

UNIVERSITE CHEIKH ANTA DIOP DE DAKAR  
FACULTE DES SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES  
LICENCE 2/ANNEE UNIVERSITAIRE 2021-2022  
COURS DE RESPONSABILITE CIVILE DELICTUELLE

Mme Ndeye Sophie DIAGNE

Agrégée des facultés de droit

## **BIBLIOGRAPHIE**

### **1. Ouvrages**

- BENABENT A., Droit civil, Les obligations, Montchrestien, coll. « Domat », 12e éd., 2010.
- CARBONNIER J., Droit civil, t. II, Les obligations, PUF, 2e éd., 2017
- FABRE-MAGNAN M., Les obligations. 2. Responsabilité civile et quasi-contrats, PUF, 3e éd., 2013.
- GIROD P., La réparation du dommage écologique, LGDJ, 1974, 288 p.
- LE TOURNEAU Ph., Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz Action, 2012-2013.
- MAITRE G., La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit, LGDJ, 2005.
- MALAURIE Ph., AYNES L. et STOFFEL-MUNCK Ph., Droit civil, Les obligations, Defrénois, 6e éd., 2013.
- MALINVAUD Ph. et FENOUILLET D., Droit des obligations, LexisNexis, coll. « Manuels », 11e éd., 2010.
- MAZEAUD H. L. J. et CHABAS F., Leçons de droit civil, t. II, vol. I, Obligations, Montchrestien, 9e éd., 1998.
- NDIAYE I. Y., CORREA J. L. et DIOUF A. A., Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après, vol. I et II, CREDILA-L 'Harmattan, 2018.
- PORCHY-SIMON S., Droit civil, les obligations, 2e année, Dalloz, 12e éd., 2019.
- SERIAUX A., Droit des obligations, PUF, 2e éd., 1998.
- STARCK B., ROLAND H. et BOYER L., Obligations, vol. I, Responsabilité délictuelle, Litec, 5e éd., 1996.
- TERRE F., SIMLER Ph. et LEQUETTE Y., Droit civil, Les obligations, Précis Dalloz, 11e éd., 2013.

- TOSI J. P , Le droit des obligations au Sénégal, LGDJ, Nouvelles Editions Africaines, 1981.
- VINEY G., Introduction à la responsabilité, LGDJ, 4e éd., 2019.
- VINEY G., JOURDAIN P. et CARVAL S., Les conditions de la responsabilité civile, 4e éd., 2013.
- VINEY G. et JOURDAIN P., Les effets de la responsabilité, LGDJ, 4e éd., 2017
- ZACCAI E. et MISSA J. N., Le principe de précaution, Significations et Conséquences, Ed. De l'Université de Bruxelles, 2000, 234 p.

## **2- Revues**

- Annales africaines - Credila
- Dalloz
- Revue trimestrielle de droit civil
- Revue sénégalaise de droit
- Revue internationale de droit comparé

## **3- Réglementation**

- Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal
- Code civil français
- Code CIMA
- Code de la sécurité sociale

## INTRODUCTION

Les enseignements du semestre précédent ont exposé qu'à travers le contrat, des personnes pouvaient être tenues d'obligations les unes envers les autres<sup>1</sup>. Le cas échéant, la violation de celles-ci peut les exposer à l'engagement de leur responsabilité civile. On parle dans cette hypothèse de responsabilité civile contractuelle<sup>2</sup>. Seulement, le contrat n'est pas l'unique source de l'obligation juridique; il n'est donc pas le seul fait pouvant entraîner la responsabilité civile d'un individu. A côté du contrat et du quasi-contrat<sup>3</sup> auquel il peut être rapproché<sup>4</sup>, il y a d'autres événements qui peuvent provoquer une telle responsabilité : il s'agit du délit et du quasi-délict<sup>5</sup>. Lorsque ces situations sont en cause, la responsabilité encourue est dite précisément responsabilité civile délictuelle ou responsable civile extracontractuelle<sup>6</sup>; employés comme des synonymes, ces deux termes sont néanmoins distingués par des auteurs<sup>7</sup>.

Pour notre part, responsabilité civile délictuelle et responsabilité extracontractuelle seront employés indistinctement. La responsabilité<sup>8</sup> civile extracontractuelle est définie simplement comme « *l'obligation de réparer le dommage causé à autrui* »<sup>9</sup>. Certains auteurs se veulent

---

<sup>1</sup> Articles 40 et 96 COCC.

<sup>2</sup> Article 105 COCC.

<sup>3</sup> D'après le COCC, les quasi-contrats sont au nombre de deux, voir articles 157 COCC pour la gestion d'affaires et, 160 pour l'enrichissement sans cause. S'agissant de la répétition de l'indu (art 187), voir l'explication qui en est donnée par le Professeur TOSI : J. P. TOSI, *Le droit des obligations au Sénégal*, LGDJ, Nouvelles Editions Africaines, 1981, p. 289.

<sup>4</sup> F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, Paris, Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., 2009, p.1029, n°1026.

<sup>5</sup> Il arrive souvent que des auteurs citent la loi comme source de l'obligation juridique à côté du contrat, du délit, du quasi contrat et de quasi délit ; une idée que nous sommes bien loin de vouloir contester. Nous sommes cependant d'avis que la place de la loi se situe bien au-dessus de ces différentes situations juridiques. En effet, en s'appuyant sur l'article 39 du COCC, l'on pourrait bien considérer que la loi se présente comme la « source » des sources de l'obligation juridique dans la mesure où c'est ce texte qui énumère ces dernières. Par conséquent, la loi définissant les sources de l'obligation juridique, elle est bien plus qu'une source. V. pour le même avis, Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBEAU-TERNEYRE, *Droit civil, les obligations*, Paris, Sirey, 16<sup>e</sup> éd., 2018-2019, p.695, n°2121.

<sup>6</sup> V. S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 23<sup>e</sup> éd., 2015-2016, p. 914.

<sup>7</sup> Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, 3<sup>e</sup> éd., 2014, p. 17. Le terme "Responsabilité civile extracontractuelle" a la préférence de certains auteurs car ils considèrent qu'il a le mérite de rendre compte de la responsabilité civile dans son entièreté, en prenant en compte sa dimension délictuelle et quasi-délictuelle; pour d'autres auteurs, l'argument est la traduction des nouvelles dynamiques de la matière car au delà de la distinction entre faute intentionnelle ou non, il existe des cas de responsabilité civile sans faute; v. V. L. ANDREU et N. THOMASSIN, *Cours de droit des obligations*, Gualino-Lextenso, éd. 2016, p. 363, n° 1019.

<sup>8</sup> Sur l'origine du mot, voir G. Viney, *La responsabilité*, Arch. de phil. du droit 1990, p. 215

<sup>9</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil, Tome 2, les biens-les obligations*, Paris, PUF, 2<sup>e</sup> éd., 2017, p. 2253.

davantage précis et insistent, à travers la définition de la responsabilité civile délictuelle, sur les différents acteurs actif et passif), notamment le responsable et la victime<sup>10</sup>, ou le débiteur de la dette de réparation et le créancier de la dette de réparation. D'autres mettent l'accent, quant à eux, sur son opposition avec le contrat en faisant état de l'absence de lien contractuel entre le responsable et la victime, comme le précisé l'article 1240 du Code civil français<sup>11</sup>.

En tout état de cause, de ces différentes appréhensions de la responsabilité civile délictuelle, il ressort l'idée selon laquelle une personne est amenée à répondre, par le biais de la réparation au profit de la personne qui en a souffert, d'un fait qu'elle a causé.<sup>12</sup> Ce type de responsabilité est donc *a priori* une institution créée dans le but de « panser » le mal qui affecte cette dernière de sorte à ce qu'elle soit remise dans son état initial<sup>13</sup>. Un tel résultat ne peut ainsi se réaliser que si l'on se focalise davantage sur la victime. On cherche ainsi à réparer le tort qui lui a été injustement causé en l'indemnisant. Il se pose dès lors la question des fonctions de la responsabilité civile délictuelle, autrement dit sur ses finalités.

## **I. Fonctions de la responsabilité civile extracontractuelle**

Les préoccupations essentielles de la responsabilité civile extracontractuelle tournent autour de la préservation des intérêts de la victime qui a été lésée par son auteur. Avant l'intervention fautive voire non fautive de l'auteur du dommage, la victime se trouvait dans une situation normale. Cette intervention ayant impacté négativement sur le cours de son existence, il faut que l'auteur répare le tort causé afin que la victime retrouve cette situation normale. Il est dès lors logique qu'une fonction réparatrice soit d'abord assignée à la responsabilité civile extracontractuelle<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBEAU-TERNEYRE, op. cit., p.697, n° 2124.

<sup>11</sup> Aux termes de ce texte, « La responsabilité civile délictuelle est une responsabilité qui survient lorsque quelqu'un cause un dommage à autrui en dehors de tout engagement contractuel préexistant ».

<sup>12</sup> Ph. Le Tourneau, *La responsabilité civile*, PUF 2009, p. 9 : « La responsabilité civile est l'obligation de répondre devant la justice d'un dommage, et d'en réparer les conséquences en indemnisant la victime. Son objectif principal est la réparation, consistant à rétablir l'équilibre qui avait été rompu, par l'auteur du dommage, entre son patrimoine et celui de la victime ».

<sup>13</sup> J.L. CORREA, "La réparation intégrale dans le Code des Obligations Civiles et Commerciales", Code des Obligations Civiles et Commerciales du Sénégal (C.O.C.C) : cinquante ans après, vol 1, CREDILA- L'Harmattan Sénégal, p. 140.

<sup>14</sup> La responsabilité civile extracontractuelle, dans cette fonction principale indemnitaire, subit tout de même dans les pays développés d'autres systèmes d'indemnisation. Un auteur en fournit des explications très claires : « Avant que les procédés modernes de socialisation de risques n'aient pris leur essor, la responsabilité civile apparaissait comme la pièce maîtresse du système d'indemnisation légale des dommages. Son utilité était donc évidente et personne ne la mettait en doute. En revanche, lorsque ces nouvelles méthodes se développèrent, la responsabilité

Toutefois, cette fonction ne se positionne pas de façon exclusive. Aujourd'hui, la notion de faute, mise en avant pour établir la responsabilité, suggère l'évocation d'une fonction normative. Aujourd'hui, cette dernière fonction qui convoque la morale au coeur des relations privées cherche à s'imposer. Des préceptes moraux les plus importants, on peut retenir l'interdiction de ne point faire de mal à son prochain. Mais bien plus encore, de la fonction normative, découle celle préventive. L'on estime à juste titre que la menace de la sanction brandie à l'encontre du responsable devrait avoir pour effet de l'inciter à bien se comporter afin d'éviter de causer un dommage à autrui. Ces trois fonctions sont ainsi assignées à la responsabilité civile.

### **-Fonction réparatrice ou indemnitaire<sup>15</sup>**

Dans l'esprit contemporain, l'indemnisation des dommages causés à la victime est le principal objectif de la responsabilité civile extracontractuelle. Cette idée de réparation apparaît clairement dans le code civil français à travers l'article 1240 selon lequel « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause un dommage à autrui, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ». Les termes de l'article 118 du COCC<sup>16</sup> ne sont pas tout aussi exhaustifs à ce propos. Ce texte, rédigé de manière très succincte ne se préoccupe que d'indiquer les conditions d'engagement de la responsabilité à savoir la faute, le dommage et le lien de causalité qui en découle implicitement. Néanmoins, ce n'est pas pour autant que la finalité réparatrice de la responsabilité civile extracontractuelle est occultée par le COCC ; de cette disposition, on peut comprendre que la responsabilité est induite par le dommage causé fautivement à autrui. Or, la définition de la responsabilité civile suppose même la réparation. Par ailleurs, à travers les dispositions subséquentes, il est clair que la réparation retenue comme le principal effet de la responsabilité civile<sup>17</sup>.

L'appréciation de la responsabilité s'appuie sur le dommage subi par la victime et qu'il faut tout simplement réparer. Le niveau de responsabilité dépend de l'ampleur du dommage subi. Le sort

---

*civile perd le monopole de l'indemnisation, mais elle n'en garda pas moins très longtemps une prééminence incontestée qu'elle devait à son ambivalence, sa fonction indemnitaire étant doublée par une fonction normative qui, dans l'esprit des rédacteurs du Code civil, était même certainement prioritaire», - G. VINEY, Introduction à la responsabilité, LGDJ, 4e éd., 2019, p. 91 n° 46.*

<sup>15</sup>Pour une distinction entre ces deux notions, voir G. GIUDICELLE-DELAGE, C. LAZERGES, *La victime sur la scène pénale en Europe*, PUF, 2008, p. 228 et s.

<sup>16</sup> Selon ce texte, « *Est responsable celui qui par sa faute cause un dommage à autrui* ».

<sup>17</sup> V. Par exemple les articles 133, 134, 135 ...

de la victime est la seule chose qui préoccupe dans cette optique. Comme le fait remarquer Carbonnier, « la responsabilité civile est une institution conçue avant tout dans l'intérêt de ceux qui ont subi le dommage ». Il considère également que l'intérêt de la victime qui se place au centre de la réparation est devenu quasi exclusif dans la seconde moitié du XXe siècle et a influencé la jurisprudence comme la législation<sup>18</sup>.

Dans cette perspective, ce sont les notions de faute, de morale qui sont reléguées en arrière-plan. L'objectif d'indemnisation poursuivi s'accommode mal de considérations subjectives ou morales dans la mesure où ces dernières supposent la conscience et la distinction du bien et du mal ; ce qui peut parfois constituer des obstacles à la réparation au profit de la victime. Or, cette dernière est le principal objectif poursuivi par la responsabilité civile délictuelle.

Pour autant, la réparation n'est pas le seul objectif envisagé si l'on sait que d'innombrables limites lui ont été trouvées<sup>19</sup>. L'on s'est posé la question de l'inefficacité de l'indemnisation, quand bien même intégrale, dans l'hypothèse d'un dommage irréversible. A quoi cela servirait-il pour la victime ? Agiter la fonction punitive, normative ne pourrait-elle pas davantage aider à lutter contre des actes sources potentielles de responsabilité civile ?

### **-Fonction normative ou punitive<sup>20</sup>**

Cette fonction n'est pas une nouveauté. On peut, pour retracer sa trajectoire, parler de déclin et de renouveau. En effet, dans l'Ancien droit et en droit romain, la proximité entre le délit pénal et le délit civil témoigne des préoccupations normatives de la responsabilité civile<sup>21</sup>. La codification

---

<sup>18</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil, Tome 2, les biens-les obligations*, op. cit.

<sup>19</sup> « On attribue classiquement deux fonctions au droit de la responsabilité civile, deux objectifs, deux raisons d'être : sanctionner les comportements illicites générateurs de dommages et réparer les dommages subis par la victime. La première renvoie à la fonction « normative » qui oriente les comportements et s'exerce sur le responsable du fait dommageable, tandis que la seconde renvoie à la fonction indemnitaire et se déploie au bénéfice de la victime du dommage. Longtemps demeurée la fonction essentielle du droit de la responsabilité civile, la fonction indemnitaire ne cesse de montrer ses limites. En effet que peut le principe de réparation intégrale face à un préjudice irréversible ? L'enjeu de la responsabilité civile ne peut plus seulement être « comment améliorer la réparation des victimes » mais devrait aussi être « comment empêcher la réalisation de dommages, comment enrayer les comportements potentiellement dommageables » ? N'est-ce pas l'office de la fonction normative : convertir le comportement au respect de la loi, à la prudence, au respect d'autrui et du Vivant, afin d'éviter qu'un dommage ne se réalise ? », Ph. CHAVIRÉ, *Presentation du Colloque sur L'intensification de la fonction normative de la responsabilité civile Acte II de la réforme du livre III du Code civil, Faculté de Droit de Metz, mai 2019.*

<sup>20</sup> A. A. DIOUF, "La peine privée en droit sénégalais de la responsabilité extracontractuelle", *Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après*, vol. 1, CREDILA-L'Harmattan, 2018.

