

Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau code civil. *Commentaires.*

Quentin ALALUF

Tom COPPEE

Amandine KAPITA

Isabelle LUTTE

1^{er} MAI 2018

Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau code civil. Commentaires.....	1
Avant- propos.....	6
Introduction (I. LUTTE)	7
I. Lisibilité et prévisibilité.....	8
I.1. Lisibilité.....	8
I.2. Prévisibilité	9
II. La consolidation de la jurisprudence.....	11
II.2. L’opportunité.....	11
II.3. La réalisation	11
III. Innovations	12
III.1. Innovations sans intérêt	12
III.2. Innovations inopportunes	13
III.3. Innovations opportunes	13
IV. Conclusion	14
Section 1 : A propos de l’article 5.147 (I. LUTTE)	15
Section 2 : A propos de l’article 5.148 (I. LUTTE)	16
I. Observations générales	16
II. A propos de la possibilité d’anticiper le dommage	17
III. A propos des coûts et efforts nécessaires pour éviter le dommage.....	18
<i>III.1. L’approche économique de la responsabilité n’est pas acceptable</i>	<i>18</i>
<i>III.2. Les conséquences de l’inadéquation du jugement économique de l’agent sont supportées par la personne lésée.....</i>	<i>19</i>
<i>III.3. Conclusion : Suppression du critère « Coûts et efforts nécessaires pour éviter le dommage »</i>	<i>20</i>
IV. A propos des meilleures techniques disponibles (MTD) à un coût qui n’est pas déraisonnable	20
<i>IV.1. Les meilleures techniques disponibles : un critère étranger à la notion de faute</i>	<i>20</i>
<i>IV.2. Le niveau plus élevé de la technologie et le devoir de prudence : une confusion des genres ?</i>	<i>21</i>
<i>IV.3. Conclusion : Suppression du critère « meilleures techniques disponibles à un coût qui n’est pas déraisonnable ».....</i>	<i>22</i>

Section 3 : A propos des articles 5.149 et 5.150	23
(I. LUTTE)	23
I. Le risque d'incohérence	23
II. Des emprunts inutiles au droit pénal	24
 Section 4 : A propos des articles 5.153, 5.154 et 5.156 (I. LUTTE)	26
I. Observations générales	26
II. Le seuil d'indemnisation lié à la garantie d'assurance : un problème de rédaction ?	27
III. L'indemnisation pour un dommage lié à « tout autre fait donnant lieu à responsabilité » : la genèse d'une discrimination	27
IV. La présomption des instituteurs : une disparition inopportune	27
 Section 5 : A propos de l'article 5.155 (I. LUTTE)	29
I. Une possible aggravation de la situation des personnes atteintes de troubles mentaux	29
II. L'indemnisation pour un dommage lié à « tout autre fait donnant lieu à responsabilité » : la genèse d'une discrimination	29
III. L'utilité d'une assurance RC vie privée obligatoire à charge de tout ménage	30
 Section 6 : A propos de l'article 5.159 (I. LUTTE)	31
I. Observations générales	31
II. Un administrateur des biens et/ou de la personne est-il une personne chargée de la surveillance d'autrui ?	32
<i>II.1. L'administrateur des biens et/ou de la personne sera, le cas échéant, soumis au prescrit de l'article 5.159.</i>	<i>32</i>
<i>II.2. Une nouvelle obligation d'assurance à charge et aux frais des administrateurs de biens et/ou de la personne ?</i>	<i>33</i>
<i>II.3. L'utilité d'une assurance RC privée obligatoire à charge de tout ménage</i>	<i>33</i>
 Section 7 : A propos de l'article 5.162 (A. KAPITA)	34
I. L'article 5.162 § 1 ^{er} : le critère de la causalité	34
II. L'article 5.162 § 2 : la théorie de la causalité	36
<i>II.1. La théorie de la non-équivalence des conditions</i>	<i>36</i>
<i>II.2. Le dommage imprévisible</i>	<i>37</i>
<i>II.3. Les causes non significatives</i>	<i>38</i>
III. Conclusion	39

