensemble de délits nommés, ne parvenant jamais à la formulation d'un principe général de responsabilité pour le dommage causé par sa faute<sup>3</sup>. C'est dans le cadre d'une réflexion sur le délit de *dommage causé injustement* (I), et plus encore dans la controverse au sujet des formes du *délit de mauvais dol* (II), que les jurisconsultes font s'interroger sur la faute par omission.

---

3 Sur l'ensemble des développements du premier paragraphe de cette section, on renverra à l'ouvrage de David DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, 2<sup>e</sup> édition, Economica 2012, p.649 et s., ainsi qu'à la thèse d'Olivier DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, LGDJ 2005, spécialement aux pages 47 et s.

## D) La lente subjectivisation de la responsabilité aquilienne, condition de possibilité de la faute par omission

A l'époque archaïque, les premiers faits générateurs de responsabilité (selon une terminologie contemporaine) supposent toujours un comportement actif conduisant à la production d'un dommage, ce qui ne laisse aucune place à la faute par omission. Ainsi, la loi des XII Tables ne connaît-elle au titre des délits privés<sup>4</sup> que le vol et l'injure, qui, en dépit du phénomène d'élargissement dont chacune fera l'objet<sup>5</sup>, ne consisteront jamais en une simple négligence.

Au-delà de ces délits très particuliers, c'est surtout par la célèbre *lex Aquilia de damno iniuria dato*, sans doute adoptée par un plébiscite en 286 ou 287 avant J.-C.<sup>6</sup>, que le droit romain va opérer un effort de généralisation de la responsabilité des dommages causés aux biens. En effet, adoptée pour répondre aux conflits naissant des dommages causés à certains biens<sup>7</sup>, elle comprend trois chapitres, dont le premier donne une action au propriétaire d'un esclave ou d'un animal de labour contre celui qui l'a tué sans droit, et le second une action au créancier dont le débiteur a été libéré sans droit par un créancier adjoint. Surtout, le chapitre III de la loi Aquilia sanctionne de manière beaucoup plus générale le fait de « blesser un esclave ou un animal ou de détériorer sans droit une chose inanimée appartenant à autrui, soit par incendie (*urere*), soit par fracture (*frangerei*), soit par arrachage (*rumpere*) »<sup>8</sup>. C'est en raison de la très grande généralité du texte, qui vise n'importe quelle chose, qu'il a été qualifié de *rupture* par Ulpien lui-même dans le Digeste, qui indique que la loi Aquilia, par son étendue, dispense d'avoir à se référer à toute loi antérieure<sup>9</sup>...

Toutefois, si l'objet du chapitre 3 est extrêmement large s'agissant des choses concernées, et qu'il tendra à s'élargir également, par l'action du préteur, s'agissant des comportements incriminés, il est constant que les jurisconsultes romains se montrent attachés à l'existence d'un lien de causalité très direct entre le comportement du défendeur et le dommage subi par la victime, ce qui suppose non-seulement un contact matériel, mais surtout un acte positif : ainsi Gaius précise t'il que l'usufruitier qui laisse dépérir des vignes ou une conduite d'eau ne peut être poursuivi sur le fondement de la loi Aquilia, puisqu'il n'a commis aucun acte de détérioration<sup>10</sup>.

Finalement, l'approche très objective de ces textes fondateurs, qui se concentrent sur le résultat davantage que sur le comportement lui-même<sup>11</sup>, mais emploient des verbes supposant un comportement actif de l'agent, ne permettent pas de concevoir qu'une simple omission puisse justifier l'action intentée contre son auteur. C'est avec l'effort doctrinal de subjectivisation de la responsabilité, et donc l'apparition d'une théorie de la faute, que cette idée va pouvoir se faire jour.

4 La loi distingue les délits publics, les *crimina*, portant atteinte aux intérêts de la Cité toute-entière et poursuivis par les magistrats, et de délits privés, les *delicta*, n'intéressant que la victime qui peut engager elle-même les poursuites.

5 Le vol suppose un acte matériel, la *contractatio*, qui vise tout acte d'appréhension matérielle de la chose. Quant à l'injure (*iniuria*), elle désigne dans la Loi des XII Tables les coups et blessures exercés contre un citoyen, répartis en trois catégories selon la gravité de leur résultat. A l'époque classique, le préteur se livrera à une interprétation large de l'injure pour ouvrir l'action dans de nouvelles hypothèses, notamment en présence de ce que nous appelons les atteintes à la personnalité. Néanmoins, l'*iniuria* ne s'assimilera jamais à une simple négligence. V. à ce sujet : J. GAUDEMET, E. CHEVREAU, *Droit privé romain*, 3<sup>e</sup> éd., coll. Domat, Montchrestien 2009, p.277 s.

6 La date est toutefois sujette à controverses ; voir O. DESCAMPS, *op.cit.*, p.12.

7 Essentiellement les moyens de production de l'économie agraire : les champs, le bétail et les esclaves.

8 D. DEROUSSIN, *op. cit.*, p.671

9 Digeste 9, 2, 1.

10 Digeste 7, 1, 13, 2.

11 « La démarche suit le cheminement intellectuel suivant : l'appréciation porte sur le résultat, ce dernier conduit à l'acte qui, lui-même, permet de remonter vers l'agent » : O. DESCAMPS, *op. cit.*, p.47

En effet, tous les dommages visés par la loi des XII Tables ou la loi Aquilia n'engageaient pas nécessairement la responsabilité de leur auteur dès lors qu'ils étaient constatés ; les textes exigeaient encore que le dommage ait été causé *iniuria*, c'est-à-dire que le comportement de l'auteur n'ait pas été conforme au droit<sup>12</sup>. Cette notion vise davantage l'idée d'illicéité que celle de faute, dans la mesure où elle ne s'apprécie pas d'après la psychologie de l'agent, mais d'après la violation objective d'une norme de comportement ou du droit de la victime, et l'absence de justification apportée par le droit au comportement dommageable<sup>13</sup>.

Or, vers la fin de l'époque classique, les jurisconsultes vont affiner leur analyse, en attachant une importance nouvelle à la condition psychologique de l'agent<sup>14</sup>, et en identifiant, aux côtés de l'illicéité objective de l'acte, l'exigence d'une faute. Celle-ci prend deux formes : le *dolus* (l'intention de nuire), et la *culpa* (la faute de comportement sans intention de nuire). Dès-lors, « la responsabilité aquilienne comporte, dès l'époque classique, un élément subjectif, la référence à la *culpa* impliquant que l'auteur ait prévu les conséquences de son acte ».<sup>15</sup> Au IIIe siècle, la référence à la faute se généralise chez Gaius et Ulpian, même si elle n'est pas toujours clairement distinguée de l'*iniuria*.

C'est cette évolution qui va permettre à la faute par omission de se dessiner. En effet, à partir de la notion de faute, les auteurs vont cesser de se focaliser sur le résultat de la conduite de l'agent pour s'intéresser au comportement lui-même ; ils vont s'interroger, pour caractériser la faute, sur la comparaison entre ce qu'a fait (ou n'a pas fait !) l'auteur du dommage, et ce qu'aurait fait, ou pas, une personne normalement diligente<sup>16</sup>. La faute s'apprécie donc *in abstracto*, à partir d'un standard de prudence et de diligence que chacun est censé connaître ; on ne s'interroge pas encore réellement sur la culpabilité morale de l'agent appréciée concrètement.

Or, les exemples donnés par la doctrine romaine dans le Digeste témoignent du fait que le manquement à la diligence peut être caractérisé par une omission. Ainsi du bûcheron qui élague un arbre sur une voie fréquentée sans prendre de mesure pour prévenir les passants<sup>17</sup> : la faute, ici, ne réside pas dans le fait d'avoir coupé des branches, mais dans l'omission antérieure d'avoir pris les mesures opportunes. De même, on cite le médecin qui, ayant commencé à pratiquer des soins, les interrompt et laisse le patient à son sort<sup>18</sup>, ou encore l'esclave qui, négligeant de surveiller un feu, le laisse se propager à la maison de son maître<sup>19</sup>. Ces « omissions » s'inscrivent certes dans le contexte d'un acte antérieur ou postérieur (élaguer des branches, couper du bois, surveiller le feu), mais c'est bien dans cette omission, et non dans cet acte, que réside la faute.

On s'aperçoit qu'à travers la référence à la diligence du *bonus pater familias*, la responsabilité aquilienne s'est émancipée d'une conception objective et étroite du dommage causé directement et sans droit<sup>20</sup>, pour

12 Selon Ulpian, *iniuria... est quod non iure fiat*, « l'injure est ce qui n'est pas fait conformément au droit », D.47,10,1.

13 Ainsi, n'engage pas sa responsabilité celui qui ne faisait qu'exercer légitimement son droit, ou qui était en état de légitime défense, ou qui prouve que le dommage est causé par le fait de la victime : Digeste 9, 2, 45, 4 et 9, 2, 31.

14 C'est au Ier siècle que sera dégagé le critère de l'imputabilité, qui suppose la capacité de comprendre ses actes

15 D. DEROUSSIN, p.677.

16 Digeste 9, 2, 31 : *Culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit* : il y a toutefois une faute lorsqu'on aurait pu agir avec diligence.

17 Digeste 9, 2, 31.

18 Digeste 9, 2, 8.

19 Digeste 9, 2, 27, 9.

20 Dans le même temps, et toujours en mettant l'accent sur l'appréciation du comportement de l'auteur du dommage, la doctrine romaine va adopter une conception plus souple de la causalité, en abandonnant l'exigence initiale de contact direct

sanctionner des fautes de comportement susceptibles de prendre des formes plus diverses, ce qui a pu favoriser l'idée qu'une abstention puisse être cause de responsabilité.

C'est toutefois dans le cadre de la réflexion autour du *mauvais dol* que va être formulé clairement, et pour la première fois, le problème de la faute d'abstention.

## II) La réflexion fondatrice autour de la réticence dolosive

Tandis que l'expansion rapide de la République romaine et l'afflux de richesses entraînent un essor très important du commerce, le besoin se fait sentir d'une législation permettant de mieux sanctionner la déontologie contractuelle. C'est ainsi que, peu après la création prétorienne de l'action de *crainte*, ancêtre du vice de violence, le préteur Aquilius Gallus publie en 70 av. J.-C. l'Édit *de dolo malo*, « au sujet du mauvais dol ». Ce délit est simplement défini par le préteur comme le fait de « simuler une chose, et en faire une autre ». Or, les juriconsultes souligneront immédiatement que cette définition est insuffisante, puisqu'elle fait complètement abstraction de l'intention de l'auteur du dol, et de la finalité poursuivie ; c'est le témoignage de la place croissante accordée à la psychologie de l'agent à cette période. C'est ainsi qu'au I<sup>er</sup> siècle de notre ère, Labéon propose une nouvelle définition du dol<sup>21</sup> qui connaîtra un succès durable, puisqu'elle inclut l'intention de tromper et celle d'en tirer un avantage indu.

C'est au sujet des modalités de commission du dol que la doctrine romaine va formuler pour la première fois le problème de l'abstention<sup>22</sup> ; car en effet, comme le relève Paul au III<sup>e</sup> siècle, « celui qui se tait n'avoue pas quoi que ce soit ; mais il est aussi vrai qu'il ne nie pas non-plus »<sup>23</sup>. Se pose alors un double problème : celui de la preuve délicate de l'intention dolosive en présence d'un simple silence, et surtout celui des frontières de l'obligation de bonne foi qui pèse sur les parties, et de la vocation du droit civil, spécialement de l'Édit au sujet du mauvais dol, à en sanctionner le manquement.

C'est bien sûr Cicéron qui, dans *De officiis*, va se livrer à une analyse approfondie de cette question autour de plusieurs cas d'école promis à une immense postérité<sup>24</sup> : ainsi du marchand de blé alexandrin qui, arrivant sur l'île de Rhodes frappée par la disette, sait que plusieurs cargaisons de blé sont en route pour l'île, mais s'abstient de livrer cette information aux habitants pour ne pas faire chuter le cours du blé, et ainsi vendre sa cargaison à un prix très intéressant...

En réalité, le débat ne se situe pas du tout chez Cicéron autour de l'existence d'une faute. Il ne fait pour lui aucun doute que cette conduite est répréhensible sur le plan de l'éthique, comme en témoigne une litanie d'invectives à l'encontre du marchand qui évoque une filiation lointaine avec le capitaine Haddock<sup>25</sup>.

---

entre l'auteur et le siège du dommage, ou encore en admettant que plusieurs auteurs ont pu le causer concurremment...

21 Elle est citée par Ulpien, 11 ad. ed. Dig. 4.3.1.2 : « *Dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumvenendum fallendum decipiendum alterum adhibitam* » : « le mauvais dol est toute ruse, tromperie, manœuvre destinée à piéger, induire en erreur et tromper autrui ».

22 L'ensemble des développements qui suivent sont éclairés par le cours que nous avons suivi auprès de Mme Emmanuelle CHEVREAU, intitulé *Origines romaines des droits privés contemporains*, et consacré en 2020-21 à l'histoire du dol.

23 Paul 56 ad. ed. Dig. 50.17.142 : *Quid tacet, non utique fatetur : sed tamen verum est eum non negare*.

24 CICÉRON, *De officiis* 3.50 et s.

25 « *Hoc autem celandi genus quale sit et cuius hominis, quis non videt ? Certe non aperti, non simplicis, non ingenui, non iusti, non viri boni, versuti potius obscuri, fallacis, malitiosi, callidi, veteratoris, vafri. Haec tot et alia plura nonne inutile est vitiorum subire nomina ?* » : « Qui ne voit pas quelle est la nature de cette façon de dissimuler, et de quel homme c'est le fait ? Assurément ce n'est pas d'un homme droit, franc, noble juste, d'un homme de bien, mais plutôt d'un homme retors, ténébreux et rusé, trompeur, fourbe, roué, madré, subtil. N'est-il pas inutile d'attirer sur soi tant de noms de vices, et de plus nombreux encore ? » On ignore le nom du traducteur, dont on salue la créativité.

Toutefois, Cicéron cherche à mettre en scène le conflit *de la beauté morale et de l'utilité* (on parlerait aujourd'hui de sécurité des transactions), et souligne que le droit civil romain, même s'il attache une importance particulière à la bonne foi en présence d'un contrat consensuel comme la vente, est néanmoins impuissant à sanctionner les comportements malhonnêtes qui ne se manifestent pas en un acte positif. Il relève, par la voix du philosophe Diogène, que le préteur a mis à la charge des parties, et spécialement du vendeur, diverses obligations d'information dont le manquement caractérise la mauvaise foi ; mais qu'en revanche, le vendeur n'est pas tenu de dévoiler à l'acquéreur toutes les informations qui n'entrent pas dans le champ de ces obligations prétoriennes : « Mais ce n'est point tout ce qu'il t'est utile d'entendre qu'il m'est, par le fait-même, obligatoire de te dire »<sup>26</sup>. Il en irait autrement si l'acquéreur s'était renseigné, et que le vendeur avait menti.

La réflexion de Cicéron selon laquelle l'omission, même moralement répréhensible et en raison de son caractère particulier, ne saurait recevoir la sanction de la mauvaise foi faute d'avoir caractérisé une obligation préexistante est d'une stupéfiante actualité. Elle ne faisait déjà pas l'unanimité parmi les jurisconsultes : Pomponius, réfléchissant au cas du vendeur d'un fonds immobilier qui tait l'existence d'une servitude profitant au fonds vendu<sup>27</sup>, de sorte que l'acquéreur finit par la perdre par le non-usage, estime que ce dernier pourra agir « en raison du dol » du vendeur<sup>28</sup>. Il relève toutefois que cette solution ne fait pas l'objet d'un consensus doctrinal<sup>29</sup>.

C'est dans le cadre de cette controverse, qui ne fut jamais éteinte, entre ceux qui n'admettent la réticence dolosive qu'en présence d'une obligation d'information clairement définie, et ceux qui veulent la fonder sur le simple constat de la malhonnêteté du vendeur<sup>30</sup>, que s'affronteront pour la première fois en Occident deux conceptions de la faute par omission qui s'opposent encore aujourd'hui, bien au-delà de la question du dol.

Le droit vulgare-franc est quant à lui marqué par le retour d'une place très importante accordée à la matérialité de l'acte dommageable, et par une quasi-indifférence du droit franc à l'idée de faute de comportement. Il semble que cette approche objective de l'acte engageant la responsabilité civile ou pénale de son auteur ne laisse pas une place prépondérante au standard de diligence à partir duquel les jurisconsultes avaient dégagé quelques rares hypothèses de faute par omission.

## Section 2 : L'affirmation progressive d'un principe général de responsabilité pour faute par action ou par omission dans le droit savant

C'est à partir de la redécouverte du droit romain au XII<sup>e</sup> siècle que va s'établir, sous la plume des docteurs de droit savant, la distinction conceptuelle entre la *culpa in faciendo* et la *culpa in non-faciendo*. Cette distinction sera prise en compte lorsque sera affirmé à l'époque moderne le principe général de responsabilité de celui qui cause un dommage par sa faute.

---

26 « *Sed non, quicquid tibi audire utile est, idem mihi dicere necesse est.* ».

27 La loi des XII Tables faisait obligation au vendeur d'un fonds servant de mentionner la servitude, mais restait muette sur le cas du fonds dominant.

28 POMPONIUS *ad. Quintus Mucius Digeste* 18.1.66.1.

29 C'est ce qu'indique la formule : « *certainis pensent à juste titre que le vendeur sera responsable* » : « *quidam recte putant...* »

30 J. GHESTIN, « La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée » : JCP. G 2011, n°24.703 - *contra* J.

MOULY, « Une règle de nature à induire en erreur : « *La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée* » » : D.2012.1346.

## D) Par l'émergence d'une conception morale et abstraite de la faute au Moyen-Age

La doctrine savante médiévale va parachever l'effort de prise en compte du comportement de l'agent, y compris dans sa dimension psychologique, qui s'était développé dans le droit romain du bas-empire<sup>31</sup>. Ce mouvement s'explique notamment par l'influence de la patristique chrétienne, et par la conception essentiellement morale de la faute qui s'en dégage. Les Pères de l'Église, raisonnant à partir des textes bibliques, qui enjoignent à l'homme de ne « faire à personne ce que tu n'aimerais pas subir »<sup>32</sup>, vont en effet assimiler la faute au péché, et la responsabilité à la culpabilité<sup>33</sup>. Dès-lors, sont affirmés les rôles cruciaux de l'intelligence et de la volonté de l'agent, qui ne peut se voir reprocher le dommage qu'il a causé par son fait que s'il avait pu l'anticiper, et l'avait néanmoins provoqué par imprudence ou intention dolosive, ou ne l'avait pas empêché<sup>34</sup>. La faute se commet donc dans la psyché de l'agent en amont de l'acte lui-même, qui ne fait que révéler la volonté coupable dans le monde extérieur<sup>35</sup>. Au sujet de la faute par omission, on peut d'ores et déjà relever que les Écritures saintes donnent de très nombreux exemples de péchés par omission, souvent explicitement placés sur le même plan que les fautes par action<sup>36</sup>, mais qui supposent toujours une culpabilité morale de l'agent. L'influence de la morale chrétienne a donc certainement contribué à légitimer cette notion.

Les canonistes comme les romanistes s'approprient la distinction entre la faute intentionnelle, le *dolus*, et la faute non-intentionnelle, la *culpa*. Ils font de cette dernière un *genre*, une catégorie générale au sein de laquelle ils identifient trois espèces à partir des exemples cités par le Digeste : l'impéritie, c'est-à-dire l'erreur commise par le professionnel (en particulier le médecin) dans l'exercice de son art, l'*infirmetas*, c'est-à-dire la faute de celui qui se lance dans une activité susceptible de causer un dommage alors qu'il sait qu'il n'est pas assez adroit pour s'y livrer sans danger, et surtout la négligence. Cette dernière se définit comme le fait de *ne pas comprendre ce que tout le monde comprend*, c'est-à-dire comme un manquement à la *diligentia*, qui renvoie à la faculté d'anticiper les dommages qu'on est susceptible de causer<sup>37</sup>.

A partir des exemples cités par le Digeste, les glossateurs, en particulier Irnerius et Accurse, vont relever que la *culpa* peut revêtir la forme d'un comportement positif (*culpa in faciendo*) ou négatif (*culpa in non-faciendo*). Cette dernière consiste à manquer de vigilance dans l'exercice de son activité<sup>38</sup>, ou à ne pas mettre en œuvre toutes les mesures susceptibles de prévenir un dommage<sup>39</sup>.

31 O. DESCAMPS, *op.cit.*, p.46 et s.

32 Tobie 4, 15.

33 D. DEROUSSIN, *op.cit.*, p.697.

34 Ainsi, selon St Augustin, *reum non-facit, nisi mens rea* : « seule l'intention fait le coupable ».

35 C'est donc fort logiquement à cette époque que s'élabore la théorie de la tentative en matière pénale.

36 Pour ne s'en tenir qu'au Nouveau Testament, on peut notamment citer la parabole du bon Samaritain (Luc 10, 25-37), la litanie de fautes par omission présentée dans Mt 25 (« j'étais nu et vous ne m'avez pas vêtu », etc.), mais aussi le constat amer de Paul dans le chap.7 de la Lettre aux Romains (« car je ne fais pas le bien que je veux, et je fais le mal que je ne veux pas »), la définition de la faute par omission proposée dans l'Épître de Jacques (4, 17): « Celui donc qui sait faire ce qui est bien, et qui ne le fait pas, commet un péché », ou dans l'Évangile selon St Luc (12,47): « Le serviteur qui, ayant connu la volonté de son maître, n'a rien préparé et n'a pas agi selon sa volonté, sera battu d'un grand nombre de coups ». On citera enfin l'injonction faite par le Christ (Mt 7,12, V. aussi Luc 6,31) : « Tout ce que vous voulez que les hommes fassent pour vous, faites-le pour eux pareillement », qui reformule sous une forme positive le devoir formulé dans le livre de Tobie.

37 Les juristes du droit savant vont s'employer, à partir de cette définition, à élaborer une gradation des fautes selon le degré de négligence de l'agent : elle est lourde si elle résulte d'une méconnaissance de ce que chacun devrait évidemment connaître, légère si elle méconnaît le comportement d'un individu normalement diligent, et très légère si elle méconnaît celui d'un individu spécialement diligent. Les canonistes estiment que seules les fautes lourdes et légères peuvent fonder l'action aquilienne, ce sur quoi ils s'opposent aux romanistes (O. DESCAMPS, *op.cit.*, p.70 et s.).

38 IRNERIUS, *Gl. ad. D.*, 9, 2, 27, 9, cité par O. DESCAMPS, *op. cit.*, p.64.

39 ACCURSIUS, *Gl. Scientum poterit ad D.*, 9, 2, 45, cité par O. DESCAMPS, *op.cit.*, p.65.

Au XIV<sup>e</sup> siècle, les Commentateurs, cherchant à s'émanciper de la casuistique romaine, vont tenter de proposer des définitions générales des différents types de faute (selon leur gravité) susceptibles d'y inclure les actes positifs comme négatifs, dès-lors qu'ils heurtent la diligence attendue de l'agent<sup>40</sup>. Bartole, en particulier, définit la faute lourde (*culpa lata*) comme une « déviation imprudente de la diligence qu'ont communément les hommes de même profession et de même condition »<sup>41</sup>. En commentant cette définition, il précise qu'elle permet d'inclure le fait positif tout autant que le fait négatif<sup>42</sup>, dès-lors qu'il s'écarte du comportement attendu de l'agent « de même condition et de même profession » placé dans la même situation. Cette distinction s'intègre à la gradation des fautes à laquelle s'attachent les commentateurs : ainsi, Balde indique que la faute par commission doit être généralement considérée comme plus grave que la faute par omission<sup>43</sup>.

A l'époque, cette conception duale de l'élément matériel de la faute ne fait pourtant pas l'unanimité, comme le prouve en particulier un commentaire de Cynus de Pistoie au sujet d'une constitution impériale portant sur le régime de l'usufruit, dans lequel il estime que la *lex Aquilia* n'entend réparer que les dommages résultant d'un acte positif, à l'exclusion des fautes *in non-faciendo*<sup>44</sup>.

Quoi qu'il en soit, la distinction conceptuelle entre la *culpa in faciendo* et *in non-faciendo* qui émerge dans la doctrine savante<sup>45</sup>, rendue possible par une conception de la faute reposant sur une comparaison du comportement de l'agent et de la diligence attendue d'une personne de même condition, est déjà bien assise à l'époque où la doctrine moderne s'efforce de formuler un principe général de responsabilité pour faute.

## II) Par la prise en compte de l'omission dans la formulation d'une définition générale de la faute à l'époque moderne

L'école du droit naturel moderne, inspirée par le droit naturel antique et influencée par les théologiens de la seconde scolastique, va tenter à partir du XVII<sup>e</sup> siècle d'identifier les principes universels autour desquels s'articule toute la théorie juridique, par opposition à la démarche casuistique du droit romain.

C'est d'abord Hugo Grotius qui va faire de l'obligation faite à chacun de réparer le dommage commis la conséquence du principe selon lequel chacun doit se voir restituer ce qui lui revient, un des trois axiomes auxquels tout le droit peut être réduit<sup>46</sup>. Même si l'affirmation d'un principe général de responsabilité pour faute se dessine dans ses écrits antérieurs<sup>47</sup>, celui-ci est surtout formulé dans son célèbre ouvrage *Du Droit de la guerre et de la paix*, dans la définition qu'il donne de la notion de *maleficium* : « Nous appelons

40 D. DEROUSSIN, p.703 et s.

41 BARTOLUS A SAXOFERRATO, *Com. ad. D.16, 3, 32, 5, n°17* : « *Lata culpa est deviatio incircumspecta ab ea diligentia, quam comuniter habent homines qui sunt ejusdem professionis et conditionis* », cité par O. DESCAMPS, *op.cit.*, p.75.

42 BARTOLUS A SAXOFERRATO, *Com. ad. D.16, 3, 32, 5, n°17* : « *Item est nomen commune culpae in faciendo et culpae in non-faciendo* », cité par O. DESCAMPS, *op. cit.*, p.75.

43 BALDUS DE UBALDIS, *Com. ad. D.*, 24, 3, 9, n°6, cité par O. DESCAMPS, *op. cit.*, p.65.

44 CYNUS PISTORIENSIS, *Com. Ad C.*, 3, 35, 1, n°4, cité par O. DESCAMPS, *op. cit.*, p.65.

45 Les coutumiers de la fin du Moyen-Age ne sont jamais parvenus à une telle distinction, sans doute parce que les coutumes, restant pénétrées d'un héritage romano-franc donnant la première place à la matérialité du dommage et à sa corporéité, n'ont pas connu la même sophistication doctrinale, ni le même mouvement de subjectivisation de la faute. On voit toutefois s'affirmer dans les coutumiers du XIV<sup>e</sup> siècle la place de l'intention dans la qualification de la faute, et donc la distinction entre faute intentionnelle et non-intentionnelle. Pour caractériser cette deuxième, il arrive que que les auteurs fassent référence à un standard, comme celui du « prud'homme », ce qui permet tout de même une prise en compte des dommages causés par négligence ; voir D. DEROUSSIN, *op. cit.*, p.706 et s., et O. DESCAMPS, *op. cit.*, p.184 et s.

46 D. DEROUSSIN, *op. cit.*, p.712 et s.

47 O. DESCAMPS, *op. cit.*, p.396 et s.

maléfice toute faute, **soit en faisant, soit en ne faisant pas**, en opposition à ce que les hommes doivent faire, ou communément, ou à raison d'une qualité déterminée. D'une telle faute, s'il y a eu un dommage causé, naît naturellement une obligation qui a pour objet de le réparer. »<sup>48</sup>. Le constat est frappant : malgré sa concision, cette formule prestigieuse, réputée comme étant la première énonciation de la fameuse « clause générale de responsabilité », prend soin d'insister sur la dualité du comportement fautif, qui peut résulter d'une action ou d'une omission.

Les juristes humanistes qui précèdent Grotius, cherchant à systématiser le droit de la réparation en apportant une définition plus générale et abstraite des conditions de la responsabilité, et tout en reprenant cette distinction qui, on l'a vu, s'est généralisée au Moyen-Age, s'étaient toutefois montrés préoccupés par le cas de la faute par omission. Notamment, « selon François Baudoin, si la *lex Aquilia* concerne sans nul doute la faute de commission, une difficulté surgit à propos de l'omission, car on ne peut pas *a priori* faire référence à une quelconque obligation, comme, par exemple, en matière contractuelle »<sup>49</sup>. C'est en effet l'existence d'une obligation préexistante qui caractérise la négligence dans les cas cités par le Digeste : c'est parce que le médecin s'était engagé à prendre soin du patient que son omission est fautive. Les humanistes cherchent donc toujours, pour caractériser une faute par omission, à établir une obligation particulière d'agir, liée à la qualité de l'agent. Selon une logique qui rappelle celle déployée aujourd'hui par la Cour de cassation (voir *infra*), ils ne vont admettre la généralisation de la faute par omission qu'à l'égard des professionnels, desquels est attendu un soin particulier dans l'exercice de leur mission, ou plus généralement à l'égard de tous ceux qui sont tenus à une diligence particulière en raison de leur qualité : par exemple, le tuteur est en faute s'il omet de conserver et d'administrer avec le soin requis les biens de son protégé.<sup>50</sup>

Au contraire, les auteurs de l'école du droit naturel défendent explicitement la généralisation de la *culpa in non-faciendo* à tous les hommes, « ou communément, ou à raison d'une qualité déterminée », sans opérer de distinction sur ce point avec la faute par commission. Pour le justifier, Grotius et Pufendorf empruntent à la théologie espagnole du XVI<sup>e</sup> siècle le lien intime entre la responsabilité et le libre-arbitre, ce dernier résultant non-seulement de la liberté de l'homme, mais surtout de sa Raison, qui lui confère une connaissance innée de la règle morale : « la toute-puissance de la raison rend l'homme apte à discerner ce qu'il faut faire ou ne faut pas faire »<sup>51</sup>. Ainsi, l'absence d'obligation précise préexistante, liée à la qualité de son auteur, ne fait plus obstacle à la caractérisation d'une faute par omission : selon Pufendorf, les facultés intellectuelles de l'homme lui procurent « une droiture naturelle, qui ne permet pas de tomber dans l'erreur, pourvu qu'on y apporte l'attention nécessaire »<sup>52</sup>.

On voit se dessiner ici le conflit durable entre deux conceptions de la faute par omission : l'une fondée sur une obligation préexistante généralement liée à la qualité particulière de l'agent, l'autre sur le manquement à la diligence commune. On verra que, si l'une a triomphé aujourd'hui en jurisprudence, l'autre n'a jamais cessé d'y manifester son influence.

---

48 H. GROTIUS, *De Jure Belli ac Pacis*, II, 17, 1 : « *Maleficium hic appellamus culpam omnem, sive in faciendo, sive in nonfaciendo, pugnantem cum eo quod aut homines communiter, aut pro ratioe certae qualitatis facere debent. Ex tali culpa obligatio naturaliter oritur si damnum datum est ut id resarciatur* ».

49 O. DESCAMPS, *op. cit.*, p.337.

50 Guillaume CONSUL, *Coutumes du Haut et Bas pays d'Auvergne*, XI, art.13, cité par DESCAMPS, p.338.

51 D. DEROUSSIN, *op.cit.*, p.717.

52 S. PUFENDORFIUS, *De Jure Naturae et Gentium*, I, 3, 2, cité par DEROUSSIN.

### Section 3 : La réception de la faute par omission dans les droits européens contemporains

Le principe de l'abstention fautive est non-seulement compatible avec la généralité du principe retenu par le Code Napoléon (I), mais également avec les conceptions de la faute retenues par-delà nos frontières (II).

#### I) De l'Ancien Droit au Code civil : le triomphe d'une conception protéiforme de la faute en droit français

La doctrine coutumière du XVI<sup>e</sup> et du XVII<sup>e</sup> siècle, imprégnée de la conception morale et subjective de la faute développée par les droits savants, en a hérité l'idée que la faute de négligence se commet par action et par omission, puisqu'elle s'apprécie d'après la faculté qu'avait l'agent d'anticiper le dommage causé par son comportement. En témoigne notamment un des adages formulés par Loysel dans ses *Institutes coutumières*, en 1607 : « Qui peut et n'empêche, pêche ! »<sup>53</sup>.

Avant-même la traduction en français des œuvres de Grotius et Pufendorf, les auteurs français s'étaient acheminés vers l'affirmation d'un principe général de responsabilité pour faute ; il s'exprime en particulier dans l'œuvre de Jean Domat, qui parachève, dans ses *Lois civiles* la tentative de généralisation des cas de responsabilité entreprise par des auteurs comme Du Moulin ou Bouchel<sup>54</sup>. Cependant, raisonnant toujours à partir de la matrice romaine et des cas du Digeste, il semble donner à ce principe général<sup>55</sup> un caractère subsidiaire, lui donnant pour fonction d'appréhender tous les cas imprévus par le droit savant<sup>56</sup>.

C'est toutefois la réception de la doctrine du droit naturel qui, en plus de conduire à l'expression d'un principe général de responsabilité dépouillé de son caractère subsidiaire<sup>57</sup>, va favoriser une réflexion spécifique sur la faute par omission. Ainsi, dans la première traduction française, parue en 1706, du *Droit de la Nature et des gens* de Samuel Pufendorf, Jean Barbeyrac (également premier traducteur français de Grotius), déduit du principe général énoncé par le maître allemand une obligation générale de faire le bien à autrui, qui se rattache au devoir de diligence. En effet, après avoir traduit le principe général, il ajoute le commentaire suivant : « On peut rapporter tous les devoirs de la sociabilité à ces trois cas généraux : 1. Ne faire du mal à personne, 2. Empêcher le mal dont les autres sont menacés, et enfin 3. leur faire du bien positivement »<sup>58</sup>.

La portée d'une telle affirmation est emblématique de la généralisation et de l'extension considérable que connaît la définition de la faute chez les auteurs du XVIII<sup>e</sup> siècle. C'est en particulier Michel Prévost de la Jannès, professeur de droit à Orléans, qui reprend le principe affirmé par Domat en le détachant toutefois de son environnement casuistique, et surtout en l'exprimant dans des termes beaucoup plus généraux, visant toute perte et tout fait générateur.<sup>59</sup>

---

53 Antoine LOYSEL, *Institutes coutumières : Ou manuel de plusieurs & diverses Regles, Sentences, et Proverbes tant anciens que modernes du Droit Coutumier & plus ordinaire de la France*, Paris 1607.

54 D. DEROUSSIN, *op.cit.*, p.718.

55 Jean DOMAT, *Les Lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris 1689, II, 8, 4, 1 : « Toutes les pertes et tous les dommages qui peuvent être par le fait de quelque personne, soit imprudence, légèreté, ignorance de ce qu'on doit savoir, ou autres fautes semblables, si légères qu'elles puissent être, doivent être réparés par celui dont l'imprudence ou autre faute y a donné lieu. Car c'est un tort qu'il a fait, quand même il n'aurait pas eu l'intention de nuire », cité par D. DEROUSSIN, *op.cit.*, p.719.

56 O. DESCAMPS, *op. cit.*, p.423 et s.

57 On le trouve notamment affirmé dans l'œuvre de Prévost de la Jannès (« De l'obligation de ne point nuire naît celle de réparer le dommage que l'on a causé injustement »), et dans le *Répertoire* de Guyot (« Celui qui cause du dommage à autrui est obligé à le réparer »).

58 Samuel PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, III, 1, 1, n.3, cité par O. DESCAMPS, *op. cit.*, p.419.

On se s'étonnera donc pas que la définition de la faute contenue dans le *Répertoire* de Guyot, proposée par Garat, réaffirme le principe général tout en reprenant la distinction opérée par Grotius, selon laquelle elle peut résulter d'un fait positif ou négatif : la faute y est « l'action ou l'omission faite mal à propos, soit par ignorance, soit par impéritie, soit par négligence »<sup>60</sup>.

Les jurisconsultes du XVIII<sup>e</sup> siècle peinent pour la plupart à s'affranchir de la démarche casuistique romaine ; c'est notamment le cas de Bourjon et surtout de Pothier, qui continuent à dresser une typologie des différentes actions en responsabilité<sup>61</sup>. Pourtant, c'est bien le principe général de responsabilité, accompagné d'une définition très large de celle-ci, qui finira par être affirmé, dans le Code civil de 1804, pérennisant une conception indifférenciée du fait générateur selon qu'il soit positif ou négatif, intentionnel ou non, etc. Cette volonté d'indifférenciation est telle que la référence à la *faute* a failli être absente du Code civil<sup>62</sup>.

Le 9 février 1804, le Corps législatif vote l'adoption du titre du Code napoléon relatif à la responsabilité civile. Son article 13, qui deviendra l'article 1382 du Code, pose le principe emblématique selon lequel *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*. C'est donc bien un principe de responsabilité pour faute qui finit par l'emporter, mais énoncé dans les termes les plus généraux possibles : les codificateurs se sont saisi de l'héritage du christianisme et du droit naturel, considérant que sont « gravés dans le cœur de l'homme », selon Treilhard, les principes de sociabilité dont tout écart, même le plus léger le soumet à réparer le dommage causé. L'orateur insiste sur la double-dimension, positive et négative, de ces devoirs<sup>63</sup>.

Finalement, il ne fait guère de doute que la philosophie qui a guidé les codificateurs, lorsqu'ils refusent de distinguer entre divers degrés ou modalités de la faute pour permettre de sanctionner de la façon la plus large possible le devoir général de ne pas nuire à autrui, laisse toute sa place à l'admission de la faute qui résulterait d'une omission. Il faut, mais il suffit en effet que celle-ci soit jugée contraire aux devoirs de l'homme envers ses semblables. Il est vrai que, contrairement à Grotius ou Garat, les codificateurs, réputés pour leur concision (notamment en matière de responsabilité...) n'ont pas repris explicitement la distinction de l'action et de l'omission ; ce sont toutefois les mêmes principes de droit naturel, empreints de christianisme, qui se manifestent ici et là. Ainsi, lorsqu'ils indiqueront, dans un arrêt du 27 février 1951, que *la faute prévue par les articles 1382 et 1383 peut consister aussi bien dans une abstention que dans un acte positif*, les magistrats de la Cour de cassation se montreront les fidèles héritiers des rédacteurs de ces

---

59 Michel PREVOST DE LA JANNES, *Les principes de la jurisprudence française*, II, 28, 621, cité par O. DESCAMPS, *op.cit.*, p.732 : « De l'obligation de ne point nuire naît celle de réparer, aussi pleinement qu'il est possible, le dommage que l'on a causé injustement. Toutes les pertes qui naissent du fait par lequel on a causé le dommage et qui ne seraient point arrivés sans cela, doivent être imputées à l'auteur du dommage, si celui qui l'a souffert n'a pas pu le prévenir, ni les arrêter, et ces pertes font la juste mesure de l'étendue de la réparation ».

60 GARAT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, V<sup>o</sup> Quasi-délit, cité par D. DEROUSSIN, *op. cit.*, p.727.