<sup>21</sup> F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, op. cit., p. 688 n° 677.

avec l'adoption du Code civil de 1804 a eu pour effet de la reléguer à la seconde place, derrière la fonction indemnitaire. Cette solution a beaucoup déteint sur le COCC.

Cependant, la volonté du législateur de faire jouer un rôle sanctionnateur à la responsabilité civile extracontractuelle n'est pas totalement inexistante. La présence de la notion de « *faute* » dans les dispositions du COCC et du Code civil, s'agissant de la responsabilité civile délictuelle a une portée hautement significative. Mieux, le législateur sénégalais arbore une posture plus subjective en mettant l'accent sur l'auteur du dommage, c'est à dire, "celui par la faute duquel le dommage est survenu". Son identification n'est pas sans conséquence car conduit à le sanctionner en faisant subir à son patrimoine la dette de réparation.

En réalité, on ne peut faire l'économie de la recherche de la personne fautive dans la mesure où c'est son intervention seulement, intentionnelle ou non, qui a donné lieu au dommage ; en tout état de cause une règle de conduite a été violée ou un mauvais comportement adopté. Cela appelle nécessairement à une sanction qui, en droit de la responsabilité civile, coïncide avec l'indemnisation de la victime.

Il faut tout de même reconnaître que les solutions retenues par le législateur laissent voir que la gravité du comportement du responsable n'exerce pas une certaine influence sur la réparation qui doit être allouée à la victime. Déjà, dans le COCC, l'article 119 définit la faute en faisant peu cas de la distinction entre la faute délictuelle et la faute quasi-délictuelle<sup>22</sup>. En outre, le principe de la réparation intégrale est celui qui est retenu, quel que soit le degré de gravité de la faute.

Le législateur français jusque-là était resté intraitable sur la question de la prise en compte de la faute aux fins d'évaluation du préjudice subi, et partant de la réparation. Pour lui, seul le dommage doit conditionner la réparation<sup>23</sup>. La notion de dommages et intérêts punitifs, d'inspiration anglo saxonne (*punitive damages ou exemplary damages*) n'est pas encore reçue en droit positif

---

<sup>22</sup> Cette distinction est artificielle en droit de la responsabilité civile extracontractuelle car n'ayant en principe aucun effet sur le quantum de la réparation; elle a juste le mérite de mettre en avant le caractère intentionnel ou imprudent de la faute commise.

<sup>23</sup> Cependant, la doctrine estime que la notion de dommages et intérêts n'est pas totalement en dehors des préoccupations du droit français ; elle pose d'ailleurs la question de son application détournée dans certaines situations, notamment en cas de réparation du préjudice moral, v. E. DREYER, "La faute lucrative des médias, prétexte à une réflexion sur la peine privée", JCP 2008, 1, 201.



français<sup>24</sup>. Cela aurait consisté au versement d'une somme supplémentaire à la victime par l'auteur d'une faute délibérée ou intentionnelle, pour le profit qu'il en aurait tiré : on parle de faute lucrative. Elle est définie comme celle par laquelle l'auteur a obtenu un avantage pécuniaire très important et largement supérieur à la somme qu'il devrait verser à la victime en cas de condamnation.

Mais le législateur français ne se montre pas irréductiblement réfractaire à la possibilité de sanctionner l'auteur d'une faute lucrative ; en effet, l'avant-projet du droit de la responsabilité civile envisage d'intégrer dans le code civil une disposition, article 1266, qui donnerait au juge la possibilité de prononcer une amende civile à l'encontre de ce dernier.

### **-Fonction préventive**

Cette fonction portée par un courant plus moderne et ambitieux propose de faire jouer un rôle préventif, de dissuasion à la responsabilité civile délictuelle<sup>25</sup>. Impulsé par le principe de précaution, ce rôle de prévention<sup>26</sup> devrait permettre de décourager les comportements susceptibles de causer des dommages irréversibles à autrui, plus particulièrement en matière environnementale ou de sécurité sanitaire. Le principe de précaution est formulé dans le principe 15 de la Déclaration de Rio en ces termes : « *En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement* ». Il serait ainsi question de condamner celui qui crée un risque en n'observant pas les mesures nécessaires et ce, en dehors de toute réalisation de dommage.

Cette théorie pourrait s'avérer très utile; cependant elle apparaît en porte-à-faux avec les préceptes fondamentaux de la responsabilité civile extracontractuelle qui sont incompatibles avec cette approche avant-gardiste. Il est vrai que face aux catastrophes écologiques et aux essais biologiques mettant en cause la bioéthique qui se démultiplient de jour en jour, il urge de trouver des mesures efficaces aux fins de préserver de l'humanité. Cependant, ces actions ne peuvent se réaliser en l'état actuel de la physionomie de la responsabilité civile extracontractuelle qui fait de l'existence du

---

<sup>24</sup> Précisons cependant que contrairement à la législation française qui ne consacre pas la notion de dommages et intérêts punitifs, la jurisprudence française elle, a eu à se prononcer favorablement en ce sens : cass. civ. 1<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> déc. 2010, n° 09-13303.

<sup>25</sup> J. LEFEBVRE, "La responsabilité délictuelle face aux mesures préventives", [www.actu-juridique.fr](http://www.actu-juridique.fr), 09/092020.

<sup>26</sup>C. Sintez, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile. Contribution à la théorie de l'interprétation de la mise en effet des normes*, Thèse, Université de Montréal, 2009.

dommage un élément essentiel de sa définition<sup>27</sup>; d'où les importantes réserves qui ne manquent pas de s'élever à l'encontre d'une telle fonction. Cependant, le juge français fait de plus en plus des avancées en la matière <sup>28</sup>. La Cour de cassation accepte ainsi de condamner la propriétaire de l'exploitation à indemniser ses voisins, avant même la survenance d'un incendie, donc en l'absence de dommage certain et actuel causé à leurs biens, en tenant compte du risque auquel ils étaient exposés.

La question des fonctions de la responsabilité civile extracontractuelle n'est pas détachable de celle de ses fondements. En effet, le questionnement sur les fondements de la responsabilité consiste à rechercher sur les éléments qui lui servent de base, de justificatifs. La théorisation des fondements de la responsabilité civile tend à un certain nombre d'objectifs, de finalités. Ces deux aspects de la question sont ainsi complémentaires.

Dès lors, l'évolution des fondements exerce une influence certaine sur le rôle qu'elle doit être amenée à jouer.

## **II. Fondements de la responsabilité civile extracontractuelle**

Interroger les fondements de la responsabilité civile délictuelle conduit à s'intéresser aux raisons qui justifieraient qu'une personne soit débitrice d'une dette de réparation envers une autre. Une telle interrogation a eu à soulever de nombreuses controverses en doctrine, lesquelles sont aujourd'hui toujours d'actualité. Si le fondement traditionnel, en l'occurrence la faute s'est imposé avec rigueur, d'autres sont venus s'y ajouter à un moment où la révolution industrielle connaissait un essor fulgurant à travers notamment le développement du machinisme ; il s'agit du risque et de la garantie. Aujourd'hui, les besoins liés à la préservation de l'environnement et à la sécurité en matière de santé et des aliments amène à explorer un fondement inédit, la précaution.

### **A. Fondement traditionnel : la faute**

---

<sup>27</sup> N. S. DIAGNE NDIR, "De l'anticipation en droit pénal sénégalais", in *Justice et intégration*, mélanges en l'honneur du Professeur Ndiaw DIOUF, tome 1, CREDIJ-ERSUMA, 2020.

<sup>28</sup> Par un arrêt du 10 novembre 2003, la cour d'appel d'Orléans a condamné l'exploitation à enlever la paille ainsi qu'au versement de dommages-intérêts. Sur pourvoi de la défenderesse, arguant de ce qu'aucun préjudice certain et actuel n'a été subi par les époux, la Cour de cassation confirme cette solution compte tenu du « risque indéniable que la voisine faisait courir à l'immeuble des époux ».

Tout est parti de l'article 1382 du Code civil qui a dégagé le principe général en vertu duquel toute faute obligeait à réparation, qu'un texte particulier ou non ait été violé ou transgressé. Trouvant ses origines historiques dans l'ancien droit et largement influencé par les écrits de Domat, le principe de responsabilité civile tel qu'initialement pensé implique que lorsqu'un dommage est subi en dehors de toute faute, intentionnelle ou non (article 1383), il devient non réparable.

Par cette règle, apparaît davantage la relation sous-jacente et irréductible qui irradie l'obligation juridique et le devoir moral en ce que la première tire ses justifications de l'interdiction que pose la dernière de ne pas nuire à autrui, de ne pas faire de mal à son prochain. *La responsabilité subjective est fondée sur une vision humaniste de la société, où tout individu, animé par la raison, jouit de son libre arbitre et est maître de son destin (aussi bien dans les grandes que dans les petites choses, comme de ne pas fumer pour ne pas risquer de mourir d'un cancer du poumon). Chacun entend agir librement, mais accepte de répondre des conséquences de ses actes*<sup>29</sup>.

Repris par l'article 118 du COCC et complété par l'article 119, ce principe peut être lu sous deux angles selon que l'on se place du côté de la victime ou de la personne désignée responsable.

Ainsi, si la victime ne parvient pas à prouver la faute de l'auteur du dommage, elle est, pour reprendre des auteurs, sous le coup d'un mauvais sort. Elle ne pourra par conséquent pas prétendre à une réparation, à tout le moins de la part de la personne supposée responsable. D'un autre côté, la personne à qui est imputée la faute est débitrice d'une dette de réparation au profit de la victime dès lors que celle-ci parvient à établir qu'elle est à l'origine du dommage quelle que puisse être son attitude, son intention, voire sa volonté. Mais encore, il pèsera sur elle une obligation de réparation quand bien même la faute commise serait vénielle, insignifiante ; effet, le degré ou la gravité de la faute importe peu. Seule l'étendue du préjudice subi conditionne la réparation, bien que sous le couvert du pouvoir souverain d'appréciation qui lui est légalement reconnu, un juge pourrait être tenté de modeler celle-ci au regard de l'attitude

du coupable.

D'autres fois, il arrivera que la victime soit dispensée d'apporter la preuve de la faute commise par le coupable ; il en sera ainsi lorsqu'elle bénéficiera de présomption de faute, en l'occurrence des

---

<sup>29</sup> Ph. Le TOURNEAU, *La responsabilité civile, op. cit.* p. 9.

cas où la loi part du postulat que la faute est a priori retenue et qu'il incombe à l'auteur présumé du dommage d'établir son absence de faute.

En parfaite adéquation avec l'idée de liberté, la responsabilité exclusivement par la survenance d'une faute n'en est pas moins réfutable. Elle comporte l'inconvénient majeur de ne pas assurer une protection systématique à la victime. Cette dernière, bien qu'ayant subi un dommage, peut se retrouver seule face à son auteur dans la mesure où elle n'a pas été en mesure d'établir la faute de l'auteur désigné responsable. Deux situations pourraient à cet effet se présenter ; soit la preuve de la faute n'a pu être apportée, soit également, aucune faute ne peut matériellement être imputée à la personne mise en cause.

Tant que les occurrences de dommages pouvaient être contenues dans une proportion raisonnable, les insuffisances du principe de responsabilité pour faute, demeuraient moins flagrantes ; mais la fin du XXe siècle marquant la révolution industrielle avec comme principale conséquence le développement du machinisme, a rendu le nombre d'accidents exponentiel et l'établissement de leur survenance avec le fait de l'homme davantage délicat.

La sauvegarde des intérêts des victimes rendaient ainsi nécessaire l'évolution du fondement de la responsabilité. Dans ce contexte, ont vu le jour les théories fondées sur le risque et la garantie.

## **B. Le renouvellement des fondements à travers les théories du risque et de la garantie**

Toutes les fois où la faute de l'auteur du dommage est quasi-impossible à établir, bien qu'il y ait eu préjudice, la doctrine a proposé le recours aux théories du risque et de la garantie.

On doit la paternité de la théorie du risque à Saleilles<sup>30</sup>, suivi plus tard par Josserand<sup>31</sup>.

La théorie du risque, par opposition à celle de la faute qui met en avant l'attitude de l'auteur du dommage, se caractérise par son objectivité. Son postulat repose sur la responsabilité que doit assumer l'initiateur d'une activité dangereuse, ou au moins à risque qui entraîne des conséquences dommageables pour autrui. Qu'il ait ou non commis une faute, celui qui porte préjudice à une autre personne, pour avoir créé une activité dangereuse (risque créé) ou pour avoir tiré profit de son

---

<sup>30</sup> R. SALEILLES, *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, 1897.

<sup>31</sup> L. JOSSERAND, *De la responsabilité du fait des choses inanimés*, 1897.

activité (risque profit) doit être mis face à sa responsabilité. On dit d'ailleurs : ubi emolumentum, ubi onus ( là où le profit doit également être la charge).

Un auteur retrace avec clarté cette évolution : << D'abord subordonnée à la commission d'une faute par le responsable, elle a vu son champ d'application s'élargir quand la jurisprudence et les auteurs l'ont libérée de cette emprise à la fin du XIXe et au début du XXe siècle. La multiplication des dommages et leur gravité grandissante, alors que la victime éprouvait souvent la difficulté à démontrer la faute qui en serait la cause, ont introduit la notion de risque et sa prise en considération par le droit de la responsabilité civile. C'est la naissance de la responsabilité sans faute <sup>32</sup>.

Bien que reçue par la jurisprudence et la législation ( responsabilité du fait des choses, responsabilité du commettant), cette théorie a été vivement critiquée par une certaine partie de la doctrine. Elle conduirait, selon cette dernière à l'immobilisme. Elle décourage, a-t-on dit, l'esprit d'initiative.

Toujours dans l'optique du renouvellement des fondements de la responsabilité civile, un auteur du nom de Boris Starck va proposer dans une œuvre doctrinale, notamment sa thèse, une nouvelle théorie, celle de la garantie<sup>33</sup>. La victime est placée au cœur des préoccupations; on ne cherche ni à sanctionner un prétendu fautif, ni à mettre le bénéficiaire des retombées d'une activité devant ces responsabilités. Il considère que l'opposition entre la faute et le risque est peu pertinente. Pour Starck, c'est à ce niveau que les autres théories ont failli. Elles comporteraient un vice de méthode en cherchant à s'intéresser à l'auteur du dommage.

Pour lui, l'importance des droits atteints seulement justifie leur réparation, indifféremment du responsable. Il s'agit des droits protégeant l'intégrité physique et les intérêts matériels de la personne; dans ces cas, il existe au profit de la victime une garantie objective, peu alors que le responsable commette une faute. Il propose en définitive d'assujettir la réparation des préjudices d'ordre moral ou économique à l'existence d'une faute.

---

<sup>32</sup> R. BELLAYER-LE COQUIL, "Le Droit et le risque, illustration avec le droit de la responsabilité civile", Revue ATALA n° 5, «Au bonheur du risque ?», 2002, p. 125 et 126.

<sup>33</sup> B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, L. RODSTEIN, Paris, 1947.

Le succès de cette théorie s'apprécie au regard de la prise en charge des victimes d'accident de la circulation par les règles du code CIMA inspiré par la loi Badinter du 5 juillet 1985. Leur sort est amélioré par une indemnisation quasi systématique en cas de sinistre.

La prise en charge des accidents de travail par la sécurité sociale est également une illustration de la théorie de la garantie.

### **C. La délicate question du principe de précaution**

Aujourd'hui, en droite ligne avec la doctrine qui défend la fonction préventive de la responsabilité civile extracontractuelle, des auteurs entendent proposer un fondement inédit par le recours au principe de précaution. Avec le recours au principe de précaution, on va au-delà même de la simple prévention, cette dernière supposant seulement de prendre des mesures face à des comportements susceptibles de causer des dommages prévisibles. Ainsi, le non-respect par le chef d'entreprise des mesures d'hygiène et de sécurité prescrites par la réglementation l'expose à des sanctions civiles et pénales. A titre préventif, même s'il ne s'est produit aucun dommage, ces sanctions l'incitent à la prudence.