Section 8 : A propos de l'article 5.164 (T. COPPEE).....	40
Section 9 : A propos de l'article 5.165 (T. COPPEE).....	41
Section 10 : A propos de l'article 5.166 (T. COPPEE).....	43
Section 11 : A propos de l'article 5.167 (T.COPPEE).....	45
Section 12 : A propos de l'article 5.168 (Q. ALALUF)	47
I. Le projet.....	47
II. La théorie de la perte d'une chance.....	47
III. Une approche critique de l'avant-projet de loi	51
<i>III.1. Omission de la conception restrictive de la perte d'une chance.....</i>	51
<i>III. 2. Le déplacement de la perte d'une chance du dommage réparable vers le lien causal</i>	51
IV. Conclusion : La perte d'une chance, un concept mal revisité.....	52
Section 13 : A propos de l'article 5.170 (T. COPPEE).....	53
I. L'article 5.170, §1 ^{er} de l'avant-projet	53
<i>I.1. La consolidation du principe de la réparation partielle du dommage de la victime</i>	53
<i>I.2. L'extension du principe de la réparation partielle du dommage de la victime</i>	54
<i>I.3. La consécration du critère de l'incidence causale.....</i>	55
<i>I.4. La négation de la théorie de l'équivalence des conditions</i>	56
<i>I.5. La confusion avec le concept de dommage</i>	58
II. L'article 5.170, §2 de l'avant-projet	59
III. L'article 5.170, §3 de l'avant-projet	60
IV. L'article 5.170, §4 de l'avant-projet	61
V. Conclusion	61
Section 14 : A propos de l'article 5.171 (Q. ALALUF)	62
I. La notion de dommage.....	62
II. Le fait illicite imputable à la victime.....	63
III. Conclusion	64
Section 15 : A propos de l'article 5.175 (Q. ALALUF)	65
I. Le projet.....	65

II. La notion.....	65
III. L'intérêt d'un régime spécifique pour le dommage par ricochet	66
IV. La critique du régime spécifique	67
V. Conclusion : La spécificité du préjudice par ricochet, une entorse au droit de la responsabilité	69
Section 16 : A propos de l'article 5.176 (Q. ALALUF)	71
I. Le projet.....	71
II. L'inexistence de l'obligation formelle de limiter son dommage.....	71
III. L'inutilité du concept.....	72
IV. L'incongruité du concept.....	73
V. Les mesures excessives ou inefficaces	74
V.1. <i>Les mesures excessives</i>	74
V.2. <i>Les mesures inefficaces</i>	75
VI. Conclusion	75
Section 17 : A propos de l'article 5.178 (Q. ALALUF)	76
I. Le projet.....	76
II. L'anticipation du dommage.....	76
II.1. <i>Le type de dommage concerné par la disposition</i>	76
II. 2. <i>La mesure de l'accélération du dommage</i>	77
II.3. <i>Contrariété avec l'équivalence des conditions</i>	77
III. L'état antérieur.....	80
III.1. <i>L'intention du législateur</i>	80
III.2. <i>La négation de la jurisprudence</i>	80
III.3. <i>La négation du dommage situationnel</i>	82
IV. Conclusion : Le regrettable retour à l'état antérieur de la personne lésée.....	84

Avant- propos

Vous vous apprêtez à lire quelques commentaires s'intéressant à l'avant-projet de loi « portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau code civil »¹.

La loi se doit d'être, autant que possible, claire et précise. Mais la loi n'est pas le droit. Ce dernier est également le reflet d'une réflexion prétorienne qui l'inscrit dans la société actuelle et dans l'évolution de celle-ci.

C'est dans ce contexte que nous sommes tenus, en notre qualité d'avocats, praticiens du droit, d'apporter notre pierre à l'édifice proposé par le Ministre de la justice qui préconise la modification, notamment, du Code civil. En effet, débattant quotidiennement le droit, nous avons assurément des compréhensions et suggestions qui pourraient utilement nourrir une réflexion juridique « prudente et raisonnable » dans un état démocratique.

C'est dans cet état d'esprit critique et bienveillant que s'inscrivent, en toute humilité, les quelques réflexions tracées sous le feu de l'urgence.

Le temps nous a en effet manqué, la consultation publique des textes de l'avant-projet de loi sur le droit de la responsabilité s'étendant du jeudi 29 mars 2018 au mardi 1^{er} mai 2018 inclus (soit à peine un mois...). Nous avons donc dû poser des choix. Dès lors, certains articles de l'avant-projet de loi n'ont pu être commentés. Nous le regrettons. Tout comme nous regrettons la hâte et la précipitation avec laquelle la réforme du droit de la responsabilité est menée.

Montaigne écrivait dans ses essais, « Quand on me contrarie, on éveille mon attention, non pas ma colère ». Par nos réflexions, nous nourrissons l'espoir d'éveiller quelque peu l'attention du législateur.

Bruxelles, le 1^{er} mai 2018.

Isabelle LUTTE

¹ Rappelez-vous dès à présent l'inscription de Dante sur la porte de l'Enfer : « Vous qui entrez, abandonnez toute espérance » (DANTE, [Chant III](#), Porte et vestibule de l'Enfer)

Introduction (I. LUTTE)

1. L'avant-projet de « Loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil » se veut une réforme totale du droit de la responsabilité.

Pourquoi cette réforme ?

2. L'avant-projet, dans son exposé des motifs, indique la raison principale : « Le Code civil comporte actuellement six articles, en tout et pour tout, pour régir l'ensemble du contentieux de la responsabilité civile hors contrat »². Pour les auteurs de l'avant-projet, ces quelques articles, pratiquement inchangés depuis 1804, offrent « un contraste saisissant avec l'ampleur qu'a pris ce contentieux ».