61 O. DESCAMPS, *op. cit.*, p.432 et s.

62 En effet, les projets proposés par D'Olivier et Durand-Maillane sous la Révolution, ainsi que les trois projets présentés par Cambacérès, ont en commun de chercher à établir une maxime générale réglant toutes les hypothèses de responsabilité de celui qui cause un dommage par son fait, mais sans aucune référence au caractère fautif de celui-ci. On peut citer par exemple l'article 745 du troisième projet de Cambacérès, présenté le 12 juin 1796 : « Celui qui cause un dommage est tenu de le réparer, quel que soit le fait qui y donne lieu ». V. O. DESCAMPS, *op. cit.*, p.442 et s.

63 Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t.13, Paris 1827, p.464 cité par DESCAMPS, p.463 : « Les engagements de cette espèce sont fondés sur ces grands principes de morale si profondément gravés dans le cœur de tous les hommes, qu'il faut faire aux autres ce que nous désirerions qu'ils fissent pour nous dans les mêmes circonstances, et que nous sommes tenus de réparer les torts et dommages que nous avons pu causer ».

textes, et de la doctrine pluri-séculaire qui a conduit à la formulation d'un principe général de responsabilité pour faute.

L'histoire de la notion de faute par omission ne s'arrête pas en 1804, non-plus qu'en 1951 ; on étudiera toutefois les réflexions doctrinales plus récentes dans le chapitre de ce mémoire consacré à la discussion contemporaine dont ce concept fait l'objet<sup>64</sup> ; on se propose d'ici-là d'exposer brièvement la réception de la théorie de la faute par omission de l'autre côté du Rhin et de la Manche.

## II) La pénétration de la faute par omission dans les droits étrangers

Tous les droits continentaux partagent l'héritage des droits savants et de la doctrine jusnaturaliste, ce qui les conduit généralement à retenir une conception large du fait générateur, compatible avec l'idée de faute par omission ; on s'en convaincra à travers l'exemple particulier du droit allemand (A). Surtout, la logique très spécifique autour de laquelle s'organise la responsabilité délictuelle en *Common Law* repose sur une conception indifférenciée du *breach of duty*, qui peut aussi bien se commettre par action que par omission (B).

### A) Le droit allemand : la faute par omission comme manquement à une obligation délictuelle de sécurité

Bien que puisant également ses racines dans le droit romain christianisé de l'époque médiévale<sup>65</sup> et dans les principes de droit naturel moderne<sup>66</sup>, s'est affirmée au XIXe siècle<sup>67</sup> la spécificité de la tradition juridique germanique, ce qui explique la présentation originale et certains des caractères propres du *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) promulgué en 1896 et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1900.

Celui-ci, s'émancipant de la systématique du Digeste reposant sur une présentation successive du droit des personnes, des biens et des obligations, s'ouvre par un Livre I, appelé *Partie Générale* dans lesquels sont posés des définitions, des distinctions et des principes transversaux du droit privé. Son second Livre est consacré au droit des obligations ; le BGB y distingue deux sources d'obligations, que sont les actes juridiques et la loi<sup>68</sup>.

Les obligations fondées sur la loi naissent plus précisément de trois sources : l'enrichissement injustifié, la gestion d'affaire, et surtout l'*acte illicite*. C'est cette dernière catégorie d'obligations légales qui abrite tout le droit allemand de la responsabilité civile.

En matière de faute, le BGB se singularise du Code civil par le fait que l'illicéité de l'acte, c'est-à-dire son caractère fautif, reste une condition fondamentale de la mise en œuvre de la responsabilité : le droit

---

64 Partie I, Chapitre 2

65 Si les États allemands sont restés pénétrés d'un droit coutumier globalement plus dispersé et surtout plus marqué par l'héritage germanique que les coutumes françaises, la doctrine allemande a également été soumise au phénomène de « réception » du droit romain à partir du XIe siècle : voir Michel FROMONT et Alfred RIEG, *Introduction au droit Allemand, Tome 1 : Les fondements*, 1<sup>ère</sup> éd., Cujas, 1977, p.51 et s.

66 En témoigne l'importance, dans ce courant, d'auteurs allemands comme Pufendorf ou, dans le domaine de la philosophie, Leibniz.

67 Dans le contexte de naissance du nationalisme allemand, s'affirme nettement en doctrine la volonté de « revenir » à un droit spécifiquement allemand, par opposition au *jus commune* d'origine romaine, dont la réception médiévale sera qualifiée au XIXe siècle « d'accident national », voire de « viol du droit germanique ». FROMONT et RIEG, *op.cit.*, p.64.

68 Michel FROMONT et Jonas KNETSCH, *Droit privé allemand*, 2<sup>e</sup> éd, LGDJ 2017, p.107. S'agissant des obligations contractuelles, on peut souligner qu'en droit allemand, le débiteur n'est tenu de D&I qu'en cas d'inexécution fautive (§280), la faute étant toutefois présumée : il va sans dire que celle-ci peut se traduire par une action (mauvaise exécution) ou une omission (simple inexécution).

allemand, dès l'origine, n'a pas assorti la responsabilité pour faute de plusieurs cas de responsabilité objective<sup>69</sup>. Surtout, loin de poser un principe général de responsabilité pour faute, le BGB dresse dans son §823, al.1 la liste des intérêts protégés auxquels toute atteinte illicite crée une obligation à la charge de son auteur<sup>70</sup>. Le BGB ne définit pas le fait du défendeur (*Verletzungshandlung*) susceptible de caractériser l'atteinte illicite ; il se contente d'indiquer que le fait peut être volontaire, ou non, résumant en une seule formule<sup>71</sup> le principe posé par les articles 1240 et 1241 du Code civil.

C'est donc la jurisprudence allemande qui est venue préciser que l'atteinte illicite pouvait résulter d'un fait positif ou négatif, d'une action ou d'une omission. Elle l'a fait en estimant que toute personne créant ou entretenant un danger pour autrui était tenue d'une « obligation délictuelle de sécurité » (*Verkehrspflicht*), à laquelle le manquement engage sa responsabilité lorsqu'il entraîne une atteinte à un intérêt protégé<sup>72</sup>. Une telle solution n'est pas justifiée par la théorie du risque, mais se rattache bien à l'idée de responsabilité pour faute : le juge se livrera à une appréciation *in concreto* pour déterminer si le défendeur, par sa négligence, a manqué à cette obligation à l'égard des personnes qui subissaient un risque dont il avait le contrôle. Autrement dit, pour utiliser la terminologie de la doctrine française, « l'obligation délictuelle de sécurité » est bien une obligation de moyens, et non de résultat.

Cette obligation pèse sur toutes les personnes « supposées maîtriser des sources de danger comme les aires de jeux ou les trottoirs enneigés, et celles qui exercent des activités professionnelles dangereuses, telles que l'exploitation d'une usine chimique ». <sup>73</sup> Elle impose à ces personnes, selon une formule consacrée par la Cour fédérale de Justice, de prendre toutes les mesures qu'« une personne attentive, avisée et raisonnablement prudente estime nécessaires et suffisantes pour préserver autrui de la survenance d'un dommage ». <sup>74</sup> Ainsi, par exemple, l'organisateur de voyages est-il tenu de s'assurer, par des inspections auprès de ses propres cocontractants, de la qualité des installations hôtelières qui accueilleront les voyageurs : il engage donc sa responsabilité, pour négligence, suite à la chute d'un voyageur depuis le balcon de l'hôtel en raison du mauvais état de la balustrade<sup>75</sup>.

L'exemple allemand est d'un grand intérêt : on verra en effet que la jurisprudence de la Cour de cassation a toujours retenu une conception assez similaire de la faute par omission (en particulier en ce qu'il apparaît essentiel de prendre en compte la qualité particulière du défendeur pour faire peser sur lui, rétroactivement, l'obligation de prévenir un dommage), sans ne l'avoir jamais appuyée sur des principes aussi clairs ; la doctrine française est tenue de se contenter d'un principe posé en des termes beaucoup plus généraux,

---

69 Un seul régime de responsabilité objective est codifié au sein du BGB : celle du gardien d'un animal de compagnie, au §833. Il est vrai, toutefois, que plusieurs régimes de responsabilité fondés sur la garantie du risque créé ont été consacrés en-dehors du Code.

70 Toutefois, le second alinéa de ce paragraphe indique que tous les autres intérêts visés par une loi de protection sont également protégés par le régime de responsabilité du BGB, et surtout le §826 vise que tout acte est illicite s'il caractérise une atteinte intentionnelle aux bonnes mœurs. Le système allemand n'est pas aussi limitatif qu'on peut le penser *a priori*.

71 §823, alinéa 1 du BGB : « Quiconque, intentionnellement ou par négligence, porte de façon illicite une atteinte à la vie, à l'intégrité physique, à la santé, à la liberté, à la propriété ou à un autre droit d'autrui, est tenu envers lui de réparer le préjudice qui en résulte » (traduction M. FROMONT).

72 Ce principe a été dégagé graduellement par la jurisprudence : à l'origine, la Cour fédérale a développé des « obligations visant à assurer la sécurité de circulation » (*Verkehrssicherungspflichten*) pesant spécifiquement sur ceux qui ouvrent à la circulation du public un local ou un bâtiment (magasin...). Par la suite, elle a généralisé le principe à partir de l'idée de risque créé dans la sphère d'autorité du défendeur. Voir M. FROMONT et A. RIEG, *Introduction au droit allemand, tome III : Droit privé*, 1<sup>e</sup> édition, Cujas 1991, p.126.

73 M. FROMONT et J. KNETSCH, *op. cit.*, p.211.

74 BGH, 25 févr.2014, réf. VI ZR 299/13, *Neue Juristische Wochenschrift* 2014, p.2104.

75 BGH, *Neue Juristische Wochenschrift* 1988, p.1380.

qu'on a déjà cité et sur lequel on reviendra, mais dont l'application concrète évoque davantage la théorie allemande de la faute par omission telle que formulée par la Cour fédérale.

C'est aussi à partir de l'idée de manquement à un devoir préexistant, découvert par le juge dans des situations déterminées, que le droit anglais conçoit qu'une omission puisse engager la responsabilité de son auteur.

### B) Le droit anglais : l'indifférence du caractère positif ou négatif d'un manquement au *duty of care*

Le droit anglais se singularise, en Europe, par la très faible pénétration du droit romain<sup>76</sup> et par une grande spécificité, procédurale<sup>77</sup> et substantielle. L'originalité du *Common Law* se caractérise notamment en matière de sources : la loi écrite, revêtue d'une très grande autorité, fait toutefois figure d'exception, n'intervenant qu'à la marge pour corriger ou compléter l'état du droit, dont l'élaboration est très largement laissée à la pratique judiciaire. On a donc tendance à présenter le droit anglais comme un droit essentiellement prétorien ; il faut aujourd'hui, toutefois, nuancer très fortement une telle affirmation, en raison d'un phénomène d'inflation législative observé depuis le milieu du XXe siècle<sup>78</sup>.

Le droit anglais de la responsabilité civile délictuelle, c'est-à-dire le droit des *torts*, demeure toutefois une œuvre presque entièrement prétorienne. Il trouve ses origines dans l'action du *trespass* offerte au Moyen-Age au demandeur qui avait subi un dommage résultant d'un acte de violence. A partir de la fin du XIVe siècle, les juges multiplient les cas de *trespass on the case*, c'est-à-dire sans violence, pour ouvrir un droit à réparation aux victimes dans un nombre croissant d'hypothèses<sup>79</sup>. Toutefois, le droit des *torts* est demeuré fondamentalement casuistique : le juge ou la loi n'ont jamais affirmé de principe général de responsabilité pour faute, préférant identifier toutes les situations spécifiques dans lesquelles la victime d'un dommage se voit offrir une action.

On recense donc un très grand nombre de *torts* dégagés principalement par le juge<sup>80</sup>, dont le plus important et le plus emblématique est le *tort of negligence*. Celui-ci, formulé par le juge Atkin dans le très célèbre arrêt *Donoghue v. Stevenson* en 1932, est un délit civil qui « permet à celui qui subit un dommage causé par la faute d'une autre personne de demander réparation à celle-ci, dès-lors qu'elle était tenue à l'égard du

---

76 Suite au départ de l'occupant romain au Ve siècle, les tribus saxonnes ne conservèrent aucune trace de ses institutions juridiques. Le droit coutumier anglais, fondé sur un héritage celtique et germanique et ayant subi l'influence scandinave, fut protégé par Guillaume le Conquérant après la conquête. Si le clergé ecclésiastique s'est soumis, jusqu'au schisme anglican, à un droit canonique commun à toute l'Europe, les juristes anglais médiévaux n'ont pas cherché à importer la science du droit romain ressuscitée par la redécouverte du Digeste au XIe siècle, préférant recenser et enseigner les diverses coutumes d'Angleterre. V. Danièle FRISON, *Introduction au droit anglais et aux institutions britanniques*, 3<sup>e</sup> éd., Ellipses 2005, p.53 s.

77 Paradoxalement, le droit anglais continue à affirmer en principe la primauté de la procédure sur le fond : comme à Rome, l'action précède le droit, et un *writ of action*, c'est-à-dire une autorisation découlant d'une situation spécifique prévue par la loi, est théoriquement nécessaires pour saisir le juge. Toutefois, ces principes sont largement affaiblis dans la pratique contemporaine, où s'affirme l'idée d'atteinte à un droit substantiel comme fondement de l'action en justice. Voir D. FRISON, *op.cit.*, p.64 et s.

78 Ce phénomène est d'abord lié au développement de l'administration et à l'essor du dirigisme économique au XXe siècle, ainsi qu'au progrès (quoique plus modéré en au Royaume-Uni qu'ailleurs) des idées socialistes et du Parti Travailleiste au cours de l'après-guerre. Il a été renforcé par l'influence du droit communautaire. Voir FRISON, *op.cit.*, p.47 et s.

79 Alexis ALBARIAN (*dir.*), *Les 100 mots du droit anglais*, Lamy, 2013, n°93 : *Tort*, p.634

80 Le Parlement intervient à la marge pour créer des *statutory duties* (des devoirs légaux) dont le manquement peut permettre à la victime d'obtenir réparation sur le fondement d'un *breach of statutory duties*. C'est notamment par cette voie qu'a été transposée la directive européenne sur la responsabilité du fait des produits défectueux.

demandeur d'un *duty of care* et que le dommage est la conséquence prévisible du manquement à ce devoir »<sup>81</sup>.

La grande spécificité du *tort of negligence* anglais par rapport à la faute française est que cette dernière repose sur l'idée de manquement à un devoir général de prudence et de diligence à l'égard de tous, alors que le *negligence* est liée à l'existence d'un *duty of care*, c'est-à-dire d'un devoir de diligence *spécifique* existant à la charge du défendeur vis-à-vis du demandeur. L'action de ce dernier se traduit donc par une démarche en deux temps : il s'agit d'établir d'abord la preuve du fait que le défendeur, du fait de sa proximité particulière avec le demandeur et du caractère prévisible du dommage causé, était tenu d'un devoir de prudence/diligence<sup>82</sup> particulier à son égard, avant de prouver le *breach*, c'est-à-dire le manquement à ce devoir.

Or, à condition que soit caractérisé le *duty of care* pesant sur le défendeur, le manquement peut résulter indistinctement d'une action ou d'une omission. Cela est affirmé très clairement par Lord Atkin dans l'arrêt fondateur de 1932 : il définit en effet ce devoir comme celui en vertu duquel « *you must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour* »<sup>83</sup>. C'est d'ailleurs bien d'une omission dont il était question dans cette affaire : on imagine mal que notre fabricant de *ginger beer* ait lui-même introduit une limace, volontairement ou par inadvertance, dans une des bouteilles qu'il destinait à la vente. Il a néanmoins omis de contrôler le contenu de celles-ci, ce dont il a résulté un dommage.

Cette conception duale de l'élément matériel du *breach* est parfaitement logique : en droit anglais, le principal fait générateur de responsabilité civile se conçoit en effet comme le manquement à une « obligation »<sup>84</sup>, définie essentiellement de manière positive, par l'idée de prise de précautions. Comme en matière contractuelle, ce manquement peut désigner la mauvaise exécution (s'agissant du *duty of care*, cela vise une action imprudente), ou l'inexécution pure et simple, c'est-à-dire l'omission.

La solution anglaise s'explique également par la très forte influence chrétienne qui se manifeste dans la formulation du *neighbour principle*<sup>85</sup>. On peut peut-être ici identifier un point commun entre tous les systèmes de responsabilité européens : l'influence d'une appréciation morale de la faute, et le devoir de charité chrétienne prônée par le Nouveau Testament en plus de la simple obligation de ne pas nuire à autrui<sup>86</sup>, ont pu favoriser la volonté judiciaire de sanctionner la faute par omission<sup>87</sup>.

Finalement, le *tort of negligence* témoigne d'un équilibre intéressant découvert par le droit anglais : le *duty of care*, loin d'être une clause générale de responsabilité, ne sera admis que dans certains cas eu égard à la situation particulière du demandeur et du défendeur, mais une fois caractérisé, il fait peser sur le défendeur

---

81 Raymond LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative*, Litec, 2<sup>e</sup> éd., 2008, p.317.

82 La notion de *duty of care* n'est pas susceptible d'une traduction entièrement pertinente.

83 « Vous devez porter une attention raisonnable à éviter toutes les actions ou omissions dont vous pouvez raisonnablement prévoir qu'elles sont susceptibles de nuire à votre prochain ».

84 Le droit anglais ne connaît pas la notion d'obligation en tant que *lien de droit* ; quant au terme anglais *obligation*, vise spécifiquement l'engagement abstrait, non-causé de payer une somme déterminée : voir sur ce point ALBARIAN, *op.cit.*, n°35 : *Duty*, p.254.

85 Lord Atkin présente clairement la formulation du *duty of care* comme la traduction juridique de l'injonction du Christ : « Aimez-vous les uns les autres » : selon Atkin, « *The rule that you are to love your neighbour becomes in law, you must not injure your neighbour* ».

86 Voir *supra*, note n°24.

87 On peut toutefois également y voir une intuition universelle de la raison humaine.

un devoir que le juge n'hésite pas à qualifier de positif. On verra que la jurisprudence française est plus embarrassée à l'idée de faire peser sur les justiciables des obligations *in facere* sur le fondement des articles 1240 et 1241, précisément à cause de la portée générale du principe qu'ils énoncent, rendant chaque individu responsable de sa faute à l'égard de toute personne subissant un dommage. Quant à la Cour fédérale allemande, elle parvient, grâce à son « obligation délictuelle de sécurité » pesant sur tous les responsables d'une activité risquée, à un degré de généralité plus élevé que la casuistique anglaise, mais plus modéré que le Code civil complété par la formule de l'arrêt *Branly*.

On a cherché à retracer brièvement l'évolution historique de la notion de faute par omission, et d'exposer les fondements théoriques que lui donnent le juge et la loi dans divers systèmes européens contemporains. A présent, on tentera de présenter les débats doctrinaux dont elle est aujourd'hui l'objet, pour compléter notre exposé théorique de la notion.

## CHAPITRE 2 : La place controversée de la faute par omission dans le système du Code civil

La généralité de l'article 1382 n'a jamais empêché la doctrine de chercher à définir, et donc à circonscrire la faute, notamment s'agissant de son *élément matériel*, l'acte positif ou négatif par lequel elle se manifeste. L'opinion qui s'affirme majoritairement jusqu'au début du XXe siècle défend une approche limitée de la faute par omission, qui ne se conçoit qu'en présence d'une obligation légale d'agir, ou à la rigueur d'une intention de nuire (Section 1). Pourtant, le courant prônant une conception beaucoup plus étendue de la faute par omission sur le modèle de la faute par action, déjà présent mais très marginal à l'époque napoléonienne, finira par emporter la conviction majoritaire (Section 2).

### Section 1 : La défense libérale d'une approche restreinte de la faute par omission

Cette réticence à l'égard de la faute d'abstention s'est surtout exprimée avec force dans le premier siècle du Code civil (I) ; c'est René Demogue qui, par une analyse approfondie de la question, adopte une position plus modérée qui prépare le terrain au tournant solidariste (II).

#### I) L'exigence d'un élément légal ou d'une intention de nuire, protectrice de la liberté

« Un postulat de liberté semble s'opposer à ce que l'homme soit rendu responsable pour n'avoir rien fait ».

Le doyen Carbonnier, ouvrant par cette belle formule les développements qu'il consacre à la faute par omission dans son manuel de droit des obligations<sup>88</sup>, se situe résolument dans l'héritage d'un courant doctrinal libéral ayant connu son âge d'or un siècle plus tôt. On discerne en effet, tout au long du XIXe siècle, une réticence nette des grands auteurs à admettre que n'importe quelle omission, dès lors qu'elle marquerait un écart avec le comportement du bon père de famille, puisse engager la responsabilité de son auteur. Cette opinion est fondée sur la liberté attribuée à chacun d'agir – ou de ne pas agir – comme il l'entend, dans la limite de la loi et surtout des droits des tiers, auxquels l'atteinte par un comportement négatif se conçoit difficilement en-dehors des rapports contractuels.

---

88 Jean CARBONNIER, *Droit Civil, Tome 4 : Les obligations*, 22e ed., Thémis 2000, n°221.

Ainsi, dans les développements consacrés à la définition de la faute, la conception duale de son élément matériel (acte positif ou acte négatif) est-il systématiquement affirmé... pour être non-moins systématiquement tempéré par l'exigence d'une obligation légale préexistante nécessaire à caractériser la faute par omission. Par exemple, Aubry et Rau écrivent dans le *Cours de droit civil français* que « tout délit<sup>89</sup> consiste dans un fait de l'homme. Ce fait peut être un fait négatif ou d'omission, aussi bien qu'un fait positif ou de commission. Toutefois, une personne qui, par quelque omission, a occasionné un dommage à autrui, n'en est responsable qu'autant qu'une disposition de la loi lui imposait l'obligation d'accomplir le fait omis »<sup>90</sup>. Aubry et Rau se rallient à l'opinion exprimée par Victor Proudhon dans son *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*<sup>91</sup>, publié entre 1823 et 1827, qui s'opposait lui-même à celle exprimée par Toullier (voir *infra*) : le problème a donc immédiatement intéressé les premiers glossateurs du Code civil, ce qui n'a rien d'étonnant puisqu'il était déjà bien connu de leurs prédécesseurs.

C'est surtout à Charles Demolombe que l'on doit d'avoir exposé avec le plus d'exhaustivité – conformément au style qu'on lui connaît – les thèses de l'école de l'exégèse en la matière. A l'instar de ses collègues, il commence par relever que la formule générale de l'article 1382 vise la faute dans toute sa diversité, y-compris donc celle qui consiste en une abstention<sup>92</sup>. Toutefois, au moment de se pencher plus précisément sur ce principe, Demolombe affirme que la « simple abstention », qu'il définit comme le fait de ne pas empêcher un dommage alors qu'on aurait pu le faire, et même si elle est sans conteste moralement répréhensible, ne saurait engager la responsabilité de son auteur. Il fonde cette affirmation sur sa propre définition de la faute, qu'il conçoit comme l'atteinte aux droits d'un tiers ; or, chacun n'est pas débiteur envers tous les tiers d'une obligation de prévenir les dommages qu'ils sont susceptibles de subir<sup>93</sup>. Demolombe en conclut que l'« on est tenu légalement de ne pas nuire aux autres, de ne pas attenter à leurs droits. Mais légalement, on n'est pas tenu de leur venir en aide ni de leur rendre service. ».

L'aspect le plus intéressant de son analyse, à notre sens, réside dans la distinction nécessaire, sur laquelle il insiste, entre la morale et le droit. En effet, la question de la faute par omission offre une illustration particulièrement emblématique de l'entrelacement entre la morale chrétienne, qui réprouve nettement l'omission au même titre que l'action, et le droit de la responsabilité civile. Celui-ci est certes fondé sur les principes de justice empruntés au christianisme et à la philosophie grecque (*alterum non laedere, suum cuique tribuere*), mais également sur une assise conceptuelle et une technique qui s'accommodent assez

---

89 Le délit, intentionnel, est distingué chez ces auteurs du quasi-délit, fruit de l'imprudence ou de la négligence de son auteur, mais ils précisent que la règle en matière d'omission est la même dans les deux cas.

90 Charles AUBRY et Charles RAU, *Cours de droit civil français, d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariae*, 3e éd., Imprimerie Cosse, Paris, 1856, n°444, p.540. Pour une observation similaire s'agissant des quasi-délits, voir n°446, p.557.

91 *Infra*, note 93.

92 Charles DEMOLOMBE, *Traité des engagements qui se forment sans convention ; Des contrats et des obligations en général*, Tome huitième, A.Lahure éditeur, Paris, 1882, n°470, p.405 et s. : « Peu importe, d'ailleurs, le caractère du fait dommageable, dès qu'il est accompagné d'une faute. Fait positif ou de commission ; fait négatif ou d'omission ; les termes généraux de nos articles 1382 et 1383 comprennent évidemment l'un et l'autre. Et partout où nous rencontrerons la *faute*, la *négligence* ou l'*imprudence*, nous devons reconnaître une cause légale de responsabilité civile. Il faut remarquer, en effet, que la signification de ces mots est très vaste et qu'elle comprend, à tous les degrés, tous les faits de commission ou d'omission, d'inattention ou de distraction ou même aussi seulement de réticence, par suite desquels le droit d'un tiers aurait été méconnu et lésé ».

93 C.DEMOLOMBE, *op.cit.*, n°479, p.414 et s. : « On ne peut être responsable, comme ayant commis un délit, ou un quasi-délit, qu'autant que l'on a manqué à une obligation, dont on était tenu légalement envers un tiers ; à cette obligation générale, qui nous défend, à tous et à chacun, de nuire au droit d'autrui. Or, notre question suppose que celui, que l'on veut rendre responsable d'un dommage, qu'il aurait pu empêcher et qu'il n'a pas empêché, n'était pas en effet légalement tenu de l'empêcher. Donc, il n'existe contre lui aucune cause d'imputabilité, ni par suite, aucune cause de responsabilité. ».

mal d'une telle « faute », à la fois parce qu'elle obscurcit la définition de celle-ci, mais également parce qu'elle nous interroge sur l'exigence d'un lien de causalité (voir *infra*). Demolombe se saisit de cette dimension du problème : il affirme avec clarté que la faute morale par omission, même incontestable, même impardonnable, n'est pas la faute juridique en l'absence d'obligation d'agir. Demolombe avait probablement lu Cicéron.

Il emprunte ainsi à Proudhon l'exemple présenté en introduction : celui du badaud qui, passant à côté d'une maison, y aperçoit un départ de feu, et ne prend aucune mesure pour alerter le propriétaire ou les autorités, préférant passer son chemin. « *C'est l'action d'un mauvais citoyen !* » s'écrit Proudhon<sup>94</sup>. Assurément ! Et d'un citoyen de la plus grande dureté d'âme. Mais ce n'est ni un délit, ni un quasi-délit ; car il n'était pas légalement tenu d'intervenir. Aussi l'illustre doyen [Proudhon] de la Faculté de Dijon ajoute-t-il fort justement que *l'on aura aucune action civile à intenter contre lui* ».<sup>95</sup>

Critiquant Toullier, qui verrait ici un fait générateur de responsabilité (voir *infra*), Demolombe lui reproche donc de confondre la morale et le droit, en des termes très similaires à ceux utilisés par Proudhon. Cette querelle met en évidence le fait que les débats techniques autour de la faute par omission sont toujours sous-tendus par un questionnement sur la finalité et les frontières du droit, spécialement du droit de la responsabilité.

La même approche restrictive de la faute par omission se manifeste un demi-siècle plus tard chez Planiol, quoi que son raisonnement soit différent. Après avoir posé sa célèbre définition de la faute dans son *Traité élémentaire de droit civil*, comme le « manquement à une obligation préexistante » fondée sur la loi ou le contrat, il relève que la faute peut constituer en un acte positif aussi bien qu'en une abstention ; pour lui, d'ailleurs, l'article 1383 du Code civil vise spécifiquement à exposer la distinction entre faute par action et faute par omission, et à préciser qu'ils engagent aussi bien la responsabilité de leur auteur<sup>96</sup>.

Pour Planiol, cette distinction ne porte pas à conséquences, quant à la définition et à la caractérisation de la faute<sup>97</sup>, qui reste le manquement objectif à une obligation préexistante bien identifiée. En ce sens, son analyse tranche nettement avec ses prédécesseurs au sujet de la faute par abstention, en ce que celle-ci ne présente plus aucun *particularisme* par rapport à la faute par action : elle ne doit pas s'apprécier avec un degré d'exigence particulier, qui tient chez Demolombe ou chez ses prédécesseurs à l'existence d'une obligation légale ou contractuelle spécifique.

---

94 Jean-Baptiste Victor PROUDHON, *Traité de l'usufruit...*, III, n°1489 : « sans doute il aura manqué aux principes de l'humanité et aux devoirs de la charité chrétienne; mais il n'aura manqué à aucun devoir civil, parce qu'il n'était tenu par aucune obligation légale ni conventionnelle, de veiller à la conservation de la maison où il a vu prendre le feu : on pourra bien lui dire qu'il n'est qu'un mauvais citoyen : on pourra lui adresser les plus justes reproches sur sa dureté et son insensibilité pour le malheur d'autrui ; mais on n'aura aucune action civile à intenter contre lui, pour le forcer à reconstruire l'édifice incendié.

95 C. DEMOLOMBE, *op.cit.*, p.417.

96 Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 9e éd., t.2, LGDJ 1923, n°866, p.284. : « La faute peut être un acte positif, comme le fait de blesser par imprudence une personne, ou un acte négatif, comme le fait de ne pas prévenir un propriétaire de l'usurpation qu'un tiers commet sur ses biens, ou encore l'omission d'une formalité légale qu'on était tenu d'accomplir dans un certain délai. Les anciens distinguaient déjà la *culpa in omittendo* et la *culpa in committendo*, et cette distinction se trouve rappelée dans l'art. 1383 : « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence. »

97 « En effet, il est toujours nécessaire que le fait ou l'abstention, qu'on reproche à une personne comme une faute, soit contraire à une obligation antérieure de s'abstenir, si elle a accompli un fait positif, ou d'agir, si elle s'est abstenue. L'article 1383 revient donc tout simplement à dire que la faute peut consister aussi bien dans une contravention à une obligation de faire que dans une contravention à une obligation de ne pas faire ».

Toutefois, la manière dont Planiol conçoit la faute délictuelle ou quasi-délictuelle en général ne laisse qu'une place très résiduelle à l'idée de faute par omission, en-dehors du contrat. Le maître cherche en effet à rationaliser la clause générale de responsabilité de l'article 1382 en dégagant quatre obligations légales dont le manquement caractérise une faute : « 1° S'abstenir de toute violence envers les choses ou les personnes ; 2° S'abstenir de toute fraude, c'est-à-dire de tout acte destiné à tromper autrui ; 3° S'abstenir de tout acte qui exige une certaine force ou une certaine habileté, que l'on ne possède pas au degré voulu ; 4° Exercer une surveillance suffisante sur les choses dangereuses qu'on possède ou sur les personnes dont on a la garde (enfants, fous, etc.).<sup>98</sup> ».

Or, en considération de ces hypothèses, la faute délictuelle par abstention ne se conçoit que dans des frontières assez étroites: on ne commet pas des violences contre autrui ou ses biens par omission, non-plus qu'on n'exerce par abstention une activité pour laquelle on n'a pas l'habileté requise. La faute par omission se conçoit sans mal, en revanche, dans la surveillance d'une personne ou d'une chose dangereuse dont on a la garde. Quant à la *fraude*, elle peut également consister, chez Planiol, en un acte négatif, puisque l'exemple qu'il donne pour illustrer la faute par omission est « le fait de ne pas prévenir un propriétaire qu'un tiers est en train d'usurper son fonds ». Dans la théorie de « l'unité des fautes » de Planiol, le rapport contractuel reste donc le terrain par excellence, et presque exclusif, de la faute par omission. L'auteur relève d'ailleurs, dans ses développements consacrés à la gravité requise de la faute, que les obligations légales se différencient des obligations contractuelles par le fait que les premières ont « ordinairement un objet purement négatif », alors que les secondes sont souvent des obligations de faire<sup>99</sup>. L'omission fautive ne se conçoit donc, sur le fondement des articles 1382 et 1383, qu'en matière de surveillance, ou dans des hypothèses qui évoquent la réticence dolosive commise par un tiers.

Finalement, chez tous ces auteurs, la faute par omission, en matière délictuelle ou quasi-délictuelle suppose de caractériser une obligation légale spécifique préexistante ; l'originalité de Planiol tient au fait qu'il soutient cette idée avec radicalité s'agissant de la faute en général, ce qui le conduit à relever l'absence de spécificité de la faute d'abstention.

C'est à cette même époque que l'on doit à Demogue d'avoir présenté une réflexion approfondie sur la faute par omission, dans laquelle il en défend une conception plus large que ses prédécesseurs et prépare le mouvement jurisprudentiel tendant à étendre les frontières de l'omission fautive.

## II) L'apport de Demogue : une notion précisée, un régime assoupli

Le Professeur lillois, dans son *Traité des obligations en général*, nous offre non-seulement une revue exhaustive de la jurisprudence de son temps en matière de faute par omission, mais également une analyse novatrice<sup>100</sup>, à la fois en ce qu'il affirme pour la première fois l'importance particulière de l'intention pour ce type de faute, et en ce qu'il invente la fameuse distinction entre l'abstention « pure et simple » et l'abstention « dans l'action » ; ces deux innovations étaient promises à un grand avenir doctrinal.

---

98 M. PLANIOL, *op. cit.*, n°865, p.284.

99 M. PLANIOL, *op. cit.*, n°885, p. 298.

100 René DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t.3, Librairie Arthur Rousseau, 1923, n°258, p.434 s.

Comme d'autres auteurs de son temps<sup>101</sup>, Demogue donne de la faute une définition reposant sur la combinaison d'un élément objectif, qu'il définit comme l'atteinte illicite à un droit<sup>102</sup>, et un élément subjectif, fondé chez lui sur l'idée de prévision (auquel cas il y a délit) ou de prévisibilité (qui caractérise le quasi-délit) de l'atteinte au droit résultant du comportement adopté<sup>103</sup>.

L'originalité chez Demogue est qu'il situe la question de la faute par omission dans son analyse de l'élément subjectif, et non-pas de l'élément objectif de la faute. Ce choix annonce déjà une conception nouvelle de la faute par omission, qui s'apprécie à partir de la prévisibilité du dommage consécutif au comportement d'abstention, plutôt qu'à partir de l'atteinte à une norme résultant directement et objectivement du comportement lui-même.

Comme Demolombe, Demogue précise que la faute juridique n'est pas la faute morale, et que la finalité du droit de la responsabilité n'est pas de sanctionner tous les comportements moralement répréhensibles<sup>104</sup>. Néanmoins, il se rattache au courant doctrinal de cette époque qui analyse les droits et libertés des individus au prisme de leur fonction sociale ; en matière de responsabilité, Demogue estime donc que le simple fait d'avoir usé d'un droit ou d'une liberté reconnus ne saurait excuser son titulaire d'avoir causé un dommage : il faut en effet se demander si cet usage était conforme à la finalité pour laquelle ce droit, ou cette liberté, était reconnu à l'individu par le corps social<sup>105</sup>.

Il en va ainsi de la liberté, « postulée » plus tard par Carbonnier, de ne pas agir lorsque s'annonce une atteinte prévisible aux droits d'un tiers. Dans une telle situation, Demogue écrit qu'« une obligation d'agir apparaîtra de plus en plus pour chacun à mesure qu'à l'idée individualiste de liberté se substituera celle d'un poste social tenu par chacun avec une certaine indépendance ».

Cette élégante formule témoigne d'une césure nette (en cette matière comme dans d'autres...) avec la doctrine libérale du XIXe siècle. Demogue écrit certes que la faute, par action ou par omission, se définit toujours comme la violation d'une obligation<sup>106</sup>. Comme Planiol, il affirme que la faute par abstention ne présente sur ce point aucun caractère propre<sup>107</sup>. Il réfute donc l'idée, attribuée à Beudant, que « toute abstention que ne commettrait pas un bon père de famille est une faute ». Néanmoins, il défend une

---

101 Notamment Savatier, qui définit la faute comme « l'inexécution d'un devoir violé », et la décompose donc en deux éléments : la violation d'un devoir (critère objectif), et « l'imputabilité », liée à l'idée de prévisibilité : elle consiste dans « la possibilité pour l'agent de connaître le devoir qu'il viole », cf *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t.1, 2<sup>e</sup> ed., Paris LGDJ 1951, n°4.

102 R. DEMOGUE, *op. cit.*, n°226 et s.

103 R. DEMOGUE, *op. cit.*, n° 242 : « L'auteur de l'acte doit ou avoir prévu l'atteinte au droit ou avoir eu la possibilité avec plus d'attention de le prévoir. Peu importe qu'il n'ait pas prévu le dommage. Dans le premier cas, il y a délit civil, dans le second, quasi-délit ».

104 R. DEMOGUE, *op. cit.*, n°240 ter : « Il faut une atteinte à un droit. La simple atteinte à la morale, même suivie de dommage ne constitue pas un délit. Sans doute nombre de règles morales ont pénétré dans le droit, mais non toutes. Elles peuvent d'ailleurs être reconnues comme juridiques par la loi ou la coutume, en un mot par les diverses sources du droit. Mais c'est au demandeur à prouver que ce droit existe, même s'il y a dommage. ».

105 R. DEMOGUE, *op. cit.*, n°231 bis : «Ce que nous appelons atteinte au droit, fait de sortir de son droit, doit être compris de façon objective, ou plutôt sociale. Il ne suffit pas pour être exempt de faute d'avoir usé de ces droits indéfinis : la liberté, le droit d'exprimer sa pensée. On n'use d'un droit, on n'a un droit que si celui-ci ne paraît pas dans son application concrète contraire aux intérêts sociaux que l'ordre en société impose de protéger. Il faut donc rejeter toute conception du droit prise d'un côté trop individualiste, trop unilatéral. ».

106 R. DEMOGUE, *op. cit.*, p.435 : « Quand l'omission peut-elle constituer une faute ? Elle ne le peut que lorsqu'il y avait obligation d'agir. Sinon, il n'y aurait pas atteinte au droit d'autrui ».

107 R. DEMOGUE, *op.cit.*, p.436 : « L'omission est en réalité comme l'action la violation d'un devoir juridique, de sorte que la distribution entre les deux catégories de fautes perd son intérêt. ».

conception souple de *l'obligation* dont le manquement peut caractériser la faute, et qui « peut être consacrée par un texte *ou par la raison* » (nous soulignons). Sa position se veut donc intermédiaire, entre la conception étroite réaffirmée par Planiol à la même époque, et la vision beaucoup plus large qui caractériserait une omission fautive partout où l'on attendrait du bon citoyen qu'il s'exécute pour prévenir un dommage prévisible.

Ainsi, Demogue cherche à discerner les critères qui permettent de distinguer l'abstention fautive de celle qui ne l'est pas juridiquement, en-dehors bien-sûr du cas évident, mais marginal, où la loi (ou tout autre autorité) commanderait spécifiquement d'agir<sup>108</sup>.