S'agissant du principe de précaution, la logique est toute autre : il devrait s'agir de retenir la responsabilité civile d'un individu pour les risques hypothétiques qu'il crée pour un tiers, en l'absence de tout préjudice.

Les développements qui précèdent et qui sont en rapport avec la question de la fonction préventive ont pu démontrer qu'il y a encore du chemin à faire en ce qui concerne la réception juridique du principe de précaution en tant que fondement de la responsabilité civile. Ainsi, il y aurait nécessité d'infléchir les conditions liées au préjudice réparable dans la mesure où l'exigence de la certitude du préjudice constitue un obstacle de taille à l'admission du principe de précaution.

Pour plus de développements exhaustifs sur la question, voir cet extrait (partie introductive) d'un article de doctrine :

**Christophe RADE, Radé Christophe (Professeur à l'université Montesquieu-Bordeaux-IV), "Le principe de précaution, une nouvelle éthique de la responsabilité ?", in Revue Juridique de l'Environnement, numéro spécial, 2000. Le principe de précaution. pp. 75-89.**

Les efforts conjugués de la doctrine et de la jurisprudence depuis plus d'un siècle ont profondément modelé le droit de la responsabilité civile. Même si beaucoup de progrès restent à accomplir, le domaine et l'efficacité des règles existantes n'ont cessé d'être améliorés. Parallèlement, le législateur s'est efforcé, tant bien que mal, de répondre aux aspirations des victimes en mettant en place soit des dispositifs spécifiques de responsabilité, soit des mécanismes nouveaux relevant plutôt d'une logique d'indemnisation. Avec un brin d'autosatisfaction sans doute, le droit de la responsabilité pensait avoir œuvré dans le bon sens et répondre aujourd'hui à la plupart des besoins exprimés par les victimes.

Mais il est rapidement apparu que si la responsabilité civile remplissait convenablement son rôle dans un contexte interindividuel, sa capacité de réaction face à des dommages causés sur une grande échelle ou à des collectivités était plus qu'insuffisante, notamment en matière d'atteintes à l'environnement. Pour des catastrophes écologiques majeures, la logique de réparation serait impuissante et dérisoire tant ces dommages apparaissent littéralement irréparables. A force de trop centrer les efforts sur l'amélioration du système dans sa fonction réparatrice, on en aurait oublié l'essentiel et l'adage de bon sens selon lequel mieux vaut prévenir que guérir.

Cette critique fondamentale portant sur les fonctions de la responsabilité a été initiée non par des juristes, mais principalement par des philosophes à la fin des années soixante-dix. Pour être tout à fait exact, cette remise en cause d'un système focalisé sur les impératifs de la réparation n'est pas extérieure aux préoccupations des juristes et de telles réflexions avaient déjà été menées s'agissant notamment de la réparation des dommages corporels. On avait en effet fait valoir, à juste titre, que l'argent ne saurait remplacer ni la souffrance, ni la perte d'un être cher ou de l'intégrité physique. L'argent, chose fongible, ne saurait effet que remplacer l'argent. Mais on croyait le débat définitivement clos car mieux vaut une mauvaise réparation que pas de réparation du tout. Certes, l'indemnisation ne remplace pas ce qui a été irrémédiablement perdu (comment d'ailleurs prétendre qu'elle le pourrait, ce qui serait une parfaite ineptie), mais elle compense le préjudice et permet à la victime de connaître d'autres satisfactions qui pourront l'aider à supporter sa peine.

C'est ce débat qui a ressurgi à l'occasion de grandes catastrophes écologiques et la dénonciation de l'impuissance du système indemnitaire. En centrant ses efforts sur la réparation des atteintes à l'environnement, on aurait alors appauvri la notion même de « responsabilité » en la limitant à une conception judiciaire et pécuniaire. La dérive serait telle et le montant des dommages et intérêts si

faible qu'avec un peu de cynisme on pourrait voir dans la responsabilité civile une sorte d'impôt sur l'environnement, de taxe écologique dont le producteur devrait s'acquitter pour pouvoir continuer à produire. Or, être responsable, non pas seulement sur le plan juridique, puisque cette notion aurait été dévoyée, mais sur le plan éthique ou philosophique, c'est prendre en charge son environnement, pour le compte de la collectivité et des générations futures, et centrer tous ses efforts vers la préservation de la planète.

C'est dans ce contexte qu'est apparu le principe de précaution dans les années soixante-dix en Allemagne d'abord, puis au niveau international ensuite. Ce principe a été introduit en droit positif national par la loi Barnier du 2 février 1995 et figure aujourd'hui dans l'article L. 110-1 du Code de l'environnement (anciennement L. 200-1 du Code rural, ordon. n° 2000-914 du 18 septembre 2000). Si l'affirmation d'un principe de précaution a pu avoir, chez certains auteurs, un écho favorable, il n'est pas possible d'affirmer qu'il a fait naître un réel engouement, tout au moins chez les juristes de droit privé. La dernière édition du Dictionnaire des termes juridiques du professeur Gérard Cornu n'y fait d'ailleurs pas référence. On note toutefois, dans les dernières semaines, plusieurs chroniques consacrées à ce thème et surtout le rapport présenté au Premier ministre par les professeurs Philippe Kourilsky et Geneviève Viney le 15 octobre 1999.

Il serait sans doute extrêmement intéressant de s'interroger sur le manque d'enthousiasme des juristes de droit privé pour le principe de précaution. On en trouverait sans doute une première cause dans l'origine même du principe né d'une réflexion philosophique sur la responsabilité et apparu en dehors du droit national et du champ habituel du droit privé. Par ailleurs, il semble qu'a priori l'émergence de ce principe intéresse avant tout le contentieux de la légalité des actes administratifs et moins la responsabilité civile.

Une autre raison qui pourrait expliquer ce relatif désintérêt tient au principe lui-même, et en premier lieu à son objet. La précaution semble en effet bien proche de la prudence, vertu cardinale attribuée au bon père de famille et dont elle ne constituerait en réalité qu'une variante modernisée. En deuxième lieu, ce principe de précaution ne serait qu'une simple exigence de type éthique ou déontologique, sans véritable portée normative. En dernier lieu, et cette remarque résulte de la précédente, le principe de précaution, en s'intéressant à la qualité du comportement des acteurs, et à l'instar du principe de prudence, ne pourrait qu'aboutir à un régime de responsabilité pour faute. Or, tous les efforts développés par la responsabilité civile depuis la fin du XIXe siècle ont tendu



vers la reconnaissance de responsabilités objectives, détachées de la faute ; dans ces conditions, la promotion du principe de précaution pourrait bien remettre la responsabilité pour faute sur le devant de la scène, et ce au détriment des responsabilités de plein droit. Loin d'être l'avenir de la responsabilité civile, le principe de précaution évoquerait plutôt un très lointain passé.

Il y a, dans ces craintes et ces critiques, une part de vérité mais également une grande part de phantasmes car nous ne pensons pas que la reconnaissance d'un principe de précaution soit de nature à bouleverser le droit de la responsabilité civile. Bien au contraire, le pouvoir d'infléchissement de ce principe paraît a priori quasiment nul, et ce pour une raison très simple. Le principe de précaution a vocation à peser sur le comportement des acteurs en amont du dommage, à un moment où il est encore possible d'empêcher sa réalisation mais où il ne s'est pas produit. Or, le droit de la responsabilité civile présuppose qu'un dommage a été commis. Dans ces conditions, ce qui relève de la précaution ne saurait relever, par hypothèse, du domaine de la responsabilité civile.

Faut-il dès lors arrêter là toute réflexion sur le rôle du principe de précaution dans le droit de la responsabilité civile ? On pourrait en être tenté, ce qui serait jouer un bien mauvais tour aux organisateurs de ce colloque et s'encren un peu facilement dans ses certitudes. Certes, le principe de précaution n'est pas le vecteur de transformations profondes dans le droit de la responsabilité civile, et ne pourrait d'ailleurs pas l'être. Le rôle de la responsabilité civile est de condamner des personnes à répondre de leurs actes et non directement de prévenir la survenance des dommages ; cela ne signifie pas que la prophylaxie ne doit pas ici être érigée en vertu suprême, mais simplement que cette mission incombe à d'autres institutions juridiques.

Le principe de précaution pourrait toutefois jouer le rôle d'un aiguillon obligeant à considérer l'efficacité de la responsabilité civile non seulement en terme de réparation, mais bien également en terme de prévention. En d'autres termes, la responsabilité civile, dont la fonction première n'est pas la prévention mais bien la réparation, pourrait, au prix de quelques aménagements, présenter un effet dissuasif plus marqué et participer ainsi au mouvement général illustré par la promotion du principe de précaution. Ces aménagements passent non seulement par un enrichissement des notions qui conditionnent son application (I) mais également par un aménagement des techniques qui permettent de la mettre en œuvre (II).

### III. Domaine de la responsabilité civile extracontractuelle

La détermination précise de ce domaine passe par la distinction entre la responsabilité civile extracontractuelle et d'autres types de responsabilité :

#### - Responsabilité civile extracontractuelle et responsabilité morale :

L'idée a longtemps prévalu que ces deux types de responsabilité étaient proches, la faute et le péché pouvant être assimilés<sup>34</sup>. Allant plus loin, Ripert considérait que la responsabilité civile était la traduction dans le domaine juridique de cette idée morale fondamentale que chacun a le devoir de ne pas nuire à autrui.

La responsabilité civile, pour Viney, est la conséquence et, d'une certaine manière, la sanction d'un acte illicite et moralement répréhensible<sup>35</sup>. Elle va même plus loin dans cette forte influence de la morale en estimant que << *la référence morale ne concerne donc pas seulement les cas de responsabilité due au fait personnel de l'auteur du dommage. Elle vise également la responsabilité des parents et des instituteurs du fait des enfants, celle des commettants et artisans...celle des propriétaires...>><sup>36</sup>. En effet, pour leur faiblesse, leurs mauvais choix, leur négligence, dit-elle, ces personnes sont moralement répréhensibles.*

Cette façon de penser les choses conduit nécessairement le législateur teinter ses règles de dose morale. L'influence que la morale exerce sur le droit est certaine, et ceci principalement pour la raison que l'individu à qui incombe la tâche d'élaborer les règles de droit est avant tout un être humain en qui sont ancrées des valeurs, croyances et pratiques. Même si *a priori*, il est clair que la règle qu'il est invité à créer doit échapper à toute influence d'ordre subjectif, l'homme qu'est le législateur, quelques fois, ne peut manquer de se faire entraîner par ce qu'il considère être de bonnes valeurs.

Cependant, les domaines de ces deux ordres de responsabilités sont bien délimités, beaucoup de différences permettant de les opposer. Quelques unes seulement peuvent être mises en exergue

---

<sup>34</sup> P. AZARD, "Le donné moral en matière de responsabilité civile", *Les Cahiers de droit, Volume 9, numéro 3, septembre 1968*

<sup>35</sup> G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, op. cit. , p. 32.

<sup>36</sup> Ibid.

notamment les objectifs poursuivis et les sanctions encourues en cas de transgression des règles en cause.

D'une part, la morale, assise sur des sentiments et des jugements de valeurs, tend davantage à faire de l'être humain un homme bon, capable de distinguer le bien du mal. Telle n'est la préoccupation première du droit qui s'intéresse plus à l'ordre social et vise à satisfaire les besoins de sécurité et de stabilité de la société.

D'autre part, la non observance d'une prescription morale, par nature très subjective car dépendant de la conception que l'individu ou le groupe concerné se fait du bien et du mal, n'appelle pas immédiatement à une sanction. De nature interne à l'individu qui ne répond que devant le tribunal de sa conscience, la sanction de la violation d'une règle morale pourrait ne jamais intervenir. La personne mise en cause pourrait ne jamais éprouver de remords face à ses agissements. Il en va différemment du non respect de la règle de droit dont la sanction est automatique lorsque l'acte querellé est extériorisé. Non seulement le prononcé de la sanction est confié à des organes extérieurs à la personne fautive, notamment une autorité publique, mais aussi celle-ci peut faire appel à la force publique pour faire appliquer la mesure retenue.

Cette distanciation en droit positif entre ces deux ordres de normes est vigoureusement critiqué par le Professeur Abdoul Aziz Diouf : << ...la responsabilité civile estime nécessaire d'abandonner au droit pénal le volet moral ayant trait qu comportement du responsable...Le désengagement moral qu'assume sans complexe la fonction indemnitaire ne peut trouver son plein accomplissement que dans une société humaine ayant rompu substantiellement avec la métaphysique. Inutile de gloser, le continent africain même dans cette ère contemporaine demeure fortement arrimé à un idéal moral, éthique, sprituel... >><sup>37</sup>.

Il y a en outre lieu de procéder à une subdivision au sein de la responsabilité civile même.

### **- Responsabilité civile extracontractuelle et responsabilité civile contractuelle :**

D'un point de vue général, la responsabilité civile consiste à répondre de ses actes dommageables, fautifs ou non, devant la personne qui en a souffert. Tantôt l'acte dommageable résulte de la non

---

<sup>37</sup> A. A. DIOUF, A. A. DIOUF, "La peine privée en droit sénégalais de la responsabilité extracontractuelle", Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après, vol. 1, CREDILA-L'Harmattan, 2018, p. 268 et 269.

exécution d'une obligation contractuelle, donc d'un engagement préalablement et volontairement souscrit; on parle alors de responsabilité civile contractuelle. Tantôt, l'acte dommageable l'est, non pas parce qu'on l'a voulu, mais parce que la loi en a décidé ainsi. Dans cette hypothèse, aucun lien de droit contractuel n'unit *a priori* l'auteur de l'acte et la victime du dommage; la responsabilité civile extracontractuelle est encourue, que l'agissement soit intentionnel ou non intentionnel (auquel cas on parle plus précisément de responsabilité civile quasi-délictuelle pour mettre en exergue l'agissement résultant d'une d'imprudence, de négligence). Cependant, il n'est pas rare que les auteurs fassent fi de cette distinction assez subtile et sans incidence particulière sur l'engagement de la responsabilité ainsi que sur la réparation; en effet, il n'est point fait de distinction en droit positif entre faute volontaire, de négligence ou d'imprudence.

Pour revenir à la distinction responsabilité civile extracontractuelle et responsabilité civile contractuelle, elle est davantage présente en droit français qu'en droit sénégalais où le législateur a consacré la thèse de l'unité de la faute contractuelle et de la faute extracontractuelle dont la conséquence principale est l'unité des deux ordres de responsabilité. En effet, si l'on part de la définition de la faute retenue à l'article 119 COCC, on se rend compte que la faute est appréhendée indistinctement de la matière contractuelle ou délictuelle. Selon ce texte, « *La faute est un manquement à une obligation préexistante, de quelque nature qu'elle soit* ». L'obligation à laquelle n'obéit pas l'auteur de la faute peut donc être de nature légale, contractuelle ou coutumière.

En somme, la définition unitaire de la faute entraîne celle unitaire de la responsabilité que retient l'article 118 COCC en ces termes : « *Est responsable celui qui par sa faute cause un dommage à autrui* ». La responsabilité est délictuelle, que la violation ou non d'un contrat soit en cause. Il faut pour s'en convaincre s'intéresser à l'intitulé du titre 2 qui renferme l'article 118, notamment « le délit », mais surtout le chapitre 1, « droit commun de la responsabilité » qui signifie les règles applicables en général à tout type de responsabilité.

Les conditions de la responsabilité ne changent pas, c'est le triptyque faute, dommage et lien de causalité, avec cette définition unitaire de la faute qui est confortée. Ainsi, contrairement en droit français, il n'est pas procédé à une graduation de la gravité de la faute. Ce paramètre n'impacte donc pas sur la responsabilité mais aussi sur la réparation.