Les praticiens du droit savent que le droit de la responsabilité civile n'est pas limité aux articles 1382 et suivants du Code, mais qu'il englobe une jurisprudence riche et en perpétuelle évolution. Les auteurs de l'avant-projet le reconnaissent : « On peut affirmer que le droit belge de la responsabilité est donc un droit essentiellement prétorien, c'est-à-dire un droit largement construit par la jurisprudence »³.

Même si elle est parfois un peu chaotique, la jurisprudence belge a réussi à faire du droit de la responsabilité civile un droit intelligent et moderne. C'est à l'ouverture d'esprit des juges que nous devons un nombre considérable de principes juridiques gouvernant le droit de la responsabilité. Sans prétention d'exhaustivité, on peut citer par exemple dans ce petit domaine du droit privé, l'exception d'inexécution⁴, le principe général de la responsabilité du fait des choses (art.1384 al.1)⁵, l'enrichissement sans cause⁶, l'abus de droit⁷, la responsabilité des pouvoirs publics (arrêt Flandria)⁸, la perte d'une chance⁹, la notion d'acte objectivement illicite¹⁰, la théorie de l'organe¹¹, la théorie des troubles du voisinage¹², le principe général de la bonne foi¹³, la théorie de l'apparence¹⁴.

3. Tout en admettant que ce droit prétorien est un système « très souple, d'une plasticité remarquable », les auteurs de l'avant-projet lui reprochent *d'être* « peu lisible et peu prévisible pour les particuliers »¹⁵.

² Exposé des motifs, 30 mars 2018, p. 1.

³ Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 1.

⁴ Cass., 14 février 1843, *Pas.*, 1843, 61.

⁵ Cass., 26 mai 1904, *Pas.*, 1904, 246, concl. avocat général JANSSENS.

⁶ Cass., 27 mai 1909, *Pas.*, 1909, 272.

⁷ Cass., 12 juillet 1917, *Pas.*, 1918, 65.

⁸ Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, 208.

⁹ Cass., 19 octobre 1937, *Pas.*, 1937, 298.

¹⁰ Cass., 7 mars 1957, *Pas.*, 1957, 808, concl. HAYOIT de TERMICOURT.

¹¹ Cass., 31 mai 1957, *Pas.*, 1957, 1158, concl. HAYOIT de TERMICOURT.

¹² Cass., 6 avril 1960, *Pas.*, 1960, 915.

¹³ Cass., 19 septembre 1983, *Pas.*, 1984, 55 ; *RCJB*, 1986, 282, note J.L. FAGNART.

¹⁴ Cass., 20 juin 1988, *J.T.*, 1989, 547, note P.A. FORIERS ; *RCJB*, 1991, 45, note R. KRUIHOF.

¹⁵ Exposé des motifs, p. 2.

L'exposé des motifs souligne le manque de lisibilité pour les particuliers. « La seule lecture des textes du Code civil ne permet donc pas d'avoir une vue précise de l'état du droit de la responsabilité civile ». C'est là une évidence dès lors que l'essentiel du droit de la responsabilité est tissé par la jurisprudence.

4. L'avant-projet se donne un triple but :

- « proposer une structure plus claire et plus lisible du droit de la responsabilité civile » ; il faut « privilégier l'énonciation de règles générales formulées en termes clairs et précis, accessibles au plus grand nombre »¹⁶ ;
- « consolider les acquis issus de la jurisprudence, ce qui n'exclut pas, à la marge, certaines corrections ou remises en ordre » ;
- introduire « de réelles innovations dans certains domaines où la jurisprudence se montre fluctuante, voire contradictoire »¹⁷.

Ces deux derniers objectifs se rejoignent.

L'avant-projet se veut rassurant. Il relève que le droit de la responsabilité s'est montré globalement favorable au besoin d'indemnisation des victimes. Il affirme que cette perspective « n'est pas fondamentalement remise en cause, bien au contraire »¹⁸.

Malheureusement, nous verrons qu'il n'en est rien.

I. Lisibilité et prévisibilité

I.1. Lisibilité

5. Aujourd'hui, le droit s'est complexifié de façon extraordinaire. Les lois sont rédigées en des termes techniques qui les rendent inaccessibles « au plus grand nombre ». Même les juristes ont parfois des difficultés à comprendre des textes légaux dans des matières qui ne relèvent pas de leur spécialité.

La population, dans son immense majorité, s'intéresse peu au droit de la responsabilité civile.

6. Au regard du vœu de lisibilité exprimé par le législateur, posons-nous la question suivante : les textes de l'avant-projet sont-ils aisément lisibles par un particulier ?