C'est dans le cadre de cette démarche qu'il invite à « distinguer l'abstention pure et simple et l'abstention dans l'action, c'est-à-dire le fait, en se livrant à une certaine activité : emploi de machine, entreprise de travaux, de ne pas prendre les précautions qu'elle comporte d'après l'usage ». Pour Demogue, cette distinction éclaire la jurisprudence de la Cour de cassation et surtout des juges du fond en la matière, dont il livre de très nombreux exemples : ainsi, le propriétaire ne répond pas des dommages causés par la chute d'un rocher sur son terrain, n'étant pas tenu de la prévenir<sup>109</sup> ; toutefois, il serait responsable s'il avait lui-même réalisé les travaux dans l'exécution desquels l'éboulement aurait eu lieu<sup>110</sup>.

*A priori*, cette distinction peut apparaître assez séduisante. A notre sens, elle manque de pertinence : elle oblige en effet à se livrer à des distinctions byzantines pour savoir ce qu'il convient d'entendre par « l'activité » en question, et à quel degré le dommage doit s'y rattacher pour que le fait de ne pas l'avoir empêché constitue une faute. Les exemples cités par Demogue illustrent à notre avis le caractère artificiel de la distinction : pour cet auteur, celle-ci permet d'expliquer que celui qui omet le nom d'un parent dans un faire-part de mariage commet une faute<sup>111</sup>, tandis que n'en commet pas le père de famille qui, à l'occasion des pourparlers d'un mariage arrangé, dissimule le fait que la mariée est enfant adultérine<sup>112</sup>.

Cette distinction se heurte à une autre objection, soulignée par Demogue lui-même : elle n'est pas très éclairante dans la mesure où « l'état normal de l'homme est l'activité. ». Chacun est en effet continuellement en train de se livrer à une « activité », si l'on appréhende largement cette notion : on imagine mal ce qu'il faut entendre par l'abstention « pure et simple ». Demogue relève à ce titre que ne commet aucune faute l'aubergiste qui a refusé de recevoir une personne victime d'un accident la mettant en danger de mort<sup>113</sup>. Or, pourquoi ne pas estimer que c'est bien dans le cadre de son « activité » d'aubergiste que son assistance a été requise, et qu'il l'a refusé fautivement ? La distinction semble avoir pour but d'offrir à la jurisprudence du XIXe et du XXe siècle une certaine cohérence, en affirmant qu'elle sanctionne les « abstentions dans l'action » mais pas celles qui sont « pures et simples », mais elle peine à y parvenir.

On pourrait objecter que « l'activité » dans laquelle doit s'inscrire l'abstention pour être fautive vise en réalité *certain types* d'activités, en particulier celles qui se rattachent à l'exercice d'une profession ou

---

108 Demogue estime par exemple que celui qui contrevient au devoir de porter secours imposé par une disposition du Code pénal engage sa responsabilité à l'égard de la victime du dommage consécutif. Il relève que, contrairement à aujourd'hui, ce principe ne fait l'unanimité à son époque. On y reviendra.

109 Liège, 25 mai 1900, *S.* 1901, 4, 39 - Poitiers, 6 mai 1856, *D.* 1856. Tous les arrêts mentionnés dans ce paragraphe sont cités par Demogue.

110 Aix, 4 mai 1874, *D.* 1875, 2, 52, - Tribunal de Verviers, 20 mai 1858 - Gand, 26 janv. 1860 - Req., 1er juill. 1878, *D.* 1879, 1, 254. - Cass. civ., 11 fév. 1913, *D.* 1914, 1, 85.

111 Gand, 14 mai 1900.

112 Req., 12 déc. 1854, *D.* 1855, 1, 54.

113 Crim., 17 juin 1853, *D.* 1853, 5, 414.

encore celles qui présentent un caractère particulièrement risqué. Pourtant, les exemples cités par Demogue contredisent une telle analyse : n'est pas fautif notre aubergiste qui s'abstient dans l'exercice de sa profession, non-plus que la compagnie de chemins de fer qui ne prend pas garde de retirer des débris présents sur les bords d'une des voies, et finit par en percuter un<sup>114</sup>... au contraire du rédacteur distrait du faire-part de mariage, dont l'abstention serait fautive en raison du fait qu'elle s'insérerait dans une « action » !

Les nombreuses solutions présentées par Demogue, dont on n'a cité que quelques exemples qui nous semblaient les plus pertinents pour illustrer notre propos, témoignent du fait que le chaos jurisprudentiel autour de la faute par omission n'est pas un phénomène propre à l'époque contemporaine. La distinction précitée n'y permet guère d'y voir plus clair, et n'est pas satisfaisante sur le plan conceptuel, en raison de l'extrême élasticité de la notion d'« abstention dans l'action ».

Quoi qu'il en soit, pour Demogue, la faute d'abstention ne pose aucune difficulté lorsqu'elle s'inscrit dans le contexte d'une activité de l'agent, dont celui-ci était tenu de veiller à prévenir les dommages qu'elle pouvait causer. Pour autant, cela ne signifie pas que l'abstention « pure et simple » n'engage jamais la responsabilité de son auteur. L'autre innovation apportée par Demogue consiste en effet à attacher une importance particulière à l'intention de nuire en matière d'abstention, lorsqu'elle est « pure et simple ».

Ainsi, lorsque l'abstention ne contrevient pas à une obligation spécifique d'agir, elle peut s'analyser en un abus du droit, ou plus exactement de la liberté de ne pas le faire<sup>115</sup>. Cela explique que Demogue aborde cette question au titre de l'élément moral de la faute, et non au titre de son élément matériel : il estime qu'en matière d'abstention « pure est simple », « il y a une considération subjective qui prime tout. ».

C'est aussi en fondant certaines fautes par omission sur la théorie de l'abus des droits que Demogue indique que le titulaire d'une prérogative peut être fautif de ne pas la mettre en œuvre. Il commence par indiquer que cela n'est concevable que lorsque l'exercice du droit profite à l'intérêt général, citant le cas d'une compagnie de chemin de fer habilitée à faire détruire les plantations aux alentours des voies ferrées pour éviter tout incendie : un tel droit « est en réalité un devoir », et omettre de l'exercer peut constituer une faute, s'il en résulte un dommage. Demogue indique toutefois « que la même solution pourrait être donnée si la faculté dérive d'un contrat », sans s'étendre davantage sur la question, ce qui donne à cette affirmation une portée incertaine<sup>116</sup>.

Tout comme la distinction précitée, l'idée de fonder la faute par omission sur l'existence d'une intention de nuire a pu non-seulement influencer la jurisprudence contemporaine, comme on le verra, mais a également rencontré un succès important chez les défenseurs modernes d'une approche étroite de cette notion. Il y a là un constat frappant : alors que Demogue invoque l'intention de nuire pour étendre le champ de la responsabilité, afin de la mettre en œuvre là où « normalement » ses conditions ne se trouveraient pas réunies, la doctrine contemporaine qui se saisit de ce critère le fait généralement pour limiter l'admission

---

114 Trib. Lyon, 29 juin 1909, *D.* 1911, 2, 55.

115 : « En droit civil, à la question de savoir si le fait de laisser s'accomplir le délit, par désir mauvais, entraîne responsabilité, on peut répondre d'abord que la liberté est comme tout autre droit donné pour qu'on en fasse usage normal. Par conséquent celui qui use de son droit d'abstention dans le dessein de nuire à autrui, ou sachant parfaitement qu'il va lui nuire, abuse de son droit. Cela se présentera s'il désire le malheur de la victime, ou s'il n'avait aucun motif raisonnable pour s'abstenir ; ne courant aucun danger par exemple. »

116 Sur cette question, voir la thèse de Fanny BRUNEL : *L'abstention du titulaire d'une prérogative en droit privé : ébauche d'une norme de comportement*, thèse Université Clermont Auvergne, 2017.

d'une telle faute, en affirmant qu'une abstention n'est fautive que si elle transgresse une obligation déterminée, ou si elle est dictée par l'intention de nuire. Cette observation préfigure l'extension continue, regrettée par ces auteurs, de la définition de la faute par omission sous la plume de certains juristes, et qui se manifeste dans une moindre mesure dans les décisions du juge.

Demogue fut donc, sur cette question, un précurseur. Il admettait que les pères du Code Napoléon n'auraient certainement pas approuvé une conception aussi large de la faute : « cette substitution [d'une conception plus sociale à une représentation plus libérale des droits et libertés] paraît d'abord devoir amener la chute de l'idée d'irresponsabilité dans le cas d'abstention le plus grave, l'abstention par désir de nuire. Sans doute, pareille idée est plutôt étrangère au législateur de 1804, mais le droit civil doit suivre l'évolution des idées sur les points non réglés par les textes ».

Son œuvre annonce le tournant doctrinal et jurisprudentiel qui se produit à partir de la moitié du XXe siècle. Pour autant, ainsi qu'on va le voir, l'unanimité doctrinale ne sera jamais atteinte sur cette question.

## Section 2 : L'essor contemporain d'une définition souple de la faute par omission

Les nouvelles tentatives de définition de la faute à l'époque contemporaine vont conduire à une approche beaucoup plus large du comportement positif ou négatif caractérisant celle-ci (I). Cela appellera une réaction de certains auteurs libéraux qui chercheront à mobiliser de nouveaux arguments contre la faute par omission (II).

### I) L'affirmation doctrinale d'un devoir positif et général de diligence

Elle s'explique autant par le déclin du libéralisme dix-neuviémiste que par l'effort contemporain de réaffirmation et de redéfinition de la faute (1), et s'appuie sur des arguments divers (2).

#### A) Origine et contexte d'une nouvelle définition de la faute par omission

Dès les premiers temps du Code Napoléon, certains jurisconsultes ont affirmé l'équivalence entre le fait de causer activement un dommage, et le fait de ne pas l'empêcher alors qu'on en avait la possibilité. Notamment, Charles Toullier, commentant l'article 1382, écrit dans le volume XI de son traité, publié en 1824, que « la disposition de notre article comprend sous le mot de *fait*, la faute que commet celui qui, pouvant empêcher une action nuisible, ne l'a pas empêchée. Il est censé l'avoir faite lui-même. C'est, en effet, une sorte de complicité que de ne pas empêcher une action nuisible, quand on en a le pouvoir ; on doit donc en répondre civilement »<sup>117</sup>. Une telle conception, on l'a vu, puise ses sources dans la conception morale de la faute promue par les canonistes et développée par les humanistes : l'homme manque aux devoirs de sociabilité que lui impose la vie en société lorsque, par son abstention, il laisse se réaliser le dommage alors qu'il pouvait l'empêcher sans risque et sans effort.

Il est intéressant de relever que Toullier assume de fonder la responsabilité sur une fiction : le fautif est *censé* avoir commis lui-même « l'action nuisible ». C'est le caractère répréhensible de son comportement, plutôt que la causalité effective, qui justifie de lui imputer le dommage subi. Cette formule renferme l'aveu que l'abstention fautive présente une difficulté théorique s'agissant de sa causalité (voir *infra*) en même temps qu'elle cherche à la surmonter.

---

<sup>117</sup> Charles-Bonaventure-Marie TOULLIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code*, t.11, 4<sup>e</sup> ed, Paris 1824, n°117.

Une telle thèse s'accoutumait très mal de la doctrine libérale du XIX<sup>e</sup> siècle, comme on l'a vu ; Toullier est immédiatement cité et combattu par Proudhon dans son traité publié la même année<sup>118</sup>, puis par Aubry et Rau, ou encore par Demolombe<sup>119</sup>. Demogue attribue une thèse similaire au professeur Charles Beudant, selon lequel toute abstention que ne commettrait pas un bon père de famille est une faute<sup>120</sup>.

De marginale, cette idée va pourtant devenir majoritaire à l'époque contemporaine. L'œuvre des frères Henri et Léon Mazeaud, notamment, témoigne nettement de ce mouvement. Elle se situe dans le contexte jurisprudentiel de développement de la responsabilité du fait des choses, par lequel la jurisprudence a entendu, suivant une interprétation audacieuse de l'article 1384, al.1, assurer l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation (et subsidiairement des autres dommages liés au machinisme), en escamotant l'exigence de faute pour favoriser la mise en œuvre de la responsabilité « objective » du propriétaire du véhicule<sup>121</sup>. Quant au contexte doctrinal, il est marqué également par les discussions autour de la théorie du risque, qui cherche à justifier ces hypothèses de responsabilité sans faute par l'idée d'un devoir général d'assumer les risques causés par les activités dont on tire profit, ou plus généralement d'indemniser les conséquences des risques que l'on a introduit en société<sup>122</sup>.

Un courant majoritaire de la doctrine reste toutefois, jusqu'à aujourd'hui<sup>123</sup>, convaincu que la responsabilité civile délictuelle et quasi-délictuelle, articulée autour de l'exigence fondamentale de réparation du dommage que l'on cause par sa faute, ne peut faire l'économie de cette dernière condition. C'était déjà la position des frères Mazeaud, qui cherchent donc à proposer une théorie rénovée de la faute, adaptée aux conditions industrielles et surtout aux exigences sociales de leur époque, lesquelles préfigurent le développement d'une « idéologie de la réparation »<sup>124</sup>.

Constatant l'insuffisance des définitions doctrinales de la faute quasi-délictuelle qui se fondent sur l'idée d'obligation ou de devoir préexistant, y-compris du « devoir général de ne pas nuire à autrui » proposé par Savatier<sup>125</sup>, ces auteurs se rangent à la définition de la faute comme « erreur de conduite », empruntée à Gény. Ils reconnaissent le caractère très général de cette formule, en la justifiant par l'idée qu'il est en réalité impossible d'identifier l'ensemble des normes dont la violation constitue la faute, sans le qualifier de manière trop générale et abstraite (comme le fait par exemple Savatier), soit au contraire de manière trop restreinte (la critique est adressée en particulier à Planiol). Surtout, ils insistent sur la nécessité d'une appréciation *in abstracto* de la faute, qui se définit comme le comportement que n'aurait pas adopté le « type idéal de l'homme honnête et adroit, souvent dénommé le bon père de famille »<sup>126</sup>.

---

118 Jean-Baptiste Victor PROUDHON, *De l'usufruit*, III, Imprimerie Victor Lagier, 1824, n°1489,

119 *Supra*

120 Charles BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t.9 bis, Arthur Rousseau 1929 (non-consulté)

121 Cass. Chambres réunies, 13 février 1930, *Jand'heur*. Cette tendance avait été dessinée par l'arrêt civ.16 juin 1896 (*Teffaine*) en matière d'accidents du travail ; J. CARBONNIER, *op.cit.*, n°255.

122 P. BRUN, *op.cit.*, n°154 et s.

123 P. LE TOURNEAU, *Répertoire de Droit civil – Responsabilité : généralités*, n°144 et s. (consulté en ligne) ; du même auteur, « La verdeur de la faute ou de la relativité de son déclin », *RTD civ.* 1988. 505 s ; J.FLOUR, « Faute et responsabilité civile : déclin ou renaissance ? », *Droits* 1987, p. 29 s.

124 L. CADIET, « Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation », *Mélanges Draï*, Dalloz, 1999, p. 495 s.

125 H. et L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile contractuelle et délictuelle*, t.I, 6e ed., Montchrestien 1965, n°387 et s.

126 H. L. MAZEAUD, A. TUNC, *op.cit.*, n°423.

Cette approche, qui se situe dans l'héritage de la doctrine humaniste d'Ancien droit<sup>127</sup>, et qui continue de séduire une doctrine contemporaine<sup>128</sup>, justifie une conception beaucoup plus large de la faute par omission, qui perd en principe toute spécificité : elle n'est plus le manquement à une obligation positive, nécessairement plus restreinte que l'obligation négative de ne pas causer de dommage à autrui<sup>129</sup> qui caractériserait la faute de commission, mais vise *n'importe quel comportement s'écartant de celui attendu du bon père de famille*. Il n'y a plus lieu de différencier selon que cet acte déviant soit positif ou négatif : en ce sens, « le problème de la faute par omission pourrait bien n'être qu'un faux problème »<sup>130</sup>.

### B) Justifications doctrinales de la nouvelle définition

Les arguments avancés en faveur de cette thèse, en matière d'abstention fautive, sont nombreux<sup>131</sup>.

Lorsque l'abstention est *volontaire*, on peut d'abord se demander si elle n'équivaut pas au fond, sur le plan philosophique et moral, à une action : le *choix* de l'abstention réalisé par l'agent comporte « autant de libre décision et même de volonté qu'une action » ; dès-lors, il deviendrait « philosophiquement impossible de faire la différence », et « seule une pensée primitive, dépassée depuis Moïse et la Grèce antique, permettrait une distinction entre l'individu qui laisse quelqu'un se noyer en retirant une perche et celui qui refuse de la lui tendre ». C'est là une reformulation de la proposition de Demogue, selon laquelle l'*intention de nuire* peut justifier le caractère fautif de l'abstention ; toutefois, ici, cette intention n'a plus pour effet de rendre l'omission fautive « par exception », mais bien de la requalifier en action : cela permet d'éviter d'avoir à se livrer à une distinction, à l'assise théorique douteuse, entre la faute par action pour laquelle la psychologie de l'agent serait indifférente, et la faute par omission pour laquelle elle serait déterminante.

Lorsque l'abstention est *involontaire*, on avance qu'elle est souvent indissociable d'une action dans laquelle elle s'inscrit ; ainsi de l'automobiliste qui n'appuie pas sur le frein face à l'obstacle. Quant à la distinction proposée par Demogue entre l'abstention pure et simple et l'abstention dans l'action, elle est critiquée pour son caractère obscure et impraticable : il faudra se livrer à des raisonnements excessivement subtils et artificiels pour distinguer selon que le comportement en cause relève de l'un ou de l'autre. On a déjà offert quelques exemples du problème dans la section précédente ; la doctrine n'a aucun mal à en imaginer de nouveaux<sup>132</sup>. Il apparaît bien plus simple, et moins arbitraire, de se demander si ce comportement était conforme à un standard de prudence et de diligence, peu importe le « degré » d'abstention dont il relève.

Un second argument est tiré du droit pénal. On sait que le juge répressif a pu se trouver embarrassé, à l'occasion de célèbres affaires<sup>133</sup>, par les hypothèses de « commission par omission », dans lesquelles une personne avait laissé se commettre une infraction par un tiers, dans des circonstances choquantes, sans toutefois s'en rendre directement complice. Cela a provoqué une réponse législative, qui se traduit

---

127 *Supra*

128 J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit Civil – Les Obligations, 2. Le Fait juridique, 14e ed.*, Sirey 2011, n°98 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, Sirey, t.2, 1962, n°400, et de manière plus nuancée : Ph. BRUN, *Responsabilité civile extra-contractuelle*, 5<sup>e</sup> ed., LexisNexis 2018, n°298.

129 Celle-ci pouvant être formulée de manière générale, ou subdivisée selon l'approche de Planiol.

130 J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n°109.

131 H. L. MAZEAUD, A. TUNC, *Op.cit.*, n°524 et s.

132 Ainsi de l'automobiliste qui, apercevant une personne en danger sur le bord de la route, ne s'arrête pas (abstention), mais préfère poursuivre son chemin (action?) ; ainsi encore du médecin qui, sans motif légitime, ne daigne pas se déranger pour soigner un malade ; cf H. L. MAZEAUD, A. TUNC, *op.cit.*, n°525.

133 On peut citer l'emblématique arrêt rendu à l'occasion de l'affaire de la « séquestrée de Poitiers » : civ.20 novembre 1901, D. 1902.

aujourd'hui à l'article 223-6 du code pénal, punissant l'omission de porter secours à une personne en péril ou de prévenir un délit ou un crime contre son intégrité corporelle. Or, si la notion de faute fait l'objet d'une appréhension très différente en droit civil et en droit pénal, il n'en reste pas moins que l'infraction pénale, lorsqu'il en résulte un dommage, constitue l'hypothèse par excellence de comportement fautif au sens de l'article 1240. Dès-lors, selon ces auteurs, celui qui engage sa responsabilité pénale pour omission de porter secours ou d'empêcher un crime devrait, *a fortiori*, engager sa responsabilité civile à l'égard de la victime.

Cette hypothèse est particulièrement intéressante, car elle illustre la manière dont l'admission plus ou moins large de la faute par omission se lie intimement aux fonctions attribuées au droit de la responsabilité civile. On y reviendra lorsqu'on étudiera la manière dont la jurisprudence a tranché la question.

En troisième lieu, a pu être invoquée l'analogie entre la faute contractuelle et la faute délictuelle. Il ne fait aucun doute que la première puisse résulter d'une action et, très souvent, d'une abstention, puisqu'elle est le manquement à une obligation contractuelle qui est le plus fréquemment une obligation de faire. Il est avancé qu'il serait « illogique » que le législateur ait posé la règle contraire en matière délictuelle, en réduisant le périmètre de la faute aux seules actions.

On avoue n'être pas du tout convaincu par un tel argument. D'abord, il n'est pas certain que la « faute » contractuelle en soit vraiment une ; elle peut (et doit?) s'analyser avant tout comme un manquement à une obligation, qui oblige le débiteur à s'exécuter par équivalent, faute de l'avoir fait en nature ; le caractère « fautif » au sens moral du manquement est alors complètement indifférent, s'il n'est justifié par la force majeure<sup>134</sup>. Surtout, l'argument omet de prendre en compte le fondement spécifique de l'obligation contractuelle, c'est-à-dire l'engagement libre du débiteur : c'est parce qu'il a abdiqué lui-même sa liberté, en échange d'une contrepartie ou par intention libérale, que son obligation peut avoir un objet bien plus contraignant que celui que la loi peut imposer à n'importe quel citoyen dans un État libéral. Ainsi, le travail forcé est prohibé en France<sup>135</sup>, alors que personne ne songe à contester le principe du contrat de travail, ou son effet obligatoire. Dès-lors, il ne nous semble pas pertinent d'affirmer qu'il est « illogique » que la loi ne puisse imposer ce que le contrat impose. L'exemple est donné, pour affirmer que tout citoyen peut être tenu par la loi d'une obligation de faire, de l'obligation légale de porter secours ou d'empêcher un délit, sous peine d'emprisonnement ; toutefois, le caractère extrême de ces hypothèses, et les conditions strictes de la mise en œuvre des textes du Code pénal, nous paraissent témoigner bien au contraire d'une réticence du législateur face à une telle obligation générale de faire.

Bien plus convaincant nous semble l'argument exégétique et téléologique fondé sur la formulation des articles 1240 et 1241 du Code civil, et sur la philosophie qui a guidé leur rédaction. Il ressort des travaux préparatoires<sup>136</sup> que le *fait quelconque* de l'article 1240 prétend rejeter tout effort de distinction pour embrasser, dans leur généralité, tous les comportements anormaux justifiant d'imputer à leur auteur le dommage en résultant, qu'ils soient d'action ou d'abstention. Quant à l'article 1241, en visant la *maladresse et la négligence*, il ôte toute conséquence pratique à la distinction du délit et du quasi-délit, en même temps qu'il insiste sur la diversité des comportements qui caractérisent la faute. Il est vrai toutefois que cette absence de définition ou de délimitation a précisément pour finalité de permettre au juge de « découvrir » la faute, ou au contraire de l'écarter, partout où il le juge opportun ou équitable. Ainsi,

---

134 Ph. REMY, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », RTD civ. 1997, p. 323.

135 Loi n° 46-645 du 11 avril 1946.

136 *Supra*

l'argument peut jouer dans les deux sens : la généralité des textes autorise le juge à faire œuvre de son pouvoir créateur pour sanctionner l'omission, autant qu'elle lui permet de faire œuvre de son pouvoir modérateur pour l'écartier, en arbitrant lui-même entre les devoirs sociaux des citoyens et leur liberté individuelle.

On en vient justement à la discussion autour de la *liberté*. Elle est au cœur de l'argumentaire des auteurs qui combattent une conception indifférenciée de la faute par action et par omission. Dans les dernières décennies, a également été réaffirmée la problématique liée au *lien de causalité* entre dommage et abstention fautive.

## II) Déclin et survivance de la conception libérale : le principe de liberté soutenu par l'exigence de la causalité

Il semble que l'œuvre d'Henri et Léon Mazeaud et d'Alain Tunc ait eu en doctrine une influence considérable sur le sujet qui nous intéresse ; en témoigne le fait qu'ils sont cités par les promoteurs de la conception libérale<sup>137</sup> comme étant les auteurs à l'origine du succès d'une approche jugée disproportionnée de la faute par omission<sup>138</sup>.

Ce courant continue à soutenir, dans le sillage de la doctrine classique, que l'abstention ne peut constituer une faute que si elle caractérise un manquement à une obligation fixée par la loi ou le règlement, si elle est dictée par l'intention de nuire, ou si elle s'inscrit dans une action ou une activité avec laquelle elle ne présente pas d'autonomie<sup>139</sup>. Leur thèse s'appuie traditionnellement sur la crainte d'une atteinte excessive à la liberté des individus.

### A) L'abstention et la liberté

Il est vrai que la liberté individuelle semble *a priori* menacée par l'affirmation d'un principe général de « faute par omission », en-dehors des cas particuliers fixés par la loi. C'est cette « crainte confusément ressentie » du « caractère liberticide d'une obligation d'agir mal déterminée »<sup>140</sup> qui, au fond, donne à beaucoup d'auteurs des « raisons d'hésiter »<sup>141</sup> face à cette notion.

La réponse apportée par leurs contradicteurs<sup>142</sup> est d'une redoutable simplicité : chacun reconnaît que la liberté des individus est bornée par un impératif général de prudence et diligence contenu dans l'idée même de faute. Or, le postulat selon lequel l'atteinte à la liberté résultant du devoir de ne pas agir serait supérieure à celle résultant du devoir d'agir est discutable. Ainsi, « contraindre la personne qui voit une autre se noyer à faire avancer de quelques mètres la barque qu'elle conduit ou lui interdire de la faire reculer, n'est-ce pas dans les deux cas entraver identiquement la liberté de cette personne puisque, dans les deux cas, elle n'est pas laissée maîtresse de ce qui lui plaît ? ».

---

137 On précise à ce stade que la plupart des professeurs de droit, lorsqu'ils abordent la question, optent généralement pour une approche plus positiviste qui insiste surtout sur la difficulté d'y voir clair en jurisprudence, après avoir éventuellement présenté les thèses doctrinales en présence. C'est en particulier le cas de Ph. BRUN, *op.cit.*, ; V. aussi Ph. MALAURIE., L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ, 11<sup>e</sup> éd., 2020, n° 46, p. 50.

138 V. par exemple J. CARBONNIER, *Le silence et la gloire*, D.1952, ou N. DEJEAN DE LA BATIE, note *JCP*, 1969, II, 16027

139 V. par exemple J. CARBONNIER, *op.cit.*, n°221 ; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBEAU – TERNEYRE, *Droit civil. Les Obligations*, 16<sup>e</sup> éd. Sirey 2018, n°2587.

140 Ph. BRUN, *op.cit.*, n°314.

141 J. CARBONNIER, *op. cit.*, n°221.

142 H. L. MAZEAUD, A. TUNC, *op.cit.*, n°529.

L'argument peine à nous convaincre. D'abord, il est fréquent que la doctrine raisonne surtout à partir des exemples les plus moralement répréhensibles, et aux conséquences les plus graves. Ainsi, cet argument, comme la plupart des autres, est soutenu par une analogie avec le droit pénal, qui n'hésite pas à borner la liberté de *ne pas agir* des individus à travers le délit d'omission de porter secours. Or, les auteurs de la thèse libérale, lorsqu'ils défendent la liberté de ne pas agir, ne songent évidemment pas à la liberté du promeneur de laisser se noyer le nageur en détresse ; ils admettent au contraire que toute abstention peut engager la responsabilité de son auteur là où la loi, y-compris la loi pénale, commandait d'agir<sup>143</sup>. La question ne se pose véritablement que face à l'omission "ordinaire", c'est-à-dire celle qui, présentant un décalage avec le comportement attendu du bon père de famille, n'est néanmoins ni prohibée par la loi, ni extrêmement choquante sur le plan moral. L'exemple précité ne présente donc aucune pertinence ; la remarque vaut généralement pour tous les exemples tirés du droit pénal, lorsqu'il est question de s'interroger sur la faute civile par omission *indépendamment* de son caractère de faute pénale.

Or, après avoir délimité ainsi les termes du problème, on peut sans doute soutenir que le devoir général d'*action* que l'on voudrait déduire des articles 1240 et 1241 est bel et bien plus attentatoire à la liberté que le simple devoir général d'*abstention*, pour deux raisons. On les illustrera par un exemple : il ne fait guère de doute que l'automobiliste qui passe son chemin alors qu'il aperçoit une personne seule et accidentée sur le bord de la route est fautif, pénalement et civilement ; mais *quid* de celui qui, par exemple, rencontre à la station-essence une personne qui, n'arrivant plus à faire démarrer sa propre voiture, doit se rendre en urgence à la même destination que notre automobiliste, lequel a de la place dans son véhicule et pourrait donc l'assister sans subir le moindre préjudice, mais se refuse néanmoins à le faire sans motif légitime ? On peut réprover moralement le manque d'élégance de ce genre de comportement, mais faut-il y voir un *fait générateur de responsabilité* ? Ici se manifeste la double-dimension de l'atteinte à la liberté du chauffeur.

D'une part, la portée du devoir d'agir est très difficile à cerner : on a quotidiennement l'occasion d'aider ou d'assister autrui, mais dans quelle mesure, dans quelles hypothèses, serait-on *tenu* de le faire ? Les auteurs précités abordent spécialement le cas (qui est pourtant l'hypothèse générale) de l'abstention qui ne caractérise pas une infraction pénale, en indiquant que la responsabilité peut être engagée « même quand il y a simple omission d'un devoir de courtoisie, d'un acte d'obligeance, ou d'une obligation purement mondaine, car il est des devoirs [de cette nature] qu'un homme normal ne se refuse pas à remplir ». Une telle affirmation ne nous permet pas d'y voir plus clair. Il reste en effet à préciser le contenu de ces devoirs de courtoisie et d'obligeance ; surtout, on a du mal à concevoir que les fautes de courtoisie les plus triviales puissent devenir des faits générateurs de responsabilité, si tant est qu'elles causent un préjudice (qui risque d'ailleurs d'être fort subjectif, et donc difficile à apprécier...).

Il faudra donc en réalité toujours attendre la sentence du juge pour déterminer si ce devoir existait<sup>144</sup>. Comparativement, le devoir de ne pas nuire *activement* à autrui apparaît plus facile à saisir et mieux délimité. Les défenseurs contemporains de la conception des frères Mazeaud, tout en reconnaissant qu'il est « plus difficile de délimiter les devoirs d'agir que les obligations de ne pas faire », puisque « le standard de référence est plus facile à cerner lorsqu'il correspond à l'homme inactif » avancent toutefois que cette

---

143 Voir *supra* pour la doctrine classique et *infra* pour la doctrine moderne

144 Ph. MALAURIE., L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK , *op.cit.*, n° 46, p. 50.

simple « difficulté pratique » ne suffit pas à légitimer une « différence théorique » entre la faute par action et celle par omission.<sup>145</sup>

D'autre part, on voit bien à travers cet exemple que le devoir d'empêcher le dommage est bel et bien plus contraignant que le devoir de ne pas le causer par un acte positif. C'est une chose de retenir la responsabilité de l'automobiliste pour avoir, par exemple, lui-même provoqué l'accident qui empêche la victime de se rendre à sa destination ; c'en est une autre que de le condamner pour s'être simplement abstenu d'empêcher le dommage subséquent lorsqu'il en avait l'occasion. Un grand pas est franchi dans la détermination de l'équilibre, recherché par le droit de la responsabilité, entre liberté individuelle et devoirs de sociabilité : car en effet, parmi l'infinité des possibles qui s'offrent à nous et qu'arbitre à chaque instant notre liberté, sanctionner l'action revient à *fermer une porte*, tandis que sanctionner l'omission revient à *n'en laisser qu'une seule d'ouverte*. On a pris l'exemple d'une abstention *volontaire*, pour critiquer au passage l'indifférenciation alléguée par les frères Mazeaud, qui nous paraît simpliste, entre une omission "choisie" et une action<sup>146</sup>.

L'argument fondé sur la défense de la liberté est donc toujours vivace, mais il a perdu de sa force dans le contexte actuel du droit de la responsabilité, comme en témoigne le fait qu'il est rejeté ou ignoré par la majorité de la doctrine. Cela peut s'expliquer d'une part par l'influence d'une logique de garantie dans le droit actuel de la responsabilité civile : il importerait moins de justifier la responsabilité du défendeur, de toute façon couvert par son assurance, que d'assurer à la victime l'indemnisation du dommage qu'elle subit. D'autre-part, la prédiction de Demogue formulée au début du siècle quant à l'influence du solidarisme sur les rapports entre la faute et de la liberté apparaît particulièrement perspicace.

Enfin et surtout, ces discussions sur la légitimité de la responsabilité pour abstention fautive apparaissent bien dérisoires, à l'heure où la responsabilité du fait des choses ou des produits défectueux permettent très largement d'engager la responsabilité de celui qui n'a non-seulement pris aucune part directe à la réalisation du dommage, mais auquel on ne reproche en outre aucune faute. Les défenseurs d'une responsabilité fondée sur la faute s'échineront donc davantage à dénoncer cette dernière tendance systémique qu'à critiquer le phénomène résiduel de faute par omission fondée sur les articles 1240 et 1241.

Le déclin de cet argument d'ordre idéologique a peut-être favorisé la résurgence de l'argument technique fondé sur la causalité.

## B) L'abstention et la causalité

A dire vrai, la difficulté particulière soulevée par le lien de causalité entre dommage et fait générateur, lorsque celui-ci consiste en une abstention, a depuis longtemps été soulignée<sup>147</sup>. Toutefois, la question occupe une place très marginale dans la doctrine classique. Comme le relève succinctement Demogue,

---

145 M. BACACHE-GIBELLI, *Traité de Droit civil, Tome 5 : Les obligations – La responsabilité civile extra-contractuelle* (dir. Ch.LARROUMET), Economica, 3e ed, 2016, n°165. V. Aussi J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op.cit.*, n°109 : « Une telle différence [entre les deux types de faute], injustifiable sur le plan de la théorie, ne pourrait s'expliquer, en fait, que par la plus grande difficulté qu'il y a à déterminer le modèle de référence permettant de qualifier comme faute les attitudes d'abstention », et Y. LEQUETTE, F. TERRE, P. SIMLER, F. CHENEDE, *Droit civil : les obligations*, 12<sup>e</sup> ed, n°957, Coll.Précis, Dalloz 2018.

146 Encore une fois, l'argument apparaît séduisant lorsqu'on raisonne à partir des hypothèses de responsabilité pénale pour abstention, mais c'est en s'émancipant de ces seules hypothèses que la complexité du problème se fait jour.

147 R. TEISSERE, *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité*, thèse Aix 1901 (cité par DEJEAN DE LA BATIE, non-consultée).

puisque la relation causale signifie que « si le fait incriminé n'avait pas eu lieu, l'effet ne se fut probablement pas réalisé »<sup>148</sup>, le cas de la faute par abstention ne présente pas de spécificité : « il y a cause dès que sans cette abstention le dommage n'aurait pas pu se réaliser. On ne peut donc dire que toute abstention est cause, mais l'abstention de ceux qui étaient à même d'empêcher le résultat dommageable est causale. Elle emportera responsabilité si l'abstention est fautive. »<sup>149</sup>. Cette idée s'impose assez intuitivement, ce qui explique que la possibilité du caractère *causal* de l'abstention n'ait pas autant été discutée que les conditions de son caractère *fautif*.

On a donc choisi d'aborder cette question dans le cadre de l'analyse de la doctrine contemporaine, puisque l'argument issu de la causalité a surtout été précisé et réaffirmé avec force par Noël Dejean de la Bâtie, professeur à la faculté de droit de Grenoble entre 1963 et 1994 et qui nous a quitté le 25 mars 2020<sup>150</sup>. Abordée dans son traité consacré à la responsabilité délictuelle<sup>151</sup>, l'objection est surtout développée dans une note de jurisprudence<sup>152</sup>, sous un arrêt rendu par la deuxième chambre civile le 29 janvier 1969. Les faits relèvent du tragi-comique : deux époux et leurs enfants étaient en vacances avec une amie du couple dans leur maison de campagne. Le mari achète une bouteille de gaz et, afin que les enfants n'y aient pas accès, l'épouse prend la lumineuse initiative de dissimuler la bouteille de gaz dans le four de la cuisinière à charbon. Quelques jours plus tard, ayant oublié que le gaz y était stocké, l'étourdie fait chauffer le four, et une explosion se produit qui blesse notamment l'amie du couple présente dans la maison. Celle-ci cherche à engager la responsabilité des époux, en qualité de gardiens de la bouteille, sur le fondement de l'article 1384, al.1 du Code civil. Or, la Cour d'appel de Lyon accepte d'exonérer partiellement les époux en constatant une *faute de la victime* : en effet, la demandeuse avait « eu connaissance de la présence de la bouteille, et avait participé à l'oubli qui avait été à l'origine du sinistre ». La Cour de cassation condamne cet arrêt en retenant l'entière responsabilité des époux : elle relève que « l'oubli reproché à la victime, **exclusif de toute participation à la production du dommage** », ne pouvait constituer une cause exonératoire de responsabilité.

La question de la faute par omission se rattache donc ici à l'exonération du gardien du fait de la victime ; néanmoins, cette solution, applaudie par le professeur Dejean de la Bâtie, lui permet de souligner l'absence de relation causale entre l'abstention de la victime, qui avait connaissance du danger et n'a *rien fait* pour le prévenir, et le dommage qu'elle subit.

La Cour d'appel, illustrant la conception de la causalité qu'on a évoqué en citant Demogue, relève que le silence de la victime avait bien été une condition de possibilité du dommage : l'auteur relève que la Cour, toute comme une majorité de la doctrine, s'est laissée séduire par la thèse de MM Mazeaud et Tunc en la matière, selon laquelle « on ne peut dénier le caractère causal de l'abstention dès lors qu'il est constant que si le sujet avait agi, le dommage ne se serait pas produit ».

Dejean de la Bâtie s'attaque frontalement à une telle idée, en distinguant d'une part l'ensemble des *conditions de possibilité* du dommage, d'autre part ses *causes* au sens juridique qui n'en constituent qu'une

148 R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t.4, A.Rousseau, Paris 1924, n°366.

149 R. DEMOGUE, *op.cit.*, n°367.

150 Ph. BRUN, Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, « Noël Dejean de la Bâtie : l'empreinte continue d'un homme de bien », *La semaine juridique*, n°16, 20 avril 2020, p. 14. Il fut par ailleurs directeur de la seule thèse consacrée à la faute civile par omission : Alain-François DELVILANI, *La responsabilité pour omission ou abstention*, thèse Grenoble 1978, non-consultée.

151 N. DEJEAN DE LA BATIE, *Aubry et Rau, Droit civil français, Tome VI-2 : Responsabilité délictuelle* (dir.A. PONSARD et I. FADLALLAH), 8<sup>e</sup> ed, Librairie de la Cour de cassation, 1989, n°33 s.

152 N. DEJEAN DE LA BATIE, note JCP, 1969, II, 16027.

partie. Ainsi, « la réalisation d'un événement, tel qu'un dommage, implique bien évidemment d'une part la rencontre de certaines *causes* propres à le faire naître, d'autre part *l'absence d'événement venant contrarier le processus causal*. Or, cette absence, si nécessaire soit-elle, ne peut être purement et simplement assimilée aux causes positives, puisqu'elle est, tout au contraire, *l'absence d'intervention causale qui a abouti au dommage*. ».