Mais c'est davantage au niveau du régime juridique de la responsabilité que ressort l'assimilation entre responsabilités extracontractuelle et contractuelle. A travers les articles 151 à 156 COCC,

l'on remarque que les mêmes règles leur sont applicables, sous réserves de situations particulières qui sont spécifiques soit à l'une soit à l'autre des deux responsabilités. Par exemple, relativement aux conventions sur la responsabilité, les articles 151 et 152 portant respectivement sur les clauses valables et les clauses nulles interpellent toutes les deux responsabilités. Seulement, ces textes prennent le soin de préciser les règles qui ne s'appliquent pas particulièrement à l'une ou à l'autre. Ainsi, si la responsabilité est encourue en présence d'un contrat, il est possible pour les parties d'en aménager conventionnellement les conséquences ( exclusion de responsabilité, limitation de responsabilité). Or, en dehors du contrat, ces aménagements ne sont pas permis par le législateur.

Ensuite, l'article 153 sur la clause pénale, tel que rédigé ne concerne que la responsabilité contractuelle. Une telle solution est logique, le COCC ayant pris le soin de préciser le caractère d'ordre public des dispositions concernant la responsabilité de droit commun. Par conséquent, même si l'unité du régime des deux responsabilités est consacrée, il n'en demeure pas moins que certaines règles ne sont pas concevables en matière de responsabilité de droit commun, donc en dehors d'un contrat. En somme dans la responsabilité extracontractuelle n'est valable aucune clause tendant à négocier le principe, le contenu, les conséquences de la réparation. Ce qui est tout à fait possible en matière de responsabilité contractuelle avec le possible recours aux clauses élusives, limitatives et pénales.

En droit français cependant, la dualité de la responsabilité civile est consacrée par le code civil. Responsabilité civile extracontractuelle et responsabilité civile contractuelle sont distinctement envisagées et obéissent à ce que l'on appelle " la règle du non cumul". En vertu de cette règle, la différence de régime de ces deux types de responsabilité interdit qu'une partie contractante victime d'un dommage découlant d'une inexécution contractuelle se place sur le terrain délictuel qu'elle estimerait plus avantageux pour elle.

Notons toutefois que l'expression "non cumul" est erronée car la situation visée traduit plutôt la "non option".

Cependant la doctrine depuis fort longtemps et la jurisprudence, progressivement, ont tendance à se démarquer d'une telle solution. En effet, il faut reconnaître que la traditionnelle distinction entre la responsabilité contractuelle et celle délictuelle ou extracontractuelle en droit français a été très tôt remise en cause par la doctrine et depuis quelques temps, de plus en plus par la jurisprudence française. Certains auteurs vont même jusqu'à contester l'existence de la responsabilité

contractuelle ; d'autres plus modérés, suggèrent son rattachement avec la responsabilité civile délictuelle de manière générale.

Quant à la jurisprudence, dans une récente décision, elle a assoupli sa position en levant les barrières traditionnelles qui opposaient fermement les deux responsabilités civiles. Ses propos sont sans ambiguïté aucune: "*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>38</sup>.

Retenons néanmoins, qu'en dépit de toutes ces considérations, le Code civil, même après la réforme de 2016, reste fidèle à la distinction entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Mieux le projet de réforme de la responsabilité civile délictuelle paraît toujours s'attacher à cette division.

### **- Responsabilité civile extracontractuelle et responsabilité pénale**

S'il y a un type de responsabilité souvent évoqué lorsque l'on envisage celle civile délictuelle, c'est bien la responsabilité pénale en raison des relations ambiguës qu'elles entretiennent. En effet, si de prime abord responsabilité civile délictuelle et responsabilité pénale sont très éloignées l'une de l'autre, il n'en demeure pas moins qu'il est des situations où elles sont appelées à coexister.

Au titre des nombreux éléments qui les opposent, la question de leurs sources est assez illustratrice. Il est nécessaire, pour qu'une infraction soit constituée, qu'il y ait un texte d'incrimination qui définit ses éléments constitutifs. En l'absence de texte, il n'y a point d'infraction concevable. Ainsi, le suicide n'est pas une infraction car aucun texte n'interdit de mettre fin à sa propre vie. L'auteur d'un suicide avorté ne pourra jamais être poursuivi par la loi pénale. Il en va autrement de la responsabilité civile extracontractuelle qui est invoquée toutes les fois où, en présence ou en dehors d'un texte, une personne par ses agissements, cause un dommage à autrui.

De même, les finalités de ces deux ordres de responsabilité peuvent être mises en exergue. La responsabilité civile, comme il a déjà été soutenu, vise la réparation du dommage causé à une personne par le biais de son indemnisation. Cette finalité seule est celle accréditée par les dispositions législatives qui constituent son régime juridique. C'est d'ailleurs pourquoi la finalité sanctionnatrice qu'une certaine doctrine cherche à lui faire jouer peine toujours à s'imposer. Elle

---

<sup>38</sup> Ass. Plén., Myr'ho, 6 octobre 2006, 05-13.255, Bull. 2006, n° 9, p. 23

n'est pas de ses préoccupations et constitue l'élément qui permet de la distinguer de la responsabilité pénale. Justement cette dernière, à travers la définition du droit pénal, intègre la notion de sanction. En effet, le droit pénal est communément défini comme celui de la répression, de la sanction des comportements dangereux. Lorsqu'une personne est condamnée à une peine d'emprisonnement pour avoir perpétré une infraction, cela ne donne qu'une satisfaction morale à la victime et non de nature pécuniaire; c'est en cela d'ailleurs que l'amende prononcée par le juge pénal et qui est donc une peine n'est pas versée à la victime mais à l'État, plus précisément dans les caisses de trésor public.

De cette différence, découle la naissance des actions en justice tendant à poursuivre l'une ou l'autre responsabilité, à savoir l'action civile en indemnisation des préjudices subis et celle publique ou répressive pour l'application des peines. Ces deux actions obéissent à des délais de prescription différents, variables pour l'action publique (10, 3 et 1 an) et de droit commun pour l'action civile (10 ans).

En outre, dans la responsabilité civile délictuelle, le degré de gravité de la faute n'exerce aucune influence sur le quantum de la réparation. La faute la plus vénielle peut faire appel à un montant colossal de réparation. De même, une faute d'une gravité extrême peut entraîner seulement une indemnisation légère, tout ne dépendant que de l'étendue du préjudice subi. Or, dans la responsabilité pénale, c'est une logique tout à fait contraire qui est mise en avant. Plus la faute est grave, plus la peine est forte; la distinction de trois types d'infractions définies en fonction de la gravité des peines encourues en est la preuve. Ainsi, une infraction est considérée comme un crime parce qu'elle est punie d'une peine afflictive ou infamante; elle est un délit lorsque les peines prévues sont correctionnelles ou une contravention lorsqu'une peine de police est encourue.

Par ailleurs, alors que dans la responsabilité civile délictuelle, la présence d'un dommage est nécessaire à côté de celle de la faute et du lien de causalité, dans la responsabilité pénale, elle importe peu. L'infraction est constituée dès l'instant que le texte incriminateur a été transgressé, qu'il en soit résulté ou non un dommage à l'encontre d'une personne. La mendicité n'en reste pas moins une infraction alors même que la plupart du temps elle est insusceptible de créer un dommage à autrui.

Toutefois, une opposition radicale et absolue entre responsabilité civile délictuelle et responsabilité pénale ne peut être opérée du fait des interactions, qui ne datent pas d'aujourd'hui<sup>39</sup>, pouvant être constatées entre elles. Certaines infractions pouvant engendrer un préjudice pour une personne, il n'est donc pas exclu qu'un même acte soit source de responsabilité civile délictuelle et en même temps de responsabilité pénale. Le cas échéant, l'action civile initiée par la victime peut être portée devant le juge répressif, mettant ainsi en mouvement l'action publique. Le juge pénal se prononce d'une part sur la culpabilité de la personne poursuivie et d'autre part sur la dette de réparation due par cette dernière à la victime. A noter ces deux règles fondamentales : « l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil » et « le criminel tient le civil en l'état ».

Enfin, il ne serait pas inutile de distinguer la responsabilité civile délictuelle de la responsabilité administrative.

#### **- Responsabilité civile extracontractuelle et responsabilité administrative<sup>40</sup>**

Autrefois, et par opposition à la matière civile, le droit public posait la règle de l'irresponsabilité de l'État. Mais l'arrêt Blanco du 8 février 1873 a renversé ce principe et a consacré la responsabilité de l'État en raison de l'activité de ses services publics. Depuis, tout comme un particulier peut être amené à couvrir les actes dommageables causés à autrui, les personnes publiques peuvent, sur le fondement de la responsabilité administrative, extracontractuelle plus précisément, subir des poursuites aux fins de réparer les dommages qu'elles ont engendrés. Les conditions, à cet effet, se rapprochent beaucoup de celles de la responsabilité civile délictuelle, en l'occurrence l'existence d'un fait générateur, d'un dommage et d'un lien de causalité. Le fait générateur peut être constitué par une faute, mais l'administration peut être poursuivie en l'absence de faute de sa part. En effet, et se rapprochant en cela de la responsabilité civile délictuelle, la responsabilité administrative peut être fondée sur le risque. L'égalité devant les charges publiques est également un des fondements d'une telle responsabilité.

En tout état de cause, les effets de ces deux responsabilités sont identiques en ce qu'elles conduisent la personne désignée responsable à réparer le préjudice causé à autrui. Dans le premier cas, il s'agit

---

<sup>39</sup> G. VINEY, op. cit., p. 22.

<sup>40</sup> D. Dubois, "La responsabilité pénale, civile et administrative dans les établissements sociaux et médico-sociaux", Bulletin d'informations du CREA Bourgogne février 2008, n° 278.



d'une personne privée et dans l'autre, d'une personne publique, notamment l'État et ses démembrements.

Cependant, la juridiction administrative est celle en principe compétente pour connaître de l'action mettant en cause la personne publique.

Les questions d'ordre général qui intéressent cet enseignement abordées, les développements ultérieurs porteront d'une part sur les conditions de la responsabilité civile ( **Chapitre 1**) et d'autre part sur les effets (**Chapitre 2**).

## **Chapitre 1 : les conditions de la responsabilité civile**

Même s'ils présentent de légères différences dans leur rédaction, les articles 118 du COCC et 1240 du Code civil font ressortir trois éléments constants , en l'occurrence le fait générateur (**Section 1**), le dommage (**Section 2**) et le lien de causalité (**Section 3**). Leur combinaison est indispensable à l'engagement de la responsabilité de la personne désignée comme responsable.

### **Section 1: le fait générateur**

A se référer à l'article 118 qui véhicule le principe général de responsabilité civile délictuelle, c'est l'idée de faute qui apparaît. Même dans la responsabilité du fait d'autrui, il plane l'ombre de la faute dès l'instant où de manière plus ou moins implicite il est reproché au parent d'avoir mal éduqué son enfant, au maître ou artisan d'avoir mal surveillé l'élève ou l'apprenti, et au commettant d'avoir mal choisi son préposé.

Cependant, le terme "générateur" sera préféré à celui de faute. En effet, confrontée à son sens strict, la notion de faute fait nécessairement appel à des considérations d'ordre moral qui ne

sont pas systématiquement remises en cause chez le désigné responsable<sup>41</sup>. Mais également il subsiste au moins un régime de responsabilité qui peut être étranger à toute idée de faute, à savoir celle du fait des choses.

Ceci dit, le fait générateur résulte soit de l'individu personnellement désigné (**Paragraphe 1**), soit d'autrui (**Paragraphe 2**) soit d'une chose ou d'un animal (**Paragraphe 3**).

### **Paragraphe 1 : la responsabilité du fait personnel**

A suivre le COCC et le code civil, le fait personnel ne peut consister qu'à une faute. Les articles 118 et 1240 n'autorisent pas une autre lecture. Aujourd'hui encore, ces textes confortent la faute comme fondement classique et immuable du droit de la responsabilité civile.

Par ses propres agissements fautifs, l'auteur du dommage engage sa responsabilité.

L'apport de l'article 119 COCC est manifeste en ce qu'il apporte une définition de la faute. Elle est, selon ce texte << un manquement à une obligation préexistante de quelque nature qu'elle soit >>. Cependant, derrière cette définition simple, la faute soulève beaucoup de questions, les unes relatives à sa nature (**A**), les autres en rapport avec ses caractères (**B**).

#### **A. la nature de la faute**

Le COCC distingue à travers son article 3, trois sortes d'obligations, celles de donner, de faire et de ne pas faire. Et comme la faute est un manquement à une obligation; il est donc compréhensible que la faute connaisse deux déclinaisons, selon que l'on ait fait ce que l'on ne devait pas faire ou que l'on n'ait pas fait ce qu'on devait faire. Par conséquent, il y a faute par commission (**1**) et faute par omission (**2**).

##### **1. la faute par commission**

Elle est réalisée lorsque l'auteur du dommage fait un acte interdit par la loi. Elle est la plus usuelle car consiste en l'accomplissement d'un acte positif contraire aux intérêts de la société. Il en est ainsi du vol, des coups et blessures, de la diffamation, de l'adultère... Très généralement, il y a une coïncidence entre la faute civile par commission et la faute pénale, à savoir l'infraction.

---

<sup>41</sup> P. MALINVAUD et D. FENOUILLET, Droit des obligations, LITEC, 11e éd. 2010, p. 455

## **2. la faute par omission**

Egalement appelée faute par abstention, elle est celle par laquelle on transgresse une obligation de faire posée par la loi. Dans une telle hypothèse, une personne est sanctionnée pour ne pas avoir agi; mais c'est parce que cette inaction a entraîné un préjudice. On distingue deux types de fautes par omission. Il y a l'**omission pure et simple** qui consiste à rester totalement passif devant une situation que l'on aurait pu modifier si on était intervenu. Cette passivité est réprimée lorsque la loi indiquait d'agir; mais, en dehors de toute intervention législative, il y a également répression lorsque l'inaction avait pour but de faire mal, de nuire à autrui. L'infraction de non assistance à une personne en danger en est la parfaite illustration (article 49 al. 2 du CP sénégalais).

A côté, il y a ce qu'on appelle l'omission dans l'action ou encore omission par action. Ici, l'abstention s'intègre dans un acte positif auquel elle se confond; le cas échéant, la responsabilité est beaucoup plus manifeste car l'acte en cause s'apparente à une commission. Comme exemple, nous pouvons fournir le fait de ne pas s'arrêter à un feu rouge, le fait pour un médecin de ne pas apporter les soins adéquats nécessaires à son patient.

## **B. les caractères de la faute**

Dans le COCC, la faute est définie comme un manquement sans toute autre précision. C'est donc la faute sous tous ses caractères qui doit donc être retenue sans exclusion aucune. Il est ainsi identifié la faute intentionnelle (1), la faute non intentionnelle (2) et la faute par abus de droit (3).

### **1. la faute imputable et intentionnelle**

A l'origine le législateur exigeait que la faute à l'origine de la responsabilité personnelle soit d'abord une cause imputable à son auteur; par ailleurs, doit également être une faute réalisée volontairement. Tel est l'enseignement de l'alinéa 1er de l'article 121 COCC aux termes duquel << il n'y a pas de faute si l'auteur du dommage était par son état naturel dans l'impossibilité d'apprécier son acte >>. Cette disposition signifie que pour être déclaré responsable de son fait personnel, il faut être non seulement conscient de ses actes, mais aussi il faut avoir recherché volontairement par cet acte le résultat prohibé ou au moins connaître l'interdiction posée par la loi; d'où l'exigence d'une faute intentionnelle. Ainsi, en vertu de cet alinéa, une personne privée de sa faculté de discernement n'est par conséquent pas responsable du dommage causé à autrui.