Toute réponse péremptoire serait présomptueuse. Il vaut mieux se rendre dans une station de métro et soumettre aux particuliers, à titre de test éliminatoire, par exemple l'article 5.143, alinéa 2 : « Même si la personne lésée fonde son action sur la responsabilité extracontractuelle, les dispositions légales particulières applicables au contrat en cause et les clauses contractuelles, qui concernent les conditions et les effets de la responsabilité, la déchéance ou la prescription, prévalent. Cette primauté

¹⁶ Exposé des motifs, p. 4.

¹⁷ Exposé des motifs, p. 3.

¹⁸ Exposé des motifs, p. 4.

n'est pas d'application lorsque le dommage résulte d'une atteinte à l'intégrité physique ».

Pour les personnes qui auraient bien compris ce petit texte qui aurait constitué une épreuve éliminatoire, nous leur demanderions de lire l'article 5.163 : « Un fait générateur de responsabilité qui serait une cause du dommage si un ou plusieurs autres faits générateurs qui constituent eux-mêmes une cause suffisante du dommage n'étaient pas survenus, est considéré comme une cause de celui-ci ».

A la lecture de ce texte, nous verrions apparaître sur le visage même des universitaires non juristes, une certaine perplexité.

7. Une autre question intéressante à soumettre aux particuliers résulte de la confrontation de l'article 5.170 et de l'article 5.171.

L'article 5.170, §1^{er} énonce : « Si la faute de la personne lésée (...) est une des causes du dommage, l'indemnité est réduite dans la mesure où cette faute a elle-même contribué à la survenance du dommage ».

L'article 5.171, alinéa 3 énonce : « Le dommage qui résulte d'un fait illicite imputable à la personne lésée n'est pas réparable ».

La question à soumettre aux particuliers est la suivante : si le dommage trouve sa cause dans un fait illicite (une faute) de la victime, l'indemnité est-elle réduite ou supprimée ?

8. L'article 5.154, alinéa 3 énonce : « L'indemnité ne peut pas être inférieure au montant pour lequel un assureur couvre effectivement la responsabilité ». Les juristes savent qu'une indemnité a une fonction indemnitaire et qu'elle ne peut excéder le montant du dommage. Le texte de l'article 5.154 pourrait toutefois faire penser à des particuliers que, quelle que soit l'importance du dommage, la personne lésée percevra une indemnité égale à la garantie due par l'assureur. Le libellé de l'alinéa 3 de l'article 5.154 n'en favorise pas la lisibilité.

1.2. Prévisibilité

9. Les textes de l'avant-projet de réforme sont-ils de nature à accroître « la prévisibilité » des solutions ? Nous ne le pensons pas.

Envisageons quelques exemples.

10. L'article 5.151 énonce : « Aucune responsabilité pour faute ne peut être engagée lorsque la personne lésée a valablement consenti à ce que l'on porte atteinte à des intérêts dont elle pouvait disposer ». De quels intérêts la personne lésée pouvait-elle disposer ? On laisse ici une place immense à l'imagination des plaideurs.

11. L'article 5.154, alinéa 2 énonce que si le dommage est causé par un mineur de 14 ans ou plus, le juge peut « modérer le montant de l'indemnité. Il statue selon l'équité, en tenant compte des circonstances et de la situation des parties concernées par le dommage ». Le montant de l'indemnité qui sera finalement alloué est-il prévisible ?

12. Actuellement, pour savoir si un lien de causalité existe entre la faute et le dommage, il suffit de répondre à la question de savoir si, sans la faute, le dommage serait survenu tel qu'il s'est produit¹⁹.

Cette question appelle une réponse simple qui est soit « oui » soit « non ». Rien de plus simple.

L'article 5.162 de l'avant-projet reprend plus ou moins ce principe. Il énonce toutefois en son alinéa 2 :

« Toutefois, il n'y a pas de responsabilité si le lien entre le fait générateur de responsabilité et le dommage est à ce point étendu (ne faut-il pas lire : distendu ?) qu'il serait manifestement déraisonnable d'imputer ce dommage à celui auquel la réparation est demandée. Dans cette appréciation, il peut être tenu compte, en particulier, du caractère imprévisible du dommage au regard des conséquences normales du fait générateur de la responsabilité et de la circonstance que celui-ci n'a pas contribué de manière significative à la survenance du dommage ».

Prenons l'exemple classique de l'accident d'ambulance. La victime d'un premier accident est emmenée en ambulance vers l'hôpital, mais, au cours de ce trajet, survient un second accident qui entraîne de nouvelles atteintes à l'intégrité physique de la victime. Actuellement, l'auteur du premier accident doit supporter les conséquences des deux accidents, sous réserve de son recours contre l'auteur du second accident.

L'avant-projet imposera au juge de se demander s'il est imprévisible que l'ambulance transportant un blessé soit impliquée dans un accident et s'il s'agit bien là d'une conséquence normale du premier accident. Qu'est-ce qu'une conséquence normale ? Est-ce celle qui se produit toujours, parfois ou quelques fois ?

Les joutes oratoires vont se multiplier. La durée des plaidoiries aussi. Les recours également.