Au soutien d'une telle analyse, l'auteur relève que si la victime avait tout simplement ignoré la présence de la bouteille de gaz dans le four, la question de la causalité entre son silence et l'explosion ne se serait jamais posée ; or, n'est-il pas aberrant sur le plan de la technique juridique de faire dépendre l'existence de la causalité d'un élément purement psychologique ? Sur ce point, on assume un désaccord avec le professeur : de l'élément psychologique, du fait de savoir si la victime avait ignoré le danger ou l'avait connu, puis oublié par négligence, ne dépend certes pas le caractère causal de l'abstention, mais son caractère *fautif*. C'est bien la raison pour laquelle la question de la faute de la victime ne se serait effectivement pas posée si celle-ci n'avait pas pu prévenir le dommage, faute de connaître le risque. Certes, en l'espèce, la question de la faute ne se posait pas, puisque la Cour de cassation jugeait déjà à cette époque que le simple fait, même non-fautif, de la victime, pouvait exonérer le gardien<sup>153</sup>. Cela explique que la Cour de cassation, souhaitant manifestement parvenir à la pleine indemnisation de la victime, ne se fonde pas sur l'absence de faute de sa part, mais sur son absence de « participation à la production du dommage », c'est-à-dire de causalité. Néanmoins, l'analyse vaut de manière plus générale, à chaque fois qu'une personne ayant connaissance d'un risque omet de prendre quelque mesure pour le prévenir : cette *connaissance* est déterminante pour établir non-pas la causalité, mais la faute.

Se détachant de la solution d'espèce pour s'interroger plus généralement sur la possibilité du rôle causal d'une abstention, l'auteur admet qu'en réalité certaines abstentions peuvent être considérées comme participant de la cause du dommage, et cherche à préciser les hypothèses, nécessairement limitées, dans lesquels une telle approche est possible. S'inscrivant dans la tradition libérale, et prenant résolument le contre-pied des frères Mazeaud, Dejean de la Bâtie affirme sans ambages que toute abstention que ne commettrait pas « l'homme juste et droit » n'est « évidemment » pas susceptible d'être génératrice de responsabilité<sup>154</sup>. Cette affirmation (qui n'a en réalité rien d'une évidence, puisqu'elle ne fait pas consensus) révèle que l'argument technique autour de la causalité est toujours sous-tendu par des considérations idéologiques, ce qui le rend d'emblée assez suspect.

Pour le professeur, la responsabilité ne doit être admise, au-delà des cas d'obligation légale préexistante ou d'abstention dans l'action<sup>155</sup>, que lorsque la personne qui s'est abstenue était « spécialement bien placée pour éviter le dommage ». Il établit un lien entre la responsabilité du fait des choses ou des personnes que l'on a sous sa garde, et la responsabilité pour abstention fautive : chacune trouve son fondement dans l'idée que le responsable était tenu d'éviter la réalisation d'un risque qui se trouvait dans sa sphère de contrôle.

---

153 Civ.2e, 17 décembre 1963 : D. 1964, 569, note Tunc.

154 « Les détresses que nous oublions de soulager, les services que nous omettons de rendre, les conseils judiciaires que nous nous abstenons de donner, tout cela évidemment ne nous constitue pas responsables au regard du droit civil, alors-même qu'un homme droit et raisonnable aurait agi autrement et eût ainsi évité à autrui tel ou tel préjudice. La responsabilité pour abstention n'apparaît, quoi qu'on en dise, que dans des cas relativement limités ». Comp. *supra*, spécialement la référence des frères Mazeaud aux « devoirs de courtoisie et d'obligeance », dont le manquement est fautif.

155 L'auteur, contrairement au reste du courant libéral, ne fait pas mention, en sus de ces deux hypothèses, de l'intention de nuire. Il ne le peut pas, puisqu'il a affirmé précédemment qu'il était absurde de faire reposer la causalité sur l'élément psychologique...

Pour rendre une telle idée compatible avec la proposition selon laquelle le non-empêchement du dommage (il propose le néologisme de « nonobstance ») ne compte jamais au rang de ses *causes*, Dejean de la Bâtie admet que les cas d'abstention fautive entretiennent avec le dommage une « relation d'un type très particulier, assez proche du rapport de cause à effet, mais qui doit tout de même en être distingué ». Finalement, « l'abstention n'est pas réellement un fait générateur, mais il peut être judicieux de l'y assimiler ».

Cette dernière formule nous semble révéler que l'argument est une logomachie, une simple querelle sémantique. Quand bien-même on admettrait que la « causalité » n'en n'est pas vraiment une en matière d'abstention, il reviendrait à déterminer dans quels cas il peut être « judicieux de l'y assimiler » ; et l'on retombera alors dans la controverse entre libéraux et solidaristes. Certes, le raisonnement permet de justifier théoriquement le principe d'une distinction entre les deux modes de commission de la faute, là où l'article 1240 ne distingue pas : c'est en estimant que l'abstention fautive n'est qu'« assimilée » à la faute causale sans en être vraiment une qu'on peut concevoir qu'elle ne soit admise que dans une liste de cas limités, de *délits nommés*<sup>156</sup>.

En revanche, on souscrit pleinement à l'analyse de Noël Dejean de la Bâtie lorsqu'il souligne que la faute par omission semble souvent fondée, en jurisprudence, sur une philosophie similaire à celle qui justifie les régimes de responsabilité sans faute (voir *infra*). Cela est problématique, puisque la condamnation sur le fondement de l'article 1240 requiert précisément une faute...

Finalement, il nous semble que la discussion autour de la causalité de l'abstention n'a que pour objet d'apporter une justification technique à une prise de position idéologique, menacée par le triomphe d'une conception large de la faute comme toute « erreur de conduite ». Or, sur le plan technique, l'argument n'est pas convaincant. D'une part, il peine à expliquer que l'abstention fautive puisse être source de responsabilité dans certains cas qui le justifient selon l'auteur : comment fonder, comment borner cette « assimilation » à la causalité ? D'autre part, il postule sans réellement la justifier une différence fondamentale entre l'action qui cause le dommage, et l'abstention qui cause sa non-interruption. On peut admettre la distinction conceptuelle, mais pourquoi juger que l'article 1240 ne vise que la première et exclut la seconde, dès-lors que le comportement est fautif ?

On conclura très brièvement cette revue doctrinale par un constat frappant, éclairé par les développements historiques qu'on a consacrés à la faute par omission. Celle-ci n'a pas connu une évolution linéaire : tous les auteurs qu'on a présentés ont, avec les mots et les concepts de leur époque, rejoué le débat imaginé opposant Cicéron à Pomponius au sujet de l'abstention fautive.

Sur le plan de la technique, une approche plus objective de la responsabilité civile, structurée autour du dommage, du fait *illicite*<sup>157</sup> qui le cause et cantonnée à une simple fonction de restauration d'un équilibre préexistant, laisse peu de place à la faute d'abstention ; sur le plan idéologique, celle-ci s'accommode mal de l'affirmation de la liberté absolue des individus partout où la loi ne leur commande pas d'agir ou de s'abstenir.

---

156 Selon l'expression de Mireille Bacache-Gibelli, qui dénonce précisément cette tendance à vouloir lister les cas de faute par abstention, par opposition au principe général qui régit la faute par action. *Op.cit.*, n°165.

157 Dans le sens de « contraire au droit » ; cette illicéité suppose d'identifier une obligation du responsable ou un droit de la victime auquel le fait a porté atteinte.

Au contraire, c'est en déplaçant la focale sur l'individu en faute, en s'interrogeant sur la moralité de son comportement, en bornant sa liberté par la prise en compte de la fonction sociale de ses droits et par l'affirmation d'un certain standard de conduite, et en confiant à la responsabilité civile le soin de reconnaître et de sanctionner ses écarts, que l'on conclut naturellement que l'abstention peut être fautive aussi bien que l'action.

Le problème est complexe ; on ne s'étonnera pas de ce que la jurisprudence, tiraillée autant que la doctrine est divisée, n'ait pas fait preuve en la matière d'une parfaite constance. Aujourd'hui, il est ardu d'en dresser une synthèse cohérente ; on se proposera, plus humblement, d'en identifier les tendances saillantes.

## **Partie II : Rayonnement et reflux de la faute par omission : le constat d'une jurisprudence indécise**

S'il est aisé d'identifier certaines catégories d'hypothèses indiscutables de fautes par omission, résumées synthétiquement dans l'attendu de principe de l'arrêt *Branly* (Chapitre 1), on s'aperçoit à l'analyse de la jurisprudence que ces catégories ne traduisent pas toute la diversité des applications de ce concept, que la Cour de cassation a été tentée d'étendre au-delà de ses frontières traditionnelles, au risque d'un manque de cohérence (Chapitre 2).

### **CHAPITRE 1 : La permanence des fondements traditionnels de la faute par omission**

Ils sont affirmés avec clarté dans l'arrêt *Branly* : l'abstention est fautive lorsque le fait omis « *devait être accompli soit en vertu d'une obligation légale, réglementaire ou conventionnelle* (Section 2), *soit aussi dans l'ordre professionnel* » (Section 3). En ce sens, il convient d'insister en premier lieu sur le fait que la faute d'abstention ne peut pas se concevoir sans référence à une obligation préexistante (Section 1).

#### **Section 1 : Le devoir préexistant, fondement exclusif de la faute par omission**

Le principe général posé par la Cour de cassation dans son arrêt du 27 février 1951 réaffirme la nécessité d'une obligation préexistante pour caractériser la faute d'abstention, mais innove quant à la précision apportée relativement aux sources de cette obligation (I) ; l'arrêt est plus ambigu s'agissant de la prise en compte de l'intention de l'auteur, mais il résulte de sa jurisprudence postérieure qu'en réalité, celle-ci ne peut justifier à elle seule le caractère fautif de l'omission (II).

##### **I) L'apport et les ambiguïtés de l'arrêt *Branly***

L'arrêt rendu par la chambre civile de la Cour de cassation le 27 février 1951<sup>158</sup> est généralement cité dans tous les manuels pour illustrer la tendance du juge à considérer que la faute peut résulter aussi bien d'une action que d'une abstention<sup>159</sup>. Il convient de préciser que, comme l'illustrent les nombreux exemples cités par Demogue<sup>160</sup>, elle s'était déjà manifestée en jurisprudence sous des formes très variées.

---

158 Cass. civ. 27 février 1951 : D. 1951, note H. Desbois et chron. J. Carbonnier, « Le silence et la gloire ».

159 Parmi d'innombrables exemples : Bertrand FAGES, *Droit des obligations*, 10<sup>e</sup> ed, Collection *Manuels*, LGDJ 2020, n°394 ; Philippe BRUN, *op.cit.*, n°315 ; Y. LEQUETTE, F. TERRE, Ph. SIMLER, F. CHENEDE, *op.cit.*, n°957, etc.

160 Voir *supra*.

Surtout, cet arrêt emblématique n'intervient que pour préciser un principe général déjà posé par la Cour de cassation, depuis un arrêt rendu en 1924, soit presque trois décennies auparavant<sup>161</sup>. La chambre civile, afin de refuser la mise en œuvre de la responsabilité d'un transporteur maritime ayant négligé d'avertir son client du changement du navire sur lequel aurait lieu le chargement<sup>162</sup>, y prenait parti, au visa des articles 1382 et 1383<sup>163</sup>, pour une conception limitée de l'abstention fautive, en indiquant que « *si chacun est responsable de sa négligence, l'omission ne peut entraîner une responsabilité qu'autant qu'il y avait, pour celui auquel on l'impute, obligation d'accomplir le fait omis* ». Elle relève en l'espèce qu'aucune disposition du contrat ou de la loi n'imposait au transporteur l'obligation de communiquer l'information, et casse donc l'arrêt d'appel qui l'avait condamné à indemniser les pertes subies. Cette solution, réitérée à plusieurs reprises<sup>164</sup>, a semblé limiter radicalement le champ de la faute par omission ; toutefois, les partisans d'une conception étendue de celle-ci relevaient que la Cour de cassation n'excluait jamais explicitement que l'obligation put naître d'une autre source que de la loi ou du contrat<sup>165</sup>.

L'arrêt *Branly* leur a donné raison. Son apport ne réside pas tant dans la généralité du principe qu'il pose, que dans la formulation d'une conception large de l'obligation violée, qui peut trouver son fondement ailleurs que dans un texte de loi ; toutefois, l'arrêt reste marqué par une forte ambiguïté autour de la prise en compte de l'élément intentionnel.

Les faits sont bien connus. Albert Turpain, physicien français professeur à l'Université de Poitiers et pionnier de la recherche sur la communication radio-électrique<sup>166</sup>, commet en 1939, dans une revue scientifique, un article consacré à l'histoire de la téléphonie sans fil (T.S.F), dans laquelle il relate les grandes étapes ayant permis d'aboutir à cette technologie et les noms des scientifiques qui y ont contribué, dont lui-même. L'article ne fait aucune mention du physicien Edouard Branly, découvreur du principe de radio-conduction et concepteur des radioconducteurs équipant les récepteurs employés lors des premières transmissions radio. Les contemporains de Branly, ainsi que les historiens modernes, considèrent celui-ci comme un des précurseurs de la radio<sup>167</sup> ; mais telle n'était pas l'opinion de Turpain, qui avait publié dans le journal scientifique *l'Antenne*, en 1931, une série d'articles « contestant la valeur et la portée des travaux de Branly », d'après les constats de la Cour d'appel de Poitiers. Ces articles, manifestement influencés par une animosité personnelle entre les deux chercheurs, suscitent la controverse dans le milieu des spécialistes ; huit ans plus tard, dans l'article au cœur de notre arrêt, Turpain se contente donc de ne pas du tout évoquer son rival.

Suite à ce nouvel affront, Edouard Branly soumet au prétoire cette querelle académique<sup>168</sup> ; il entend engager la responsabilité de Turpain à son égard, sur le fondement de la faute que constituerait cette

---

161 Cass. civ. 24 décembre 1924, *D.H* 1925.120.

162 Les faits ayant eu lieu en 1918, le navire finalement utilisé fut torpillé par l'armée allemande ; l'assureur du propriétaire des marchandises refusa d'indemniser cette perte au motif qu'il n'avait assuré la traversée que pour le navire initialement désigné dans le contrat, et qu'il n'avait pas été prévenu du changement.

163 C'est à cette époque que se dessine le principe de « non-cumul », mais il ne sera pas constamment appliqué avant les années 1930. V. J.-S. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *RTD civ.* 2010, p.1 s.

164 Cass. civ., 29 janvier 1930, *Gaz. Pal.* 1930.1.550 ; Cass. civ. 28 octobre 1935, *D.H* 1935.537

165 H. L. MAZEAUD, A.TUNC, *op.cit.*, n°544.

166 On lui doit notamment d'avoir effectué la première transmission radio-électrique en morse en 1894, ainsi que d'avoir réalisé la première émission de télévision en 1935.

167 Jean-Claude BOUDENOT, « Comment Branly a découvert la radio », *EDP Sciences*, 2005. V. toutefois Albert TURPAIN, *Les Origines de la T. S. F., conférence faite à La Rochelle le 7 octobre 1927*, La Rochelle, impression de Masson fils, 1927

168 Décédé en 1940, Branly ne vivra pas pour assister à la décision de cassation qui lui donnera finalement raison ; il est représenté à l'instance par ses héritiers.

omission. Branly obtient gain de cause devant la juridiction de première instance, mais le jugement est infirmé par la Cour d'appel de Poitiers en 1943. Celle-ci estime que la « faute » retenue par le jugement infirmé s'inscrivait dans l'exercice par Turpain de sa liberté académique ; que l'opinion de celui-ci, selon laquelle l'apport de Branly à l'invention de la T.S.F était négligeable, était « peut-être erronée, mais paraissait sincère » ; que, par conséquent, il n'y a pas lieu de retenir la responsabilité pour faute de Turpain.

Les juges du Quai de l'Horloge, pour casser l'arrêt de la Cour d'appel de Poitiers, commencent par formuler un principe appelé à la postérité : « *la faute prévue par les articles 1382 et 1383 peut consister aussi bien dans une abstention que dans un acte positif* ». Au-delà de ce principe général, la portée de la solution est à relativiser ; en outre, elle laisse irrésolue la question de la place de la mauvaise foi dans l'appréciation de la faute par omission.

#### A) Une portée à relativiser

En dépit de la généralité des termes du principe qu'elle pose, « l'omission » dont il est question n'en n'est pas vraiment une ; par ailleurs, la faute se conçoit ici comme le manquement à une obligation certes plus large que le simple respect de la loi, mais néanmoins délimitée.

Tout d'abord, il convient de souligner que le comportement reproché à Turpain n'est pas purement *négatif* : il a en effet pris la responsabilité de publier un article scientifique, revêtu de l'autorité que lui confère le prestige de son auteur. C'est dans le *contenu* de cet article que s'apprécie la faute de Turpain. Certes, il lui est spécifiquement reproché de n'avoir *pas* mentionné Branly : cette « abstention » s'inscrit toutefois dans le processus d'écriture et de publication de l'article.

La jurisprudence n'a jamais repris à son compte la distinction entre « l'abstention pure et simple » et « l'abstention dans l'action » ; on l'a critiquée, en raison du caractère très vague et malléable de l'idée « d'activité » dans laquelle peut s'inscrire l'abstention (*voir supra*). Ici, toutefois, il ne fait guère de doute que même l'appréciation la plus étroite de la notion « d'abstention dans l'action » permet de conclure que l'abstention en cause n'en n'est pas vraiment une : ce qui est reproché à Turpain, c'est bien d'avoir *publié un article* dont le contenu, fautif car non-conforme aux exigences d'objectivité qui incombent à l'historien (*voir infra*), était de nature à nuire à la réputation d'Edouard Branly ; à cet égard, il importe peu que l'auteur s'y prenne de manière frontale, en mettant directement en cause la contribution du physicien (comme il avait déjà eu l'occasion de le faire précédemment), ou de manière indirecte en ignorant résolument ses travaux. Demogue, au titre de ce qu'il appelait les « abstentions dans l'action », relevait d'ailleurs que la Cour de cassation avait pu condamner, en 1854, l'auteur d'un faire-part qui oubliait de mentionner un parent d'un des mariés<sup>169</sup>. La solution rendue un siècle plus tard n'innove pas vraiment, et ne répond pas à la question de savoir si une abstention détachée de l'activité dont résulte le dommage pourrait entraîner la responsabilité de son auteur.

Le principe posé doit également être relativisé au regard de l'espèce qui a conduit à sa formulation, en ce que le fondement de la faute par omission reprochée à Turpain semble témoigner d'une volonté de la Cour de cassation de borner celle-ci dans un champ assez étroit. La chambre civile précise en effet que « *l'abstention, même non-dictée par la malice, engage la responsabilité de son auteur lorsque le fait omis devait être accompli soit en vertu d'une obligation légale, réglementaire ou conventionnelle, soit aussi, dans l'ordre professionnel, s'il s'agit notamment d'un historien, en vertu des exigences d'une vérité*

<sup>169</sup> Req., 12 déc. 1854, D. 1855, 1, 54

*objective* ». Elle innove, par rapport à la solution de 1924, en indiquant que l'obligation violée ne trouve pas nécessairement sa source dans la loi ou le contrat ; en même temps, elle refuse nettement de considérer que « toute abstention que ne commettrait pas le bon père de famille », pour reprendre la formule attribuée par Demogue à Beudant (voir *supra*), engage la responsabilité de son auteur. Elle continue d'exiger une *obligation préexistante* bien déterminée, et connue du défendeur, tout en admettant que celle-ci puisse consister en une règle déontologique observée par les membres d'une profession.

En l'espèce, le devoir préexistant dont le manquement caractérise la faute est énoncé d'emblée par la Cour de cassation : il s'agit des « *exigences d'une vérité objective* » qui incombent à l'historien. Dans ses motifs, la chambre civile reproche encore à la Cour d'appel de n'avoir pas recherché si « *Turpain s'était comporté comme un écrivain ou un historien prudent, avisé et conscient des devoirs d'objectivité qui lui incombaient* ». C'est donc au regard de cette qualité « d'historien », empruntée par le physicien Turpain<sup>170</sup> alors qu'il retraçait l'histoire d'une invention dont il est spécialiste reconnu, et sans doute en raison du caractère académique de la publication en cause qui lui donne une autorité scientifique toute particulière, que l'auteur était tenu de mettre à l'écart ses opinions controversées pour s'en tenir à un récit « objectif », c'est-à-dire en réalité plus conforme au consensus scientifique<sup>171</sup>.

Le devoir de *faire* dont la faute par omission constitue par définition le reflet n'est donc affirmé que dans un cadre bien délimité : outre la loi et le règlement, il ne se conçoit qu'au regard de la qualité particulière du fautif, et des standards déontologiques qu'il est censé connaître et appliquer en sa qualité de professionnel. Cette conception est d'ailleurs précisée par la Cour de cassation dans un arrêt rendu deux ans plus tard<sup>172</sup>, où elle estime que n'est pas fautif le journaliste qui omet de mentionner, dans le compte-rendu d'un procès publié à la chronique judiciaire du journal, le nom d'un des avocats ayant plaidé. Elle semble estimer que le journaliste qui publie un article de presse généraliste n'est ici pas tenu à la même rigueur que l'académicien qui s'exprime dans la presse scientifique ; c'est bien la preuve que la qualité du défendeur est déterminante dans l'appréciation du caractère fautif de l'omission.

On peut aussi y voir l'indice d'une prise en compte de l'intention de l'auteur de la publication ; c'est la grande ambiguïté de l'arrêt *Branly*.

#### B) La place incertaine de l'intention

Sur ce point, le principe énoncé par la Cour de cassation apparaît *a priori* assez clair : « *l'abstention, même non-dictée par la malice, engage la responsabilité de son auteur (...)* ». Toutefois, la solution considérée dans son ensemble laisse apparaître deux tendances contradictoires, entre lesquelles les juges du droit semblent incapables de départager.

D'un côté, est affirmée l'idée que la psychologie de l'auteur est parfaitement indifférente en matière d'abstention ; celle-ci ne se distinguerait pas sur ce point de la faute en général, qui peut-être intentionnelle ou non, comme en dispose l'article 1241 du Code civil, et ne suppose pas l'intention de nuire de son auteur

---

170 C'est sans doute parce que Turpain n'était pas historien que la Cour de cassation a songé à y adjoindre le qualificatif « d'écrivain », qui est lui-même peut-être trop général ; c'est de la qualité de chercheur, ou d'expert reconnu, dont il est question.

171 En effet, pour déterminer que la contribution de Branly avait été décisive, la Cour d'appel n'a pu que se fonder sur l'opinion commune partagée par ses pairs. On reviendra sur ce point lorsqu'on abordera plus généralement le problème de la faute par omission dans l'exercice de la liberté d'expression.

172 Cass.2<sup>e</sup> civ., 17 juillet 1953, D.1954, 533.

pour engager sa responsabilité. Tout au plus fallait-il à l'époque établir que l'auteur était doué de discernement, ce qui ne posait aucune difficulté dans l'arrêt *Branly*.

Cette affirmation découle non-seulement du principe formulé en tête de l'arrêt, mais également du reproche adressé par la Cour de cassation à la Cour d'appel de Poitiers, qui s'est fondée sur la « *sincérité* » de Turpain pour infirmer le jugement qui le déclarait fautif<sup>173</sup>. Or, la Cour de cassation lui répond qu'il « *n'y a pas lieu de prendre en considération l'énonciation que l'attitude de Turpain n'avait pas été dictée par la malice et l'intention de nuire, cette énonciation étant inopérante au regard du quasi-délit dont se prévalent les demandeurs et qui ne requiert pas cet élément intentionnel* ».

D'un autre côté, il résulte des motifs de l'arrêt que la Cour de cassation ne partage pas, au fond, l'avis de la Cour d'appel au sujet de la bonne foi de Turpain. Elle indique en effet que « *le juge, pour sainement apprécier la responsabilité imputable à l'auteur du dommage, ne devrait pas se borner à faire état de l'opinion de Turpain, alors surtout que l'arrêt attaqué lui-même ajoute qu'il est* « possible qu'il ait cédé à cette opinion par ambition, dans le désir – **que la Cour de Poitiers déclare à tort excusable** – de surestimer ses propres expériences » ». La Cour de cassation reproche par ailleurs à la Cour d'appel de ne pas avoir recherché si Turpain s'était montré « *conscient des devoirs d'objectivité qui lui incombent* », ce qui contredit l'affirmation de l'indifférence de la bonne ou de la mauvaise foi de Turpain ; subordonner la faute à la *conscience* du devoir violé revient à la qualifier de faute nécessairement intentionnelle.

Finalement, après avoir précisé nettement que la question de la malice ne se pose pas, les juges du quai de l'Horloge affirment que, contrairement à ce que prétend la Cour d'appel, le *désir* de Turpain de mettre en valeur ses propres travaux en omettant ceux de Branly était inexcusable ; elle dresse en outre un lien entre la faute et la conscience du devoir violé.

Il en résulte une forte ambiguïté ; on a le sentiment que, afin de se montrer orthodoxe au regard de la théorie classique de la faute civile, la Cour de cassation affirme *en principe* que la mauvaise foi est indifférente ; néanmoins, *en l'espèce*, la Cour justifie plus ou moins explicitement la cassation de l'arrêt par la mauvaise foi dont elle soupçonne Turpain.

L'intention de nuire peut-elle donc justifier, à elle-seule, la responsabilité de celui qui s'abstient ? La Cour de cassation n'a semble-t-il pas osé formuler la réponse positive qu'elle avait à l'esprit dans l'arrêt *Branly*, mais elle finira par le faire quelques années plus tard, avant de se rétracter à juste titre.

II) L'affirmation en trompe-l'oeil de l'intention de nuire comme fondement de la faute par omission

C'est pour répondre à une question extrêmement spécifique, pour laquelle le juge ne pouvait s'autoriser à identifier une obligation préexistante, qu'il fera de l'intention de nuire un fondement autonome et suffisant de la faute par omission.

La situation s'est présentée pour la première fois à la Cour de cassation dans un arrêt du 13 décembre 1972<sup>174</sup>. Deux ex-époux, mariés devant l'officier d'état-civil français, avaient célébré religieusement leur

---

173 La Cour d'appel avait en effet estimé que Turpain, en ne mentionnant que les physiciens qui avaient, selon lui, réellement contribué à l'émergence de la T.S.F, n'avait « *pas agi de mauvaise foi, (...) pas d'avantage par malice et avec l'intention de nuire à autrui* ».

174 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 13 décembre 1972 : *D.* 1973, p.493, note Larroumet.

union selon la loi juive. Celle-ci permet au mari de répudier sa femme, pour mettre fin à l'union religieuse qui n'est pas indissoluble ; il est donc de coutume, chez les Juifs français, que le *divorce* civil s'accompagne de la *répudiation* religieuse, celle-ci s'effectuant toutefois à la seule initiative de l'époux.

En l'espèce, le divorce avait été prononcé devant le juge français, et l'ex-épouse réclamait à son ancien conjoint qu'il lui délivre le *gueth*, un certificat de répudiation nécessaire à la reconnaissance religieuse du divorce, et donc notamment à un remariage futur selon la loi mosaïque. L'ex-mari refusait toutefois de la lui délivrer, tant qu'il n'aurait pas obtenu des « *garanties, de la part des autorités religieuses israéliennes* », du respect par ce pays du jugement de divorce rendu en France<sup>175</sup>.

L'ex-épouse s'est donc adressée au juge français afin qu'il ordonne, à peine d'astreinte, la délivrance du *gueth*, ainsi que la condamnation du père de leur enfant à lui payer des dommages et intérêts.

Le juge se trouvait ici dans une situation très délicate. D'un côté, cette forme de chantage et d'emprise exercée par l'ex-mari sur la capacité matrimoniale de son ex-épouse lui apparaissait sans doute intolérable ; de l'autre, la délivrance du certificat de répudiation est une prérogative de droit religieux qu'il est impossible, pour le juge républicain, d'ériger en obligation juridique. On comprend qu'ici, la faute par omission comme *violation d'une obligation préexistante* ne pouvait donc pas être caractérisée.

La Cour d'appel de Paris, reprenant une solution qu'elle avait déjà eu l'occasion d'affirmer<sup>176</sup>, va donc se déplacer sur un autre fondement pour sanctionner le comportement de l'ex-mari : celui de l'abus de droit, caractérisé par l'intention de nuire. La Cour refuse en effet d'ordonner sous peine d'astreinte la délivrance de la lettre de répudiation, en relevant « *l'absence de toute obligation juridique de remise du gueth* » ; néanmoins, elle admet la condamnation du mari au paiement de dommages et intérêts, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil.

Elle se fonde sur le principe suivant, avalisé par la Cour de cassation qui est confrontée pour la première fois à cette problématique : « *si, en principe, l'abstention dommageable ne peut entraîner une responsabilité qu'autant qu'il y avait, pour celui auquel on l'impute, obligation d'accomplir le fait omis, il en est autrement lorsque cette abstention dommageable a été dictée par l'intention de nuire et constitue un abus de droit* ». La Cour d'appel, approuvée par la juridiction suprême, estime qu'en l'espèce, l'ex-mari avait conscience de causer un dommage à son ancienne conjointe, que les motifs invoqués par celui-ci n'étaient pas légitimes, et que les conditions auxquelles il subordonnait la remise de la lettre avaient un caractère fantasque<sup>177</sup>.

Cette solution est très intéressante ; au-delà du questionnement qu'elle suscite quant à la légitimité et à la compétence du juge judiciaire pour sanctionner l'exercice, ou le non-exercice de prérogatives religieuses<sup>178</sup>,

---

175 Il invoquait en effet le risque que la mère de leur enfant ne respecte pas le droit de visite laissé à son père, ou surtout l'interdiction faite par le juge à chaque conjoint de faire quitter à l'enfant le territoire français sans l'autorisation de l'autre : le père disait redouter que la mère emmène l'enfant en Israël, le soustrayant aux visites de son père.

176 Paris, 4 févr. 1959, *JCP* 1960. II. 11632, note De Naurois.

177 « ... que les garanties auxquelles [le mari] subordonnait la remise du " gueth " étaient des plus imprécises, et que l'on ne voyait pas comment son ex-épouse serait mieux à même que lui d'obtenir des autorités religieuses israéliennes l'assurance que force obligatoire serait reconnue, en Israël, à l'arrêt ayant prononcé le divorce. ».

178 C'est l'un des moyens soulevés par le pourvoi du mari : « *il est enfin reproché à la Cour d'appel de n'avoir pas tiré la conséquence légale de ses constatations relatives au caractère strictement religieux de la question qui lui était soumise, et d'avoir en réalité violé les dispositions d'ordre public de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État* ». Sur cette question, on renvoie à la chronique de Jean-Marie HISQUIN, « Le refus de délivrer le guet sanctionné par les juges », *chron.n°10, RDLF* 2013 (consultable en ligne).

qui n'entre pas dans l'objet du présent mémoire, cet arrêt établit un lien entre la faute par omission et l'abus de droit. Ce dernier apparaît très nettement comme un palliatif à l'impossibilité pour le juge, en raison de la spécificité de l'affaire, de caractériser toute « *obligation d'accomplir le fait omis* ».

La portée de l'arrêt est incertaine ; on peut en effet se demander de quel *droit* il est abusé ici. Selon une approche très stricte, il s'agit simplement de la faculté du mari de répudier formellement sa femme. Toutefois, cette faculté, non-reconnue en elle-même par l'ordre juridique français, peut être inscrite dans l'exercice plus large de la liberté religieuse du mari ; selon une interprétation intermédiaire, la liberté de culte reconnue aux individus devient donc susceptible d'abus, si elle ne s'exerce que dans le but de nuire à autrui.

On peut toutefois se livrer à une interprétation plus audacieuse, pour rattacher *l'abus* à la liberté qu'ont généralement les individus de ne pas faire tout ce à quoi ils ne sont pas obligés par la loi, le règlement, ou tout autre devoir résultant de leur situation ou de leur qualité professionnelle. Le principe très général formulé par la Cour d'appel et confirmé par la Cour de cassation plaide en faveur de cette interprétation : *n'importe quelle abstention* dont résulte un dommage peut entraîner la responsabilité de son auteur, dès-lors qu'elle est fondée sur une intention malicieuse, ou du moins illégitime.

Il convient toutefois de nuancer fortement cette hypothèse, en relevant que la faute par omission fondée sur l'intention de nuire n'a jamais été mobilisée en-dehors de cette situation particulière ; et encore, les arrêts rendus par la suite en la matière témoignent d'une hésitation qui se manifeste par des formulations contradictoires.

En effet, la Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer à nouveau sur le problème de la non-délivrance du *gueth* dans un arrêt de 1985<sup>179</sup>, et la solution rendue à cette occasion est pour le moins équivoque. La Cour d'appel d'Angers, appliquant avec orthodoxie la jurisprudence de 1972, avait refusé de condamner l'ex-mari en paiement de dommages-et-intérêts en relevant que l'ex-épouse n'apportait pas la preuve d'une intention de nuire. Or, la Haute-juridiction casse l'arrêt en indiquant « *qu'en déduisant ainsi l'absence de faute de la seule absence de preuve par la femme de l'intention de nuire, sans rechercher si, abstraction faite de cette intention, le refus de M. O. n'était pas abusif, la Cour d'appel n'a pas donné à sa décision une base légale* ».

Or, on voit mal comment l'abus, dans cette situation, peut se concevoir indépendamment de l'intention de nuire. Il est vrai que cette dernière n'est pas le seul critère de l'abus retenu par la doctrine et la jurisprudence, qui font référence à l'*absence de motif légitime* ou encore au *détournement de la finalité ou de la fonction sociale du droit*<sup>180</sup>. Toutefois, la nature religieuse du « droit » en cause, extérieur à l'ordre juridique français, permet difficilement au juge de se livrer à une appréciation de la conformité du comportement à la fonction sociale du droit, ou du motif légitime censé justifier sa mise en œuvre. Le critère de l'abus qui se rattache au *titulaire* du droit, fondé sur la malignité de son intention, nous semble ici le seul concevable, par opposition à ceux qui se rattachent au droit lui-même.

C'est peut-être ce qui explique que la Cour de cassation, après avoir eu l'occasion de réaffirmer une conception similaire de l'abus dégagée de l'intention de nuire<sup>181</sup>, soit semble-t-il revenue à sa position

---

179 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 5 juin 1985, *JCP* 1987, II, 20728, note Agostini ; *Gaz. Pal.* 1986, 1, p. 9, note Chabas.

180 Loïc CADIET, Philippe LE TOURNEAU, *Répertoire de droit civil – Abus de droit*, Dalloz, n°25 et s. (consulté en ligne).

181 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 15 juin 1988, no 86-15.476, *Bull. civ. II*, no 146 ; *JCP* 1989, II, 21223, note Morançais-Demeester.

initiale dans le dernier arrêt en date rendu en la matière, en 1994<sup>182</sup> : elle approuve la Cour d'appel d'avoir caractérisé la faute en relevant « *l'attitude obstinée et volontaire* » de l'ex-mari, pour répondre au pourvoi soulevé par celui-ci et qui reprochait à la Cour d'appel d'avoir déduit l'abus du seul préjudice subi par l'épouse, alors que « *seule l'abstention dolosive et malicieuse de délivrer le "Gueth" pouvait justifier la réparation du préjudice subi par l'épouse* ». L'arrêt de la Cour de cassation est formulé avec une certaine équivoque, mais il semble bien qu'elle confirme le principe soulevé dans le pourvoi, tout en estimant que la Cour d'appel avait bien relevé le caractère « *dolosif et malicieux* » de l'abstention.

Quoi qu'il en soit, il nous semble que l'importance de cette séquence d'arrêts dans la théorie de la faute par omission mérite d'être fortement relativisée. Le critère de l'intention de nuire n'a en effet jamais été mobilisé, à notre connaissance, en-dehors de cette problématique très spécifique. La méthode systématiquement employée par le juge qui cherche à imputer au défendeur une faute par omission reste celle de l'affirmation d'un *devoir* ou d'une *obligation* préexistants. La faute par omission fondée sur l'abus, et donc subordonnée à la preuve d'une intention de nuire, n'a été mobilisée qu'à titre hyper-subsidiaire là où le juge manquait de légitimité à affirmer une telle obligation, eu égard à la situation.

On reste donc assez réservé face à la démarche de la doctrine contemporaine partisane d'une conception limitée de la faute par omission, qui se fonde sur ces solutions résiduelles pour affirmer qu'outre l'existence d'une obligation *légale ou réglementaire* préexistante, l'abstention fautive ne se conçoit qu'en présence d'une intention de nuire<sup>183</sup> ; c'est tirer un principe de théorie générale à partir d'une hypothèse dont on occulte la spécificité. Il est vrai toutefois que la Cour de cassation participe elle-même de cette confusion par la généralité du principe qu'elle pose (ou plus précisément, qu'elle avalise) dans son arrêt de 1972.

Abstraction faite de ce cas particulier, la faute par omission reste donc fondamentalement liée à l'idée de manquement à une obligation préexistante. Il est intéressant de relever que la définition apportée par Planiol à la faute en général, discréditée en doctrine en raison de son insuffisance<sup>184</sup>, retrouve sa pertinence en matière d'abstention.

Il est vrai, toutefois, que le jugement de valeur porté par la personne du juge sur le comportement du défendeur, nécessairement influencé par la prise en compte de l'intention qui guidait celui-ci, peut le rendre plus ou moins enclin à identifier après coup cette « obligation » préexistante dont la violation constitue la faute ; cette tendance s'illustre parfaitement dans l'arrêt *Branly*. En ce sens, on peut certes défendre l'idée d'une prise en compte « occulte » de l'intention de nuire comme fondement de la faute par omission, dissimulée sous les traits d'une approche objective de l'illicéité du comportement au regard de l'obligation violée par le défendeur. Le phénomène n'est pas propre à l'hypothèse de faute par omission : il a été relevé par la doctrine qu'en dépit de l'indifférenciation prônée par l'article 1241, le juge a tendance à se montrer plus indulgent autour de l'appréciation de la causalité (ainsi que dans le chiffrage des dommages et intérêts) lorsque la faute est intentionnelle<sup>185</sup>. La structure particulière de la faute par omission en fait un terrain

182 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 12 décembre 1994, n°92-17.098.

183 Par exemple, Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBEAU – TERNEYRE, *Droit civil. Les Obligations*, 16<sup>e</sup> éd. Sirey 2018, n°2587, p.884 : « On peut ainsi concevoir qu'une simple abstention puisse constituer une faute, mais, là encore, seul l'élément légal de la faute permettra d'aboutir à une telle qualification : ou bien la loi imposait précisément d'agir, ou bien l'omission procède d'une intention de nuire ».

184 H. L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t.1, n°392, p.471 - J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op.cit.*, n°98 – Ph. BRUN, *op. cit.*, n°297.

185 Ph. BRUN, *op.cit.*, n°319 - H.L. MAZEAUD et A. TUNC, *op.cit.*, n°398. Par ailleurs, l'intention est décisive dans certains contentieux très particuliers, notamment en matière sportive. V. P. JOURDAIN, « À propos de la faute en matière sportive »,

privilegié de ce phénomène de prise en compte plus ou moins assumée du caractère intentionnel de l'acte, ainsi qu'il a été relevé<sup>186</sup>.