Mais aujourd'hui, le législateur a entendu dépasser une telle solution par l'ajout, à travers une loi de 1977, d'un alinéa 3 qui écarte l'exigence d'imputabilité. Aussi, un infans, c'est-à-dire un enfant à bas âge ou un dément peut être déclaré responsable personnellement.

Cette évolution répondait en effet à un besoin de renforcement de protection des victimes de ces catégories de personnes qui se retrouvaient dans des situations très précaires. Le droit de la responsabilité civile en principe ne cherche point à punir le responsable; son objet consiste à indemniser la victime. Or il n'est pas improbable qu'un infans ou un dément soit fortuné. Cela aurait été donc contraire à la finalité indemnitaire que de maintenir cette exigence d'imputabilité. D'ailleurs, l'irresponsabilité pénale de ces personnes dites incapables témoigne de cette absence de volonté de les punir mais conforte l'idée que c'est uniquement leur patrimoine qui intéresse.

Cette évolution quant à la question de l'imputabilité a également pour autre conséquence de marquer davantage la ligne entre la faute intentionnelle et la faute non intentionnelle.

## **2. la faute non intentionnelle**

D'abord, la généralité de la rédaction de l'article 118 COCC ne permet pas d'exclure une faute de nature particulière. Donc, à travers ce texte, le fait personnel peut être aussi bien un fait intentionnel qu'un fait non intentionnel, notamment un acte d'imprudence ou de négligence.

Mais aujourd'hui que toute personne, quel que soit son état mental, peut être tenue responsable, la prise en compte d'un acte non intentionnel prend toute son importance; qu'un dément ou un enfant ait agi par imprudence est plus concevable. La formulation de l'alinéa 3 de l'article 121 COCC vient renforcer cette généralisation de la faute; autant il introduit la disparition de l'exigence d'imputabilité, autant il permet de viser toutes les fautes. En effet, aux termes de ce texte, *<< tout acte peut obliger l'auteur du dommage à sa réparation ou être pris en compte pour l'exonération partielle ou totale prévue au présent titre >>*.

## **3. la faute par abus de droit**

L'énumération de l'abus de droit et sa réception par le droit de la responsabilité civile extracontractuelle n'est pas sans utilité. En effet, l'abus de droit, de par sa définition proposée par l'article 122 COCC connaît deux déclinaisons. D'après ce texte, *<< commet une faute par abus de droit, celui qui use de son droit dans la seule intention de nuire à autrui, ou qui en fait un usage contraire à sa destination >>*. La première variante de l'abus de droit est bien classique et connue.

Mais en retenant l'utilisation détournée d'un droit, l'article 122 ne manque pas d'intérêt car cette dernière hypothèse vient s'ajouter à la faute intentionnelle et à celle non intentionnelle.

Le fait personnel n'est pas seule cause de responsabilité civile. On peut tenu du fait d'autrui en raison de liens qui nous unissent à lui.

## **Paragraphe 2 : la responsabilité du fait d'autrui**

Le principe est posé par l'article 142 COCC qui dispose : *<< on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait de personnes dont on doit répondre >>*. A la suite de ce texte, les articles 143, 146 et 150 sont respectivement consacrés à la responsabilité des parents (A), celle des commettant (B) et celle des maîtres et artisans (C).

Avant de s'intéresser à ces différentes occurrences, il est primordial de convoquer le débat toujours pendant et soulevé par l'article 142 COCC, notamment quant à son champ d'application. Il s'agit de voir si cet article ne sert que de porte d'entrée aux trois articles qui suivent et qui prévoient les trois types de responsabilité du fait d'autrui, en l'occurrence 143, 146 et 150 COCC. Ou bien alors, la lecture et la compréhension de cette disposition ne devraient - elles pas être elagies de sorte qu'au delà des trois cas expressément visés on puisse en déduire d'autres hypothèses de responsabilité du fait d'autrui? Autrement, en dehors des parents, des maîtres et artisans et des commettant, ce texte ne permettrait -il pas de déclarer une personne responsable par le fait d'autres personnes? Pour dire vrai, le problème tourne autour de l'existence en droit sénégalais d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui.

En droit français, cette question a reçu un début de réponse par l'arrêt Blicke<sup>42</sup>. Dans cette décision, le juge avait estimé que l'ancien article 1384 al 1 du code civil (devenu aujourd'hui l'article 1242), pendant français de l'article 142 COCC devait être lu de manière ouverte car susceptible de concerner d'autres occurrences. Ainsi, en sus des parents, maîtres ou artisans ou commettant, *<< une association exploitant un centre socio-éducatif est bien responsable du dommage causé par un pensionnaire incapable mental >>*.

---

<sup>42</sup> Ass. Plén., 29 mars 1991, D. 1991, p. 324, note C. LARROUMET

A partir de l'arrêt Blicck, une chose était certaine : d'autres cas de responsabilité du fait d'autrui pouvaient découler de l'alinéa 1er de l'article 1384. Ce n'était pas pour autant une raison de conclure à la naissance d'un principe car le juge, dans cet arrêt avait clairement exposé les conditions d'engagement de la responsabilité de l'association mise en cause. En effet, les critères posés consistaient à la prise en charge de l'organisation et du contrôle du mode de vie de la personne gardée, à savoir, en l'espèce, le pensionnaire déficient mental.

Mais en 1995<sup>43</sup>, dans le prolongement de ce débat, la Cour de cassation allait préciser sa position et dégager un nouveau cas fondé sur l'article 1384 al 1. de l'arrêt:

Pour la haute juridiction, dans la mesure où une association sportive avait pour mission d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité de ses membres au cours d'événements sportifs, la victime était parfaitement fondée à engager sa responsabilité sur le fondement de l'article 1384, al. 1er du Code civil.

Un autre critère, notamment l'organisation, la direction et le contrôle de l'activité d'autrui, venait ainsi s'ajouter au premier qui concernait le mode de vie d'autrui.

Si le juge, à travers ces différentes, n'a pas pour autant dégagé ce principe tant attendu par la doctrine, il n'en demeure pas moins que les vannes ont été ouvertes et que rien s'oppose à ce que d'autres hypothèses soient dégagées.

En droit sénégalais, le débat est toujours vivace et nécessiterait une intervention jurisprudentielle décisive. Si, pour le Professeur Jean Pierre TOSI<sup>44</sup>, l'article 142 COCC ne sert qu'à introduire les trois régimes de responsabilité du fait d'autrui explicitement identifiés, il en va autrement pour le professeur Abdou Aziz DIOUF qui penche pour une lecture extensive de ce texte<sup>45</sup>. Pour ce dernier, ledit texte peut fonder et justifier d'autres hypothèses de responsabilité du fait d'autrui. Mieux, il se positionne en faveur d'un principe général. Les arguments servis se distinguent par leur pertinence.

---

<sup>43</sup> Bulletin 1995 II N° 155 p. 88.

<sup>44</sup> J. P. TOSI, *Le droit des obligations au Sénégal*, LGDJ, NEA, 1981, p. 257.

<sup>45</sup> A. A. DIOUF, " L'article 142 du Code des obligations civiles et commerciales et l'existence d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui en droit positif sénégalais", in *Le droit africain à la quête de son identité, Mélanges offerts au Professeur Isaac Yankhoba NDIAYE*, 2021, p. 387 et s.

Pour notre part, l'avènement d'un tel principe serait salubre dans le contexte sénégalais. Si l'on considère globalement les civilement responsables du fait d'autrui visés par le COCC, il est très probable que les victimes en ressortent lésées. A l'exception du commettant, les autres ne présentent pas systématiquement des garanties de solvabilité. Toutefois, d'un point de vue légal, nous sommes sur nos réserves dans la mesure où l'énumération des cas visés par le législateur laisse penser que son intention était de circonscrire le champ de l'article 142. Notre conviction est d'autant forgée que ce texte ne présente pas d'adverbe (notamment par exemple) pouvant suggérer la volonté d'une énumération non exhaustive.

Mais enfin, il nous semble que de part et d'autre, une réponse tranchée et définitive ne saurait ressortir de positions doctrinales, mais plutôt d'une intervention jurisprudentielle à la hauteur de l'arrêt Blicck, voire au delà. Le rôle d'interprétation dévolu au juge lui donne largement cette opportunité.

### **DÉCISION WAKHAB SUR CETTE QUESTION**

Ces précisions faites, examinons tour à tour les trois hypothèses expressément prévues.

#### **A. la responsabilité des parents du fait de leur enfant mineur**

L'article 143 COCC expose avec clarté : << Est responsable du dommage causé par l'enfant mineur habitant avec lui celui de ses père et mère ou parent qui en a la garde >>. A ce texte, il faut associer l'article 145 qui pose les conditions d'exonération d'une telle responsabilité.

La responsabilité civile désignée est encourue lorsque trois conditions sont réunies : d'abord l'enfant mis en cause doit être un mineur, ensuite il doit cohabiter avec le parent, enfin il doit être placé sous la garde de ce dernier. Pour la bonne compréhension des développements ultérieurs, il est nécessaire de préciser que ces trois conditions, à savoir la minorité, la cohabitation et la garde sont cumulatives.

- S'agissant de la condition de la minorité, l'enfant auteur du préjudice doit être âgé de moins de 18 ans au moment où il réalise le fait dommageable. Mais il ne doit pas avoir été émancipé. En effet, par l'émancipation de l'enfant ayant causé le dommage, la condition de la minorité n'est plus établie; l'effet de l'émancipation est de le rendre responsable au même titre qu'un adulte sur le fondement de l'article 118.

Aujourd'hui il n'existe qu'une seule cause d'émancipation, c'est le mariage. L'article 355 alinéa prévoit que le mineur est émancipé de plein droit par le mariage. Quant à l'alinéa 2 qui prévoyait l'émancipation volontaire, on peut retenir qu'il a fait l'objet d'une abrogation tacite à partir du moment où l'âge de la minorité a été abaissé à 18 ans par la loi n° 99 - 82 du 3 septembre 1999. En effet, aux termes de l'alinéa 2 de l'article 333, « Il peut être émancipé volontairement par le père, la mère ou le conseil de famille s'il a atteint l'âge de 18 ans ». Aujourd'hui, la correspondance entre l'âge de la majorité et celui de l'émancipation volontaire a pour effet de rendre cette dernière sans intérêt.

- Quant à la deuxième condition, la cohabitation, elle doit être établie au moment de la survenance du dommage. D'après le lexique juridique, la cohabitation est le fait pour deux ou plusieurs personnes d'habiter ensemble, fait auquel la loi attache divers effets de droit<sup>46</sup>.

La compréhension du contenu que le législateur a voulu donner à la notion de cohabitation pose encore aujourd'hui problème en droit sénégalais. Ainsi, la cohabitation s'entend - elle d'un point de vue matériel ou d'un point de vue juridique ? Autrement dit, correspond - elle à la localisation géographique de l'enfant au moment où il agissait, c'est-à-dire l'endroit où il habitait effectivement au moment du dommage ? Ou bien alors est - elle le lieu où l'enfant doit théoriquement loger, notamment le lieu de son domicile ou de sa résidence ? Retenir le critère juridique de la cohabitation ne serait pas pertinent au vu de l'exigence de la garde comme autre condition de la responsabilité des parents. Les développements ultérieurs nous permettront de mieux le comprendre.

Même si en l'état actuel de la jurisprudence aucune décision ne règle la question, beaucoup d'auteurs estiment que le contexte sénégalais cadre davantage avec une conception matérielle de la cohabitation. La raison est qu'il est très fréquent que beaucoup d'enfants soient amenés à être confiés, pour les besoins de leur scolarité ou du fait de la précarité éventuelle de leur parents, à des proches, en l'absence de toute intervention judiciaire. Le cas échéant, il serait plus juste que l'hôte de l'enfant soit tenu pour responsable en raison de sa proximité géographique avec lui.

---

<sup>46</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique* CAPITANT, PUF, 10e éd. 2014, p. 188



Mais dans l'hypothèse où cette position devait être validée, la proposition d'une utilisation alternative de la cohabitation et de la garde devait être retenue<sup>47</sup>.

En droit français, après avoir recouru longtemps au critère matériel de la cohabitation<sup>48</sup>, le juge s'est finalement décidé pour un critère juridique donc abstrait. Il faut toutefois préciser que cette solution ne reçoit pas l'onction de la doctrine qui considère que l'on arrive à priver la condition de cohabitation de sa consistance concrète et qu'on arrivait à le traiter de la même manière que le domicile et la résidence<sup>49</sup>.

Mais pour nous, le problème se trouve ailleurs, plus précisément au niveau de l'exigence de cohabitation. En décidant que la responsabilité des parents devenait une responsabilité de plein droit, ne pouvant être écartée que par une cause étrangère, il apparaît que la présence ou non de la cohabitation ne présente plus un grand intérêt.

- La garde est la troisième et dernière condition exigée aux fins d'établissement de la responsabilité des parents. La garde de l'enfant implique l'exercice de la puissance paternelle sur ce dernier (voir articles 278, 283 et 284 du Code de la famille); elle a donc des conséquences juridiques et se matérialise par un pouvoir de direction et de contrôle mais également par un certain nombre d'obligations.

L'intervention de la garde au titre des conditions de la responsabilité des parents peut servir d'argumentation juridique (les arguments d'ordre sociologique ayant été précédemment développés) à ceux qui estiment que la cohabitation devrait être interprétée d'un point de vue matériel. En effet, il n'y aurait aucun intérêt à ce que la cohabitation soit juridiquement appréhendée car dans cette hypothèse, elle coïnciderait inutilement avec la cohabitation. Toutes les deux conditions signifieraient la localisation juridique, et non géographique, de l'enfant auteur du dommage.

En outre, il se pose également la question de la garde partagée que règle l'article 144 en vertu duquel les co gardiens endossent solidairement la responsabilité du fait de l'enfant.

---

<sup>47</sup> Voir sur la question, E. S. NDIAYE, "Retour sur le civilement responsable du fait d'autrui : l'exemple de la responsabilité parentale", in *Code des obligations civiles et commerciales : cinquante ans après*, vol. 2, CREDILA-L'Harmattan, p. 451 : l'auteur y parle de dysharmonie entre garde juridique et cohabitation matérielle.

<sup>48</sup> Cass. Civ., 24 avril 1989, D. 1990 p. 519, note Dagorne - Labbe.

<sup>49</sup> F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, op cit, n° 820.

Le gardien étant identifié comme le détenteur de l'exercice de la puissance paternelle pour les prérogatives qu'elle lui confère, en droit sénégalais les hypothèses de garde commune devraient être très isolées. En effet, même si la puissance paternelle appartient conjointement aux père et mère ( article 277 code famille), son exercice est confiée en principe au père. La solution en droit français est tout à fait différente dès lors qu'il est question d'autorité parentale qui place les deux parents sur un pied d'égalité.

Cette précision faite, l'exigence de la garde, en sus de la cohabitation, pose en elle-même quelques difficultés. Dans beaucoup de cas, il serait quasi impossible de s'adresser aux parents en tant que civilement responsables.

Dans l'hypothèse où le parent détenteur de la garde sur l'enfant mineur n'habite pas avec lui, il serait inconcevable de retenir sa responsabilité pour défaut de réunions de toutes les conditions, notamment la cohabitation.

Dans une autre hypothèse où le parent habitant avec l'enfant n'est pas investi de sa garde, là encore, il ne serait pas possible d'engager sa responsabilité.

L'exigence de la garde et de la cohabitation cumulativement peut donc rendre moins probables les chances pour la victime d'obtenir réparation.

La seule solution reste alors une réécriture de l'article 143 allant sans le sens se rendre alternatives ces deux conditions; à défaut, l'objectif recherché par le législateur, c'est-à dire l'amélioration du sort de la victime, serait vain.