13. L'article 5.171 dispose qu'un dommage est réparable « s'il résulte d'une atteinte à un intérêt juridiquement protégé ». Qu'est-ce qu'un intérêt juridiquement protégé ? L'exposé des motifs précise que cette notion englobe certainement les droits subjectifs, les droits fondamentaux et libertés et aussi « selon les circonstances », de simples intérêts²⁰.

Quelles sont les circonstances à prendre en considération et quels sont les simples intérêts juridiquement protégés ?

L'exposé de motifs répond : « Dès lors que l'article proposé ne comporte aucune énumération des intérêts protégés, il appartient en définitive au juge de déterminer si l'atteinte en question est protégée par le droit »²¹.

Sur le plan grammatical, on observera que ce n'est pas l'atteinte qui est protégée par le droit, mais l'intérêt atteint qui peut l'être.

Sur un plan plus fondamental, quels sont, parmi les intérêts légitimes, ceux que l'on doit considérer comme juridiquement protégés ? Sur la base de quels critères le juge

¹⁹ B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1 : Le fait générateur et le lien causal, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 322, n° 388.

²⁰ Exposé des motifs, p. 135.

²¹ Exposé des motifs, p. 135.

pourrait-il décréter qu'un intérêt légitime est ou n'est pas protégé par le droit ? La réponse semble bien imprévisible. Nous voilà à nouveau plongés dans l'obscurité.

II. La consolidation de la jurisprudence

14. L'objectif ainsi affirmé soulève deux questions : faut-il consolider la jurisprudence ? L'avant-projet constitue-t-il cette consolidation ?

II.2. L'opportunité

15. La jurisprudence a le mérite, reconnu par l'exposé des motifs, de la souplesse et de la plasticité. Elle a une extraordinaire capacité d'adaptation à l'évolution de la société et des mentalités. Les qualités qu'elle a ont pour conséquence qu'elle « n'a pas la stabilité des lois »²². Nous sommes d'avis que le droit n'existe pas pour lui-même. Cela n'aurait aucun sens. Le droit a pour vocation de régir une société réelle, avec ses espoirs et ses limites.

Dans un monde qui connaît des évolutions fulgurantes, est-il souhaitable d'avoir des lois « stables » qui peuvent paraître archaïques peu de temps après leur adoption ? Le Ministre de la justice semble répondre par l'affirmative à cette question. Nul n'est tenu de partager son opinion.

II.3. La réalisation

16. Lorsque l'avant-projet prétend « consolider les acquis de la jurisprudence » avec éventuellement « à la marge certaines corrections », on peut se montrer sceptique.

Quelques exemples sont significatifs.

17. On constate que les articles 5.162 à 5.170 constituent une démolition systématique de la théorie de l'équivalence des conditions qui est remplacée par l'arbitraire du juge qui va apprécier ce qui est raisonnable et ce qui ne l'est pas, ce qui est probable et dans quelle mesure la probabilité avait des chances de se réaliser.

18. La Cour de cassation a décidé qu'il n'appartient pas au juge du fond de se fonder sur un état antérieur de la victime « pour réduire, en proportion de cet état, l'indemnisation du dommage qu'elle a subi par la suite d'une faute sans laquelle le préjudice ne se serait pas produit tel qu'il s'est réalisé »²³.

L'article 5.178 de l'avant-projet énonce : « Si la personne lésée avait déjà subi un dommage ou souffrait déjà d'une incapacité avant le fait générateur de responsabilité, seul le dommage nouveau ou l'aggravation du dommage déjà existant doit être réparé ».

Le texte est en contradiction flagrante avec la jurisprudence que l'on prétend consolider. Il s'agit davantage d'un processus de négation du droit prétorien ayant aussi démontré ses qualités d'efficience et de souplesse. Comme nous l'avons déjà souligné, une telle négation aura pour effet d'accroître la précarité des personnes lésées (déjà malmenées par les réformes antérieures ayant rendu l'accès à la justice moins aisé).

²² Exposé des motifs, p. 2.

²³ Cass., R.G. : P.10.1601.F, 2 février 2011, *Pas.*, 2011, 394 ; *RGAR*, 2011, n° 14801 ; *RW*, 2012-2013, 300, note B. WEYTS ; *Consilio*, 2014, 23, note J. THIRY et D. COCO, note I. LUTTE.

19. Suivant une jurisprudence constante de la Cour de cassation, la pension de survie n'a pas pour objet de réparer le dommage causé par un accident mortel. Cette pension trouve sa cause dans la loi relative à la pension de retraite et de survie des travailleurs salariés. Elle n'a pas un caractère indemnitaire. La Cour de cassation est formelle²⁴.

L'article 5.185 de l'avant-projet dit le contraire. Il doit être imputé sur le montant de l'indemnité, « le paiement d'une pension de survie versé à la suite du décès causé par le responsable ».