Une fois précisé que la faute par omission suppose toujours de caractériser une obligation préexistante, encore faut-il s'interroger sur la nature des devoirs et obligations en cause. On en étudiera d'abord les fondements les plus classiques, tels qu'exposés dans l'arrêt *Branly*.

## Section 2 : L'obligation fondée sur la loi, le règlement ou le contrat

La liberté des citoyens, dans un État libéral, n'est en principe bornée que par les interdictions édictées par la loi ou le règlement dans l'intérêt général<sup>187</sup>. Il arrive toutefois que les individus soient tenus non à une abstention, mais à une action. Le plus souvent, ils ne sont tenus qu'à raison d'une qualité déterminée (I), mais le droit pénal, à travers l'infraction d'omission de porter secours ou d'empêcher un crime ou un délit, pose un devoir général d'agir en certaines circonstances, qui peut entraîner la mise en œuvre de la responsabilité civile (II).

### I) Le manquement à une obligation légale, réglementaire ou conventionnelle liée à une qualité déterminée

S'agissant de la violation de la loi, l'hypothèse qui fait l'objet d'un consensus doctrinal n'a jamais été remise en doute par la jurisprudence. Parmi de très nombreuses illustrations, on peut relever par exemple la faute du père qui s'abstient de verser à la mère la moindre contribution pour l'éducation de leur enfant, en dépit de l'obligation imposée par l'article 371-2 du Code civil, et qui peut être condamné à indemniser le préjudice causé sur le fondement de l'article 1240<sup>188</sup>, ou encore celle du restaurateur qui ne prend aucune mesure pour empêcher ses clients de fumer sur une terrasse ouverte au public, en violation de l'article L-3511-7 du Code de la santé publique<sup>189</sup>. S'agissant de l'obligation réglementaire, elle peut être générale<sup>190</sup>, ou adressée personnellement au défendeur : ainsi, est en faute le propriétaire d'un terrain menaçant de s'effondrer qui ne prend aucune mesure pour prévenir le dommage, en dépit d'un arrêté de péril imminent pris par le maire<sup>191</sup>.

On insistera sur le fait que dans tous ces cas, l'auteur de la faute, même non-nécessairement professionnel, n'était tenu d'agir qu'à raison d'une qualité déterminée : père de l'enfant, restaurateur, propriétaire du terrain, etc. Ainsi, ces fautes ne se rattachent pas au principe selon lequel *nul n'est censé ignorer la loi*, dont

---

*Mélanges Foyer*, 2007, *Economica*, p. 559 s.

186 J. CARBONNIER, *op.cit.*, n°226.

187 *Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen*, art.4 : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi. ».

188 Paris, 12 mai 1977 : *Gaz. Pal.* 1978.2.369, note Massip.

189 Cass.2<sup>e</sup> civ., 13 juin 2013, n°12-22.170. On citera encore la faute du propriétaire riverain qui n'a pris aucune mesure pour entretenir ses berges et prévenir la crue, en dépit de l'obligation qui lui était faite par l'article L215-14 du Code de l'environnement : Cass. 3<sup>e</sup> civ, 7 octobre 2009, n°08-13.834. V.aussi Cass. com., 20 avr. 2017, n°14-50.048, pour la faute du gérant qui n'a pas déclaré la cessation des paiements lorsqu'il en a eu connaissance, en violation de l'article L651-2 du Code de commerce.

190 V. Cass. soc. 23 octobre 2012, n°11-13.792, pour la faute d'un liquidateur qui n'a pas délivré aux salariés un certificat d'exposition à l'amiante, en violation de l'obligation qui lui était faite par un décret de 1996.

191 Cass. 1<sup>e</sup> civ., 28 novembre 2007, n°06-19.405. En l'espèce, le propriétaire était condamné à indemniser la commune qui avait pris l'initiative de financer les mesures nécessaires. La Cour de cassation lui reproche toutefois de n'avoir « pas correctement assumé ses obligations à l'égard des tiers » : il fait donc peu de doute que la faute aurait été caractérisée à l'égard des victimes du risque s'il s'était réalisé.

on sait qu'il énonce une pure fiction, mais plutôt à l'idée bien plus sensée que le *bon père de famille* est tenu de se renseigner sur toutes les obligations qui lui incombent en raison de sa situation particulière, et de les respecter.

Il est intéressant de relever que dans ces hypothèses, la responsabilité civile constitue le bras armé de dispositions législatives ou réglementaires qui, parfois, ne prévoient en elles-mêmes aucune sanction pour l'obligation qu'elles édictent. Toutefois, si le manquement à une obligation légale constitue en lui-même une faute, la mise en œuvre des articles 1240 et 1241 reste subordonnée aux conditions de la responsabilité civile, et donc à la preuve d'un préjudice. Autrement-dit, celui qui omet d'accomplir de telles obligations n'est pas immédiatement susceptible de sanction, mais est engagé à réparer tous les préjudices qui en résulteront : la sanction de la violation de la loi est conditionnée à la survenance de conséquences dommageables, ce qui tranche nettement avec la logique pénale.

Il en va autrement dans les cas dits de « préjudice automatique », où la jurisprudence estime que la violation d'une norme édictée pour la protection d'une catégorie de personnes permet à celles-ci d'engager la responsabilité civile de l'auteur de la faute, sans avoir à rapporter la preuve d'un préjudice<sup>192</sup>. En matière d'obligations de l'employeur notamment, la chambre sociale n'hésite pas à appliquer cette solution en matière d'action, comme d'omission<sup>193</sup>. On peut être mal à l'aise face à ces dernières hypothèses, car les trois conditions de la responsabilité (la *faute*, qui résulte d'un « fait » purement négatif ; la *causalité*, qui se heurte aux difficultés évoquées ; le *dommage*, qui fait l'objet d'une appréciation purement objective) font ici l'objet d'une interprétation très lâche, au service d'une politique jurisprudentielle de protection certaines catégories de personnes<sup>194</sup>, qui conduit à prendre certaines libertés avec la technique juridique.

Par ailleurs, l'arrêt *Branly*, aux côtés des obligations légales ou réglementaires, indique que l'omission est fautive lorsqu'elle contrevient à une « *obligation conventionnelle* ». L'hypothèse, comme le relevait Planiol<sup>195</sup>, est la plus fréquente, puisque la plupart des obligations qui naissent du contrat ont généralement pour objet une prestation positive, alors que les obligations légales ont, dans leur immense majorité, un objet « purement négatif ». À l'égard du créancier, le débiteur défaillant engage sa responsabilité contractuelle. Toutefois, la jurisprudence a toujours admis que si le manquement caractérise en même temps une faute délictuelle, « envisagée en elle-même, indépendamment de tout point de vue contractuel »<sup>196</sup>, le débiteur est engagé à réparer tous les préjudices qui en résulteraient à l'égard des tiers. À cet égard, la « faute contractuelle d'abstention », c'est-à-dire la simple non-exécution d'une obligation contractuelle, constituera rarement une faute délictuelle à l'égard des tiers ; l'hypothèse se manifeste toutefois, notamment lorsque l'inexécution contractuelle contrevient à une obligation délictuelle de diligence professionnelle, dans l'appréciation de laquelle la jurisprudence se montre sévère (voir *infra*). Ainsi, le manquement à une obligation contractuelle d'information peut typiquement constituer une faute délictuelle à l'égard des tiers<sup>197</sup>.

192 L. GRATTON, « Le Dommage déduit de la faute », *RTD civ.* 2013, p. 273.

193 Ainsi, l'absence de mise en œuvre d'une « visite médicale d'embauche » par l'employeur peut engager sa responsabilité, nonobstant la preuve d'un préjudice (Soc.18 décembre 2013, n°12-15.454), tout comme l'inobservation des règles relatives à la procédure de licenciement (Soc.17 décembre 2013, n°12-23.726).

194 V.aussi Cass.3<sup>e</sup> civ., 3 juillet 2013, n°12-19.442, pour la faute d'un notaire qui instrumente une vente en méconnaissance du droit de préemption du locataire, celui-ci étant néanmoins parvenu à se substituer à l'acquéreur, et n'ayant pas à rapporter la preuve d'un préjudice pour obtenir « réparation »...

195 M. PLANIOL, *op. cit.*, n°885, p. 298.

196 Cass.3<sup>e</sup> civ., 18 avril 1972 : *Bull.civ.* 1972, III, n°233

197 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 décembre 1992 ; *RTD civ.* 1993, p.362, obs. Jourdain. V.Ph. BRUN, *op.cit.*, n°328

Par ailleurs, il faut mentionner très brièvement à ce stade la célèbre jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle « le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage. »<sup>198</sup>. Il a été abondamment relevé par une doctrine presque unanimement critique<sup>199</sup> que ce principe a pour effet de rendre tous les tiers trouvant un quelconque intérêt dans l'exécution du contrat *créanciers* de l'obligation contractuelle, puisqu'ils peuvent demander réparation du manquement à celle-ci, sans avoir à fournir eux-mêmes aucune contrepartie.

Cette solution peut sembler étendre dans une mesure disproportionnée le champ de la faute délictuelle pour abstention ; car c'est bien d'une abstention dont il était question dans l'arrêt fondateur de 2006 (le bailleur n'avait pas satisfait à ses obligations d'entretien), et, dans une moindre mesure, dans la solution de 2020 qui réaffirme le principe (une centrale thermique avait cessé de fournir de l'énergie à une usine). Toutefois, il a d'une part été relevé que les applications jurisprudentielles de ce principe sont rares et irrégulières<sup>200</sup>, ce qui fait douter de sa portée réelle : il s'agit davantage d'un artifice mobilisé à quelques reprises par la Cour de cassation pour étendre la responsabilité du débiteur à l'égard des partenaires économiques du créancier très directement affectés par l'inexécution, que d'une règle de portée générale. D'autre part, l'avenir de cette solution est très incertain, puisque l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile proposé par le gouvernement<sup>201</sup>, ainsi que la version revisitée par le Sénat<sup>202</sup>, tendent à condamner cette solution, tout en s'acheminant vers un compromis qui permettrait au tiers ayant un *intérêt légitime* à l'exécution du contrat d'agir en réparation des conséquences du manquement non-plus selon les règles de la responsabilité délictuelle, mais sur le terrain de la responsabilité contractuelle<sup>203</sup>.

Finalement, l'obligation qui fonde la faute par omission, lorsqu'elle n'est pas d'origine contractuelle, est généralement liée à la situation spécifique du débiteur. Tel n'est toutefois pas le cas de certaines infractions pénales, qui imposent des devoirs positifs à la portée beaucoup plus générale.

## II) Les infractions d'omission : des clauses générales de responsabilité civile pour abstention ?

De nombreuses infractions pénales sont définies sous la forme d'un devoir positif, et leur violation peut donc se concevoir comme une *omission* : ainsi, selon l'article R412-30 du Code de la route, *tout conducteur doit marquer l'arrêt absolu devant un feu de signalisation rouge, fixe ou clignotant*. Celui qui s'abstient de le faire commet, à n'en pas douter, une faute civile. Toutefois, plus qu'un comportement, c'est un résultat qui est incriminé, et il est artificiel de distinguer selon qu'il soit causé par une action (accélérer à

---

198 Cass., ass. plén., 6 oct. 2006 ; D. 2006. 2824, obs. Gallmeister, p.2825, note Viney.

199 V. par ex. les commentaires de l'arrêt dit des *Sucreries de Bois-rouges* (Ass. Plén. 13 janvier 2020) qui réaffirme cette solution : P. JOURDAIN, « Responsabilité des contractants à l'égard des tiers : l'Assemblée plénière persiste et signe (et déçoit) » *RTD civ.* 2020, p. 395 ; J.-S. BORGHETTI, « Pas de pitié pour les débiteurs ! », D.2020, p.416. *Contra*, pour une approche plus nuancée : M. BACACHE, « L'assimilation des fautes délictuelle et contractuelle réaffirmée par l'assemblée plénière », D.2020, p.394.

200 Ph. BRUN, *op.cit.*, n°328, et les références citées dans la note précédente.

201 Ministère de la Justice, *Projet de réforme de la responsabilité civile*, présenté le 13 mars 2017.

202 *Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile*, enregistré à la présidence du Sénat le 29 juillet 2020.

203 L'opportunité de ce compromis a été vivement discutée, notamment en raison de la difficulté à cerner la notion d'*intérêt légitime* ; V. par ex. J.-S. BORGHETTI, « La responsabilité des contractants à l'égard des tiers dans le projet de réforme de la responsabilité civile », D. 2017, p. 1846 – *Contra*, la définition proposée par G. VINEY, « Réflexions à partir d'une nouvelle proposition relative à la responsabilité du débiteur contractuel à l'égard des tiers au contrat », *RDC* 2019, p.20.

l'approche du feu...) ou une abstention (ne pas freiner)<sup>204</sup>. En outre, une telle obligation reste attachée à une qualité déterminée : celle de conducteur. Quand bien-même celle-ci est régulièrement empruntée par la plupart des citoyens, l'hypothèse se rattache donc aux cas déjà évoqués.

Plus atypique est le cas des deux infractions définies par l'article 223-6 du Code pénal<sup>205</sup>, qui punit *quiconque, pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne, s'abstient volontairement de le faire, mais encore quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours*. Non-seulement le devoir posé revêt un caractère positif, mais il a pour particularité de s'adresser à *quiconque*. Il traduit donc une contrainte forte à la liberté de tous les individus, *tenus* d'agir si l'occasion se présente, indépendamment de la qualité qu'ils empruntent de leur propre volonté. Ces règles très particulières se justifient par l'importance respective des intérêts en cause (qui-donc prétendra que la liberté du témoin doit être privilégiée sur la vie de la victime ?), mais surtout par la très forte réprobation morale portée par le corps social sur celui qui s'abstient de secourir son prochain.

On a vu que ce genre d'hypothèses est volontiers invoqué par la doctrine civiliste pour illustrer la notion de faute par omission, ainsi qu'on l'a fait nous-même en guise de préambule ; il a pu être également employé, de manière plus contestable, pour défendre une définition large de l'abstention fautive en déduisant de ce type de cas que l'abstention pure et simple peut *évidemment* constituer, de manière *générale*, une faute civile (voir *supra*). Il convient donc de s'interroger sur l'action civile de la victime, ou de ses ayants-droits, contre celui qui s'est abstenu de lui porter secours, dans les deux hypothèses prévues par le Code pénal. Son principe a été admis par la chambre criminelle dans un arrêt du 16 mars 1972<sup>206</sup>, qui le justifie en indiquant qu'une telle infraction protège aussi bien l'intérêt public que celui de la victime. Il n'a jamais été contesté depuis.

Faut-il alors voir dans l'article 223-6 une clause générale de responsabilité civile pour abstention ? Il faut tempérer fortement une telle proposition, en rappelant que la responsabilité pénale, que suppose la condamnation civile dans cette hypothèse, est subordonnée à des conditions très strictes. En particulier, elle nécessite un élément intentionnel : le contentieux autour de cette infraction est fourni, et l'on y découvre que le juge exige non-seulement que soit prouvée la conscience qu'avait nécessairement le prévenu de l'existence et de la gravité du péril<sup>207</sup>, mais surtout son refus, volontairement et en toute liberté, d'y mettre un terme. Une formule employée par la Cour d'appel de Paris nous semble particulièrement évocatrice, en ce qu'elle dissocie nettement sur ce point la logique de l'article 1241 du Code civil de celle de l'article 63 (ancien) du Code pénal : « [cet article] est destiné, au vœu du législateur, à sanctionner non de simples

---

204 Y. LEQUETTE, F. TERRE, P. SIMLER, F. CHENEDE, *op.cit.*, n°957.

205 A leur sujet, V. D.REBUT, « Omissions de porter secours – entrave aux mesures d'assistance », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, août 2020 (consulté en ligne).

206 Cass. crim. 16 mars 1972: *Bull. crim.* n° 109; *D.* 1972. 394, note Costa : *Si les dispositions de l'article 63, al. 2 du code pénal ont pour objet l'intérêt général de la collectivité et répriment le trouble causé à l'ordre public par une abstention délictueuse, elles ont aussi pour but la protection des intérêts privés; dès lors l'action civile née de ce délit peut être régulièrement exercée devant la juridiction répressive dans les conditions prévues aux articles 2 et 3 du Code de procédure pénale, et la victime du délit est en droit de demander réparation du dommage né de l'infraction.*

207 Cass. crim. 3 nov. 1954: *Bull. crim.* n° 311; *D.* 1955. 64, note Pageaud : *Les dispositions de l'art. 63, al. 2, C. pén., qui visent le refus de porter secours à une personne en péril, exigent, pour être applicables, que le prévenu ait eu personnellement conscience du caractère d'imminente gravité du péril auquel se trouvait exposée la personne dont l'état requérait secours et qu'il n'ait pu mettre en doute la nécessité d'intervenir immédiatement en vue de le conjurer.*

*négligences, erreurs ou autres fautes, même lourdes, susceptibles d'engager la responsabilité de leurs auteurs devant les juridictions compétentes, mais uniquement un comportement intentionnel: le refus de porter secours à une personne en péril* ». En outre, cette infraction n'est caractérisée que si le prévenu ne courrait *aucun risque* à agir, ce qui réduit encore le champ des situations visées. La jurisprudence pose encore d'autres conditions, notamment autour de la nature et de la gravité du péril, qui enferment finalement cette infraction pourtant emblématique dans un cadre étroit.

Nous admettons que, même dans ces conditions étroites, on est mal à l'aise face à l'idée que le coupable puisse en tout état de cause engager sa responsabilité civile à l'égard de "sa" victime. L'idée semble certes assez intuitive, mais elle nous semble fondée sur une confusion entre la finalité respective du droit pénal et du droit civil, qui conduit à faire abstraction d'une condition essentielle de la responsabilité civile, pourtant absente de l'infraction pénale d'omission de porter secours : la *causalité* entre la faute et le dommage.

En effet, la finalité première de la responsabilité civile est bien d'imposer la réparation du dommage que l'on cause, le rétablissement de l'équilibre que l'on rompt, de sorte que l'existence d'un dommage et d'une relation de cause à effet avec un fait du responsable sont des conditions tout aussi nécessaires que le caractère fautif de ce fait. La responsabilité pénale, quant à elle, vise plutôt à punir le comportement *en lui-même*, en raison de son caractère intolérable pour le corps social, et *indépendamment de ses conséquences* : c'est pourquoi, par exemple, la tentative peut être punie au même titre que le crime ou le délit lui-même<sup>208</sup>, ce qui n'aurait aucun sens en matière de responsabilité civile.

On comprend donc que le juge pénal, en matière d'omission de porter secours, ait toujours indiqué que l'*efficacité* du secours potentiel est indifférente. Formulé pour la première fois en 1953<sup>209</sup>, ce principe a été rappelé par une formule pénétrante dans un arrêt de 2007<sup>210</sup> : « *la loi fait à celui qui est en état de le faire un devoir d'intervenir, fût-il même démontré que le secours commandé par le devoir d'humanité dut être, en définitive, inefficace.* »

On pressent alors intuitivement que l'action civile et l'action pénale, dans ce domaine, ne font pas nécessairement bon ménage. On peut par exemple s'en convaincre à la lecture d'un arrêt rendu par la Chambre criminelle le 13 mai 2015<sup>211</sup>, dont les faits sont décrits dans les motifs de manière particulièrement exhaustive : il était question d'un lynchage subi par un jeune homme qui décède sous les coups de plusieurs délinquants. Plusieurs membres de la bande dont faisaient partie les agresseurs, bien que n'ayant pas eux-mêmes participé à la rixe, sont poursuivis pour omission d'empêcher un crime ou un délit contre l'intégrité physique de la victime, sur le fondement de l'article 223-6, al.1. Or, faute de pouvoir agir contre les auteurs du lynchage qui ne sont pas identifiés, les membres de la famille de la victime réclament aux prévenus l'indemnisation du préjudice par ricochet subi du fait du décès.

Sur le plan pénal, un des prévenus, qui s'est pourvu en cassation, cherche à faire valoir que son intervention, qu'elle ait eu pour objet de tenter d'apaiser ou de repousser les agresseurs, ou d'alerter des secours, aurait probablement été inefficace, en raison de la brièveté et de la violence de la scène, qui a entraîné rapidement le décès de la victime. La Chambre criminelle, conformément à sa jurisprudence

208 Article 121-4 du Code pénal

209 *Celui qui a volontairement omis de porter secours à une personne en péril invoque vainement, pour se dégager de la responsabilité pénale encourue de ce chef, la circonstance que le secours, en raison de la gravité des blessures, eût été inefficace* : Crim. 23 mars 1953; Bull. crim. n° 104; D. 1953. 371; JCP 1953. II. 7584.

210 Cass. crim. 13 mars 2007, Dr. pénal 2007. 82, obs. Véron.

211 Cass. crim. 13 mai 2015, n°13-83.191.

constante, approuve la Cour d'appel de Lyon d'avoir relevé que « *l'efficacité de cette assistance, qui ne comportait pour lui et les tiers aucun risque, rest[ait] en tout état de cause indifférente* ». Cette remarque est à la fois rigoureuse sur le plan technique, et conforme à l'esprit du texte : c'est bien la « *lâcheté* »<sup>212</sup> des prévenus qui leur est reprochée, et non-pas le dommage final qui leur est imputé, ce qui explique que l'existence de la causalité entre l'une et l'autre soit qualifiée d'*indifférente*.

Or, cela n'empêche pas la Chambre criminelle d'accueillir, dans le sillage de la Cour d'appel, l'action civile des proches de la victime en réparation de leur préjudice indirect ! La solution nous paraît éminemment critiquable, et illustre le problème plus large qui apparaît à l'examen des liens entre responsabilité civile et responsabilité pénale sur cette question. On ne peut s'empêcher de ressentir que le décès n'est imputé que très artificiellement aux témoins passifs du lynchage, faute d'avoir identifié les *véritables* responsables du drame. En outre, la spécificité de cet arrêt tient dans le fait que les prévenus sont condamnés à indemniser le *préjudice indirect* des victimes par ricochet. La causalité entre le fait et le préjudice est ici plus que distendue, et cette considération n'a rien « d'*indifférente* » en matière civile. Même en retenant une conception large de l'abstention causale, selon laquelle il y a faute dès lors que *si le défendeur avait agi, le dommage ne se serait pas réalisé*, le raisonnement nous semble ici injustifiable. Indiscutablement, l'attitude honteuse des prévenus, qui n'ont rien fait pour prévenir le drame et sont partis en courant plutôt que d'alerter les secours lorsqu'ils ont réalisé que l'état de la victime était critique, mérite une peine que le droit pénal est là pour assurer ; mais elle ne suffit pas à leur imputer le dommage pour leur en imposer la réparation, au mépris de l'exigence de causalité.

On relèvera que le problème n'a pas échappé à la Cour d'appel de Paris, qui a eu l'occasion de préciser que pour cette infraction, l'action civile ne saurait être admise « *que si la preuve est rapportée de la relation de cause à effet entre l'indifférence des prévenus et l'aggravation de l'état de la victime du fait de cette abstention*<sup>213</sup> ». Dans l'espèce en cause, la victime elle-même, qui avait survécu à ses blessures, demandait la réparation du « *dommage moral résultant du désarroi engendré par l'abandon* ». Si l'on peut contester la légitimité d'un tel chef de préjudice<sup>214</sup>, il a le mérite d'être causé directement par l'omission elle-même. On déplore en tout cas que cet arrêt n'ait manifestement pas trouvé d'écho au Quai de l'Horloge.

Finalement, nous assumons un désaccord avec les auteurs<sup>215</sup> qui, cherchant à délimiter strictement le périmètre de la faute civile par abstention (outre les cas « d'omissions dans l'action »), la conditionnent soit à l'intention de nuire (voir *supra*), soit à la violation d'un devoir légal, notamment par la commission d'une infraction d'omission. D'une part, il est clair au vu de la jurisprudence, que nous approuvons sur ce point, que la faute civile par abstention est admissible bien au-delà de ces cas, notamment lorsqu'elle est commise par un professionnel (voir *infra*), mais nous croyons avoir démontré en sus que l'omission susceptible d'engager la responsabilité pénale ne revêt pas nécessairement les caractères d'une faute civile.

D'autre-part, on s'explique mal ce qui justifierait dans les deux hypothèses d'accorder une telle importance à l'élément intentionnel en matière civile : comme le soulignent les professeurs Flour, Aubert et Savaux<sup>216</sup>,

---

212 La Cour de cassation ne manque pas de relever que d'après les constats des juges du fond, deux des six prévenus ayant assisté passivement à l'agression « *ont reconnu manifestement sincèrement leur honte de leur lâcheté et des faits, l'attitude des quatre autres n'ayant visé qu'à échapper à toute responsabilité* ».

213 Paris, 11 juill. 1969: *JCP* 1970. II. 16375, note Chambon.

214 J. KNETSCH, « La Désintégration du préjudice moral », *D.* 2015, p. 443.

215 Notamment Y.BUFFELAN-LANORE et V.LARRIBEAU – TERNEYRE, *op. cit.*, n°2587.

216 *Op.cit.*, n°129.

« il apparaît tout à fait discutable d’opposer ainsi, en matière d’omission, la faute intentionnelle à la faute non-intentionnelle, alors qu’en matière de commission l’une et l’autre obligent à réparation ».

Ainsi, la faute civile par abstention peut résulter du manquement à une obligation posée par la loi, le règlement ou le contrat, mais la responsabilité civile délictuelle reste, ou devrait rester soumise en ces hypothèses à la preuve d’une faute, d’un dommage et d’un lien de causalité. L’apport de l’arrêt *Branly* est d’avoir précisé qu’outre ces cas, l’obligation peut exister dans l’ordre professionnel.

### Section 3 : L’obligation fondée sur la diligence professionnelle

La jurisprudence donne de très nombreux exemples d’obligations professionnelles « découvertes » par le juge pour justifier le caractère fautif de certaines abstentions, à tel point que cette catégorie d’hypothèses est devenue, quantitativement, le principal vecteur d’expansion de la faute par omission (I), au risque, dans certains cas, de laisser entrevoir une forme de responsabilité objective incompatible avec les termes de l’article 1240 (II).

#### I) L’omission négligente du professionnel, faute de conduite à l’égard des tiers

Ce constat s’inscrit dans un phénomène plus large, qui traverse tout le droit de la responsabilité civile : pour apprécier la faute, le juge prend en compte la qualité professionnelle du défendeur, en lui imposant un degré de diligence plus élevé que celui requis du simple profane. Bien que n’ayant pas toujours fait l’unanimité en doctrine<sup>217</sup>, ce principe s’impose nettement en jurisprudence<sup>218</sup>. Surtout, le juge a développé sur le fondement des articles 1240 et 1241 un étroit contrôle de l’activité des membres de certaines professions réglementées – en particulier les banquiers, les notaires, et les assureurs -, afin d’assurer la sanction de leur déontologie professionnelle en dehors des hypothèses de responsabilité contractuelle<sup>219</sup>.

Comme l’annonçait l’arrêt *Branly*, la Cour de cassation n’hésite donc plus à découvrir dans les usages professionnels et autres « règles déontologiques »<sup>220</sup> l’obligation positive dont l’abstention est susceptible d’engager la responsabilité de son auteur. C’est très souvent vis-à-vis de leurs clients, et donc dans le cadre de la responsabilité contractuelle, que ces professionnels devront assumer les dommages causés par leurs actes. Néanmoins, il arrive souvent que des tiers subissent les conséquences d’une négligence du professionnel, sans que celle-ci se juxtapose nécessairement à un manquement contractuel (*supra*), auquel cas ils pourront rechercher sa responsabilité, à condition de rapporter la preuve d’une faute.

On citera, pêle-mêle, la faute de l’agent immobilier qui ne vérifie pas si l’immeuble vendu peut être effectivement affecté à l’usage auquel l’acheteur le destine<sup>221</sup> ; celle de la banque qui ne prend pas les précautions nécessaires à vérifier l’identité d’un client lors de l’ouverture d’un compte, et ne s’alerte pas

---

217 V. par exemple R. DEMOGUE, *op.cit.*, n°254 : « Il nous semble qu’il nous faut poser comme principe que celui qui fait un travail quelconque par distraction, en amateur a la même responsabilité que le professionnel. ». L’auteur le justifie en se plaçant du point de vue de la victime, pour qui la qualité de celui qui lui cause un dommage ne fait aucune différence.

218 V. notamment A. BENABENT, *Droit des obligations*, 18<sup>e</sup> éd., coll.Précis Domat, LGDJ 2019, n°538.

219 Pour un exposé exhaustif de la jurisprudence en la matière, V.Ph.LE TOURNEAU (*dir*), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d’indemnisation*, 12<sup>e</sup> ed, n°2212.180 et s., coll.Dalloz Action, Dalloz, 2020. Le phénomène est tel que la responsabilité des professionnels est parfois présentée comme une branche de la responsabilité civile ; voir par exemple le manuel de P. LE TOURNEAU, *Responsabilité civile professionnelle*, 2<sup>e</sup> éd., Coll.Dalloz référence, Dalloz, 2005.

220 Cass. civ. 16 mars 1955, D.1955.323.

221 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 mars 1996, n°94-12.228, D.1996.437. Mandaté par le vendeur, l’agent engage donc sa propre responsabilité délictuelle à l’égard de l’acquéreur.

des rentrées d'argent suspectes qui y sont effectuées<sup>222</sup>, ou ne met pas immédiatement en œuvre la garantie extrinsèque d'achèvement lorsqu'elle a connaissance des difficultés économiques du constructeur<sup>223</sup> ; celle de la Caisse d'épargne, qui, après avoir appris le vol d'un chéquier et procédé à son opposition, ne prend aucune mesure pour avertir le public de cette situation, ce qui conduit par la suite un tiers à accepter un chèque frappé d'opposition<sup>224</sup> ; celle de l'administrateur judiciaire qui n'interrompt pas les prestations délivrées par un tiers alors que la trésorerie de l'entreprise ne permet pas de maintenir la relation économique<sup>225</sup>, ou qui omet, en dépit de sa « mission de surveillance », de contrôler l'efficacité d'une assurance souscrite par le débiteur en vérifiant que tel risque a été exactement déclaré<sup>226</sup> ; celle du représentant des créanciers qui omet d'avertir un créancier privilégié d'avoir à déclarer la créance<sup>227</sup> ; celle de l'administrateur d'un bien immobilier qui n'a pas contrôlé l'assurance de responsabilité civile d'un locataire<sup>228</sup> ; celle du notaire qui ne contrôle pas le respect par le bailleur du droit de préemption du locataire<sup>229</sup>, ou omet de vérifier les facultés mentales d'une des parties<sup>230</sup>, l'origine des biens vendus<sup>231</sup>, la réalisation de certaines formalités obligatoires comme la souscription d'une assurance<sup>232</sup>, etc. On peut encore mentionner le contentieux abondant autour du devoir d'information que le juge fait peser sur les banquiers, notaires, ou tout autre professionnel<sup>233</sup>. Il s'intègre généralement au contentieux contractuel, mais a pu parfois être sanctionné sur le fondement de la responsabilité délictuelle<sup>234</sup>.

On a sélectionné arbitrairement ces quelques exemples, mais la jurisprudence est abondante. Les articles 1240 et 1241 sont le fondement d'un très grand nombre d'obligations positives dégagées par le juge à l'égard de tous les professionnels<sup>235</sup>, en-dehors des régimes légaux spécifiques susceptibles de s'appliquer. On peut citer ici le cas particulier des médecins, soumis à la loi *Kouchner*<sup>236</sup> qui précise notamment le contenu de leur devoir d'information. Au-delà du champ des obligations prévues par ce texte, le juge

---

222 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 novembre 2005, n°03-10.909. V. aussi Com. 22 novembre 2011, D. 2011.2924, obs. Delpech pour la faute de la banque qui a omis de contrôler l'agrément d'une société exerçant une profession réglementée.

223 Cass. 3<sup>e</sup> civ., 26 nov. 2014, n°13-25.534 : D. 2014.2464 ; comp., le même jour, Civ. 3<sup>e</sup>, 26 novembre 2014, n°13-22.863, RDI 2015.132, note Tricoire, pour l'absence de faute, *a contrario*, de la banque qui a laissé signé le contrat de vente lorsque tout lui laissait croire que la construction se déroulerait sans problème, et qui s'est montré vigilante et a pris les mesures utiles dès les premiers signes de complications.

224 Paris, 19 novembre 1993, *Gaz. Pal.* 1996, 1, p.54.

225 Cass. com. 14 mai 2008, n°07-17.455.

226 Cass. 3<sup>e</sup> civ., 22 octobre 2014 : D. 2014.2172.

227 Cass. com. 23 mai 2000, n°97-21.493 : D. 2000.309, obs. Lienhard.

228 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 octobre 1992, n°91-10.616 : RDI 293.237, note Tomasin.

229 Cass. 3<sup>e</sup> civ., 13 juillet 2013, n°12-19.442 ; D. 2013.1747, obs. Rouquet. Il est délicat de déterminer si l'omission est ici fautive sur le fondement de la loi ou d'une obligation déontologique : en effet, le droit de préemption du locataire est consacré par la loi de 1989, mais c'est le bailleur et non le notaire qui en est débiteur.

230 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 février 1998, n°95-21.473.

231 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 octobre 2002, n°99-14.656.

232 Cass. com., 12 octobre 2004, n°00-13.348, RCA 2004, n°374.

233 Citons à titre d'exemple les commissaires-priseurs, dont la responsabilité pour défaut d'information est particulièrement susceptible d'être engagée sur le fondement de l'article 1240 puisqu'ils ne sont pas en relation contractuelle avec l'acquéreur : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 mai 2013, n°11-14.424 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 mai 2018, n°16-13.656 : D. 2018.1009.

234 Pour un assureur : Cass. com. 13 février 1996, n°93-17.692, JCP 1996. II.22725, note Routier. Pour un banquier : Cass. 3<sup>e</sup> civ., 17 octobre 1990 : *Bull. civ.* 1990, III, n°194. Pour un notaire : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 mars 2007, n°05-21.150 : AJDI 2007.498.

235 Un auteur relève toutefois que la jurisprudence est « plus indulgente [pour le professionnel] lorsqu'il s'agit d'une abstention qui ne concerne que les *intérêts matériels d'autrui* » : A. BENABENT, *op.cit.*, n°540. On s'en remet à son autorité, même si l'on n'a pas été frappé par ce constat.

236 Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

n'hésite pas à interpréter de manière créative la notion de faute médicale, qui peut elle-aussi constituer en une abstention<sup>237</sup>.

Finalement, en-dehors des hypothèses de violation d'une norme textuelle, le contrôle judiciaire de la diligence professionnelle apparaît comme le seul domaine dans lequel il nous semble incontestable que la faute par omission ne présente, en jurisprudence, aucun particularisme par rapport à la faute positive. Cela nous semble légitime, car une différence de régime, dans ce domaine, paraîtrait difficile à justifier : c'est en vertu de la confiance que les membres de la société placent dans la compétence et la rigueur des professionnels que ceux-ci doivent être tenus, à l'égard des tiers, aussi bien de leurs actes positifs que des oublis contraires à la déontologie ou à un standard minimum de diligence.

Il convient toutefois de garder une certaine mesure ; bien qu'étant spécialement compétents et tenus à des devoirs particuliers, il ne s'agit pas d'attendre des professionnels une parfaite et infaillible vigilance face à tous les risques qui pourraient se réaliser dans le cadre de leur activité. Il est vrai également que c'est surtout en cette matière que la jurisprudence s'expose à la critique de certains auteurs qui lui reprochent son manque de prévisibilité, « le devoir violé n'apparaissant qu'après-coup »<sup>238</sup>. Force est de constater que les solutions sont en effet d'une grande diversité, rendant incertaine la détermination du contenu des règles déontologiques en cause. Toutefois, si certaines solutions laissent parfois affleurer un degré d'exigence peut-être excessif<sup>239</sup>, il nous a semblé à l'examen de la jurisprudence que l'autorité judiciaire, en restant attachée à la qualification d'une véritable faute, met généralement en œuvre un contrôle équilibré, de sorte que les obligations violées, bien qu'énoncées au stade du contentieux, ne sont que celles qui devraient s'imposer à l'esprit du professionnel normalement diligent.

On réservera toutefois deux critiques. D'abord, il a pu arriver que la Cour de cassation se fonde sur des réglementations entrées en vigueur après les faits pour caractériser rétrospectivement le manquement à une obligation professionnelle, qui n'avait à l'époque aucune assise légale mais « *constituait néanmoins l'expression des règles de l'art et de sécurité minimum qui s'imposaient à l'ensemble des professionnels* »<sup>240</sup>. On est partagé face à une telle solution : s'il est concevable qu'une faute soit bel et bien caractérisée en l'absence de texte légal ou réglementaire, l'appréciation d'un comportement à la lumière d'une norme entrée en vigueur postérieurement peut être le vecteur d'une application douteuse de la loi dans le temps. Le phénomène est toutefois marginal.

Surtout, il est une catégorie particulière d'hypothèses dans lesquelles la jurisprudence se montre d'une particulière souplesse vis-à-vis de l'exigence de faute, ce qui peut faire craindre une « objectivisation » de la responsabilité des professionnels.

---

237 Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 octobre 2011 : D. 2011, 2599, s'agissant d'un ophtalmologue qui, ayant omis de réserver un créneau libre dans son emploi du temps afin de prendre en charge les urgences, n'a pas pu recevoir un de ses patients nécessitant une intervention immédiate ; Cass.1<sup>ère</sup> civ., 3 mai 2018, n°16-27.506 : D.2018.1008, s'agissant de la faute du médecin qui n'a pas sollicité du laboratoire les résultats d'un test avant d'annoncer son diagnostic au patient.

238 Ph.MALAURIE., L.AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *op.cit.*, n°46, p.50.

239 Cass.1<sup>ère</sup> civ., 14 juin 1988, n°86-16.163 : faute du commerçant qui n'a pas vérifié que la signature inscrite sur une facture était la même que celle qui figurait sur la carte bancaire.

240 Cass. 3<sup>e</sup> civ., 4 février 1976, n°74-12.643, pour la faute du Gaz de France qui a omis de signaler les « insuffisances du système d'aération » d'une salle d'eau à l'occasion de l'installation d'un chauffe-eau en 1956, ce contrôle ayant été imposée par une norme consacrée plus tard par un arrêt ministériel du 15 octobre 1962.

## II) L'objectivisation de la responsabilité pour abstention des professionnels dans la l'organisation et la conduite d'une activité risquée

En effet, la jurisprudence a semblé esquisser, dans quelques rares décisions, une obligation délictuelle de sécurité pesant sur les professionnels à l'égard des tiers dont ils contrôlent l'activité. On emploie volontairement une terminologie associée classiquement à la responsabilité contractuelle ; on rappellera en effet très brièvement que la jurisprudence a, au début du XX<sup>e</sup> siècle, décidé de faire peser sur certains contractants, en particulier les employeurs et tous ceux qui prennent en charge le transport de leur client, une « obligation de sécurité » qui les engage à réparer les dommages corporels causés à l'occasion de l'exécution du contrat. Cette notion, créée à l'origine pour faciliter l'action de la victime en la dispensant de la preuve d'une faute, puis utilisée au contraire par le juge pour limiter l'invasion de la responsabilité du fait des choses dans les rapports contractuels<sup>241</sup>, est aujourd'hui vivement critiquée par une doctrine quasi-unanime, qui estime dans le sillage de Jean Carbonnier qu'il est artificiel « de faire entrer [dans la responsabilité contractuelle] des bras cassés et des morts d'hommes; les tragédies sont de la compétence des articles [1240 nouv.] et suivants. »<sup>242</sup>. Cela explique que le projet de réforme publié par la Chancellerie en 2017 prévoit l'unification de la réparation des dommages corporels sous la bannière de la responsabilité délictuelle.