En tout état de cause, même si toutes les conditions venaient à être réunies, le parent poursuivi peut échapper à sa responsabilité. Une telle possibilité est posée par l'article 145 COCC, << Il n'y a pas de responsabilité dès lors que la personne chargée de la garde démontre qu'elle n'a pu empêcher le fait dommageable >>. Cependant cette formulation manque de clarté car ne renseigne pas exactement sur la nature de la responsabilité encourue. Est-elle fondée sur une présomption de faute ? Où est-elle une responsabilité de plein droit?

Dans le premier cas, la preuve de l'absence de faute exonérerait le civilement responsable et dans le second, il ne pourrait échapper à la loi qu'en présence d'une cause étrangère ( force majeure, faute de la victime, fait d'un tiers).

Les auteurs sénégalais sont partagés sur la question (**Y REVENIR**); donc le juge sénégalais est encore attendu sur ce point.

En ce qui nous concerne, nous estimons qu'en prouvant leur absence de faute, les parents pourraient s'exonérer. Autrement, l'article 145 aurait expressément fait allusion à la cause étrangère comme l'article 139 l'a fait pour la responsabilité du fait des choses.

En France, la question est résolue depuis l'arrêt Bertrand<sup>50</sup>. En décidant que << seule la force majeure ou la faute de la victime peut exonérer MX de la responsabilité de plein droit encourue du fait des dommages causés par son fils mineur >>, le juge français se déterminait résolument dans le sens d'une responsabilité quasi systématique des parents.

## **B. la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés**

Selon l'article 146 COCC, << Les commettants, ou patrons, répondent des dommages causés par une personne soumise à leur autorité, lorsque celle-ci encourt dans l'exercice de ses fonctions une responsabilité à l'égard d'autrui.

Les personnes agissant pour le compte d'une personne morale engagent dans les mêmes conditions la responsabilité de celle-ci >>.

Une responsabilité de nature particulière, à savoir de plein droit **(2)**, est encourue lorsque certaines conditions sont réunies **(1)**.

### **1. les conditions de la responsabilité des commettants**

Deux conditions sont posées par le texte; il faut d'une part qu'il existe un lien de préposition entre le commettant et le préposé, d'autre part, le préposé mis en cause doit avoir été dans le cadre de l'exercice de ses fonctions.

Le lien de préposition suppose que le préposé se trouve dans une situation de subordination vis-à-vis de son commettant. L'article 146 parle de << soumission à leur autorité >>. Il est donc sous les ordres du commettant qui a les prérogatives de lui dicter la conduite à tenir dans le cadre de l'exécution de son travail ( par rapport au temps de travail, aux moyens de travail, aux tâches à accomplir etc ). Le contrat de travail est celui qui par excellence met en exergue cette relation de

---

<sup>50</sup> Cass. Civ., 2e, 19 février 1997, n° 94 - 21.11, 1Bulletin 1997 II N° 56 p. 32. Il a été confirmé par la Cour de cassation dans un arrêt en date du 17 mai 2011 (Cass. Civ. 2e, 17 février 2011, n° 10 - 30 . 439).

subordination qui en est d'ailleurs un élément de définition. Toutefois, le lien de préposition n'a pas forcément une origine contractuelle. En dehors du contrat de travail, d'autres types de relations peuvent donner lieu à l'exercice de l'autorité d'une personne sur une autre. La doctrine invoque les liens de famille, de concubinage, d'amitié ou de complaisance occasionnelle. A cela, nous pouvons adjoindre le cas particulier de la relation liant les maîtres coraniques et leurs disciples. En l'état actuel où la question de l'existence d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui n'est pas encore tranchée, il ne serait pas impertinent de réfléchir sur la transposition de la responsabilité des maîtres coraniques sur le terrain de celle des commettants du fait de leurs préposés.

Quant à la seconde condition, elle correspond à l'agissement dommageable du préposé dans l'exercice de ses fonctions. Une telle exigence est compréhensible car un chef d'entreprise ne saurait être tenu pour responsable par exemple d'une agression physique perpétrée par son employé un jour de dimanche sur la personne de son colocataire avec qui il aurait eu des querelles de voisinage.

Le dommage causé doit donc être le fait du préposé mais nécessairement en rapport avec l'exercice de ses fonctions, en lien avec son activité.

Mieux, dans le but de renforcer la charge du commettant, le législateur retient que sa responsabilité est encourue lorsque l'on présume seulement que le préposé a agi dans le cadre de ses fonctions. C'est ce que pose l'article 147 en ces termes : « Le commettant est encore responsable lorsque le préposé a agi au moins apparemment dans l'exercice de ses fonctions ». De ce texte, il ressort la présomption selon laquelle le préposé est en principe réputé avoir agi dans le cadre de ses fonctions jusqu'à preuve du contraire.

Une fois ces deux conditions établies, la responsabilité pourra être engagée engagée. Cependant une certaine particularité s'attache à sa mise en œuvre.

## **2. Une responsabilité de type particulier**

Si en ce qui concerne les parents et comme nous le verrons, les maîtres et artisans il pourrait y avoir lieu de discuter sur la nature de la responsabilité encourue, il en va autrement s'agissant des commettants. Elle est assurément une responsabilité de plein droit car trouvant ses fondements dans la théorie du risque voire de la garantie. Le COCC ne prévoit aucun moyen pour le commettant d'y échapper si ce n'est par la survenance d'une cause étrangère constituée exclusivement par la

force majeure, la faute de la victime et le fait du tiers. La preuve de l'absence de faute du commettant est inopérante dans ce cas.

L'examen de l'article 148 conforte la position en vertu de laquelle tout est fait de sorte que le commettant ait le moins de chance possible de s'exonérer de sa responsabilité. En effet, d'après ce texte, << En cas d'abus de fonction, un lien de causalité ou de connexité avec l'exercice des fonctions suffit à rendre le commettant responsable >>.

L'abus de fonction qui est la preuve manifeste que le commettant est en principe hors de cause et que le préposé a volontairement outrepassé sa mission en profitant du statut et des possibilités que lui offre cette dernière, n'en dédouane pas pour autant le commettant. Il apparaît ainsi que le législateur n'est mu que par le souci de garantir une indemnisation automatique à la victime de l'employé; la seule exigence à l'application de ce texte étant le lien de connexité ou de causalité entre les agissements du préposé et l'exercice de ses fonctions.

Une ancienne décision du Tribunal de 1<sup>ere</sup> instance de Dakar a eu à retenir, en application de l'article 148, que << lorsque le préposé a utilisé à des fins étrangères les moyens mis par le commettant à sa disposition, la responsabilité de ce dernier ne devrait être envisagée qu'à la condition que le fait dommageable se rattache par un lien de causalité ou de connexité à l'exercice des fonctions et que le préposé puisse être réputé avoir agi pour le compte du commettant >>.

Seule la connaissance par la victime de l'abus de fonction par le préposé ( exemple de la situation de connivence entre eux deux) peut faire échapper le commettant à une telle responsabilité.

La préoccupation majeure qui se trouve au cœur de la réglementation de la responsabilité des commettants est la protection de la victime; elle a conduit le législateur à instituer une responsabilité in solidum du commettant et de son préposé. Ainsi, la victime dispose d'une pluralité d'options.

Elle peut décider d'engager la responsabilité personnelle du préposé sur le fondement de l'article 118 COCC. Mais un tel choix manque de pertinence du fait de la forte probabilité d'insolvabilité du préposé. En droit français, une telle option est écartée depuis l'arrêt Costedoat qui, dit - on a consacré une "immunité" au profit du préposé. Dans cet arrêt, même ayant commis une faute, le préposé ne peut être poursuivi personnellement par la victime s'il a agi dans les limites des pouvoirs

conférés. De même, le commettant ne peut se retourner contre lui dans le cadre d'une action recourable après avoir indemnisé la victime ( ce que le COCC admet bien).

Deuxième possibilité : la victime peut choisir de poursuivre uniquement le commettant qui présente des gages de solvabilité. Mais ici, ce dernier pourra par la suite poursuivre en remboursement le préposé fautif ( article 149 ).

Enfin, leurs responsabilités n'étant pas exclusives l'une de l'autre ( mieux, l'article 149 parle de solidarité), commettant et préposé peuvent être tous deux appelés en garantie ( comparer avec le droit français qui n'admet cette hypothèse que lorsque le préposé a dépassé ses pouvoirs). Avec cette dernière solution, la victime est plus protégée car se retrouvant avec deux débiteurs.

### C. la responsabilité des maîtres et artisans du fait de leurs élèves et apprentis

<< Les maîtres et artisans sont responsables du dommage causé par les personnes qui leur ont été confiés en vue de leur formation professionnelle pendant le temps où elles sont sous leur surveillance. Ils peuvent se dégager de cette responsabilité en rapportant la preuve qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui a causé le dommage >>; tels sont les enseignements de l'article 150 COCC.

La responsabilité des maîtres et artisans est engagée en raison du fait dommageable de leur élève ou apprenti. Si les parents sont principalement chargés de l'éducation de leurs enfants, leur formation incombe souvent à d'autres personnes. Pour cela, ces dernières ont un droit de regard sur eux. Durant le temps de formation, les parents ne peuvent pas surveiller les enfants; le relai passe par conséquent aux formateurs. Aussi, leur responsabilité semble pareille à celle des parents, à savoir fondée sur une faute, notamment un défaut de surveillance. Dès lors, la preuve d'une absence de faute devrait pouvoir les exonérer de leur responsabilité.

Le maître s'entend de tout professionnel chargé d'assurer un enseignement à des élèves. Le texte ne donne pas des précisions sur la nature de l'enseignement; d'où la prise en compte de tout type d'enseignement, qu'il soit général ou spécialisé.

Par ailleurs la question en relation avec le statut dont relève le maître ne peut manquer d'interpeller. En effet, si le maître en question relève de la fonction publique, il doit être soumis aux dispositions du COA qui régit la responsabilité des enseignants du secteur public. Selon l'article 146 de ce code, << la responsabilité de l'État est substituée à celle des membres de l'enseignement public à raison

des dommages subis ou causés par les élèves placés sous leur surveillance. La réparation ne peut être demandée qu'à l'État >>.

L'article 150 COCC n'a donc vocation qu'à s'appliquer aux maîtres de l'enseignement privé.

A côté des maîtres, le COCC vise également les artisans intervenant dans le cadre de la formation professionnelle qu'ils dispensent aux apprentis. Durant l'apprentissage, ils sont également tenus de surveiller ces derniers car placés sous leur responsabilité. Dans les mêmes conditions que pour les maîtres, ils engagent leur responsabilité en cas de dommage causé par le fait des apprentis.

L'article 150 étant rédigé dans les mêmes termes que l'article 145, s'agissant des causes d'exonération nous estimons que la preuve d'un défaut de surveillance donc de l'absence de faute pourrait suffire à exonérer les maîtres et artisans de leur responsabilité.

Précisons enfin que rien ne s'oppose à ce que la victime choisisse d'attaquer directement l'élève ou l'apprenti sur le fondement de l'article 118 COCC.

### **Paragraphe 3 : la responsabilité du fait des choses**

<< Toute personne est responsable du dommage causé par le fait de l'animal ou de la chose dont elle a la maîtrise >>; l'Article 137 COCC pose ainsi le principe de responsabilité du fait des choses. En sus de ce texte, les articles 138 à 141 viennent compléter le régime juridique d'une telle responsabilité.

Parmi ces textes, l'article 139 alinéa 2 nous intéresse d'emblée car il renseigne sur la nature de la responsabilité du fait des choses : << La responsabilité peut disparaître ou être atténuée par la force majeure, le fait d'un tiers ou la faute de la victime >>. Il ressort de cette disposition que la responsabilité encourue est de plein droit, la personne visée ne pouvant échapper à la réparation qu'en présence d'une cause étrangère; l'absence de faute n'est pas un argument valable.

Il y a une autre précision importante à faire sur ce texte; il s'agit de l'utilisation des vocables "disparaître " et "être atténuée ". La disparition de la responsabilité du fait des choses n'intervient qu'en cas de force majeure; elle est une cause d'exonération totale. Dans l'hypothèse de la faute de la victime ou du fait du tiers, la responsabilité de l'auteur ne sera qu'atténuée dans la mesure où elle subsiste à côté de celle du tiers ou de la victime.

**NB : par rapport au fait du tiers, la victime du dommage ne souffre pas du partage de responsabilité. Elle va recevoir une réparation intégrale de la part de l'auteur du dommage qui pourra ensuite se retourner contre le tiers.**

Ces remarques soulevées, deux conditions à la responsabilité du fait des choses se dégagent de l'article 137 à savoir le fait dommageable de la chose et la maîtrise de la chose.

#### **A. Le fait dommageable de la chose**

Commençons par préciser que le terme "chose" sera indistinctement utilisé pour désigner l'animal ; si dans le titre précédent l'article 137 il est loisible de remarquer "chose" et "animal", dans toutes les autres dispositions, le législateur utilise indifféremment "chose" ou "animal".

Sur ce, la chose doit être à l'origine du fait dommageable même si parfois le lien de causalité peut paraître très délicat à établir. D'ailleurs le législateur en est conscient à tel point que dans l'article 139 alinéa 1, il retient que « l'existence simultanée du préjudice et de la maîtrise suffit à établir la responsabilité ».

Toujours relativement à la chose, la généralité de la notion autorise à retenir d'abord une chose meuble autant qu'une chose immeuble ( l'exemple des bâtiments en ruine visé par le code civil en est la preuve). Ensuite, il peut s'agir d'une chose animée ou inerte, donc en mouvement , ou non. Mais encore, que la chose soit atteinte d'un vice interne ou pas, elle est prise en compte. Cette distinction aurait été néfaste pour la victime qui n'est pas forcément outillé pour détecter le vice interne d'une chose.

De même, que la chose soit par nature dangereuse ou pas, elle est retenue par l'article 137. Lorsqu'elle est dangereuse, il est plus aisé d'établir son caractère dommageable. Mais même lorsqu'elle ne présente aucun danger, elle est susceptible de créer un dommage.

Toutefois, au delà de cette ouverture quant à la lecture de l'article 137, il n'en demeure pas moins qu'un fait actif de la chose est exigé. Néanmoins, ce fait actif de la chose ne doit pas être apprécié rigoureusement dès lors que la chose même inerte est concernée. De ce fait, exiger un fait de la chose veut tout simplement dire que la chose est impliquée dans la réalisation du dommage .

Bien entendu, l'implication de la chose dans la survenance du dommage ne se ramène pas à sa seule présence; ainsi, une personne qui, imprudemment, heurte un pot de fleur qui se trouve dans



l'allée de la maison de son voisin, au bon endroit et dans une position normale, ne peut rejeter la faute sur ce dernier. Parler d'implication de la chose suppose un fait objectivement anormal; tel aurait été le cas si, dans l'exemple ci-dessus, le pot de fleur avait été négligemment posé entre les deux maisons voisines, donc en situation anormale.

Ces différents questionnements ont lieu d'être au vu de la formulation évasive de l'article 137 s'agissant du fait de la chose. De plus, l'article 139 peut prêter à confusion en ce qu'il peut laisser penser à la mise à l'écart du lien de causalité. En réalité, un contact au moins indirect est nécessaire entre la chose et la victime; à cette condition seulement, le préjudice pourrait être imputé au maître de la chose.

Justement la maîtrise vient s'ajouter à la première condition.

## **B. La maîtrise de la chose**

Contrairement au code civil français qui utilise le terme "garde", le code de procédure civile a recours à celui de "maîtrise".

S'agissant de la maîtrise, l'article 138 la définit en ces termes : « A la maîtrise de la chose ou de l'animal le propriétaire qui l'utilise personnellement ou par l'intermédiaire d'un préposé. La maîtrise est très transférée lorsque le propriétaire a confié à autrui l'animal ou la chose ou qu'un tiers l'utilise sans la volonté du propriétaire ».

Ce texte identifie la personne sur qui pèse principalement les charges de la maîtrise mais aussi la personne qui, accessoirement peut être désignée maître de la chose.