Ce n'est pas une consolidation de la jurisprudence. Au surplus, cette disposition est discriminatoire : les personnes confrontées au veuvage sont plus souvent des femmes que des hommes.

20. Observons que toutes ces négations de solutions jurisprudentielles bien admises ont toutes pour effet de réduire l'indemnisation des victimes.

Lorsque l'exposé des motifs énonce qu'il ne remet pas fondamentalement en cause une perspective favorable au besoin d'indemnisation des victimes, nous nous demandons si le Ministre de la justice comprend ce qu'on lui fait écrire.

III. Innovations

21. L'avant-projet contient des innovations nombreuses et importantes.

Certaines sont opportunes, d'autres ne le sont pas. Il y en a aussi qui sont sans intérêt.

III.1. Innovations sans intérêt

22. De nombreuses dispositions de l'avant-projet n'ordonnent rien et n'interdisent rien. Elles contiennent des définitions ou évoquent des possibilités dont le juge tiendra compte ou non en fonction des circonstances.

Manifestement, les auteurs du projet semblent considérer que le juge, s'il n'est pas débile mental, est « démuné face à des situations qui peuvent s'avérer complexes au vu du développement croissant des technologies et de l'avènement de la consommation de masse »²⁵.

23. Au rang des évidences, on peut citer l'article 5.144 qui établit l'égalité de traitement des personnes morales et des personnes physiques et l'article 5.145 qui rappelle que les règles particulières prévalent sur les règles générales.

Est-il utile de préciser à l'article 5.172 que « l'atteinte à un intérêt collectif est réparable dans les cas et conditions déterminés par la loi » ? Peut-on imaginer qu'il en soit autrement ?

L'article 5.183 énonce que les dommages et intérêts sont alloués sous la forme d'une somme globale ou de paiements périodiques. Cela ne va-t-il pas de soi ?

L'article 5.152 énonce que celui qui se prévaut d'une cause d'exonération de responsabilité doit en apporter la preuve. Il s'agit là d'une banale application de l'article 870 du Code judiciaire.

²⁴ Cass., 21 janvier 1998, *Pas.*, 1998, 105 ; - Cass., 7 septembre 2004, *RGAR*, 2006, n° 14108 ; - Cass., 16 mars 2006, *Pas.*, 2006, 620 ; *RGAR*, 2007, n° 14233.

²⁵ Exposé des motifs, p. 6.

Est-il adéquat de préciser chaque fois qu'un principe général, auquel on ne déroge pas, s'applique dans le cas particulier que l'on examine ?

24. Au rang des outils que l'avant-projet veut mettre à la disposition du juge s'il le souhaite, on peut citer l'article 5.148, § 2, al. 2 qui énonce les éléments permettant d'apprécier le comportement qu'aurait eu une personne prudente et raisonnable dans les mêmes circonstances.

25. L'article 5.174 énonce que le dommage patrimonial est celui qui a des répercussions économiques et que le dommage extrapatrimonial a des répercussions non économiques. Cet article apporte-t-il quelque chose ?

III.2. Innovations inopportunes

26. L'article 5.153 énonce que le mineur qui n'a pas atteint l'âge de 14 ans n'est pas responsable du dommage causé par sa faute. Il est sans doute opportun d'indiquer l'âge à partir duquel on retient la responsabilité civile des personnes.

L'article 5.173 devient injustifiable lorsqu'il poursuit en énonçant que le mineur de moins de 14 ans n'est pas responsable du dommage causé « par tout autre fait donnant lieu à responsabilité ».

On peut comprendre qu'il n'y ait pas de responsabilité dans le chef du mineur de moins de 14 ans, mais lorsqu'il s'agit d'une responsabilité sans faute, on voit mal pourquoi un citoyen, qui a les mêmes droits que tous les autres, échapperait aux règles générales qui régissent la société.

27. L'avant-projet supprime la présomption de responsabilité que le Code civil fait peser sur les instituteurs. Il s'agirait d'un régime « archaïque ».

Une brillante chronique de jurisprudence démontre cependant que le dommage causé par les enfants à l'école est un vrai problème de société²⁶.

Si l'on comprend bien l'avant-projet, c'est « le titulaire de l'autorité sur la personne d'un mineur » qui resterait responsable des dommages que l'enfant cause lorsqu'il est placé sur la surveillance de l'institution scolaire.

Nous n'apercevons pas la justification de cette solution. L'exposé des motifs est par ailleurs muet à ce propos.

28. Nous pouvons déplorer aussi l'insertion, dans ce qui devrait devenir un nouveau Code civil, de concepts propres au droit pénal. On songe par exemple à la légitime défense (article 5.150, § 2, alinéa 4) ou à l'aide et l'incitation à commettre une faute (article 5.166).