L'examen du contentieux de la faute par omission fournit de nouveaux arguments en faveur de cette unification, puisqu'il révèle que la Cour de cassation se fonde parfois sur cette notion pour étendre l'obligation de sécurité des professionnels au-delà des personnes avec lesquelles ils sont en rapport contractuel. Très souvent, la responsabilité du fait des choses trouvera à s'appliquer, quitte à se livrer aux exercices de virtuosité dont nous sommes devenus coutumiers autour de l'interprétation des notions de « chose » ou de « fait »<sup>243</sup>. Il arrive également que la Cour de cassation se livre à une appréciation particulièrement souple de « l'exécution du contrat » pour rattacher à celle-ci le dommage qui se réalise, et imposer ainsi à l'organisateur une obligation contractuelle de sécurité qui peut être de moyens ou de résultat. C'est notamment le cas à chaque fois que sont mis à disposition des adhérents d'un club de sport des locaux au sein desquels ils se livrent à une pratique sportive en toute liberté<sup>244</sup>.

Dans les cas où la responsabilité des choses apparaît inapplicable et où il n'existe aucun lien contractuel entre victime et défendeur, la jurisprudence a pu se fonder sur les articles 1240 et 1241 pour reprocher au professionnel, organisant ou supervisant une activité présentant des risques pour les participants, de ne pas avoir pris toutes les précautions nécessaires à prévenir ce risque. Ainsi, par exemple, engage sa responsabilité délictuelle l'organisateur d'un match de football qui n'a pris aucune mesure propre à prévenir les affrontements violents entre supporters<sup>245</sup>.

---

241 J.-S. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *préc.*

242 J. CARBONNIER, *op.cit.*, n°295.

243 Parmi d'innombrables exemples, on citera pour le plaisir la solution dans laquelle un grand magasin voyait engagée sa responsabilité en raison du signal strident d'un portique de sécurité, ayant causé un « dommage moral » au badaud soupçonné à tort de vol... Cass. 2<sup>e</sup> civ., 5 juin 1991, D.1992.409, note Lapoyade-Deschamps.

244 V.par exemple, pour une salle d'escalade, Cass.1<sup>e</sup> civ., 15 déc. 2011, n° 10-23.528, *Responsabilité civile et assurances* 2012, comm. 120, obs. Hocquet-Berg. En l'espèce, la Cour d'appel avait estimé que la victime, sportif professionnel, présentait suffisamment d'autonomie dans l'exercice de son activité pour exclure le dommage de la responsabilité contractuelle de la salle de sport ; la Cour de cassation réaffirme alors nettement sa position, dans une hypothèse où il est difficile de caractériser une « faute », au sens délictuel, de l'organisateur. V.aussi civ.2<sup>e</sup>, 5 décembre 1990, n° 89-17.698, pour un club de boxe.

La question, dans ces hypothèses, est de savoir si la responsabilité du professionnel est objective, sur le modèle de l'obligation de sécurité « de résultat », ou si elle est subordonnée à la preuve d'une faute. Dès lors que la responsabilité est engagée sur le fondement de l'article 1240, c'est la deuxième solution qui devrait s'imposer, mais la jurisprudence est ambiguë. Il lui arrive d'insister sur l'existence d'une faute, comme dans l'arrêt précité ; néanmoins, d'autres jugements témoignent plutôt de la conception inverse, comme celui dans lequel un huissier, organisant la visite des locaux d'une entreprise en faillite, voyait sa responsabilité engagée suite à l'accident subi par un des visiteurs qui s'était introduit, de sa propre initiative et sans autorisation, dans une partie des locaux fermée au public<sup>246</sup>. Il est intéressant de relever que la victime, sans doute incertaine de pouvoir convaincre le juge de l'existence d'une faute, avait cherché à engager la responsabilité de l'huissier sur le fondement de l'article 1384 (en qualité de gardien des escaliers délabrés...), et que la responsabilité pour faute n'était invoquée qu'à titre subsidiaire ; pourtant, la Cour de cassation, critiquant le recours de la Cour d'appel à la responsabilité du fait des choses, estime que la faute est bel et bien caractérisée par l'absence de mesures empêchant effectivement l'accès à cette zone...

Ainsi, sans aller nécessairement jusqu'à parler de responsabilité objective, il faut relever que les professionnels sont tenus de prendre toutes les précautions nécessaires à éviter les accidents dans le cadre des événements et des activités qu'ils supervisent, et que la jurisprudence n'hésite pas à apprécier largement la « faute » fondée sur le manquement à ce devoir<sup>247</sup>. Il nous semble que ce principe n'a rien de choquant ; il faut toutefois se garder d'une appréciation trop artificielle de la faute, au risque de dénaturer le sens des articles 1240 et 1241, et de faire peser sur eux une obligation parfois disproportionnée, en particulier lorsque la victime elle-même concourt à la réalisation du dommage qu'elle subit. Sur ce point, la comparaison avec la jurisprudence allemande, qui n'hésite pas à mettre à la charge des professionnels une « obligation délictuelle de sécurité »<sup>248</sup>, est particulièrement intéressante, car si ce concept n'a jamais été formulé par la Cour de cassation, on croit reconnaître chez elle la même logique.

Nous concluons ainsi le tour d'horizon des fondements classiques de la faute par omission, affirmés dans l'arrêt *Branly*, et qui restent d'une indiscutable actualité. Restent à explorer les hypothèses dans lesquelles le juge a voulu sanctionner une abstention, *outré* les cas de violation d'une obligation prévue par un texte ou de faute professionnelle. Ce sont ces solutions, contradictoires et à la portée souvent incertaine, qui viennent brouiller les contours de cette notion ; c'est aussi sur ce terrain que se manifestent le plus clairement les difficultés liées à la spécificité incontestable de la faute d'abstention.

---

245 Cass. 1<sup>e</sup> civ., 12 juin 1990, n° 89-11.815 : « *En présence d'affrontements qui se poursuivaient depuis le début de la rencontre, les organisateurs avaient l'obligation de solliciter ou de requérir l'intervention des forces de sécurité demeurées jusqu'alors passives ; en ne le faisant pas ils avaient commis une faute* ».

246 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 octobre 1991, n°90-17.492.

247 V. aussi Cass. 2<sup>e</sup> civ., 15 décembre 2011, *Responsabilité civile et assurances* 2012, comm. 53, obs. Hocquet-Berg, pour la faute délictuelle d'une société organisatrice d'une course de taureaux.

248 V. *supra*, p.13.

## CHAPITRE 2 : La tentation d'une extension des fondements de la faute par omission

Il est possible de raisonner en deux temps : si des hypothèses nouvelles et variées de faute par abstention se sont multipliées dans la jurisprudence contemporaine (Section 1), on croit toutefois discerner dans certains arrêts récents les indices d'une réticence judiciaire face à certaines solutions antérieures (Section 2).

### Section 1 : Les nouveaux visages de la faute par omission dans le sillage de l'arrêt *Branly*

Au-delà des hypothèses classiques, la Cour de cassation a parfois cherché à fonder la faute par omission sur le manquement à un devoir général de prudence et de diligence qui s'impose à tous, ce qui pose toutefois des difficultés particulières s'agissant du fait négatif (I) ; elle l'a également rattachée au devoir de bonne foi, avec la consécration et l'essor de la réticence dolosive (II).

#### I) La tentative judiciaire de définition d'un devoir général et positif de diligence

Il est clair que commet une faute celui qui, créant un risque pour les tiers, ne prend pas les précautions raisonnables pour en prévenir la réalisation (A) ; à partir de ce principe, la jurisprudence a été tentée d'étendre la faute d'abstention à des hypothèses voisines, et moins évidentes (B), particulièrement lorsqu'un mineur a subi le dommage (C).

##### A) L'omission des mesures de prudence consécutive à la création d'un risque par le défendeur

La Cour de cassation, fidèle à son style, a eu l'occasion de formuler un principe aussi général qu'abstrait, et pour tout dire impraticable, dans un arrêt remarqué de 1960<sup>249</sup> : « *En dehors de toute obligation légale, réglementaire ou conventionnelle, l'abstention d'une mesure de prudence utile engage la responsabilité de son auteur lorsque le fait omis a eu pour effet de porter atteinte à la sécurité d'autrui* ». Était en cause la responsabilité d'un propriétaire qui, dans le cadre de travaux, avait fait creusé une tranchée dans son jardin, et n'avait pas averti de son existence un visiteur invité à dîner chez lui.

On comprend bien la philosophie qui guide ici la Cour de cassation, tant il apparaît opportun d'imposer à celui qui crée un risque de prendre toute mesure pour prévenir sa réalisation. En même-temps, la généralité des termes du principe posé suscite une difficulté quant à sa portée exacte. Faut-il en déduire qu'on est *tenu* de toute « mesure de prudence utile » à l'égard des tiers en toute situation ?

La réponse négative s'impose. Dans cette espèce, le principe formulé est maladroit : ce n'est pas le *fait omis* qui a « pour effet » de porter atteinte à la sécurité des tiers, mais c'est plus précisément la combinaison d'un *fait* antérieur créateur de risque (la creusée de la tranchée), et de l'omission subséquente de toute mesure de prudence. C'est cette omission qui est, en elle-même, fautive.

Ainsi, tout comme le bûcheron mentionné dans le Digeste qui élague un arbre au-dessus de la voie publique<sup>250</sup>, chacun, professionnel ou non, est tenu de prendre les précautions raisonnables afin de prévenir les conséquences du risque qu'il crée lui-même<sup>251</sup>. Il n'y a rien à ajouter, tant cette règle est de bon sens ; on

---

249 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 6 octobre 1960, D.1960.721. La solution porte en réalité sur le recours du propriétaire contre l'entrepreneur, dont la faute a contribué à la réalisation du dommage puisqu'il n'a pas non-plus pris de mesure d'avertissement.

250 Digeste 9, 2, 31, V.*supra* p.4.

251 V.aussi Cass. 2<sup>e</sup> civ., 18 mai 1955 ; D.1955.520 : faute des chasseurs qui ne prennent pas de précautions suffisantes lors d'une chasse. - Cass. 3<sup>e</sup> civ., 27 mars 2013, n°11-28.559 : faute du propriétaire qui, procédant à des travaux de remembrement à l'occasion de la construction d'un étang, omet de s'informer auprès de ses voisins des préjudices des conséquences que les travaux sont susceptibles d'avoir sur leur système d'évacuation d'eau.

relèvera simplement que le contentieux est relativement rare, ce qui s'explique peut-être (encore et toujours!) par le constat que la responsabilité du fait des choses trouvera bien souvent à s'appliquer, et qu'elle sera préférée par la victime qui sera dispensée d'avoir à faire la preuve d'une faute.

### B) L'omission de mesures de prudence consécutive à l'apparition d'un risque dans la sphère de contrôle du défendeur

Il arrive que le juge identifie la faute par omission dans des hypothèses voisines, à partir de l'idée que, si le défendeur n'a pas lui-même directement créé le risque, celui-ci se trouvait néanmoins dans sa sphère de contrôle, ce qui lui imposait un devoir de précaution.

Par exemple, les juges du quai de l'Horloge ont eu l'occasion d'étendre au profane le devoir de sécurité qu'ils font peser sur les professionnels à l'égard des personnes dont ils dirigent l'activité. Dans un arrêt de 1991<sup>252</sup>, la Cour de cassation a retenu la responsabilité pour faute du propriétaire d'un canot pneumatique qui, s'étant aventuré dans une zone côtière dangereuse en présence d'un compagnon ne sachant pas nager, n'a pas imposé à celui-ci le port du gilet de sauvetage. La solution est rigoureuse : le défendeur recherche en effet la cassation de l'arrêt d'appel ayant retenu son entière responsabilité alors que la victime s'était vu proposer un gilet de sauvetage, qu'elle n'avait pas souhaité revêtir et qu'elle avait abandonné dans un coin de l'embarcation<sup>253</sup>. La juridiction suprême refuse pourtant toute prise en compte de la faute de la victime, de manière assez inexplicable ; on ne peut s'empêcher de ressentir qu'elle se laisse une fois de plus influencer par les régimes de responsabilité objective. Même en raisonnant dans le cadre de ces derniers, la faute de la victime semble ici d'une gravité suffisante pour qu'on envisage sa prise en considération ; si l'on applique la logique de la responsabilité pour faute, le doute n'est plus permis.

La faute par omission a pu également être retenue à l'encontre de propriétaires fonciers n'ayant pas prévenu un risque né sur leur terrain. La Cour de cassation a par exemple jugé, en 1975<sup>254</sup>, que « *le propriétaire d'un fonds sur lequel vit du gibier n'est responsable des dommages causés par celui-ci que si ce gibier est en nombre excessif et s'il a par sa faute ou sa négligence, soit favorisé sa multiplication soit omis de prendre les mesures propres à en assurer la destruction.* ». Il semble qu'en cas de réalisation d'un dommage, la victime puisse engager la responsabilité de tous les propriétaires successifs n'ayant pas prévenu la réalisation d'un risque qui existait déjà à l'époque où ils possédaient le bien, et ce même si le dommage est survenu après l'aliénation, comme en témoigne un arrêt rendu quelques années auparavant<sup>255</sup>. Cette solution nous semble tout à fait conforme à l'esprit des articles 1240 et 1241 ; il faut toutefois admettre, même si l'arrêt ne le précise pas, que l'ancien propriétaire aura un recours contre son acquéreur, dont la propre faute

---

252 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 avril 1991, n°90-12009.

253 Le devoir violé est d'ailleurs ici plutôt un devoir négatif : dès-lors que la victime refusait le port du gilet, le défendeur, qui n'avait pas nécessairement l'autorité suffisante pour la lui imposer mais était suffisamment expérimenté pour connaître le danger, aurait surtout dû *ne pas* prendre la mer avec son compagnon inconscient. La Cour de cassation y voit néanmoins une faute par omission : le défendeur « avait le devoir d'imposer au passager qui, de surcroît, ne savait pas nager, le port d'un gilet de sauvetage dont il affirme la présence à bord ».

254 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 25 juin 1975, n° 73-11826. En l'espèce, la deuxième chambre civile écarte la faute du propriétaire, en constatant qu'il n'est pas établi que les lapins ayant dévoré les vignes du demandeur se trouvaient « en nombre excessif » dans le bois dont était propriétaire le défendeur. V. aussi Cass. 2<sup>e</sup> civ., 18 janvier 1963, *JCP* 1963.II.13316, note Blaevöet, pour la faute d'un propriétaire n'ayant pas dégagé la neige qui s'accumulait sur le toit de son immeuble.

255 Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 juin 1966 : *D.*1966.481, note Voulet. La Cour d'appel refuse d'engager la responsabilité de l'ancien propriétaire d'une digue en mauvais état, au motif qu'il avait vendu le bien lorsque le dommage s'est réalisé : après un pourvoi, la juridiction suprême estime au contraire que l'aliénation n'enlève rien à la faute de l'ancien propriétaire, qui reste tenu du dommage consécutif à la réalisation d'un risque qu'il a négligé de prévenir.

a contribué à la réalisation du dommage. Plus récemment, mais toujours dans le même esprit, la Cour de cassation a pu retenir la faute du copropriétaire qui, en dépit des requêtes du syndic, ne répond pas à l'appel de fonds visant à exécuter des travaux de réparation « *urgents et indispensables* », ce dont il résulte une dégradation significative d'un des appartements de l'immeuble, au préjudice de ses habitants<sup>256</sup>.

Cette jurisprudence nous semble opportune : en-dehors des obligations dont le propriétaire est tenu en vertu de la loi ou du règlement, il paraît équitable de retenir sa responsabilité à chaque fois qu'il a négligé de prévenir le risque pour les tiers né sur son fonds et dont il avait connaissance, même s'il n'en n'est pas directement à l'origine.

Ainsi, les juges du droit se rangent à l'opinion de Demogue ou de Dejean de la Bâtie selon laquelle seul celui qui est *spécialement bien placé* pour prévenir un dommage, soit en qualité de propriétaire du fonds où se manifeste le risque, soit parce qu'il supervise l'activité dans le cadre de laquelle il se réalise, est tenu de prendre les précautions nécessaires.

On insistera sur le fait qu'en cette matière, il est particulièrement difficile de faire abstraction des qualités propres de l'agent, notamment son âge. En témoigne notamment un arrêt rendu le 19 avril 1985 par la deuxième chambre civile<sup>257</sup>, dans lequel la juridiction suprême refuse d'admettre la faute des deux enfants qui en ont regardé un troisième incendier une meule de paille, sans protester ni tenter d'empêcher son geste. L'intérêt de cet arrêt est qu'il intervient un an après le célèbre revirement opéré par la Cour de cassation, par lequel elle abandonne définitivement l'exigence de discernement en estimant que les jeunes enfants, comme les déments, peuvent se voir imputer une faute<sup>258</sup>. Il a été relevé qu'en plus de se heurter à la résistance de certains juges du fond, cette solution est en réalité nuancée par certains arrêts postérieurs de la juridiction suprême, qui témoignent de la difficulté de faire abstraction de cette circonstance dans l'appréciation de la faute<sup>259</sup>. Or, les cas de faute par omission d'une mesure de prudence offrent une illustration frappante de l'impossible application du standard de l'homme raisonnable au bambin – ou au dément – auquel on prétend imputer un dommage. S'il est en effet concevable de retenir leur responsabilité en cas de comportement positif et "objectivement illicite" dont résulte directement un dommage, il confine à l'absurde de reprocher à un très jeune enfant de ne pas avoir anticipé un dommage et pris toutes les précautions raisonnables susceptibles de l'empêcher, quand bien même sa proximité avec la cause du dommage est telle qu'elle aurait dû conduire un homme ordinaire à intervenir. Sur ce point, le *particularisme* de la faute par omission ne fait que révéler, par contraste, le divorce entre la jurisprudence de la Cour de cassation et la philosophie qui fonde les articles 1240 et 1241 au sujet de la "faute" positive commise par une personne privée de discernement<sup>260</sup>.

Finalement, la plupart des solutions étudiées nous montrent que la jurisprudence n'a étendu qu'avec prudence les frontières de la faute par omission. Elle est toujours justifiée par la situation particulière du

---

256 Cass. 3<sup>e</sup> civ., 7 septembre 2017, n°16-18.777.

257 *Gaz.Pal.*1986.1 Somm.252, obs. Chabas. La solution est assez injuste : les trois compères avaient convenu d'allumer un feu, et avaient procédé ensemble à se procurer les allumettes ; mais seul celui qui l'a effectivement allumé est fautif.

258 V. les 5 arrêts du 9 mai 1984 : *D.*1984, p.525. D'abord admise pour écarter la faute de la victime mineur, cette solution a rapidement été affirmée pour reconnaître la faute du mineur à l'origine du dommage : Cass. 2<sup>e</sup> civ., 12 décembre 1984 : *RTD civ.* 1986, p.119, obs. Huet.

259 P.BRUN, *op.cit.*, n°306. L'auteur renvoie sur cette question à la note de Ph. JACQUES sous Cass.2<sup>e</sup> civ. 28 février 1996 : *Gaz.Pal.* 1997, I, p.86.

260 V. toutefois, pour une interprétation plus nuancée de cette jurisprudence : R. LEGEAIS, « Le mineur et la responsabilité civile », in *Mélanges G.Cornu*, PUF, 1994, p.253.

défendeur, spécialement bien placé pour connaître et prévenir le dommage : le quidam n'est pas tenu d'empêcher spontanément tous les risques qui peuvent se manifester dans son environnement.

Pourtant, certains arrêts sortent du lot, témoignant d'une conception beaucoup plus extensive, et pour tout dire choquante, de la faute par omission. Ils ont pour dénominateur commun d'indemniser le mineur victime d'un dommage du fait de sa propre initiative.

### C) L'instrumentalisation de la faute d'abstention au service de la victime mineure

La faute de celui qui, spécialement bien placé pour le faire, n'a pas pris de mesures pour empêcher un dommage suppose toujours que ce dernier ait été *prévisible* ; cette condition est de bon sens. Or, la Cour de cassation s'est à plusieurs reprises livrée à une appréciation extrêmement sévère, et même franchement artificielle de cette condition, aussi bien à l'encontre des professionnels que des particuliers, afin de garantir une indemnisation aux victimes mineures.

Ce phénomène se manifeste de manière particulièrement frappante par les termes employés par la Cour de cassation dans un arrêt du 6 janvier 2000<sup>261</sup>. En l'espèce, un chantier avait été mis en place aux abords d'un terrain vague fréquenté par les enfants du quartier. Un jour, l'un des enfants, âgé de 12 ans et muni d'une barre en aluminium de 6 mètres « *dérobée à un cultivateur* » à l'extérieur du chantier, s'introduit dans celui-ci en présence de ses camarades, escalade une motte de terre, et utilise l'outil pour toucher un fil électrique « *à haute tension* » qui passe au-dessus des lieux. Il est blessé par électrocution, et, représenté par ses parents, intente une action contre le maître d'oeuvre sur le fondement de l'article 1382. Pour contester l'arrêt d'appel qui retient sa responsabilité pour faute, le maître d'oeuvre souligne que le chantier ne contenait en lui-même aucun élément dangereux, puisque la barre métallique avait été apportée par les enfants et que le câble électrique à l'origine du dommage se trouvait à plus de 5 mètres au-dessus du talus, de sorte que le dommage était complètement imprévisible ; et qu'en outre, les enfants s'étaient introduits sur le chantier sans autorisation, en dépit des panneaux d'avertissement déposés à l'entrée de celui-ci.

Or, la Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir retenu la faute du maître d'oeuvre, au motif que, le chantier étant contigu à un terrain vague fréquenté par des bandes de jeunes, celui-ci aurait dû ériger une clôture pour leur en empêcher effectivement l'accès. Les motifs de la Cour de cassation sont particulièrement intéressants s'agissant de la réponse qu'elle donne au sujet du caractère imprévisible du dommage : elle indique en effet « *qu'en n'interdisant pas l'entrée du chantier, notamment aux **enfants qui, en jouant, sont susceptibles de prendre les initiatives les plus malheureuses**, le maître d'oeuvre a commis une négligence de nature à engager sa responsabilité sur le fondement de l'article 1382* ». Elle tempère d'ailleurs la faute du maître d'oeuvre en partageant sa responsabilité avec la victime elle-même : or, si l'on a aucun mal à identifier ici la faute de la victime, on reste sceptique quant à celle du défendeur. En effet, il n'est absolument pas réaliste, ni équitable, d'imposer à chacun le devoir d'anticiper les « initiatives les plus malheureuses », et surtout les plus improbables, que sont susceptibles de prendre les enfants.

Cet arrêt n'est pas isolé : d'autres solutions<sup>262</sup> illustrent le caractère soit-disant prévisible du dommage subi par l'enfant qui pénètre par effraction dans la propriété d'autrui. On citera tout particulièrement un arrêt

<sup>261</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 6 janvier 2000, n°97-21.456

<sup>262</sup> V. par exemple Cass. 2<sup>e</sup> civ., 27 octobre 1993, 92-13.950 : en l'espèce, un couple avait prêté sa résidence à deux amis et à leur enfant ; ce dernier, s'aventurant dans la chambre des propriétaires et fouillant leurs affaires, y découvre un pistolet d'alarme avec lequel il se blesse. La Cour de cassation, estimant que le dommage était prévisible, retient leur responsabilité pour faute. On s'explique mal qu'ici, la responsabilité du fait des choses n'ait pas été invoquée.

rendu en 1998<sup>263</sup> où le propriétaire d'un jardin dans lequel se trouvait une piscine se voyait imputer la noyade d'un fillette de deux ans avec lequel il n'avait aucun lien, car il n'avait pas verrouillé le portillon d'accès à celle-ci, alors que la piscine « *se voyait de la rue* », et « *qu'il n'était pas imprévisible qu'un enfant de cet âge cherche à s'en approcher* » !

Ces solutions ne concernent pas que les jeunes enfants : la Cour de cassation a eu l'occasion d'estimer que l'adolescent de 17 ans qui, s'étant introduit par effraction dans les locaux délabrés d'une société, était tombé du toit en raison de la mauvaise qualité du revêtement, pouvait rechercher avec succès la responsabilité de la société, celle-ci étant fautive de n'avoir pas empêché l'accès à ces locaux alors qu'elle avait été avertie par le maire qu'ils étaient régulièrement squattés par une bande de lycéens<sup>264</sup>.

Le principe semble donc fermement établi : chacun est tenu d'anticiper, et de prévenir, toute *initiative malheureuse*, fut-elle très improbable, que serait susceptible de prendre un enfant qui s'introduirait chez lui. On appréciera la finesse du raisonnement : puisque chacun sait que, de manière générale, les enfants font des bêtises, alors celles-ci doivent être rétrospectivement jugées prévisibles lorsqu'elles se commettent.

Cette catégorie d'hypothèses nous semble particulièrement intéressante, sur deux points : d'abord, elle constitue le terrain emblématique des excès auxquels peut donner lieu la notion de faute par omission, et qu'ont pu craindre les auteurs libéraux. Surtout, elle illustre de manière frappante le constat dressé par ces mêmes auteurs selon lequel « le recours aux articles 1382 et 1383 masque, en de tels cas, la responsabilité du fait des choses »<sup>265</sup>. En effet, celle-ci, bien que souvent invoquée par les victimes, n'est pas applicable dans toutes ces espèces, soit parce que le défendeur n'était pas le gardien des choses intervenues dans le dommage, comme c'est le cas de notre maître d'œuvre, soit parce que la chose était inerte et en position normale, comme c'est le cas de la piscine.

Afin de garantir une indemnisation aux victimes mineures, la Cour de cassation s'efforce donc de découvrir, par des biais très artificiels et nonobstant la responsabilité souvent exclusive de la victime ou de ses parents, une « faute par omission » commise par le tiers auquel il est le plus facile de rattacher le dommage, c'est-à-dire généralement le propriétaire des lieux. Bien sûr, ces décisions peuvent se comprendre au regard des enjeux en présence : qui blâmera l'autorité judiciaire d'avoir voulu offrir une compensation pécuniaire aux parents du bambin noyé ? Néanmoins, la vocation de la responsabilité civile ne se confond pas avec celle du droit de la Sécurité sociale, et ressort dénaturée par ce genre d'instrumentalisation<sup>266</sup>.

On s'aperçoit donc qu'il est délicat d'étendre l'obligation positive qui fonde la faute d'abstention au simple devoir de prudence ou de négligence qui s'impose à chacun. La position de la jurisprudence nous semble toutefois globalement équilibrée, en ce qu'elle recherche toujours quelle circonstance justifiait spécialement que le défendeur ait été tenu d'intervenir ; c'est seulement dans le type d'hypothèse qu'on vient d'évoquer qu'on croit discerner la dérive tant redoutée. Au-delà, l'obligation violée peut simplement se rattacher à la bonne foi et à la déontologie contractuelle, ce dont témoigne la consécration de la réticence dolosive.

---

263 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 6 juin 1998, n°96-19343, *Responsabilité civile et assurance* 1998, comm. 292

264 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 5 octobre 2006, n° 05-14.825

265 N. DEJEAN DE LA BATIE, note précitée

266 V. par ex.L. CADIET, article précité - Laurence ENGEL, « Vers une nouvelle approche de la responsabilité. Le droit français face à la dérive américaine » *Esprit*, juin 1993, p.5, consultable en ligne ([esprit.presse.fr](http://esprit.presse.fr), 1 visite gratuite)

## II) Les nébuleuses frontières de la réticence dolosive

Cette question se rattache généralement à l'étude des conditions de validité du contrat. Toutefois, le dol a une double-nature : en plus d'être considéré, depuis la fin du Moyen-Age, comme un vice du contrat, puis du consentement à partir du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>267</sup>, il fut d'abord, et reste jusqu'à aujourd'hui, une faute civile susceptible d'engager la responsabilité de son auteur<sup>268</sup>. Les deux dimensions du dol sont d'ailleurs autonomes, en ce sens que la victime peut demander seulement la nullité de l'acte<sup>269</sup>, seulement l'indemnisation du préjudice subi<sup>270</sup>, ou les deux.

Bien au-delà de l'Antiquité romaine, et malgré le succès durable de la définition du dol proposée par Labéon et reprise jusqu'à Pothier, la réticence dolosive n'a jamais cessé d'embarrasser la doctrine<sup>271</sup>. Avant 1804, s'était dégagé de la longue réflexion autour de cette question un certain consensus autour de l'idée que le droit ne saurait sanctionner toute forme de réticence, et que l'action de dol, ou plus tard l'action en rescision de l'acte, ne saurait être admise qu'en présence d'une *obligation d'information* consacrée par la loi. Ce que Cicéron qualifiait de « beauté morale » sera rattaché à l'époque moderne au droit naturel, mais le principe de la dichotomie entre devoirs moraux et obligations civiles demeure, en raison notamment de l'impératif de sécurité des transactions, comme l'expose par exemple Pothier dans son *Traité de la Vente*<sup>272</sup>.

Le Code Napoléon ne tranche pas la question : n'offrant pas de définition du dol, il renvoie simplement à l'idée de « manœuvres » dans son article 1116. Ce terme flou a permis à la doctrine et à la jurisprudence de se livrer à une interprétation évolutive de la notion de dol, notamment autour de la réticence. Selon une opinion doctrinale majoritaire<sup>273</sup>, toutefois contestée<sup>274</sup>, il est possible de retracer cette évolution en deux temps. Avant la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, professeurs et magistrats n'admettaient qu'avec la plus grande prudence que le silence gardé puisse constituer un dol, lorsque la loi n'imposait pas au contractant le devoir de délivrer une information. S'il pouvait arriver que la réticence dolosive se manifeste dans le prétoire, c'est parce qu'elle s'intégrait dans un ensemble plus large « d'artifices coupables », qu'elle s'accompagnait de « manœuvres connexes ou aggravantes » qui caractérisaient le dol ordinaire, ou encore qu'elle portait sur une qualité substantielle de la prestation, de sorte que le consentement de la victime se trouvait vicié par l'erreur<sup>275</sup>, ce qui ne devait pas conduire à mettre en œuvre la responsabilité délictuelle du

---

267 Cette référence à l'absence de consentement n'apparaît qu'en 1804, à l'article 1109 du Code Napoléon. Depuis Puffendorf, il était de coutume de ranger le dol dans la catégorie des « vices de la convention » ; c'est d'ailleurs cette terminologie qui se retrouve dans les anciens articles 1116 et 1117. Auparavant, la nullité pour dol était rattachée par les commentateurs médiévaux à l'absence de cause licite.

268 Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 4 février 1975 : D.1975.405, note Gaury.

269 Cass. com. 14 mars 1972 : D.1972.547, note Ghestin.

270 Cass. com. 18 octobre 1994 : D.1995.180, note Atias.

271 Emmanuelle CHEVREAU, « Quelques réflexions diachroniques sur la définition du dol contractuel en droit romain », in *Mélanges J.-P. Coriat*, Paris 2019, p. 109-123.

272 Robert-Joseph POTHIER, *Traité du contrat de vente, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, t.1, Paris 1762, n°233 et s. : « L'intérêt du commerce ne permettant pas d'admettre facilement les parties à revenir contre les marchés qui ont été conclus, elles doivent s'imputer de ne s'être pas mieux informées des défauts que la chose vendue pouvoit avoir. Il y a néanmoins certaines réticences touchant la chose vendue, qui ont mérité l'attention des loix, et qui obligent le vendeur dans le for extérieur... ».

273 Cette césure a été mise en évidence par J.GHESTIN, « La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles », D. 1971. Chron. 247. Elle s'est imposée en doctrine, comme le met en évidence A.Denizot (*infra*).

274 Aude DENIZOT, « La réticence dolosive avant 1958 », *RTD civ.* 2015, p.765.

275 V. en particulier P. CHAUVEL, « Dol », in *Répertoire de Droit civil*, Dalloz, février 2019.

contractant. D'où l'affirmation, chez Baudry-Lacantinerie, qu'« en règle générale, les réticences ne sauraient constituer un dol »<sup>276</sup>.

Abstraction faite de précédents isolés, ce serait par un arrêt de 1958<sup>277</sup> que la Cour de cassation aurait généralisé le principe selon lequel le dol peut être déduit du « silence volontairement gardé », avant de consolider ce revirement en formulant en 1971<sup>278</sup> le principe général selon lequel « le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant à son cocontractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter ». Bien que la réalité et la portée de cette « rupture » aient pu être discutées, il est certain que la réticence dolosive a connu à partir de cette période un important essor à la fois quantitatif, en ce que les juges « allait être amenés à faire une application particulièrement fréquente de cette notion »<sup>279</sup>, et qualitatif, en ce que les précisions apportées par la Cour de cassation ont eu des conséquences importantes sur la théorie des vices du consentement ; on citera en particulier le principe selon lequel l'erreur ne portant pas sur une qualité substantielle peut être cause de nullité si elle résulte du silence gardé dolosivement<sup>280</sup>.

Ce mouvement a surtout retenu l'attention des spécialistes du droit des contrats, qui l'intègrent dans la présentation des causes de nullité. Néanmoins, il nous semble particulièrement intéressant de le mettre en lien avec l'affirmation, à la même époque, du principe général selon lequel la faute civile se commet aussi bien par action que par omission, surtout dans le monde professionnel. Tandis que la jurisprudence multipliait les obligations positives identifiées après-coup à leur charge pour justifier la mise en œuvre de leur responsabilité pour faute, elle étendait dans le même temps les frontières de la réticence dolosive, dans un même mouvement d'essor du contrôle de la déontologie des affaires.

Ainsi, s'il ne fait plus aucun doute que le silence gardé volontairement est cause de nullité – et de responsabilité civile ! - lorsqu'il a pour objet une qualité essentielle de la prestation (par exemple, la non-constructibilité d'un terrain<sup>281</sup>), la Cour de cassation a rapidement affirmé que le « dol incident », qui n'a pas été déterminant du consentement de la victime mais a pu l'inciter à contracter à des conditions différentes, peut également constituer une faute. Celle-ci se manifeste dans des hypothèses extrêmement diverses, pour la présentation desquelles on ne peut faire l'économie d'une approche très casuistique<sup>282</sup> ; ainsi, par exemple, une Cour d'appel s'est-elle vu reprocher de ne pas avoir recherché si le fait de ne pas avoir révélé à l'acquéreur d'une automobile que le moteur était plus vieux de sept ans que le véhicule lui-même constituait un dol<sup>283</sup>.

Cette inflation de la réticence dolosive a amené une controverse doctrinale autour de son *fondement*, qui fait également écho aux difficultés rencontrées dans le cadre de la réflexion plus générale sur la faute par omission. A ceux qui la justifiaient par le devoir général de loyauté et de bonne foi qui s'impose à tout un chacun<sup>284</sup>, répliquent des auteurs plus libéraux qui veulent identifier la réticence dolosive au manquement à

---

276 G. BAUDRY-LACANTINERIE (dir.), *Traité théorique et pratique de droit civil : Les obligations*, 3<sup>e</sup> ed, 1897, n° 102.

277 Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 19 mai 1958, Bull. civ. I, n° 251.

278 Cass. 3<sup>e</sup> civ., 15 janv. 1971, RTD civ. 1971. 839/

279 P. CHAUVEL, *op.cit.*

280 Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 13 févr. 1967 : D. 1967. Somm. 74.

281 Cass. 3<sup>e</sup> civ., 3 févr. 1981 : D. 1984. 457, note J. Ghestin.

282 Pour un exposé exhaustif, V. P. CHAUVEL, *op.cit.*, n°69 et s.

283 Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 19 juin 1985 : *Defrénois* 1986. 786, obs. J.-L. Aubert.

284 On ne s'étonnera guère de trouver, parmi les premiers à avoir soutenu cette conception, H. L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, t. 2, 1<sup>er</sup> vol., n° 193.

une obligation préexistante d'information qu'il convient d'identifier<sup>285</sup>. Le contenu de cette *obligation* apparaît toutefois très incertain<sup>286</sup>, puisqu'il semble couvrir tous les éléments qui ont pu inciter la victime à contracter aux conditions stipulées ; il ne fut véritablement borné par le juge que par le célèbre arrêt *Baldus*<sup>287</sup>, d'où il résulte qu'un contractant n'a aucune obligation de révéler à l'autre partie la véritable valeur de la prestation.

La réforme de 2016, bien qu'ayant cherché à définir le dol en y incluant la réticence, n'aide pas à y voir plus clair. S'agissant du *contenu* de la réticence dolosive, l'article 1133, al.2 définit désormais celle-ci comme la *dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie*. En-dehors de la précision apportée à l'alinéa suivant pour consacrer la jurisprudence *Baldus*, cette simple référence au caractère *déterminant* de l'information n'est guère éclairante : il faudra continuer à se référer à la jurisprudence.

Surtout, la réforme a alimenté la discussion autour du *fondement* du dol par réticence : elle a d'une part, à l'article 1104, étendu l'obligation de bonne foi à la période précontractuelle ; et d'autre part, elle a posé à l'article 1112-1, à l'égard de chaque partie, une obligation d'information portant sur toute information *déterminante* pour le consentement de l'autre. Se pose dès-lors la question de l'articulation entre cette obligation et la définition plus générale de la réticence dolosive. S'il est certain que tout manquement à l'obligation d'information ne constitue pas un dol (puisque l'article 1112-1 ne fait aucun cas de l'intention de celui qui omet de délivrer l'information), et qu'en revanche tout manquement *délibéré* à cette obligation constitue une réticence dolosive si elle induit le contractant en erreur, la question est de savoir si la réticence dolosive peut être caractérisée même en l'absence de manquement à l'obligation posée par l'article 1112-1. Une doctrine majoritaire répond par la positive, argument pris notamment de la nouvelle rédaction de l'article 1133 par rapport à l'avant-projet de réforme<sup>288</sup>, ainsi que des précisions en ce sens apportées par le rapport au Président de la République<sup>289</sup> ; ainsi, la réticence dolosive pourrait trouver un fondement autonome dans le devoir général de loyauté de l'article 1104<sup>290</sup>.

En ce qui nous concerne, nous prenons résolument parti pour l'interprétation stricte de la réticence dolosive, par un argument tiré du droit de la responsabilité civile. Les articles 1240 et 1241 ne distinguent pas selon que la faute soit intentionnelle ou non, et l'on a défendu que lorsqu'elle consiste en une abstention, la faute ne peut se concevoir autrement que comme le *manquement à une obligation préexistante*. Cette dernière ne résulte pas seulement de la loi, et peut être découverte par le juge ; mais dès-lors que le législateur a pris soin de définir l'obligation d'information qui s'impose aux parties lors des négociations, il n'est plus loisible au juge, non-plus qu'à la doctrine, d'étendre celle-ci au-delà des bornes

---

285 On renvoie notamment à la discussion entre J. GHESTIN, « La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée » : *JCP. G* 2011, n°24.703, et J. MOULY, « Une règle de nature à induire en erreur : « La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée » » : *D.*2012.1346 – J. GHESTIN, « « La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée » : une règle de nature à induire en erreur ? » : *JCP G* 2012, n°28.812 – J. MOULY, « La réticence dolosive suppose, mais ne rend pas excusable l'erreur de l'autre partie » : *JCP G* 2012, n°38.981.