D'abord le propriétaire désigné maître de la chose dans l'hypothèse d'une utilisation personnelle. Il dispose ainsi, à titre personnel, d'un pouvoir d'usage, de direction et de contrôle sur la chose. Mais il reste toujours maître lorsqu'il la fait utiliser par un préposé ; cette solution est juste si l'on sait que le préposé agit sous les ordres du propriétaire. On dit d'ailleurs que la qualité de préposé est incompatible avec celle de maître ou gardien.

Cette hypothèse d'utilisation personnelle par le propriétaire ou d'utilisation par un préposé renseigne qu'un critère juridique est d'abord mis en avant pour définir la maîtrise : c'est le rapport de propriété existant entre la chose et la personne considérée comme responsable.

Ce même critère juridique justifie également la responsabilité du détenteur de la chose en cas de transfert volontaire de la chose : le texte parle de confiage. Le transfert doit avoir été réalisé sur la base d'un rapport juridique, matérialisé par une convention. Une simple détention matérielle ne suffit pas.

La jurisprudence sénégalaise a ainsi eu à retenir que le prêt, la location ou le dépôt de la chose auprès d'un garagiste n'entraînait pas automatiquement son transfert à l'emprunteur, au locataire ou au dépositaire. Selon elle, il faut un accord clair et univoque impliquant le transfert des pouvoirs d'usage, de direction et de contrôle ( CA Dakar n° 361 du 25 juin 1982 PRÉSERVATRICE c/SYLLA et CAMARA; CA Dakar n° 107 du 7 février 1985 SENELEC c/DIOP SONAM : note sous article 137 COCC EDJA 2010 p. 64.)

Dans le 2<sup>e</sup> cas de transfert, celui involontaire notamment, le propriétaire n'est plus maître de l'animal ou de la chose dans la mesure où au moment du fait dommageable il a été privé contre son gré des pouvoirs découlant de la maîtrise.

Ce fut le cas dans l'arrêt Franck où la voiture du docteur Franck avait été volée et impliquée dans un accident causé par le voleur, entraînant ainsi le mort d'un facteur. La Cour de cassation avait jugé que le propriétaire << privé de l'usage, de la direction et du contrôle de sa voiture, n'en avait plus la garde >>.

Par ailleurs, il peut arriver des situations où plusieurs personnes exercent en même temps les pouvoirs d'usage, de direction et de contrôle sur la chose. Le cas échéant, ils sont considérés maîtres. Lorsqu'il y a dommage, ils sont tous responsables a priori ; cela permet à la victime de ne pas assumer la lourde tâche de rechercher le véritable maître. Elle pourra s'attaquer à n'importe lequel d'entre les co-responsables.

Celui qui finalement aura réparé le préjudice subi par la victime pourra, au besoin, poursuivre les autres, chacun, dans la mesure de sa participation à la réalisation du dommage. En effet, étant tous propriétaires, il se peut toutefois que certains seulement aient exercé effectivement les pouvoirs résultants de la maîtrise au moment des faits.

Le fait générateur passé en revue, il importe de s'intéresser au dommage, deuxième condition posée par l'article 118 COCC.

## **Section 2: le dommage réparable**

Souvent assimilé au préjudice, le dommage peut s'en distinguer pour autant. Pour certains auteurs, le dommage correspond à l'atteinte concrètement constatée tandis que le préjudice est la conséquence qui en résulte pour la victime. Autrement dit, alors que le premier est une notion de fait, le second en est la traduction juridique, donc le dommage juridiquement réparable.

En tout état de cause les deux notions seront indistinctement utilisées<sup>51</sup>.

Son régime est prévu aux articles 124 à 127 COCC. Bien que ces textes soient rédigés dans un désordre total, on peut en tirer quelques enseignements. Un certain nombre de caractères doivent s'attacher au dommage (**Paragraphe 1**). Quant à la nature du dommage réparable (**Paragraphe 2**), le COCC pêche par des omissions de taille.

### **Paragraphe 1 : les caractères du dommage**

L'article 125 exige qu'il soit certain (**A**) et direct (**B**), tandis que l'article 124 prévoit qu'il doit porter atteinte à un droit (**C**).

#### **A. le dommage certain**

Le dommage est certain, aux termes de l'article 126, lorsque bien n'étant pas réalisé sur le champ, il se produira nécessairement dans l'avenir. En réalité, il faut comprendre par ce texte que le dommage certain est d'abord celui actuel, présent, don déjà réalisé. A défaut, il peut être futur. Dans ce cas, même s'il ne s'est pas encore produit, il le sera nécessairement dans l'avenir; on ne peut plus l'éviter. C'est l'exemple d'une personne rendue invalide par un accident et dont on est sûr qu'elle sera ultérieurement assistée à vie par une tierce personne. Il est alors possible de réclamer dans la demande d'indemnisation les frais de la tierce assistance même si elle n'a pas encore débuté.

L'exigence du dommage futur exclut donc la prise en charge du dommage hypothétique caractérisé par son incertitude. C'est là l'argument principal qui milite en défaveur de la réception par le droit de la responsabilité civile le principe de précaution.

---

<sup>51</sup> G. VINEY, Les conditions de la responsabilité, LGDJ, 4e éd., 2013, p. 3 et s.

Le caractère incertain, hasardeux et aléatoire du dommage visé par ledit principe l'éloigne de la perte de chance qui elle, est réparable, à la condition toutefois, que la chance soit réelle et sérieuse. Lorsqu'elle est admise, l'indemnisation se fait sur la base d'un calcul de probabilité.

### **B. Le dommage direct**

Le dommage est direct lorsqu'il découle de la faute, sans qu'aucun fait postérieur ait concouru à sa réalisation. Il est la suite immédiate, au moins directe et très proche du fait générateur.

Il ne pose pas de problèmes particuliers sauf en ce qui concerne la situation des victimes par ricochet. En vérité, ces victimes également qualifiées d'indirectes ne subissent le dommage qu'en raison du lien qui les unit à la victime. Mais dans le but de préserver leurs intérêts et de ne pas les laisser démunis face à leur perte, à leur souffrance, considère leur dommage comme étant direct. Pour parvenir à une telle solution, les juges retiennent que sans le fait dommageable, les victimes par ricochet n'auraient pas subi de préjudice.

### **C. L'atteinte à un droit**

Il s'agit de voir si la victime supposée doit justifier d'un intérêt protégé par la loi pour pouvoir agir en réparation. Une personne peut avoir subi un dommage, incontestablement. Cependant il se pose la question de la légitimité de son droit à réparation. Partant de l'expression utilisée par le législateur, en l'occurrence " l'atteinte à un droit ", il appartient au juge de déterminer la mesure de la protection de ce droit.

Dans le contexte du droit français, ce problème soulève la situation de la concubine ou de la maîtresse de la victime directe. Pendant longtemps. Pour des raisons morales la jurisprudence a refusé l'action en réparation de la concubine suite au décès du concubin. Aujourd'hui cette solution est totalement dépassée, les mœurs ayant prodigieusement évolué. Le concubinage est d'ailleurs une institution reconnue en droit français (voir article 515-8 c.civ.).

En droit sénégalais, il faut d'abord préciser que contrairement à ce que l'on déclare souvent, le concubinage n'est pas une situation ignorée par le législateur<sup>52</sup>. Mieux, il est une situation bien particulière où ce dernier attribue des effets juridiques à la situation de concubinage. L'article 276

---

<sup>52</sup> V. F.B.D. BIAYE, "Réflexion sur l'action en réparation de la concubine en droit sénégalais", Annales Africaines, Revue de la FSJP de l'UCAD, CREDILA, Vol. 2, décembre 2017, n°7, p. 146 et s.

du code de la famille ouvre droit à l'action en indication de paternité en cas de concubinage notoire entre le père et la mère de l'enfant naturel.

Cette précision faite, il serait très difficile de concevoir que le juge sénégalais puisse accéder à une demande de réparation du préjudice subi par une concubine en raison par exemple du décès de son partenaire. Les valeurs morales, culturelles, religieuses encore très vivaces dans la majeure partie de la population et qui accordent une place importante au mariage, constitueraient un obstacle dirrimant.

Pour d'autres exemples : action de l'enfant né handicapé à qui le choix d'avorter n'a pas été donné à la mère; l'action du voleur en raison de l'accident causé par la voiture volée; action de la prostituée blessée par son proxénète.

## **Paragraphe 2 : la nature du dommage réparable**

Il ressort de l'article 124 l'exigence d'un dommage matériel et moral. Mais une interprétation poussée permet de distinguer quatre variétés de dommages dont la victime peut obtenir réparation. Il s'agit du dommage corporel, du dommage matériel, du dommage pécuniaire et du dommage moral.

### **A. le dommage corporel**

Il se matérialise par l'atteinte à l'intégrité physique de la victime. Cette dernière doit être touchée dans sa chair. C'est par exemple la fracture d'un membre, la perte d'un œil, une brûlure au visage. Le dommage corporel ne peut être invoqué que par la victime directe car il est l'une des conséquences immédiates du fait dommageable.

### **B. Le dommage matériel**

C'est celui qui touche les biens de la victime directe. Le fait mis en cause doit avoir détérioré, ou à tout le moins, impacté l'utilité ou l'efficacité du bien de la victime. Le bien doit avoir une valeur pécuniaire afin de rendre possible son évaluation. Tous types de biens sont visés, meubles comme immeubles, corporels comme incorporels ( contrefaçon de marque, dénigrement d'un fonds de commerce concurrent...).

### **C. Le dommage pécuniaire**

On peut également l'appeler dommage financier. Il se traduit par une perte de revenus soit parce qu'on les a dépensés en raison de la survenance du fait incriminé soit parce qu'elle empêche d'exercer l'activité qui permettait de les gagner. D'une part, il s'agit donc par exemple des frais exposés pour l'hospitalisation, pour les soins médicaux, pour la chirurgie, des frais pharmaceutiques, des frais engagés pour les déplacements à la structure hospitalière, des frais de rénovation de la maison aux fins de son adaptation à la nouvelle situation de handicap de la victime etc. D'autre part, le dommage pécuniaire correspond à la perte de revenus suite à la perte d'emploi de la victime, de sa cessation d'activité, de la perte de sa bourse par l'étudiant victime (c'est la perte subie ou *damnum emergens* qui s'oppose au gain manqué ou *lucrum cessans*).

Il peut être réclamé aussi bien par la victime directe que par la victime indirecte. Selon la doctrine, constitue un dommage par ricochet, donnant droit à réparation, la perte de subsides qu'un proche obtenait antérieurement de celui qui a été tué dans un accident.

### **D. Le dommage moral**

Il revêt un caractère extra-patrimonial car il atteint les sentiments de la personne. Il implique une souffrance émotionnelle de la victime. Sa réparation suscite beaucoup d'objections car certains auteurs estiment que la douleur ne peut être évaluée en argent; ils appellent celle << prix de la douleur >><sup>53</sup> et estiment qu'il est immoral de monnayer sa peine devant les tribunaux.

Cependant, à la suite d'une longue période de résistance, la jurisprudence a fini par accepter l'indemnisation du préjudice moral aussi bien pour la victime directe que pour la victime indirecte.

Ainsi, le mari victime d'adultère peut demander la réparation d'un tel préjudice, de même que la célébrité victime de diffamation. De même, la mère d'une icône de mode défigurée peut réclamer la réparation de ce préjudice en raison de la souffrance de voir sa fille dans un tel état.

### **Section 3 : le lien de causalité**

L'article 118 COCC exige un lien de causalité et en fait la 3<sup>e</sup> condition de la responsabilité délictuelle. Mais alors que la faute et le dommage ressortent clairement de ce texte, c'est en toile

---

<sup>53</sup> G. RIPERT, "Le prix de la douleur", D. 1948, chron. 1.

de fond que le lien de causalité est perceptible<sup>54</sup>. Par ailleurs, les articles 128 et suivants consacrés au lien de causalité n'en donnent aucune définition. Ils sont plutôt relatifs aux causes d'exonération; c'est parce qu'en réalité les causes d'exonération fragilisent le lien de causalité.

Aussi, la doctrine propose t-elle plusieurs définitions du lien de causalité. L'une des plus simples attirera notre attention : c'est la relation qui existe entre une cause et son effet. Ce rapport entre la cause, en l'occurrence le fait générateur et l'effet, à savoir le dommage est indispensable. Son absence exclut toute possibilité d'engagement de la responsabilité de la personne mise en cause.

Tel est le cas dans dans trois hypothèses dont l'effet est d'exclure, ou au moins de rompre la relation de causalité. Il s'agit de la force majeure, de la faute de la victime et du fait d'un tiers. Ainsi, même dans une responsabilité de plein droit, ces situations constituent une cause d'exonération en raison de leur caractère étranger vis à vis du désigné responsable. D'ailleurs, elles sont réunies sous le vocable "cause étrangère".

Lorsque par contre le lien de causalité est invoqué, il doit être établi; cela passe par son identification ( **Paragraphe 1**) et sa preuve ( **Paragraphe 2**).

### **Paragraphe 1 : l'identification du lien de causalité**

Elle pose problème lorsque plusieurs faits se sont succédé et que l'on éprouve des difficultés pour relever celui qui est effectivement à l'origine du dommage.

La doctrine allemande est celle qui a particulièrement développé des études doctrinales sur la causalité; c'est elle qui a inspiré les auteurs français. Par la suite, la jurisprudence française les a expérimentées.

#### **A. les théories doctrinales :**

Nous pouvons en retenir trois principalement. Il s'agit de la théorie de la causalité proxima selon laquelle est considéré le dernier fait, celui proche du dommage. Elle s'attache à la proximité temporelle. Elle semble aujourd'hui unanimement rejetée. Il y a également la théorie de l'équivalence des conditions ou des causes. Elle postule que tous les faits ayant concouru à la réalisation du dommage doivent être retenus, de façon équivalente, sans qu'il y ait besoin de les

---

<sup>54</sup> Un auteur l'affirme d'ailleurs avec nous lorsqu'il précise que cette condition est exprimée par allusion dans certains textes; G. VINEY, Les conditions de la responsabilité, LGDJ. 4e éd. 2013, p. 235

hiérarchiser. Aucune exclusion ne se justifie donc entre ces différentes conditions nécessaires à la production du dommage car il ne se serait pas produit en l'absence de l'une d'elles. Enfin, la théorie de la causalité adéquate considère que ne pas sont à l'origine du dommage tous les faits qui se sont produits. Ce qu'il faut retenir, selon elle, est le fait qui a joué un rôle majeur, prépondérant. C'est celle qui, toujours selon le Professeur VINEY, contient << la possibilité objective du résultat >><sup>55</sup>.

## **B. La réception jurisprudentielle des théories de la causalité**

Elle n'a pas consacré exclusivement l'une ou l'autre de ces théories mais on peut remarquer qu'elle ne porte pas un grand intérêt à celle de la cause proxima.

Pour le reste, elle les utilise alternativement selon le résultat ou l'objectif qu'elle veut atteindre. Aussi, elle se laisse parfois guider par des considérations liées à l'idée de justice, d'équité, d'opportunité, de morale etc.

L'auteur précité renseigne toutefois que c'est la théorie de la causalité adéquate qui a exercé la plus grande influence tant en France qu'à l'étranger.

### **Paragraphe 2 : la preuve du lien de causalité**

Comme tout demandeur à une action en justice, il appartient à la victime du fait dommageable de prouver le lien de causalité. Elle dispose à cet effet de la liberté de preuve, le fait dommageable étant de nature extracontractuelle.

Mais toutes les fois où l'on se trouvera dans un régime de responsabilité de plein droit, ou encore présomption de responsabilité, il n'appartiendra plus à la victime de prouver le lien de causalité. En effet, l'établissement de ce dernier n'est plus exigé d'elle pour que la responsabilité de l'auteur soit engagée. Il s'opère un renversement de la charge de la preuve à son profit. Ce sera à la personne mise en cause ayant invoqué la survenance de la cause étrangère d'en apporter la preuve pour espérer échapper à l'engagement de sa responsabilité.