III.3. Innovations opportunes

29. Tout n'est pas mauvais dans l'avant-projet. Il y a quelques innovations opportunes. La plus importante est sans doute la règle de l'assurance obligatoire de la responsabilité des titulaires de l'autorité sur les mineurs (article 5.156).

30. La responsabilité du propriétaire du bâtiment en ruine était sans doute une disposition archaïque. Il est sans doute heureux que cette responsabilité soit intégrée, par l'avant-projet, dans le régime de responsabilité du fait des choses (article 5.160).

²⁶ B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *op. cit.*, 113 à 130.

31. L'article 5.187 consacre de façon claire la tendance actuelle de la jurisprudence à autoriser une action en indemnité lorsqu'il y a aggravation du dommage ou la survenance d'un nouveau préjudice.

Bien entendu, la personne lésée peut transiger. Les transactions contiennent souvent une clause étendant les effets extinctifs à des préjudices inconnus et imprévisibles. Il a été démontré que ces clauses peuvent être considérées comme des clauses abusives²⁷.

L'article 5.187 règle désormais la question. « La personne lésée peut renoncer valablement à ses droits (en cas d'aggravation du dommage) sauf lorsque le dommage résulte d'une atteinte à son intégrité physique ».

IV. Conclusion

Le problème essentiel de la réforme *telle qu'elle est envisagée à ce jour* réside en ce qu'elle aura inévitablement pour effet de précariser davantage les personnes lésées.

²⁷ J.L. FAGNART, L'aggravation du dommage, in *Etats généraux du droit médical et du dommage corporel*, Anthemis, 2016, spéc. pp. 301 et sv., nos 97 à 100.

Section 1 : A propos de l'article 5.147 (I. LUTTE)

Article 5.147 Définition

La faute est un manquement à une règle de conduite qui résulte de la loi ou à la règle générale de prudence qu'il convient de respecter dans les rapports sociaux.

L'article 5.147 consacre la responsabilité fondée sur la faute objective, celle qui est dépouillée de son élément subjectif. La responsabilité fondée sur la faute résulte de la méconnaissance d'une norme écrite (la loi au sens général) ou non écrite (la norme de prudence).

Retenir la faute objective comme fondement de la responsabilité civile revient à asseoir l'autonomie de la faute civile et à condamner l'unité des fautes civiles et pénales²⁸. Une telle évolution nous semble conforme au rôle essentiel rempli par le droit de la responsabilité : la réparation des dommages²⁹. « *L'élément qui, désormais, domine, devient, invariablement, l'obligation de réparer le dommage quels qu'en soient par ailleurs le fondement ou la justification. En droit positif, on est responsable lorsqu'on est obligé de réparer le dommage* »³⁰.

La notion de faute objective contribue à la protection des victimes qui, subissant un dommage, tiennent à être indemnisées, que l'auteur du fait dommageable ait eu ou non un discernement³¹, des regrets, ...

Dans un arrêt du 9 février 2017³², la Cour de cassation précisa : « *la transgression matérielle d'une disposition légale ou réglementaire constitue en soi une faute qui entraîne la responsabilité civile de son auteur* »³³. Cette position de la Cour de cassation confirme la thèse de la faute objective.

Elle ajoute cependant « *à condition que cette transgression soit commise librement et consciemment* ». Nous évoquerons les critères de la transgression libre et consciente de la norme lors de l'examen des articles 5.149 et 5.150 de l'avant-projet de loi.

²⁸ A propos des difficultés liées à la théorie de l'unité des fautes civile et pénale, voyez : N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, « Responsabilité civile et responsabilité pénale », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Kluwer, 2012, liv.2, spéc. 54-76.

²⁹ H. BOCKEN et I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedings recht*, Die Keure, 2011 ; Voyez aussi : P. WERY, *Doit des obligations*, Larcier, 2010, p.474, n° 539 (faute in abstracto) ; G. VINEY, P. JOURDAIN, et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 2013, p.446 et svts ; G. VINEY « Réflexions sur l'article 489-2 du Code civil », *Rev. Trim.dr. civ.*, 1970, 251 et svts.

³⁰ H. DE PAGE, *Traité*, t.II, n° 903.

³¹ L'absence de discernement est la caractéristique de l'individu qui, pour des raisons physiques ou psychologiques, n'est pas en mesure de comprendre la portée de ses actes.

³² Cet arrêt a fait l'objet d'un récent commentaire : J-L FAGNART, *Vers la faute objective ?*, note sous Cass. 9 février 2017, *R.C.J.B.*, 2018/1, pp.42-64.

³³ Cass. 9 février 2017, *R.C.J.B.*, 2018/1, p.41.

Section 2 : A propos de l'article 5.148 (I. LUTTE)

Article 5.148 Critères d'appréciation

§ 1er. Dans le cas où la règle de conduite impose un comportement déterminé, la faute se déduit de la violation de cette règle.

§ 2. Le manquement à la règle générale de prudence s'apprécie par rapport au comportement qu'aurait eu une personne prudente et raisonnable dans les mêmes circonstances.