286 M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation de renseignement dans les contrats*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1992.

287 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 mai 2000, n° 98-11.381 : *RTD civ.* 2000, 566, obs. J. Mestre et B. Fages

288 Celui indiquait que la réticence dolosive suppose la dissimulation intentionnelle d'une information due *en vertu de la loi*.

289 « La réticence dolosive est consacrée à l'article 1137, sans toutefois la subordonner à l'existence d'une obligation d'information par ailleurs consacrée à l'article 1112-1, le texte mettant l'accent sur l'intention de tromper ».

290 O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2<sup>e</sup> ed., 2018, comm. ss art.1137.

fixées par la loi<sup>291</sup>. Dès-lors, le *fondement de la faute* serait introuvable si l'on admettait la réticence dolosive en l'absence de manquement au devoir d'information de l'article 1112-1. On pourrait certes rattacher la faute au « devoir de bonne foi » de l'article 1104, mais il nous semble discutable de se fonder sur cette notion très vague pour faire déborder le devoir spécifique d'information au-delà du lit creusé par le législateur ; le général dérogerait alors au spécial.

Une voie intermédiaire, si l'on trouve intolérable que la victime soit tenue de s'exécuter à chaque fois qu'elle est victime d'une réticence dolosive, pourrait consister à séparer clairement les deux dimensions du dol, en indiquant que la réticence, même en l'absence de manquement à cette obligation légale, peut éventuellement constituer une cause de nullité, mais non-point un fait générateur de responsabilité<sup>292</sup>.

Quoi qu'il en soit, la réticence dolosive reste l'emblème d'un certain volontarisme judiciaire dans l'affirmation de devoirs positifs découlant des articles 1240 et 1241, que la Cour de cassation a étendu au-delà des seules obligations découlant de la loi ou des exigences propres à tel corps de métier. Ce mouvement doit toutefois être mis en balance avec certaines tendances contemporaines qui semblent témoigner d'un regain de prudence judiciaire dans l'appréciation de la faute par omission.

## Section 2 : Les facteurs de recul contemporain de la faute par omission

Les principes exposés jusqu'ici ne font pas l'objet d'une application inflexible par les juges du droit ; de nombreuses solutions viennent au contraire ébranler l'édifice que l'on s'est efforcé de présenter. La multiplication de ces arrêts depuis l'an 2000 nous conduit à y discerner la manifestation sporadique d'une forme de réticence face au principe-même de la responsabilité pour abstention, lorsqu'elle n'est pas fondée sur un texte spécial (I). Il est un domaine en particulier dans lequel celle-ci s'est exprimée clairement : celui de la liberté d'expression et de publication (II).

### I) L'expression nouvelle d'une réticence judiciaire face à la faute par omission sans assise légale

Il est arrivé fréquemment, au cours des deux dernières décennies, que la Cour de cassation se réfère à l'absence d'obligation légale ou réglementaire pour disqualifier la faute par omission, alors-même que les circonstances de l'espèce pouvaient caractériser une faute par omission, d'après l'approche qu'elle en avait elle-même dégagée depuis l'arrêt *Branly*.

Ce fut notamment le cas dans un arrêt remarqué rendu par la première chambre civile le 18 avril 2000<sup>293</sup>. En l'espèce, un passant s'étant blessé en glissant sur le verglas recouvrant un trottoir, il agit contre la société propriétaire de l'immeuble jouxtant celui-ci, lui reprochant de n'avoir pas procédé au sablage ou au salage de la portion de trottoir « dont l'entretien lui incombait ». Pour caractériser la faute par omission de la société défenderesse, la Cour d'appel de Versailles relève la présence d'une affiche apposée par la mairie à proximité du lieu de l'accident, et qui « *rappelait aux riverains l'obligation, en cas de verglas, de jeter des cendres ou du sable sur la chaussée* ».

---

291 On renvoie à la formule d'Henri Mazeaud citée en note 309, au sujet d'une question toute différente.

292 On touche ici aux limites de la conception unitaire de la notion de dol : même si leurs racines sont communes, il n'est pas certain que l'assimilation du dol-cause de nullité et du dol-cause de responsabilité soit toujours pertinente, en raison des finalités et des concepts bien distincts de la théorie de la faute et de celle des vices du consentement.

293 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 avril 2000, n°98-15.770 : *D.2000. IR 144* ; *Responsabilité civile et Assurances 2000*, comm. 213, obs. Groutel.

Suite au pourvoi de la société, la première chambre civile casse l'arrêt d'appel, en reprochant aux juges du fond de n'avoir pas « *recherché, comme il le [leur] était demandé, quelle disposition légale ou réglementaire imposait de telles mesures* ». En effet, les trottoirs relevant du domaine public, il appartient en principe à la mairie d'en assurer l'entretien ; toutefois, le maire peut prendre un arrêté pour ordonner aux habitants de la commune de participer à cet entretien par des mesures locales<sup>294</sup>, ce qui en pratique est fréquemment le cas en matière de déneigement des trottoirs. Or, en l'espèce et comme le soutenait le pourvoi, la commune avait simplement installé des affichettes « ordonnant » de sabler les trottoirs verglacés, sans toutefois procéder formellement à l'adoption d'un acte réglementaire. De ce constat, la Cour de cassation déduit que le défendeur n'était pas tenu de procéder à ces mesures. Cette logique très libérale tranche avec la philosophie qu'elle avait pu mettre en œuvre auparavant<sup>295</sup> : certes, le défendeur n'était pas tenu d'agir sur le fondement de la loi ou du règlement, mais n'a-t-il pas omis de prévenir un risque qu'il connaissait nécessairement et qu'il était spécialement bien placé pour empêcher, au regard notamment des recommandations de la commune ?

Depuis, cette idée s'est trouvée réaffirmée à plusieurs reprises par la Cour de cassation, y-compris dans des domaines où elle se montre habituellement très exigeante en matière d'abstention fautive. S'agissant d'abord des obligations professionnelles, il est constant que la juridiction suprême, en dépit de sa sévérité, n'accueille pas automatiquement toutes les actions en responsabilité civile : en matière d'action comme d'omission, elle recherchera toujours l'existence d'une faute<sup>296</sup>. Toutefois, deux innovations se dessinent dans la jurisprudence récente. D'une part, alors qu'elle recourt classiquement à l'idée de diligence normale ou de respect des obligations de prudence, de vigilance etc. du professionnel, elle préfère, de plus en plus souvent, constater simplement l'absence d'obligation légale ou réglementaire imposant d'accomplir le fait omis.

Ainsi relève-t-elle par exemple dans un arrêt de 2012<sup>297</sup>, pour écarter la faute d'un assureur, qu'« *aucun texte légal ou réglementaire ne [le] contraint à vérifier la capacité juridique de l'assuré lors du renouvellement tacite du contrat ni lors de la délivrance des attestations* ». Plus significativement, dans un arrêt de 2016<sup>298</sup>, elle casse l'arrêt de la Cour d'appel de Bourges qui reprochait à l'URSSAF<sup>299</sup> du Centre de n'avoir pas communiqué à un cotisant une lettre du ministre et une circulaire de l'ACOSS<sup>300</sup> dont la connaissance aurait permis à celui-ci d'obtenir le remboursement de cotisations qu'il avait déjà

---

294 Article L2122-28 du Code général des collectivités territoriales.

295 Le professeur Groutel estime dans sa note que la solution ne doit pas s'interpréter comme un revirement vers une conception plus restrictive de la faute par omission, mais simplement comme un rappel de l'incompétence du juge judiciaire pour apprécier le caractère administratif d'un acte ambigu. Toutefois, l'arrêt étant rendu sur le fondement de l'article 1382, il eut été concevable de retenir l'existence d'une faute indépendamment de la nature précise des affiches, de sorte qu'il ne nous semble pas inexact de fonder cette solution sur une approche restrictive de la faute. V. en ce sens, Ph. BRUN, *op. cit.*, n°317.

296 V. par exemple Cass. 2<sup>e</sup> civ., 17 juillet 1953, *préc.*, pour l'absence de faute du journaliste ayant omis de mentionner le nom d'un avocat dans une chronique judiciaire – Cass., 2<sup>e</sup> civ., 5 novembre 2015, n°14-25.053, où la Cour de cassation limite le « devoir général d'information » des organismes de sécurité sociale au seul devoir de répondre aux questions posées, sans être tenus d'apporter des précisions sur des droits dont le demandeur ne s'est pas enquis.

297 Cass. 3<sup>e</sup> civ., 24 octobre 2012, n°11-20.439.

298 Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 31 mars 2016, n°15-17.060 : *Droit social* 2016. 665, chron. R. Salomon. V. aussi Cass. 1<sup>e</sup> civ., 27 janvier 2004, n°01-12391 : pas de faute d'une avocate qui avait manqué à une obligation pourtant expressément prévue par le règlement intérieur du barreau de Versailles, au motif qu'un texte non-réglementaire ne peut faire naître à la charge de l'avocat plus d'obligations que ne lui en impose l'article 711 du Code de procédure civile en matière d'enchérissement pour le compte du représenté.

299 Union de Recouvrement des cotisations de Sécurité Sociale et d'Allocations Familiales.

300 Agence Centrale des Organismes de Sécurité Sociale.

payées. N'ayant eu connaissance que trop tard des nouvelles réglementations, le cotisant se voit opposer la prescription de son action en remboursement, mais parvient à engager la responsabilité civile de l'URSSAF devant la Cour d'appel qui relève un manquement de celle-ci au « *devoir de loyauté et de transparence à l'égard des cotisants* », entraînant une atteinte au « *principe d'égalité des citoyens devant l'impôt* ». Pour casser cet arrêt, la deuxième chambre civile relève laconiquement que « *la publication des circulaires et instructions litigieuses n'incombait pas à l'URSSAF* », au visa d'une loi de 1978 et d'un décret de 2005 qui mettent cette obligation à la charge des administrations publiques dont elles émanent, c'est-à-dire en l'occurrence le ministère et l'ACOSS. Ainsi, les principes soulevés par la Cour d'appel ne sauraient faire naître une obligation qui n'a pas été mise à la charge du défendeur par la loi ou le règlement.

Il est vrai que ces solutions restent aujourd'hui isolées, face à une abondante jurisprudence qui continue de déployer une conception bien plus souple des obligations positives du professionnel. S'il est parfaitement irréaliste de n'engager la responsabilité pour abstention de ces derniers qu'en présence d'un texte légal ou réglementaire, la loi ne pouvant pas prévoir dans le détail tout le contenu de la déontologie attendue de chaque corps de métier, il n'en reste pas moins que la récurrence de ces solutions peut s'interpréter comme une injonction, à l'égard des juges du fond, de ne pas se montrer trop dirigistes dans la détermination de ce contenu. A défaut de revirement, on voit peut-être se dessiner un infléchissement.

On ne peut qu'espérer que cet esprit modérateur s'exprimera également en matière de faute d'abstention de mesures de prudence reprochée aux particuliers, lorsqu'un enfant est impliqué dans l'accident. A cet égard, il faut mentionner un arrêt particulièrement iconoclaste rendu par cette même deuxième chambre civile en date du 18 mars 2004<sup>301</sup> : la Cour de cassation y approuve une Cour d'appel d'avoir estimé que n'étaient pas en faute les grands-parents chez qui résidait leur petit-fils de dix ans, lequel s'était brûlé après s'être introduit dans le cabanon non-fermé à clé dans lequel se trouvait un bidon d'essence. Pour écarter la faute, les juges du fond, approuvés par les juges du droit, relèvent divers éléments qui contribuaient à rendre le dommage imprévisible pour les grands-parents : l'enfant n'était pas connu pour être particulièrement « *téméraire* », « *indiscipliné ou turbulent* », et les grands-parents n'avaient pas eu connaissance du fait qu'il avait en sa possession un moyen de mise à feu.

Il est très difficile de mettre cet arrêt en cohérence avec les solutions déjà évoquées : car en effet, comment reprocher d'une part au propriétaire d'une piscine la noyade d'un enfant *avec lequel il n'avait aucun lien et qui s'était introduit chez lui sans autorisation*, au prétexte que le portillon d'accès à la piscine n'était pas verrouillé, et exonérer d'autre part les grands-parents *investis d'un devoir de surveillance* et qui n'ont pas non-plus, comme le relève le pourvoi, verrouillé l'accès à un lieu dangereux ? Comment estimer d'une part que les grands-parents ne pouvaient se douter que l'enfant eut été en possession d'un *briquet*, alors qu'on reproche à un maître d'oeuvre de ne pas avoir anticipé qu'un autre allait pénétrer sur son chantier équipé d'une *barre de fer de plus de cinq mètres* ? La solution étant isolée<sup>302</sup>, il ne faut pas y voir le signe d'une rupture jurisprudentielle ; elle a néanmoins le mérite de révéler l'incohérence de l'ensemble et surtout l'incongruité des solutions précédemment évoquées.

Ainsi, il est difficile d'y voir clair, et peut-être prématuré d'annoncer un recul de la faute par omission sur tous ces fronts. En revanche, il est au moins une catégorie d'hypothèses dans laquelle ce reflux ne fait aucun doute.

---

301 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 18 mars 2004, n°02-19.454 : *JCP* 2004. II. 10123, note Moison-Chataigner.

302 Elle est néanmoins publiée au bulletin ; un signe d'espoir ? - *Contra* Cass. 2<sup>e</sup> civ., 5 octobre 2006, *préc.*

## II) L'abus de silence et la liberté d'expression

Dans une chronique promise à la postérité<sup>303</sup>, Jean Carbonnier, prenant le contre-pied des commentateurs unanimement favorables de l'arrêt *Branly*<sup>304</sup>, dénonçait vigoureusement cette décision à laquelle il adressait trois griefs. D'une part, il doutait que l'article 1382, « visiblement conçu pour d'autres hypothèses, pour des blessures, des homicides, des dégâts matériels », puisse légitimement fonder une condamnation dans le contentieux très particulier de la presse, d'autant que le législateur, par la loi du 29 juillet 1881, avait déjà entendu définir en cette matière tous les abus dont la liberté était susceptible. D'autre part, il estimait qu'un simple silence ne pouvait être qualifié de faute civile qu'au prix d'une « besogne inquisitoriale, peu digne de ce qu'il y a d'agnostique dans le droit », consistant à sonder les buts poursuivis par celui qui se tait, au mépris de sa liberté absolue de pensée : celle-ci ne peut pas protéger toutes les affirmations, mais elle doit justifier en tous les cas le silence, « seule issue honnête » de celui qui, comme Turpain, est intimement convaincu du caractère erroné d'une opinion commune sans toutefois pouvoir, ou vouloir, s'en justifier dans le détail. Enfin, l'éminent doyen contestait toute légitimité à « l'instauration d'un contrôle judiciaire de la manière d'écrire l'histoire ». Il relevait à cette occasion que l'opinion d'un historien n'est jamais *objective* ; elle est simplement plus ou moins conforme au consensus scientifique<sup>305</sup>. Il est clair que la « présomption de vérité » protégée et fondée par la Cour de cassation sur l'opinion majoritaire des historiens ne semble guère favorable à la liberté scientifique. D'ailleurs, dans une formule d'une pénétrante actualité<sup>306</sup>, l'auteur relève aussi la vanité totale de cet effort judiciaire de conservation de « l'histoire plate », immuable et conformiste<sup>307</sup>.

Jean Carbonnier n'a pas vécu assez longtemps pour assister au triomphe jurisprudentiel de cette thèse. Se serait-il douté que le vaisseau d'une évolution tendant à redéfinir les frontières de la liberté d'expression, et spécialement de la liberté de non-expression d'un nom ou d'une idée que l'on passe sous silence, se trouverait non-pas dans la loi civile ou criminelle, mais dans le droit européen des droits de l'Homme ?

Avant d'évoquer l'*omission* en particulier, il convient de retracer brièvement l'évolution plus générale des rapports entre responsabilité civile et liberté de la presse<sup>308</sup>. Le problème fut posé dès le milieu du XXe siècle par des auteurs qui, comme Carbonnier, se demandaient si la loi de 1881 « *n'avait pas entendu instituer, pour toutes les manifestations de la pensée, un système juridique clos, se suffisant à lui-même, arbitrant une fois pour toutes tous les intérêts en présence, y compris les intérêts civils et enlevant du même coup à l'article 1382 une portion de sa compétence diffuse* »<sup>309</sup>. C'est surtout à partir des années 1990 que

303 J. CARBONNIER, « Le silence et la gloire », *D.*1951, chron. 119.

304 *D.*1951.329, note Desbois ; *JCP* 1951.II.6193, note Mihura ; *RTD civ.* 1951.246, chron. H. et L. Mazeaud

305 Les *faits* sont vérifiables; le doyen répond que leurs *causes*, « complexes, obscures et enchevêtrées », ne sont pas susceptibles « d'enregistrement », seulement d'interprétation : ainsi des liens entre les travaux de Branly et l'apparition de la T.S.F.

306 « On peut ne pas éprouver beaucoup de sympathie pour cet exercice de virtuosité historique que constitue le 'déboulonnage' des statues. Mais dans la réalité, ce ne sont pas les historiens qui réussissent à jeter à bas les statues, pas plus qu'à les ériger : c'est l'opinion publique ».

307 Cette synthèse ne fait guère honneur à la pensée lumineuse de Jean Carbonnier, et l'on ne saurait trop conseiller au lecteur de consulter ce texte, reproduit en annexe dont la richesse n'a d'égale que la concision ; s'abstenir de le lire ne constituerait pas pour lui une faute, mais certainement un préjudice.

308 La littérature retraçant cette évolution est abondante. Pour un exposé récent : Ch. BIGOT, *Pratique du droit de la presse*, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz 2020, n°411.11 et s., et les nombreuses références citées.

309 « Le silence et la gloire », *préc.* V.aussi la célèbre formule d'Henri Mazeaud : « Nous pouvons demander réparation du préjudice qui nous a été causé fautivement, mais à la condition que le législateur n'ait pas spécialement prévu le dommage que nous subissons (...), pour soumettre à certaines conditions plus ou moins strictes sa réparation ou le quantum de l'indemnité, auquel cas nous sommes tenus de nous incliner devant cette réglementation. Les articles 1382 et suivants ne peuvent servir à tourner la loi. Principe évident, si évident qu'il n'a pas souvent été dérogé ! Son application ne fait pas

les réflexions doctrinales se multiplient autour de cette question, qui voit s'affronter deux thèses. A ceux qui se rallient à l'opinion de Carbonnier<sup>310</sup>, d'autres auteurs répondent que le recours à la responsabilité civile de droit commun est rendu nécessaire par les lacunes de la loi de 1881 qui, ne visant que les injures et les diffamations contre les personnes, est impuissante à sanctionner notamment les propos dénigrant abusivement les produits ou les services proposés par une entreprise<sup>311</sup>. La question a pu être posée également dans d'autres hypothèses plus spécifiques, comme la remise en cause du génocide arménien<sup>312</sup>, l'injure envers une profession<sup>313</sup> ou envers des symboles et personnages religieux<sup>314</sup>.

La Cour de cassation a tranché en deux temps. Elle a d'abord affirmé que lorsque les propos litigieux entraient dans le champ de la loi de 1881, l'article 1382 était inapplicable, ce qui neutralisait les conditions d'application de la responsabilité civile plus souples que celles prévues par cette loi<sup>315</sup>. Ayant écarté cette « fonction supplétive » de la responsabilité, elle a ensuite semblé en condamner la « fonction complétive », au visa de l'article 10 de la Convention EDH, en indiquant que « *la liberté d'expression est un droit dont l'exercice ne revêt un caractère abusif que dans les cas spécialement déterminés par la loi* »<sup>316</sup>. Elle a enfin tempéré cette solution en admettant que seul le dénigrement abusif de produits ou de service pouvait être sanctionné sur le fondement de la responsabilité civile<sup>317</sup>, jetant les bases d'un nouveau délit prétorien<sup>318</sup>.

L'abus de *silence* a connu une évolution similaire. La question, si elle a pu se manifester à nouveau en matière de publications historiques<sup>319</sup>, a surtout été soulevée au sujet des différents catalogues et annuaires prétendant présenter toutes les espèces d'un même genre, et qui omettaient de mentionner une de ces espèces. La Cour de cassation a commencé par dégager, en 1968, une obligation d'exhaustivité de ces publications, dont les auteurs sont tenus d'offrir au public des « *renseignements dignes de foi* », l'omission n'étant excusable que si elle est justifiée par des éléments circonstanciés<sup>320</sup>. Sa jurisprudence se caractérise

---

difficulté dans les situations où le législateur, en réglementant une institution particulière, a nettement marqué sa volonté de soumettre à cette réglementation et à elle seule tous les conflits susceptibles de s'élever en ce domaine. », in « L'absorption des règles par le principe de responsabilité civile », *DH* 1935. Chron. 5.

310 C'est notamment la position défendue par Christophe Bigot, *op. cit.* ; « L'éradication de l'article 1382 du code civil dans le champ de la liberté d'expression », *D.* 2014, p.131.

311 E. DERIEUX, *C.C.E.* 2006. Ét. n° 4 ; E. DREYER, « Disparition de la responsabilité civile en matière de presse », *D.* 2006. 1337 ; J. TRAULLÉ, « Exclusivisme de la loi du 29 juillet 1881 : la fin justifie-t-elle encore les moyens ? », *D.* 2020. 1368

312 Paris, 11e ch., 7 mars 2007, *D.* 2007. 2513, note Dreyer et Racine.

313 TGI Paris, 17e ch. civ., 19 mai 2010, *Légipresse* 2010. 290, n° 276, note Masure.

314 L'attentat du 7 janvier 2015 donna une triste occasion pour la thèse libérale d'être réaffirmée avec vigueur : V. Ch. BIGOT, « Blasphème, respect des croyances et liberté d'expression : l'impasse de l'article 1382 du Code civil », *Légicom* 2015. 59. Toutefois, à dire vrai, même les partisans de la responsabilité civile en matière de presse ne font pas mention de cette hypothèse, qui semble faire l'objet d'un consensus affiché en doctrine.

315 Cass., ass. plén., 12 juillet 2000, n° 98-10.160 ; *D.* 2000. Somm. 463, obs. Jourdain. L'enjeu était d'interdire aux héritiers de la personne diffamée d'agir sur le fondement de la responsabilité civile de droit commun, alors que la loi de 1881 réservait cette action à la victime elle-même, à l'exclusion de ses ayants-droits.

316 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 avril 2013, n° 12-10.177 ; *D.* 2014. 131, note Bigot. La formule est très proche de l'art.11 de la DDHC de 1789, ce qui peut conduire à déplorer que la Cour tourne le dos à ce texte emblématique en faveur de l'art.10 CEDH

317 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 juillet 2014, n° 13-16.730, *D.* 2015. 342, obs. Dreyer : « *Hors restriction légalement prévue, la liberté d'expression est un droit dont l'exercice, sauf dénigrement de produits ou services, ne peut être contesté sur le fondement de l'article 1382 du Code civil.* ».

318 P. JOURDAIN, « Liberté d'expression et responsabilité civile : les conditions de l'effet justificatif du droit de libre critique en cas de dénigrement de produits et services », *RTD civ.* 2018.913.

319 V. par exemple T.civ. Nantes, 23 octobre 1953, *JCP* 1954 II. 7993, note Esmein : négligence de l'historien qui ne rapporte que les excès de certains groupes de résistants en omettant de souligner « le patriotisme des autres ».

320 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 décembre 1968 ; *D.* 1969.253, note Couvrat. Au sein d'une station balnéaire, un syndicat avait publié à l'attention des touristes une liste des hôtels de la région. La Cour de cassation relève qu'il n'est pas fautif d'avoir omis de mentionner un hôtel, dont le syndicat prouvait qu'il faisait l'objet de critiques véhémentes de la part de nombreux clients. V. aussi Cass. 2<sup>e</sup> civ., 9 octobre 2003, n°02-12.641 : faute de l'éditeur d'un annuaire des professionnels du pays de Vannes, qui,

par la prise en compte attentive de la qualité particulière de l'auteur et du type de support<sup>321</sup> : ainsi, n'est pas fautif le scientifique qui ne fait pas mention, au cours d'une conférence, du concours que lui a prêté un collègue dans la préparation de celle-ci ; en revanche, une telle omission dans les actes de la conférence aurait été fautive, l'auteur n'étant pas soumis aux mêmes contraintes de temps dans l'un et l'autre cas<sup>322</sup>.

Après avoir témoigné en matière de silence de la même hésitation qu'elle affichait plus généralement au sujet des abus de liberté d'expression<sup>323</sup>, la Cour de cassation a fini par revenir franchement sur sa jurisprudence antérieure. Alors qu'elle estimait en 2008 que l'auteur d'un catalogue recensant toutes les œuvres d'un artiste engageait sa responsabilité s'il omettait sciemment de publier une œuvre dont il contestait personnellement l'authenticité, celle-ci ayant néanmoins été reconnue par une expertise judiciaire<sup>324</sup>, la première chambre civile a prononcé la solution exactement inverse en 2014, au visa de l'article 10 de la CEDH<sup>325</sup>.

Elle applique au silence la même règle générale selon laquelle il ne saurait être jugé fautif à défaut d'un *texte spécial*. Or, les infractions de la loi de 1881 ne pouvant semble-t-il pas résulter d'un simple silence, il faudrait en déduire que *le silence n'est finalement jamais fautif*. On regrette le manichéisme de cette solution, car l'analyse de la jurisprudence nous a convaincu qu'il est bel et bien des silences blâmables. Si l'on appuie vivement le principe selon lequel nul ne doit, en-dehors des cas prévus par la loi, être inquiété pour ses *opinions* (par exemple, au sujet de l'apport de Branly à la T.S.F), il en va autrement des silences qui traduisent une *négligence* (on pense au cas de l'annuaire professionnel qui oublie des praticiens), voire une véritable *malhonnêteté* : le conférencier, nous semble-t-il, est tenu de mentionner l'apport de son confrère dans les actes de sa présentation. L'intention de nuire doit être indifférente en matière de responsabilité civile pour abstention : que l'omission procède donc d'une étourderie ou qu'elle caractérise un plagiat pur et simple, le préjudice causé doit pouvoir être réparé.

Une telle distinction semble se dessiner dans un arrêt récent : la première chambre civile y rappelle que la liberté des opinions exprimées dans une revue ne suffit pas à absoudre l'éditeur du devoir de « *procéder à la vérification des éléments factuels qu'il porte lui-même à la connaissance du public et qui a un caractère dénigrant* ». En l'espèce, la faute ne résultait pas de l'opinion exprimée, mais d'une pure erreur matérielle de l'auteur d'une chronique, non-relevée par l'éditeur qui ne s'était pas livré au contrôle qui lui incombait<sup>326</sup>. N'était pas en cause, dans cette affaire, un simple silence. Toutefois, ce bel équilibre fondé sur un double-principe de liberté d'opinion et de devoir de rigueur nous semble avoir pleine vocation à régir la question délicate du silence gardé.

---

au sein de la sous-rubrique « Avocats en droit des sociétés », omet deux praticiens sans qu'aucune circonstance le justifie.

321 Cass.2<sup>e</sup> civ., 17 juillet 1953, *préc.* (le journaliste n'est pas tenu à la même rigueur que l'historien).

322 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 31 janvier 1964 : *JCP* 1964.II.13620, note Savatier.

323 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 25 janvier 2007, *D.*2007, pan.2901 : Pas de faute de l'homme politique qui, au cours d'une interview, s'abstient de démentir une information mensongère formulée à son sujet par le journaliste, au motif que « *les abus de la liberté d'expression ne peuvent être poursuivis et réparés sur le fondement de l'article 1382 du code civil* ».

324 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 mars 2008, n°07-13.024 : *D.* 2008.1797, note Bruguière. La Cour de cassation estime que cette menace n'est pas fautive en soi, mais prononce une injonction d'insérer l'œuvre litigieuse dans les prochaines éditions du catalogue, se fondant sur « l'impératif d'objectivité que requiert l'établissement d'un catalogue exhaustif ».

325 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 janvier 2014, n°12-35.264.

326 Cass. 1<sup>re</sup> 12 décembre 2018, n°17-31.758 P. Les faits sont amusants : une revue d'œnologie contenait une chronique rédigée par un expert qui s'était rendu à une dégustation de crus concurrents. L'expert avait voulu encenser un des crus et en vilipender un autre en des termes très virulents ; toutefois, en envoyant ses notes à l'éditeur, il avait inversé les critiques qu'il adressait à chacun des crus, de sorte que les louanges qu'il avait voulu adresser à l'un se trouvaient attribuées à l'autre, et réciproquement. L'éditeur aurait relevé ce cafouillage s'il avait lu la chronique avec attention avant de la publier.

## Conclusion générale

A l'issue de ce tour d'horizon doctrinal et jurisprudentiel, je dois malheureusement me rendre à l'évidence : c'est en vain que je demanderai réparation au quidam qui a vu brûler ma maison, et n'a rien fait pour l'empêcher. A mon grand dam, l'avocat de la défense Proudhon a emporté la conviction du juge face à son confrère Toullier : le défendeur n'avait aucune obligation d'appeler les pompiers.

Car c'est toujours en termes d'obligation préexistante que doit s'analyser la faute par omission. Le juge n'a cédé ni à ceux qui veulent y voir un « faux problème » et estiment que l'on est toujours tenu d'agir là où le ferait un bon père de famille, ni à ceux qui, contre la lettre des articles 1240 et 1241 du Code civil, veulent l'enfermer dans un périmètre étroit délimité par les obligations textuelles et éventuellement par l'intention de nuire. S'affranchissant de ce dilemme, il a dégagé avec précaution des obligations particulières de prudence pesant sur tous ceux qui créent un risque, ou du moins le connaissent et sont spécialement bien placés pour l'empêcher, ce qui doit les conduire à en réparer les conséquences. C'est seulement à l'égard des professionnels qu'il se livre classiquement, nonobstant quelques hésitations récentes, à une conception réellement indifférenciée de l'action et de l'omission lorsqu'il s'interroge sur le manquement à une obligation générale de diligence.

Sous quelques réserves, nous nous rallions à cet équilibre fondé sur la recherche au cas par cas d'une solution raisonnable, ni trop attentatoire à la liberté du demandeur, ni trop ignorante des devoirs minimaux qui lui incombent. Il est difficile d'en tirer une théorie cohérente de la faute par omission, mais cela ne nous trouble guère. Nous avons en effet la conviction que la justice n'est jamais mieux rendue qu'en gardant à l'esprit la finalité première du droit : *rendre à chacun ce qui lui revient*, ce qui suppose de prendre en compte les contingences particulières propres à chaque litige ; en ce sens, nous osons dire que l'équité prime la cohérence, surtout en matière de responsabilité civile. Comme la perte de chance, le fait de la chose ou le trouble anormal, la faute par omission restera l'une de ces « notions fuyantes au régime malléable »<sup>327</sup> qui, si elles tracassent les professeurs de droit, permettent au juge de ciseler avec virtuosité chacune de ses sentences au vu des circonstances de la cause et d'après son libre-arbitre certes faillible, mais toujours plus légitime que les principes aveugles énoncés par la loi ou théorisés par ses docteurs.

S'essayant courageusement à un effort de définition, l'avant-projet de réforme qualifie la faute civile de *violation d'une prescription légale ou [de] manquement au devoir général de prudence ou de diligence*. L'étude de la faute par omission nous révèle l'excessive généralité de cette formule, car il nous semble que l'abstention, même indiscutablement contraire à la diligence attendue du bon père de famille, ne saurait engager systématiquement la responsabilité de son auteur, sous peine de donner au principe général de responsabilité pour faute une dimension quasiment totalitaire en contraignant chacun à agir en toutes circonstances d'après la représentation sociale majoritaire de ce que constitue la *diligence normale*.

Il est sans doute impossible, et certainement peu souhaitable, de définir la faute, et plus encore la faute d'abstention. Des commentaires de Cicéron sur le cas du marchand alexandrin jusqu'à ceux de Carbonnier au sujet de l'arrêt *Branly*, deux mille ans de réflexion n'ont pas suffi à la circonscrire, mais elle a néanmoins fait la preuve de son opportunité fonctionnelle. Elle n'est pas un concept de grande valeur pédagogique, mais un instrument de justice dont les manifestations variées et la vivante évolution témoignent de ce que le droit n'est pas une science : il est un art.

---

<sup>327</sup> F. LEDUC, « La perte de chance : rapport de synthèse », *LPA* 31 oct. 2013, p. 51.

## Bibliographie

### Manuels et traités :

- Alexis ALBARIAN (dir.), *Les 100 mots du droit anglais*, Lamy, 2013, spéc. la rubrique n°93 : Tort
- Charles AUBRY et Charles RAU, *Cours de droit civil français, d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariae*, 3e éd., Imprimerie et librairie générale de jurisprudence Cosse, Paris, 1856
- Mireille BACACHE-GIBELLI, *Traité de Droit civil, Tome 5 : Les obligations – La responsabilité civile extra-contractuelle* (dir. Ch.Larroumet), Economica, 3e ed, 2016
- Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE (dir.), *Traité théorique et pratique de droit civil : Les obligations*, 3<sup>e</sup> ed, 1897
- Alain BENABENT, *Droit des obligations*, 18<sup>e</sup> éd., coll.Précis Domat, LGDJ 2019
- Charles BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t.9 bis, Librairie Arthur Rousseau 1929
- Christophe BIGOT, *Pratique du droit de la presse*, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz 2020, consultable en ligne
- Philippe BRUN, *Responsabilité civile extra-contractuelle*, 5<sup>e</sup> ed., LexisNexis 2018
- Yvaine BUFFELAN-LANORE et Virginie LARRIBEAU – TERNEYRE, *Droit civil. Les Obligations*, 16e éd. Sirey 2018
- Loïc CADIET, Philippe LE TOURNEAU (dir), *Répertoire de droit civil – Abus de droit*, Dalloz, consultable en ligne
- Jean CARBONNIER, *Droit Civil, Tome 4 : Les obligations*, 22e ed., Thémis 2000
- Patrick CHAUVEL, « Dol », in *Répertoire de Droit civil*, Dalloz, février 2019, consultable en ligne
- Noël DEJEAN DE LA BATIE, *Aubry et Rau, Droit civil français, Tome VI-2 : Responsabilité délictuelle* (dir.A.PONSARD et I.FADLALLAH), 8<sup>e</sup> ed, Librairie de la Cour de cassation, 1989
- René DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t.3, Librairie Arthur Rousseau, 1923
- Charles DEMOLOMBE, *Traité des engagements qui se forment sans convention ; Des contrats et des obligations en général, Tome huitième*, A.Lahure éditeur, Paris, 1882
- David DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, 2e édition, Economica 2012
- Jean DOMAT, *Les Lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris 1689
- Bertrand FAGES *Droit des obligations*, 10<sup>e</sup> ed, Collection *Manuels*, LGDJ 2020
- Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t.13, Paris 1827
- Jacques FLOUR, Jean-Louis AUBERT, Eric SAVAUX, *Droit Civil – Les Obligations, 2.Le Fait juridique*, 14e ed., Sirey 2011
- Danièle FRISON, *Introduction au droit anglais et aux institutions britanniques*, 3<sup>e</sup> éd., Ellipses 2005
- Michel FROMONT et Jonas KNETSCH, *Droit privé allemand*, 2e éd, LGDJ 2017
- Michel FROMONT et Alfred RIEG, *Introduction au droit Allemand, Tome 1 : Les fondements*, 1ere éd., Cujas, 1977, et *Tome III : Droit privé*, 1e édition, Cujas 1991
- Jacques Joseph GARAT (dir.Joseph-Nicolas GUYOT), « Quasi-délits », in *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, J. Dorez, 1785 (non-consulté)
- Jean GAUDEMET, Emmanuelle CHEVREAU, *Droit privé romain*, 3<sup>e</sup> éd., coll.Domat, Montchrestien 2009
- Hugo GROTIUS (trad. J.BARBEYRAC), *Le droit de la guerre et de la paix*, Amsterdam 1724

- Raymond LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative*, Litec, 2<sup>e</sup> éd., 2008
- Yves LEQUETTE, François TERRE, Philippe SIMLER, François CHENEDE, *Droit civil : les obligations*, 12<sup>e</sup> ed, n°957, Coll.Précis, Dalloz 2018
- Philippe LE TOURNEAU , *Répertoire de Droit civil – Responsabilité : généralités*, Dalloz, consultable en ligne
- Philippe LE TOURNEAU (dir), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, 12e éd., coll.Dalloz Action, Dalloz, 2020
- Antoine LOYSEL, *Institutes coutumières : Ou manuel de plusieurs & diverses Regles, Sentences, et Proverbes tant anciens que modernes du Droit Coutumier & plus ordinaire de la France*, Paris 1607
- Henri et Léon MAZEAUD, André TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile contractuelle et délictuelle*, t.1, 6e ed., Montchrestien 1965
- Philippe MALAURIE., Laurent AYNES, Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 11<sup>e</sup> éd., Coll. *Droit civil*, LGDJ, 2020
- Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 9e éd., t.2, LGDJ 1923
- Robert-Joseph POTHIER, *Traité du contrat de vente, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, t.1, Paris 1762
- Michel PRÉVÔT DE LA JANNÈS, *Les principes de la jurisprudence française, exposés suivant l'ordre des diverses espèces d'actions qui se poursuivent en justice*, Briasson 1750
- René SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t.1, 2e éd., Paris LGDJ 1951
- Jean-Baptiste Victor PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, tome III, Imprimerie Victor Lagier, 1824,
- Samuel von PUFENDORF (trad. J.BARBEYRAC) *Le droit de la nature et des gens: ou système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence, et de la politique*, H. Schelte 1706
- Didier REBUT, « Omissions de porter secours – entrave aux mesures d'assistance », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, août 2020, consultable en ligne
- Charles TOULLIER, *Droit civil français suivant l'ordre du Code Napoléon, ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique*, Paris, 1811-1831

### Thèses :

- Fanny BRUNEL : *L'abstention du titulaire d'une prérogative en droit privé : ébauche d'une norme de comportement*, thèse Université Clermont Auvergne, 2017
- Alain-François DELVILANI, *La responsabilité pour omission ou abstention*, thèse Grenoble 1978, non-consultée
- Olivier DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, LGDJ 2005, et toutes les références citées dans le chapitre 1
- Muriel FABRE-MAGNAN, *De l'obligation de renseignement dans les contrats*, LGDJ, 1992
- Raymond TEISSERE, *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité*, thèse Aix 1901 (non-consultée)