Les conditions de la responsabilité réunies, l'auteur est astreint à la réparation du préjudice subi par la victime. On parle ainsi des effets de la responsabilité.

---

<sup>55</sup> G. VINEY, op cit, p. 244.



## **Chapitre 2 : Les effets de la responsabilité : la réparation**

La réunion des conditions de la responsabilité civile a pour principale conséquence la réparation; c'est parce que la responsabilité civile délictuelle est une source d'obligations à l'instar du contrat. Pour obtenir la réparation du préjudice subi, La victime peut accepter un règlement à l'amiable (par la voie d'une transaction) avec l'auteur. À défaut ou en cas d'échec, la voie judiciaire s'offre à elle par le biais d'une action en justice (Section 1). Cette dernière aboutit à un procès au cours duquel les juges apprécient l'étendue du préjudice afin de déterminer les modalités de la réparation (Section 2).

### **Section 1 : L'action en justice aux fins de réparation du préjudice**

L'action en justice soulève une pluralité de questionnements parmi lesquels, peut-être mis en avant celui des personnes impliquées (Paragraphe 1) et celui des juridictions compétentes (Paragraphe 2).

#### **Paragraphe 1: Les personnes impliquées dans l'action en réparation**

Il y a d'une part le demandeur à l'action en réparation, à savoir, en principe, le créancier de la dette de réparation (A) et d'autre part le défendeur à l'action, également la personne désignée responsable du dommage, c'est-à-dire le débiteur de la dette de la réparation (B).

##### **A. Le créancier de la dette de réparation**

C'est toute personne qui a subi un préjudice réparable, donc revêtant les caractères requis par la loi (certain, direct, portant atteinte à un droit). Elle peut être aussi bien une personne morale qu'une personne physique.

S'agissant d'une personne morale elle peut sans difficulté agir pour un préjudice subi dans son patrimoine propre (exemple du vol de ses outils de travail, de l'incendie de ses locaux). Il s'agit de l'action dite sociale exercée pour le compte de la personne morale par ses représentants légaux. Quant à la personne physique, demanderesse à l'action, il s'agit a priori de la victime. Toutefois, ses héritiers peuvent être amenés à exercer l'action.

Pour ce qui est de la victime, c'est soit celle directe, soit celle par ricochet. Elle agit directement contre le responsable de son préjudice pour obtenir réparation. C'est l'hypothèse classique. Cependant, le subrogé légal aux droits de cette victime peut également endosser la charge de la

réparation. Il s'agit de la personne qui a déjà indemnisé la victime en tout ou partie de son préjudice : exemple de l'assureur. Mais il est également possible que le créancier de la victime agisse contre le responsable par le biais d'une action oblique (article 201 COCC) qui est celle par laquelle le créancier d'une personne agit en son nom et pour son compte auprès de ses débiteurs afin que la créance ne soit pas sacrifiée.

L'hypothèse dans laquelle l'action en réparation est exercée par les héritiers est le cas de décès de la victime : c'est l'action successorale. En tant qu'héritiers, ils reçoivent les droits qui appartenaient au défunt. Ces droits nés entre le moment du fait dommageable et le décès de leur auteur, ont donc existé et sont transmis aux héritiers au titre de la dévolution successorale. Cette action concevable pour les dommages matériels et autres a pourtant soulevé des difficultés en ce qui concerne le préjudice moral. Après une longue tergiversation au niveau des juridictions, la Cour de cassation française et le Conseil d'état français ont finalement admis l'action successorale de l'héritier pour la réparation du préjudice moral subi par la victime entre l'accident et le décès.

N'oublions pas des fois qu'à côté de cette action des héritiers pour le compte de la victime, il y a celle des héritiers pour leur préjudice propre. Cette dernière est dite action personnelle et tend en principe à réparer le préjudice matériel et moral éprouvé par les héritiers en tant que victimes par ricochet, du fait de la perte de subsides assurés par le défunt et de la douleur éprouvée par la perte de ce dernier.

## **B. Le débiteur de la dette de réparation**

C'est la ou les personnes responsables du dommage causé à la victime; en effet, l'hypothèse de responsabilité partagée (art 136 COCC) ne doit pas être négligée. L'action dirigée contre le responsable a pour fondement le fait personnel, le fait d'autrui ou le fait de la chose.

En cas de décès du débiteur responsable, l'action peut toutefois être intentée contre ses héritiers dans la mesure où ils auraient accepté la succession ( à noter que 3 possibilités sont offertes à ces derniers : renoncer à la succession, accepter purement et simplement la succession ou accepter sous bénéfice d'inventaire).

Enfin, l'action en réparation peut-être dirigée contre l'assureur du responsable. C'est le cas en matière d'assurance responsabilité civile obligatoire impliquant un véhicule terrestre à moteur, mais

également dans beaucoup de cas où l'exercice d'une activité expose des tiers à des risques de dommages : chasse, médecine, sport ...)

La question des juridictions compétentes occupe également une grande place dans ces développements.

## **Paragraphe 2 : les juridictions compétentes en matière de réparation :**

L'action en réparation du préjudice subi est attraitée devant des juridictions différentes selon que le fait qui y a donné lieu soit de nature purement civile (A) ou qu'il soit constitutif en même temps d'une infraction (B).

### **A. Dans le cas d'un fait dommageable exclusivement de nature civile**

Ce sont les tribunaux de droit commun qui sont compétents notamment celui d'Instance ou de Grande Instance selon le montant sollicité. C'est plus précisément le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit. Le délai de prescription applicable est celui de droit commun ( 10 ans). L'action est fondée soit sur la responsabilité de droit commun (art 118) soit sur celle tirée de l'art 137. En effet, ces deux actions sont autonomes; ainsi, si le juge est appelé à statuer sur le premier fondement, il ne peut s'appuyer sur le second et doit donc débouter le demandeur dans le cas où la première hypothèse n'aurait pas prospéré. Par exemple, si à l'appui de l'article 118 le demandeur invoque une faute et que cette dernière n'était pas retenue, le juge ne peut retenir la responsabilité sur la base de l'article 137. Vice versa.

### **B. Dans le cas d'un fait dommageable constitutif d'une infraction**

Un même acte peut indistinctement constituer une faute civile et une infraction. Le cas échéant, la victime peut porter son action devant les juridictions civiles ou devant celles répressives. Pour cette dernière occurrence, on parle de « constitution de partie civile » de la victime. L' action publique exercée par le MP influence fortement celle civile. La victime pourra bénéficier des preuves présentées par le Ministère public, le délai de prescription de l'action publique emporte celui de l'action civile...

Cette influence de l'action publique sur celle civile existe également lorsque la victime a décidé d'agir sur le terrain civil. Ainsi, lorsque les deux actions sont pendantes devant les deux juridictions,

le juge civil doit surseoir à statuer (art 4 CPP). Et par conséquent la décision retenue au pénal a autorité sur celle qui doit être rendue au civil.

Ainsi en cas de condamnation au pénal, le juge civil est tenu de retenir la faute civile et octroyer la réparation.

De même, en cas de relaxe, la condamnation au civil pour faute (art 118 et non 137) rencontre un obstacle.

(il faut toutefois préciser qu' en droit français, "le criminel ne tient plus le civil en l'État depuis la loi du 5 mars 2007; pour ce qui concerne " l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil", elle est en partie abandonnée dans le sens où la relaxe au pénal ne constitue pas systématiquement un obstacle à l'indemnisation au civil; de même la règle est relativisée à l'égard des tiers. Ces derniers peuvent ainsi librement dans un procès civil ultérieur à celui pénal contester les informations qui en sont issues.

Reste à voir les modalités de la réparation.

## **Section 2 : Les modalités de la réparation**

Les développements ultérieurs portant sur la nature du dommage ont donné l'occasion de voir le préjudice réparable. L'accent sera donc mis d'une part sur le principe retenu, en l'occurrence celui de la réparation intégrale (Paragraphe 1) et d'autre part, sur les formes de la réparation (Paragraphe 2).

### **Parag 1 : Le principe de la réparation intégrale**

En vertu de l'art 134 COCC, les dommages et intérêts doivent être fixés de telle sorte qu'ils soient pour la victime la réparation intégrale du préjudice subi. Le sens de ce principe sera apprécié (A) avant que ses conséquences, notamment l'exclusion des clauses sur la responsabilité ne soient abordées (B).

#### **A. Le sens du principe de la réparation intégrale**

L'étendue du préjudice constitue la mesure de la réparation, ni plus ni moins. Le principe de la réparation intégrale est traduit par l'expression selon laquelle, « Le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer

la victime dans la situation où elle se serait trouvée, si l'acte de dommageable ne s'était pas produit >>. Dès lors, il subsiste une question très importante : le moment où la dette de réparation est née. Est-ce au jour de la réalisation du fait dommageable ou celui du jugement qu'on détermine le montant ? La pertinence de cette interrogation réside dans le fait qu'entre le dommage et le jugement ordonnant la réparation, il a pu s'écouler des années. Un début de réponse peut être trouvé à l'art 135 COCC : "l'évaluation du dommage se fait au jour du jugement ou de l'arrêt". En définitive, on peut considérer que le jugement fixe le montant de la dette de la réparation née cependant au jour de la réalisation du dommage.

La règle de l'article susvisé s'avère très opportune surtout en ce qui concerne les préjudices corporels qui peuvent connaître une évolution dans le sens de leur aggravation.

### **B. L'exclusion des conventions sur la responsabilité civile délictuelle.**

Même si le droit sénégalais consacre l'unité des responsabilités civiles contractuelle et délictuelle, en ce dernier domaine le législateur considère non valables les conventions conclues par les parties notamment le responsable et la victime.

En effet, au terme de l'art 152 al 1 COCC, la responsabilité de droit commun ou les régimes particuliers de responsabilité sont d'ordre public. Aussi, l'al 2 du même texte poursuit-il qu' "En aucune façon, le débiteur ne peut s'exonérer de la responsabilité d'un dommage cause à la personne ou des conséquences de son dol ou de sa faute lourde".

Les clauses limitatives de responsabilité admises donc en matière contractuelle mais ne le sont pas en matière délictuelle.

Il y a lieu toutefois de noter la réserve du Professeur Tosi pour qui, ce qui est d'ordre public, c' est le principe de la responsabilité et non pas celui de la réparation intégrale et que la possibilité offerte à la victime de procéder à un règlement amiable le prouve bien.

En tout état de cause, ce n'est qu'une fois le dommage causé que les personnes impliquées auraient la possibilité de transiger car il ne saurait en être ainsi avant sa survenance. Il serait inconcevable et contraires aux règles protectrices du droit de la responsabilité civile que la victime renonce préalablement à toute poursuite et que le responsable se prémunisse également, à titre préventif, contre toute action.

La question de l'obligation de minimiser son dommage fait également appel à des développements importants relativement à l'obligation pour le responsable de réparer intégralement le préjudice subi par la victime. Ainsi, la victime qui refuse des soins, de se faire opérer ou de prendre à vie des traitements, peut-elle voir le montant de sa réparation diminuer? En droit de la common law, cette solution est retenue. En droit français, il y a toujours une opposition à cette règle. En jurisprudence, dans deux arrêts rendus le même jour, le juge français de cassation a décidé que « la victime n'est pas tenu de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable (Cass. civ. 2e, 19 juin 2003, Dibaouin c/ Flammand et autres; Consorts Lollemand c/ Decrept et autres).

S'agissant du droit sénégalais, hormis l'absence totale d'une telle obligation dans le COCC, son esprit même est contraire à une telle solution. La logique indemnitaire affirmée et consacrée et le principe de la réparation intégrale expressément retenu se révèlent incompatibles avec "une sanction" de la victime du dommage pour n'avoir pas limité son dommage.

Voyons à présent, les formes de la réparation.

## **Parag 2 : les formes de la réparation**

En la matière, la Cour de cassation reconnaît aux juges de fonds un pouvoir souverain dans l'évaluation du préjudice. La réparation peut emprunter deux formes à savoir celle en nature (A) et celle en équivalent (B).

### **A. La réparation en nature**

C'est elle qui est la plus conforme à l'exigence de la réparation intégrale, car elle implique que les choses soient replacées dans leur état antérieur. En principe, à suivre la logique, le préjudice devraient être effacé. D'un côté, elle ne saurait toutefois être imposée à la victime qui garde le droit de solliciter la réparation par équivalent. Ainsi, le maître d'ouvrage peut refuser la réparation en nature proposée par le constructeur qui lui a causé le dommage.

D'un autre côté, il s'avère parfois impossible pour le juge d'accorder la réparation en nature. En effet, celle-ci n'est pas possible pour le préjudice corporel, surtout lorsqu'il est irréversible. Par exemple, on ne peut pas rattraper en nature le temps d'invalidité précédant la consolidation. De même une cicatrice disgracieuse consécutive à une intervention chirurgicale ne peut pas disparaître.

Pour le préjudice matériel, elle est plus appropriée mais très souvent la réparation en nature implique que le débiteur de la dette de réparation soit contraint à exécuter une obligation de faire. Or il peut être incompatible avec le respect des droits et libertés de contraindre l'individu à exécuter une prestation en nature. C'est d'ailleurs pourquoi l'article 6 al 2 prévoit qu'à défaut de pouvoir contraindre le débiteur d'une obligation de faire ou de ne pas faire, on peut le condamner à réparer plus précisément par équivalent.

Toutefois, dans plusieurs cas, cette impossibilité peut être contournée; lorsqu'il s'agit d'une obligation de ne pas faire (par exemple, la construction illégale d'un édifice), le juge peut ordonner sa destruction. En outre, même pour une obligation de faire, la réparation en nature est concevable lorsque l'obligation n'a pas un caractère personnel. Dans ce cas, un tiers pourra être désigné aux frais du débiteur, afin de procéder à l'exécution pour le compte de ce dernier.

Dans des cas particuliers, c'est la loi même qui favorise la réparation en nature : exemple de la réintégration d'un salarié protégé licencié abusivement, de la publication du jugement condamnant l'auteur de propos diffamatoires, etc.

Toutes les fois où la réparation en nature se révèle impossible, intervient alors celle en équivalent.

## **B. La réparation en équivalent**

C'est la forme privilégiée par le COCC qui, à l'art 133 al 1, prévoit que le préjudice est en principe réparé par équivalence en allouant à la victime des dommages et intérêts. Parce que cette forme de réparation ne tend pas à effacer le préjudice, mais plutôt à le compenser, certains auteurs estiment qu'elle n'est pas en réalité une réparation mais une indemnisation.

En tout état de cause, ce qui est important est qu'elle se matérialise par l'allocation d'une somme d'argent correspondant à la valeur de la perte. Elle est concevable pour tout chef de préjudices même si son application à celui matériel revêt plus d'objectivité. Mais concernant le préjudice corporel, l'on peut tout de même comprendre qu'il puisse refléter la réalité des affections subies dans la mesure où ces dernières font l'objet d'une expertise médicale. Néanmoins cette assurance est moins certaine s'agissant du préjudice moral dont l'évaluation est assise sur des bases quasi exclusivement subjectives.

Ceci dit, les dommages et intérêts constituent en principe le montant alloué. Il s'agit plus précisément des dommages et intérêts compensatoires (qui s'opposent à ceux moratoires et qui

sanctionnent en une matière contractuelle le retard accusé dans l'exécution du contrat) qui se traduisent par le versement d'un montant global à la victime : c'est le capital, versé en une seule fois .

Néanmoins, ils peuvent aussi prendre la forme d'une rente qui consiste au versement d'une somme périodique par le responsable à la victime. Pour un dommage corporel susceptible de s'étaler dans le temps, c'est la forme la plus opportune. On parle de rente viagère lorsque le montant versé régulièrement est garanti jusqu'au décès de la victime.