### Autres ouvrages :

- *La Bible*, Louis Segond, 2017, spéc. *Tobie* 4, 15, et les références citées dans la note n°35
- *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, 1789, spéc. les articles 4 et 11.
- Ministère de la Justice, *Projet de réforme de la responsabilité civile*, présenté le 13 mars 2017
- Sénat, *Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile*, enregistré à la présidence le 29 juillet 2020
- Jean-Claude BOUDENOT, *Comment Branly a découvert la radio*, EDP Sciences, 2005 – *contra* Albert TURPAIN, *Les Origines de la T. S. F., conférence faite à La Rochelle le 7 octobre 1927*, La Rochelle, impression de Masson fils, 1927
- CICÉRON (trad. Maurice TESTARD), *Les Devoirs*, 2 tomes, Les Belles Lettres, coll. « Collection des Universités de France », 1965, spéc. t.3, n° 50 et s.
- Álvaro d'ORS (coord.), *Le Digeste de Justinien*, 3 tomes, éd. Aranzadi, 1968, 1972 et 1975, spéc. les références citées dans le chapitre 1

### Articles :

- Mireille BACACHE, « L'assimilation des fautes délictuelle et contractuelle réaffirmée par l'assemblée plénière », *D.*2020, p.394
- Christophe BIGOT, « L'éradication de l'article 1382 du code civil dans le champ de la liberté d'expression », *D.*2014, p.131
- Jean-Sébastien BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *RTD civ.* 2010, p.1
- Jean-Sébastien BORGHETTI, « Responsabilité des contractants à l'égard des tiers : pas de pitié pour les débiteurs ! », *D.*2020, p.416
- Jean-Sébastien BORGHETTI, « La responsabilité des contractants à l'égard des tiers dans le projet de réforme de la responsabilité civile », *D.* 2017, p. 1846
- Loïc CADIET, « Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation », *Mélanges offerts à Pierre Drai : le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 1999, p.495
- Jean CARBONNIER, « Le silence et la gloire », *D.*1951, chron. 119
- Emmanuelle CHEVREAU, « Quelques réflexions diachroniques sur la définition du dol contractuel en droit romain », in *Liber Amicorum : Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Coriat*, Paris 2019, p.109
- Noël DEJEAN DE LA BATIE, note sous Cass. 2<sup>e</sup> civ., 29 janvier 1969, *JCP*, 1969, II, 16027
- Aude DENIZOT, « La réticence dolosive avant 1958 », *RTD civ.* 2015, p.765.
- Emmanuel DERIEUX, « Responsabilité civile des médias. Exclusion de l'application de l'article 1382 du Code civil aux faits constitutifs d'infraction à la loi du 29 juillet 1881 » *Communication- Commerce électronique* 2006, Étude n° 4
- O.DESHAYES, T.GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2e éd., 2018
- E. DREYER, « Disparition de la responsabilité civile en matière de presse », *D.* 2006, p.1337
- Laurence ENGEL, « Vers une nouvelle approche de la responsabilité. Le droit français face à la dérive américaine » *Esprit*, juin 1993, p.5, consultable en ligne ([esprit.presse.fr](http://esprit.presse.fr), 1 visite gratuite)
- Jacques FLOUR, « Faute et responsabilité civile : déclin ou renaissance ? », *Droits* 1987, p. 29

- Jacques GHESTIN, « La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée » : *JCP. G* 2011, n°24.703 - *contra* Jean MOULY, « Une règle de nature à induire en erreur : « *La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée* » » : *D.*2012, p.1346
- Jacques GHESTIN, « La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles », *D.* 1971. Chron. 247
- Laurène GRATTON, « Le Dommage déduit de la faute », *RTD civ.* 2013, p. 273
- Jean-Marie HISQUIN, « Le refus de délivrer le guet sanctionné par les juges », *chron.n°10, RDLF* 2013 (consultable en ligne)
- Patrice JOURDAIN, « À propos de la faute en matière sportive », *Le monde du droit. Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, 2007, Economica, p. 559
- Patrice JOURDAIN, « Responsabilité des contractants à l'égard des tiers : l'Assemblée plénière persiste et signe (et déçoit) » *RTD civ.* 2020, p. 395
- Patrice JOURDAIN, « Liberté d'expression et responsabilité civile : les conditions de l'effet justificatif du droit de libre critique en cas de dénigrement de produits et services », *RTD civ.* 2018, p.913
- Jonas KNETSCH, « La Désintégration du préjudice moral », *D.* 2015, p. 443
- Fabrice LEDUC, « La perte de chance : rapport de synthèse », *LPA* 31 oct. 2013, p. 51
- Raymond LEGEAIS, « Le mineur et la responsabilité civile », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, p.253
- Philippe LE TOURNEAU, « La verueur de la faute ou de la relativité de son déclin », *RTD civ.* 1988, p. 505
- Henri MAZEAUD, « L'absorption des règles par le principe de responsabilité civile », *DH* 1935. Chron. 5.
- Philippe REMY, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p. 323
- Catherine THIBIERGE, « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ?) », *RTD civ.* 1999, p.561
- Julie TRAUILLÉ, « Exclusivisme de la loi du 29 juillet 1881 : la fin justifie-t-elle encore les moyens ? », *D.* 2020, p.1368
- Geneviève VINEY, « Réflexions à partir d'une nouvelle proposition relative à la responsabilité du débiteur contractuel à l'égard des tiers au contrat », *RDC* 2019, p.20

### Principaux arrêts :

- Cass. civ. 24 décembre 1924, *D.H* 1925.120
- *United Kingdom House of Lords*, [1932] UKHL 100, *Donoghue v. Stevenson*, 4 mai 1932
- Cass. civ. 27 février 1951, *Branly*, : *D.* 1951, note H. DESBOIS, *JCP* 1951. II. 6193, note MIHURA, *D.* 1951 *chron.* J.CARBONNIER, « Le silence et la gloire »
- Cass.2<sup>e</sup> civ., 17 juillet 1953, *D.*1954, 533
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 19 mai 1958, *Bull. civ. I*, n° 251
- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 6 octobre 1960, *D.*1960, p.721
- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 31 janvier 1964 : *JCP* 1964.II.13620, note R.SAVATIER
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 juin 1966 : *D.*1966.481, note J.VOULET
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 3 décembre 1968 : *D.*1969.253, note P.COUVRAT
- Cass. 3<sup>e</sup> civ., 15 janv. 1971, *RTD civ.* 1971, p.839

- Cass. crim. 16 mars 1972: *Bull. crim.* n° 109; *D.* 1972. 394, note J.-P. COSTA
- Cass.3<sup>e</sup> civ., 18 avril 1972 : *Bull.civ.* 1972, III, n°233
- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 13 décembre 1972 : *D.* 1973, p.493, note C.LARROUMET
- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 25 juin 1975, n° 73-11826
- Cass. 3<sup>e</sup> civ., 4 février 1976, n°74-12.643
- Cass. Ass. Plén. 9 mai 1984 (5 arrêts) : *D.*1984, p.525.
- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 12 décembre 1984 : *RTD civ.* 1986, p.119, obs. J.HUET.
- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 5 juin 1985, *JCP* 1987, II, 20728, note E. AGOSTINI ; *Gaz. Pal.* 1986, 1, p. 9, note F. CHABAS
- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 19 avril 1986, *Gaz.Pal.* 1986.1 Somm.252, obs. F.CHABAS
- Cass.1<sup>e</sup> civ., 14 juin 1988, n°86-16.163
- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 avril 1991, n°90-12009
- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 avril 1991, n°90-12009
- Cass. 2<sup>e</sup> civ.,16 octobre 1991, n°90-17.492
- Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 décembre 1992 ; *RTD civ.* 1993, p.362, obs. P.JOURDAIN
- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 12 décembre 1994, n°92-17.098
- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 6 juin 1998, n°96-19343, *Responsabilité civile et assurance* 1998, comm.292
- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 6 janvier 2000, n°97-21.456
- Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 avril 2000, n°98-15.770 : *Resp. civile et Assurances* 2000, comm. 213, obs. H.GROUDEL
- Cass., ass. plén., 12 juillet 2000, n° 98-10.160 ; *D.* 2000. Somm. 463, obs. P. JOURDAIN
- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 18 mars 2004, n°02-19.454 : *JCP* 2004. II. 10123, note MOISON-CHATAIGNER
- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 5 octobre 2006, n° 05-14.825
- Cass., ass. plén., 6 oct. 2006 (*Myr'ho*) : *D.* 2006. 2824, obs. I. GALLMEISTER, p.2825, note G. VINEY
- Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 novembre 2007, n°06-19.405
- Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 mars 2008, n°07-13.024 : *D.* 2008.1797, note J.-L. BRUGUIERE
- Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 octobre 2011 : *D.* 2011, p. 2599
- Cass.1<sup>e</sup> civ., 15 déc. 2011, n° 10-23.528, *Resp. civile et assurances* 2012, comm. 120, obs. S.HOCQUET-BERG
- Cass. soc. 23 octobre 2012, n°11-13.792
- Cass.3<sup>e</sup> civ., 24 octobre 2012, n°11-20.439
- Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 avril 2013, n° 12-10.177 : *D.* 2014. 131, note Ch.BIGOT
- Cass.2<sup>e</sup> civ., 13 juin 2013, n°12-22.170
- Cass.3<sup>e</sup> civ., 3 juillet 2013, n°12-19.442
- Cass. soc.18 décembre 2013, n°12-15.454
- Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 janvier 2014, n°12-35.264
- *Bundesgerichtshof*, 25 févr.2014, réf. VI ZR 299/13, *Neue Juristische Wochenschrift* 2014, p.2104

- Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 juillet 2014, n° 13-16.730, *D.* 2015. 342, obs. E. Dreyer
- Cass. 3<sup>e</sup> civ., 26 nov.2014, n°13-25.534 : *D.* 2014.2464 ; comp., le même jour, Civ.3e, n°13-22.863, *RDI* 2015.132
- Cass. crim. 13 mai 2015, n°13-83.191
- Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 31 mars 2016, n°15-17.060 : *Droit social* 2016, p.665, chron. R.SALOMON
- Cass. 3e civ., 7 septembre 2017, n°16-18.777
- Cass. 1<sup>re</sup> 12 décembre 2018, n°17-31.758 P.

**RESPONSABILITÉ CIVILE. — Faute. — Abstention. — Éléments du quasi-délit. — Historien. — Omission volontaire. — Devoirs de l'historien.**

*La faute prévue par les articles 1382 et 1383 du Code Civil peut consister aussi bien dans une abstention que dans un acte positif.*

*L'abstention, même non dictée par la malice et l'intention de nuire, engage la responsabilité de son auteur lorsque le fait omis devait être accompli soit en vertu d'une obligation légale, réglementaire ou conventionnelle, soit aussi, dans l'ordre professionnel, s'il s'agit notamment d'un historien, en vertu des exigences d'une information objective.*

27 février 1951.

Cassation.

Sur le premier moyen :

Vu les articles 1382 et 1383 du Code Civil;

Attendu que la faute prévue par les articles 1382 et 1383 peut consister aussi bien dans une abstention que dans un acte positif; que l'abstention, même non dictée par la malice et l'intention de nuire, engage la responsabilité de son auteur lorsque le fait omis devait être accompli soit en vertu d'une obligation légale, réglementaire ou conventionnelle, soit aussi, dans l'ordre professionnel, s'il s'agit notamment d'un historien, en vertu des exigences d'une information objective;

Attendu qu'il résulte des qualités et des motifs de l'arrêt attaqué, que le professeur Turpain, après avoir, en 1931, contesté la valeur et la portée des travaux scientifiques d'Édouard Branly dans des articles publiés par le journal *L'Antenne* et qui provoquèrent les plus vives controverses, écrivit pour l'*Almanach Populaire* 1939 un nouvel article intitulé : « Historique de la T. S. F. » où, exposant les travaux de Hertz et d'un certain nombre d'autres savants, dont lui-même, ayant joué, selon lui, un rôle dans la réalisation de la T. S. F., il préféra, cette fois, s'abstenir de prononcer le nom du professeur Branly, et de faire la moindre allusion à ses travaux;

Que Branly, actuellement décédé et représenté par ses héritiers, reprocha à Turpain d'avoir, dans l'article susvisé, manqué à son devoir de renseigner exactement les lecteurs et commis à son égard une faute de nature à engager sa responsabilité;

Attendu que l'arrêt infirmatif attaqué, tout en retenant des « éléments de la cause » que « Édouard Branly est reconnu comme étant l'auteur d'expériences déterminantes en la matière par de hautes autorités scientifiques et par Marconi lui-même », a estimé néanmoins que Turpain n'a pas agi de mauvaise foi, en omettant volontairement de citer l'œuvre et le nom de Branly en ce qui concerne les origines de la télégraphie sans fil et qu'il n'a pas davantage agi par malice et avec l'intention de nuire à autrui;

Mais attendu que, sans qu'il y ait lieu de prendre en considération l'énonciation que l'attitude de Turpain n'avait pas été dictée par la malice ou le désir de nuire, cette énonciation étant inopérante à l'égard du quasi-délit dont se prévalent les demandeurs et qui ne requiert pas cet élément intentionnel, il n'en reste pas moins que l'arrêt attaqué ne pouvait pas légalement dégager Turpain, en sa qualité d'historien, de l'obligation de réparer le préjudice résultant de l'omission incriminée, au seul motif que telle était « son opinion, peut-être erronée, mais paraissant sincère »;

Attendu, en effet, que le Juge, pour sainement apprécier la responsabilité imputable de ce chef à l'auteur du dommage, ne devait pas se borner à faire état exclusivement de l'opinion de Turpain, alors surtout que l'arrêt attaqué lui-même ajoute qu'il est « possible qu'il ait cédé à cette opinion par ambition dans le désir — que la Cour de Poitiers déclare à tort excusable — de surestimer ses propres expériences »; que la Cour devait rechercher si en écrivant une histoire de la T. S. F. dans laquelle les travaux et le nom d'Édouard Branly étaient volontairement omis, Turpain s'était comporté comme un écrivain ou un historien prudent, avisé et conscient des devoirs d'objectivité qui lui incombait;

Que, pour ne l'avoir pas fait, les juges d'appel ont rendu une décision qui manque de base légale;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu d'examiner le second moyen :

CASSE et ANNULE l'arrêt rendu entre les parties par la Cour d'Appel de Poitiers le 2 février 1943; et les renvoie devant Cour d'Appel de Bordeaux.

N° 35.594.

*Consorts Branly c/ Turpain.*

Premier Président : M. Picard. — Rapporteur : M. Mihura. — Avocat général : M. Rey. — Avocats : MM. Coutard et Beurdeley.

J. P. 195017.

## Le silence et la gloire

l'arrêt *Branly C. Turpain* (Civ., sect. civ., févr. 1951, D. 1951. 329, note de M. Desbois) avait été commenté dans un sens uniformément favorable (V. Desbois, *loc. cit.*; Mihura, note J.C.P. II. 6193; H. et L. Mazeaud, chronique *Rev. dr. civ.*, 1951, p. 246), il serait inutile d'y revenir. Mais, dans les sciences juridiques plus que dans les autres, seule la discussion est féconde, parce que seule, elle permet de faire sortir de la loi ou de la sentence, les contraires dont elles ne sont que provisoire repos. La Cour de cassation avait précédemment de fortes raisons morales pour décider comme elle l'a fait. Ce serait, pourtant, manquer aux devoirs que l'on a envers elle, que de lui cacher les critiques et les craintes qui surgissent à la lecture de son arrêt.

Il nous savons bien qu'elle s'est bornée à affirmer les principes de droit, à l'intérieur desquels il serait difficile à la cour de renvoi de reprendre, au fond, l'essentiel de la décision cassée (Poitiers, 2 févr. 1943, *Rev. dr. civ.* 1944. 44, note de M. Desbois). Mais le public non-juristes, en particulier celui des écrivains et des savants, ne voit pas si loin : il voit seulement que le professeur Turpain a été condamné pour avoir pas, dans un article, cité Branly parmi les auteurs de la T.S.F., et il se dit que la liberté d'opinion est bien menacée si un auteur n'a plus d'effroi de ses silences, et si, pour les gloires nationales, les dommages-intérêts établissent un culte d'État.

### I

Il serait hors de saison de rouvrir le débat sur l'abstention fautive. Contre la négation, exagérément individualiste, du XIX<sup>e</sup> siècle, la réaction de notre époque a été légitime. Peu d'esprits refuseront, aujourd'hui, de souscrire aux motifs généraux que l'abstention civile a placés en tête de son arrêt : que l'abstention prévue par les art. 1382 et 1383 peut constituer aussi bien dans une abstention que dans une faute positive, que l'abstention peut engager la responsabilité de son auteur même quand elle n'a pas été provoquée par la malice et l'intention de nuire. Mais de ces motifs généraux à l'application qui suit, le passage n'est guère convaincant.

Il a été mentionné comme un précédent (V. Mihura, *loc. cit.*) qu'une commune ait été rendue responsable de l'abus de langage qui avait mal tourné, parce qu'elle n'avait pas opposé de démenti aux prospectus la présentant mensongèrement comme l'émettrice (Req. 1894, D. P. 94. 1. 340), et l'on aurait pu y puiser toute la jurisprudence sur l'apparence, quand elle sous-entend qu'il y a faute à laisser créer une apparence de soi, sans la démentir, une apparence qui ne correspond pas à la réalité (V. par ex. Req. 20 févr. 1922,

D. P. 1922. 1. 201, note de M. Savatier. Comp. J.-Ch. Laurent, note D. P. 1931. 1. 41). Mais, pour arriver à identifier ce silence-là avec celui de l'historien supprimant une célébrité qui lui déplait, il ne faut rien de moins que la puissance d'abstraction des juristes, — même si nous considérons qu'ils sont, l'un et l'autre, la violation d'un devoir de renseigner autrui (Comp. Savatier, *Traité de la responsabilité civile*, 2<sup>e</sup> éd., t. 1, n<sup>o</sup> 46), car les renseignements destinés à l'enrichissement des connaissances ne ressemblent guère à ceux qui sont requis en vue de l'action. Dans un cas, si le silence attire l'attention du droit, c'est parce qu'il est dangereux, dangereux pour ceux qui auraient dû être renseignés et qui ne l'ont pas été; dans l'autre, c'est parce qu'il est offensant, offensant non pas pour le lecteur qui aurait dû être renseigné, mais pour un tiers. Jamais le sens commun ne confondra le silence-piège avec le silence-injure. De l'un à l'autre, il n'y a pas à conclure. Ce que l'on peut critiquer dans l'arrêt de la section civile, ce n'est pas qu'il ait fait du silence un délit, c'est qu'il en ait fait un délit de presse, un délit de la parole.

Notre système de responsabilité civile, fondé sur la *clausula generalis*, on ne peut plus *generalis*, de l'art. 1382, a un don d'ubiquité qui, à nos yeux prévenus, passe pour un incomparable avantage. L'inadaptation humaine qui en est la rançon pourrait bien, cependant, le compenser, et au delà. Un système de délits spéciaux, concrets, fragmentaires, comme en a connu le droit romain, comme en connaît encore le droit anglais, permet de traiter plus exactement les divers types sociologiques et psychologiques de fautes civiles, et se trouve ainsi, malgré son apparent archaïsme, plus proche des préoccupations scientifiques modernes. Il permet, du moins, de ne pas noyer dans une notion générale vague ces délits civils qui, transportés en droit pénal, prennent nom de délits de presse ou de la parole, d'atteintes à l'honneur et à la considération, et de construire pour eux une théorie particulière (*actio injuriarum, libel and slander*), où soit préservée leur originalité certaine, traditionnelle, postulée par la nature des choses. On pourrait se demander, du reste, si les rédacteurs du Code Napoléon ont réellement songé, en écrivant l'art. 1382, à faire disparaître le trésor de solutions équitables auquel l'ancien Droit était parvenu par l'étude des délits spéciaux, et notamment du délit d'injures (V. par ex. le *Traité des injures* de Dareau, 1775). Ce serait aussi une question que de savoir si les lois sur la liberté de la presse (en dernier lieu, la loi du 29 juillet 1881) n'avaient pas entendu instituer, pour toutes les manifestations de la pensée, un système juridique clos, se suffisant à lui-même, arbitrant une fois pour toutes tous les

intérêts en présence, y compris les intérêts civils — et enlevant, du même coup, à l'art. 1382 une portion de sa compétence diffuse. Sans préjudice des indications de certains textes, comme l'ancien art. 58 de la loi de 1881 (1), la considération du but poursuivi par le législateur suggérerait cette interprétation : si la liberté de la presse doit être garantie, ne faut-il pas qu'elle le soit au regard des actions en dommages-intérêts autant que de la répression pénale? La question, pourtant, sans avoir été sérieusement examinée, a été tranchée en faveur du droit commun niveleur : la pratique admet que l'art. 1382 demeure partout sous-jacent à la loi du 29 juillet 1881, et des faits qui ne sont pas, à défaut d'un élément constitutif, pénalement répréhensibles comme diffamations ou injures, peuvent encore être saisis comme délits civils, en vertu des principes généraux de la responsabilité (V. par ex., en l'absence de l'élément de publicité, Req. 2 déc. 1946, D. 1947. 110). Ce qui ne veut pas dire que, dans l'appréciation de ces délits civils, la jurisprudence n'ait pas été fortement influencée par la théorie pénale (Comp. Savatier, *op. cit.*, t. 1, n° 94). Comment aurait-il pu en être autrement? Dans la théorie pénale de la diffamation et de l'injure, elle trouvait une philosophie toute élaborée, le produit de réflexions séculaires sur les bienfaits et les méfaits de la langue des hommes, sur les aveuglements respectifs de l'envie et de l'amour-propre, etc., tandis que l'art. 1382 ne pouvait lui offrir qu'un schéma sec, dépouillé, visiblement conçu pour d'autres hypothèses, pour des blessures, des homicides, des dégâts matériels. Heureusement, il se rencontrait dans cet art. 1382 des parties assez plastiques — et, tout le premier, le concept même de faute — pour que, sans faire violence à la légalité, les tribunaux pussent y accueillir quelques-unes des nuances venues du droit pénal.

Il nous semble que c'est précisément ce que, dans un style trop discret peut-être, la cour de Poitiers avait voulu faire, en relevant que le professeur Turpain n'avait pas agi de *mauvaise foi*, n'avait pas agi *par malice et avec l'intention de nuire*. Certes, confrontées avec les seuls art. 1382 et 1383, de telles constatations étaient inopérantes : partout où la faute intentionnelle est concevable, il y a place pour la faute d'imprudence ou de négligence ; le quasi-délit est l'ombre portée du délit. Mais référons-nous à la loi du 29 juillet 1881 : une jurisprudence constante, et qui n'est pas toute pénale, décide que la diffamation et l'injure supposent essentiellement l'intention de nuire, la malice, la mauvaise foi (V. Req. 8 févr. 1909, D. P. 1909. 1. 535 ; 24 avr. 1914, D. P. 1918. 1. 96 ; Crim. 28 janv. 1916, D. P. 1920. 1. 95 ; 27 oct. 1938, D. P. 1939. 1. 77, note de

M. Mimin ; 7 févr. 1945, D. 1945. 254 ; 1<sup>er</sup> juill. 1949, D. 1949. 447. Comp. la note de M. Nast sous Trib. civ. Seine, 29 mars 1926, D. P. 1928. 2. 68). C'étaient les propositions mêmes de la cour de Poitiers.

Cette jurisprudence a été contestée (V. G. Le Poittevin, *Traité de la presse*, t. 2, n°s 729 et s.). Elle repose, cependant, sur une donnée très solide de l'expérience : c'est que, pour l'offenseur comme pour l'offensé, l'offense n'est pas dans la matérialité des gestes ou des mots, mais tout entière dans l'intention qui les anime. Le principe, qu'enseignaient nos vieux jurisconsultes, est qu'« il n'y a d'injure qu'autant qu'il y a de l'affectation et un dessein marqué d'injurier » (Dareau, *op. cit.*, p. 94). « Point d'injure sans esprit d'injure », répétait Portalis. L'intention coupable exigée en matière d'injure et de diffamation, ce n'est pas, d'ailleurs, exclusivement cet élément intentionnel par lequel le délit civil se définit, en contraste avec le quasi-délit. La notion est plus vaste, prend une coloration morale, qui explique que les tribunaux parlent également de mauvaise foi. On a pu leur reprocher, à cette occasion, de ne pas séparer intention et mobiles. Mais le vrai est qu'il s'agit toujours, pour eux, de rechercher si l'offense, physiquement réalisée, n'est pas psychologiquement vide de signification offensante, comme ils le font, sans que l'on s'en étonne, pour l'injure grave, cause de divorce. Cette appréciation morale dépend d'une foule de circonstances. Néanmoins, ainsi que le soulignait M. Mimin dans une pénétrante analyse (D. P. 1939. 1. 79), il est trois critères auxquels on peut tout ramener, trois critères de la mauvaise foi dans les délits de presse — ou, plutôt, de la bonne foi, car il sied d'inverser les termes et, puisque l'intention coupable se présume ici (V. Crim. 27 oct. 1938, 7 févr. 1945, 1<sup>er</sup> juill. 1949, précités), d'énoncer plutôt ce qui pourra justifier le défendeur : sa sincérité, la légitimité de son but, la correction de ses moyens.

La Cour de cassation a voulu ignorer ce particularisme de la matière. Rien de plus caractéristique que sa surprise en voyant la cour de Poitiers attacher des conséquences à la sincérité de l'historien. Surprise qui redouble, à constater que cette sincérité n'était même pas toute pure, puisqu'il pouvait bien s'y mêler un grain d'orgueil ou d'ambition. Il y a de quoi être surpris, en effet, au regard des principes généraux de la responsabilité : nos défauts ne sauraient justifier nos mauvaises actions (Comp. H. et L. Mazeaud, *Rev. trim. dr. civ.*, 1943, p. 111). On conçoit, au contraire, dans l'atmosphère particulière des délits de presse, que la sincérité ne coïncide pas nécessairement avec l'impartialité, et qu'une dose de passion y soit excusable et excusante, que ce soit

(1) Ce texte, qui a disparu depuis l'ordonnance du 13 sept. 1945, avec la compétence de la cour d'assises en matière de délits de presse, disposait que, dans le cas d'acquiescement par le jury, le prévenu devait être renvoyé de la plainte sans dépens ni dommages-intérêts au profit du plaignant (contrairement au droit commun des art. 358 et 366 c. instr. crim.). C'était nier que pût exister, en notre matière, une faute civile distincte de la faute pénale (Comp. G. Le Poittevin, *Traité de la presse*,

t. 2, n° 794.) Au même esprit, nous rattacherions l'art. 6-3° de la loi du 12 juill. 1905 (disposition traditionnelle dans la réglementation de la compétence des juges de paix), dont le langage paraît bien impliquer une unité substantielle entre toutes les diffamations et injures, entre celles qui peuvent être poursuivies par la voie criminelle et celles qui ne peuvent donner lieu qu'à la voie civile.

la passion partisane des luttes électorales (Comp. Crim. 30 juill. 1899, D. P. 1902. 1. 118 ; Req. 24 avr. 1914, précité), ou celle des débats que l'on dit scientifiques.

Mais, pourrait-on objecter, cette question de sincérité n'a pas été décisive dans la cassation ; ce qui a déterminé la section civile, c'est l'*incorrection des moyens* employés envers Branly, motif qui avait tout autant de poids dans le droit spécial de la presse que dans le droit commun de la responsabilité civile. De fait, tout l'arrêt suggère, s'il ne l'exprime formellement, cette idée que la faute a tenu, en l'espèce, à l'emploi du silence comme moyen de critique ; l'historien pouvait contester que Branly fût l'inventeur de la T.S.F., mais à condition de s'en expliquer ; il n'avait pas le droit de le laisser seulement entendre en se taisant. Nous voici de nouveau au silence-injure.

Remarquez que la théorie pénale admet qu'il puisse y avoir des silences injurieux ou diffamatoires. Mais ce sont des silences qualifiés, circonstanciés : des points de suspension habilement semés (Comp. Le Poittevin, *op. cit.*, t. 2, n° 732), des réticences évocatrices (« X... ne fait plus partie de ma maison pour des raisons que je tairai ». Comp. Req. 16 janv. 1914, D. P. 1918. 1. 11. V. cep. Paris, 6 mars 1844, *Jur. gén.*, v° *Presse-outrage*, n° 822), ou encore, ainsi que les appelait l'ancien Droit, des injures obliques (« Moi, je ne suis pas un voleur ». Comp. *Jur. gén.*, *ibid.*, n° 820), — toutes insinuations que la théorie frappe au même titre que l'allégation directe (V. l'art. 29 de la loi de 1881, dans la rédaction de l'ordonnance du 6 mai 1944). Si ces silences sont jugés coupables, ce n'est point, — comme on serait tenté de l'imaginer, dans l'esprit des doctrines générales de la responsabilité, — parce qu'ils constituent des omissions dans l'action ; c'est tout simplement qu'ils ne sont pas de véritables silences. La suspension, la réticence, la prétérition sont des figures classées de rhétorique. Ce sont des façons de parler ; elles font partie du discours, comme, dans un tableau, les ombres font partie de la peinture aussi bien que les couleurs.

À côté de cela, il y a des silences absolus, des silences parfaits. Ils peuvent être éloquents, avoir un sens pour qui sait ou qui conjecture, parce qu'il est toujours possible, avec un minimum de pénétration, de deviner la pensée d'autrui. Mais rien ne les matérialise, et c'est pourquoi ils n'engagent pas la responsabilité. Peu importe qu'une abstention pure, en général, puisse l'engager. La question n'est pas la

responsabilité en général, mais cette responsabilité spéciale que nous assumons pour nos paroles ou nos écrits, et le silence absolu n'est ni parole ni écrit, il est pensée pure. Nous nous faisons scrupule de reprendre contre la solution de la Cour de cassation ce que l'individualisme a trop dit, chaque fois qu'a été sanctionnée une responsabilité pour abstention fautive : que c'est mettre en péril la liberté. La liberté finira par devenir un vocable abusif. Il est beaucoup de libertés, et toutes ne sont pas également précieuses. Même la liberté de communiquer ses pensées ne peut être sans limite. Mais c'est la liberté de la pensée *intérieure* qui est ici en cause, et il n'est pas de valeur qui soit supérieure à celle-là.

Et puis, le silence a des vertus pratiques. La sociabilité est faite de silences. Le silence est respectueux, religieux, charitable. Il procède de la défiance de soi, du doute méthodique. Je suis, par intuition, persuadé qu'une assertion courante est fautive, sans être encore à même de le démontrer ; serai-je forcé, en attendant, de faire semblant d'y croire ? Le silence est l'issue honnête. Il est des mutismes officiels (on en entendra sur Verdun) ; il en est de laïques ; certains interviennent *ad usum Delphini* (1), d'autres *brevitatis causa*. Apparemment, la Cour de cassation consentirait à admettre qu'il y eût ici des buts justificatifs. Mais le silence, par essence, est un vide, où tout, n'importe quel but, peut entrer ; et quelle besogne inquisitoriale, peu digne de ce qu'il y a de positif, d'agnostique dans le droit, si les tribunaux doivent passer les silences au crible de l'art. 1382 !

## II

À quoi bon instruire plus avant le procès de tendance fait au silence ? Il n'est pas sûr que l'historien se serait sauvé en parlant. Plus que de certaines armes, c'est peut-être de certaines cibles que la section civile a voulu lui interdire le choix. L'article incriminé n'aurait pas davantage trouvé grâce si, au lieu de se taire complètement sur Branly, il avait lapidairement déclaré : Branly n'a pas inventé la T.S.F. Il y aurait fallu des explications, et d'une ampleur suffisante, et, raisonnablement, pas n'importe lesquelles. De proche en proche, la Cour de cassation ne peut éviter d'instaurer un contrôle judiciaire de la manière d'écrire l'histoire (2).

Ce contrôle serait encore relativement aisé si l'histoire n'était composée que de faits simples, dont l'existence pût se vérifier par oui ou par non. Mais

si faute il y avait, ce ne pouvait être qu'à l'égard des acheteurs du livre. Aussi bien, on n'a jamais entendu dire que la famille Bonaparte ait réclamé des dommages-intérêts.

(2) C'est ce que la cour de Paris avait refusé de faire, au siècle dernier, dans un arrêt rendu au profit d'Alexandre Dumas père (Paris, 26 avr. 1865, *Rec. Sirey*, 65. 2. 289). Les motifs de cet arrêt contrastent vigoureusement avec ceux de l'arrêt *Branly* : « l'histoire n'est pas tenue, lorsqu'elle rencontre un point obscur ou diversement raconté par les relations du temps, de rapporter les différentes versions auxquelles il a donné lieu, mais seulement de choisir avec impartialité celle qui lui paraît la plus sûre, et si ce point vient à soulever une controverse, ce n'est pas devant les tribunaux qu'elle peut trouver ses juges... ».

(1) Nous n'aurions pas osé troubler la mémoire du P. Loriguet, si une allusion n'y avait déjà été faite (V. H. et L. Mazeaud, *Ann. Crim. dr. civ.*, 1951, p. 247). On sait que ce jésuite, qui n'a pas eu à avoir été, au demeurant, un esprit fort distingué, devint célèbre, sous la Restauration, pour avoir, dans un manuel d'histoire de France, — du moins à ce que l'on raconte, car les historiens de cet historien ne sont point unanimes, — retracé l'histoire de la période de 1800 à 1815 sans mentionner Napoléon. On peut-être, selon une variante, en le présentant comme un général des armées de Louis XVIII). L'exemple, en effet, est frappant, d'une improbité intellectuelle par voie de silence. Mais qui peut juger ? Une pédagogie de nos jours très sage aimerait, sans doute, cet éducateur soucieux de ne pas laisser de germes guerriers dans l'âme enfantine. En tout cas,

l'histoire ne se contente plus d'enregistrer les événements ; elle se préoccupe d'en découvrir les causes. Or, les causes sont complexes, enchevêtrées, obscures. Le consensus que l'on peut normalement espérer sur la description des événements ne se retrouve plus dans la reconstitution des causalités. Entre les deux, s'interpose un écran d'interprétation, donc de subjectivité. Ainsi en va-t-il pour la paternité des inventions, si souvent controversée, et pas seulement d'un pays à un autre : c'est qu'elle ne se déduit pas uniquement de la chronologie des expériences qui y ont conduit, point de fait, mais d'une appréciation du rôle respectivement joué par ces expériences dans le résultat final. Les civilistes devraient bien savoir à quoi s'en tenir : s'ils constatent tous que Bonaparte a participé aux travaux du Conseil d'Etat, ils ne sont point d'accord sur la part qu'il convient de lui attribuer dans l'œuvre de codification.

On entrevoit, dès lors, les réserves suscitées par les formules où la section civile, — combinant du reste, avec quelque éclectisme, deux doctrines différentes de la responsabilité, — s'est efforcée de définir la responsabilité de l'historien. Que l'on déclare qu'un historien est en faute pour avoir violé un devoir professionnel d'objectivité, ou pour ne s'être pas comporté comme un historien prudent, avisé et objectif, c'est toujours méconnaître l'existence de tout un secteur immense des sciences historiques où la subjectivité est légitime, parce qu'elle est inévitable. Avec la première formule, on raisonne comme s'il y avait une corporation des historiens, chargée de dresser pour eux un code de déontologie ; avec la seconde, on paraît supposer un type abstrait, là où il serait souhaitable de ne trouver que des individualités irréductibles les unes aux autres. Observons-le, au risque de nous éloigner beaucoup de l'arrêt : plus un historien aura de génie, plus il tombera dans ce péché de subjectivité que la Cour de cassation tend sous ses pas. Michelet y aurait succombé à tous les coups. Veut-on le triomphe de l'histoire plate ? C'est-à-dire de l'histoire conformiste. Car le signe le plus clair de l'objectivité pourrait bien être, aux yeux de la Cour de cassation, une certaine conformité aux opinions assises. L'historien ne serait pas obligé de discuter toutes les versions qui ont pu être proposées d'un même fait ; du moins, il serait tenu de faire un sort à la version que l'on pourrait qualifier de principale, celle-ci se reconnaissant à ce qu'elle a été adoptée par la *major et sanior pars* des historiens antérieurs. Les doctrines consacrées par le succès emporteraient ainsi avec elles une présomption de vérité. Pas irréfragable, il faut le concéder. Mais, même réfragables, les présomptions de vérité sont fort gênantes pour la libre recherche scientifique.

Que la recherche ait pour objet le grandeur d'un

homme, l'importance de son rôle dans un événement et le bénéfice de la présomption va fonctionner pour la conservation des gloires acquises. C'est peut-être la leçon la plus remarquable de l'arrêt *Branly* que cette invitation faite à l'histoire de se montrer circospecte dans la discussion des grands hommes, tout le moins tant que le temps ne les a pas fait sortir, eux et leurs héritiers, de la zone de protection de l'art. 1382. On peut ne pas éprouver beaucoup de sympathie pour cet exercice de virtuosité historique qu'est le « déboulonnage » des statues. Mais dans la réalité, ce ne sont pas les historiens qui réussissent à jeter à bas les statues, pas plus qu'à les ériger ; c'est l'opinion publique.

Par là jaillit une nouvelle objection contre l'interprétation de l'art. 1382, non plus du côté de la faute, mais à l'autre bout, du côté du préjudice. L'art. 1382 protège incontestablement l'honneur et la considération des individus (Comp. L. 29 juill. 1881, art. 29). Seulement, affirmer, au rebours de la croyance commune, qu'un savant n'est pas l'auteur d'une invention déterminée, ce n'est s'attaquer ni à son honneur ni à sa considération. Certainement pas à son honneur : on ne prétend pas qu'il ait plagié, usurpé. Mais même pas à sa considération : ses talents professionnels ne sont pas déniés, ni ses qualités scientifiques. Ce qui est visé, c'est sa célébrité, sa gloire. Or, la gloire n'est pas un capital que les grands hommes se sont constitué une fois pour toutes sur lequel ils ont désormais un droit acquis. Ce n'est pas davantage une parcelle de leur personnalité qu'ils pourraient défendre *erga omnes*. Leur honneur, leur considération, ils pourraient les défendre ainsi. Ce sont des valeurs qui leur appartiennent, et que le sentiment coalisé de tous leurs semblables ne sauraient leur ravir, tandis que leur gloire, c'est entièrement dans ce sentiment des autres hommes qu'ils la trouvent. Ils en sont enveloppés, mais elle est en dehors d'eux (1). On a souvent parlé du soleil de la gloire. Cette image usée a au moins le mérite de faire sentir ce qu'il y a, dans la gloire, de commun, de public, d'inappropriable, et combien est juridiquement vaine la prétention de l'homme célèbre qui se plaint que sa gloire ait été lésée : c'est un préjudice impossible.

Un préjudice impossible, venu d'une faute imputable : à cela se réduisait, sans doute, en termes de droit, cette trop fameuse affaire. Le droit ne gagne rien à s'annexer ces domaines chimériques, l'opinion, autrefois, régnait seule, qui juge mieux plus vite que lui, et plus délicatement, ayant à disposition le moyen subtil de l'oubli.

Jean CARBONNIER,

Doyen de la Faculté de droit de Poitiers.

(1) C'est en quoi se justifie, nous semble-t-il, une décision récente (Trib. civ. Chaumont, 13 mai 1946, D. 1947. 53, note critique de M. Lalou), qui n'a pas accepté de garantir ne disons pas la gloire, mais, plus modestement, la célébrité d'un avocat de province contre le silence systématique d'un journal local.

solution aurait dû être différente en l'absence des règlements corporatifs interdisant aux avocats la réclame individuelle. La vérité, c'est que la célébrité, par définition, est un concept spontané, et que nul ne peut être contraint à unir sa voix à son concert.