A cet effet, peuvent notamment être pris en considération :

- la nature et l'étendue des conséquences dommageables possibles ;
- les coûts et efforts nécessaires pour éviter le dommage ;
- l'état des connaissances scientifiques ;
- les meilleures techniques disponibles à un coût qui n'est pas déraisonnable ;
- les règles de l'art et les bonnes pratiques professionnelles ;
- les principes de bonne administration et de bonne organisation.

I. Observations générales

L'article 5.148, §1 de l'avant-projet de loi concerne les obligations de résultat. La seule absence du comportement déterminé par la loi suffit à retenir la responsabilité de celui qui aurait dû adopter ce comportement.

L'article 5.148, §2 traite de la règle générale de prudence et, dès lors, des obligations de moyens. La faute consiste en l'adoption d'un comportement que toute personne normalement prudente placée dans les mêmes circonstances (de temps et de lieu) n'aurait pas commise³⁴.

L'exposé des motifs nous donne un exemple de la bienveillance du législateur à l'égard de nos juges. En effet, il y est précisé ce qui suit : « *Afin de ne pas laisser le juge démuni face à des situations qui peuvent s'avérer complexes au vu du développement croissant des technologies et de l'avènement de la consommation de masse, différents critères sont proposés au juge aux fins d'apprécier l'existence d'une faute. Il faut les comprendre comme des outils d'aide à la décision* ». Nos juges ont donc des outils.

³⁴ Exposé des motifs, p.50.

Reste à espérer que la bienveillance du législateur ira jusqu'à leur octroyer des moyens... !

Revenons à la boîte à outils du juge et examinons quelque peu la pertinence des critères ainsi retenus. Un critère mérite quelques précisions, d'autres suscitent des questions.

II. A propos de la possibilité d'anticiper le dommage

L'avant-projet de loi consacre la thèse selon laquelle la possibilité d'anticiper le dommage³⁵ est une condition de l'établissement de la faute en matière quasi-délictuelle.

Pour établir une faute en dehors des cas de contravention à une norme précise (hypothèse visée à l'article 5.148, §1^{er}), donc en raison de l'obligation générale de prudence, il faut qu'au moment de l'imprudence, son auteur puisse raisonnablement prévoir qu'un dommage en sera l'effet³⁶. La Cour de cassation a déjà pu préciser à maintes occasions que la faute subsiste lorsque les circonstances de fait permettaient de prévoir le dommage même si le prévenu ne pouvait pas prévoir qui subirait finalement ledit dommage³⁷.

Par ailleurs, la faute n'implique pas la connaissance précise des conséquences possibles de l'acte accompli : il suffit que l'auteur de l'acte ne puisse légitimement exclure « l'éventualité d'un risque à agir comme il l'a fait »³⁸. Il suffit, selon la Cour, qu'une certaine sorte de dommage soit prévisible en son principe, même si concrètement il s'est présenté différemment³⁹.

L'exposé des motifs précise ainsi à la page 51 : « *Il n'est donc pas exigé que l'agent ait pu prévoir la réalisation du préjudice tel qu'il s'est concrètement réalisé ni qu'il ait pu déterminer précisément la ou les personnes qui pourraient être victimes du dommage ni même qu'il ait pu mesurer son ampleur* ».

Soulignons avec force que cette anticipation possible de la survenance d'un dommage, élément constitutif de la faute, doit par ailleurs rester sans impact sur l'étendue de la réparation du dommage : la faute étant établie, l'auteur reste tenu de réparer toutes les conséquences de son acte, même imprévisibles⁴⁰.

Toutefois, il importe d'être attentif à la lecture et au commentaire (voir plus loin) de l'article 5.162, alinéa 2.

³⁵ Exposé des motifs, p.51. La préférence a été donnée au concept de « possibilité d'anticiper le dommage » afin d'éviter le recours à la notion de « prévisibilité du dommage ».

³⁶ Exposé des motifs, p.51.

³⁷ Conclusions de M. DU JARDIN, avocat général, précédant Cass.23 janvier 1991, Pas., 1991, I, p.493.Cass., 8 août 1990, Pas., 1990, I, 1259 ; Cass. 13 juin 1978, Pas. 1978, I, p. 1169.

³⁸ Liège, 30 novembre 1992, *RRD*, 1993, 240 ;- Cass., 10 mai 1994, *Dr. circ.*, 1995, 19. Pour d'autres exemples, voy. Cass., 10 mars 2000, *Dr. circ.*, 2000, 346 ;- Mons, 28 juin 1994, *JLMB*, 1996, 91, note D. PHILIPPE ; *RGAR*, 1995, n° 12540.

³⁹Cass.9 décembre 2015, RG P.15.0578.F/1, *Arr. Cass.* 2015, liv. 12, 2880 ; *Dr. pén. entr.* 2016, liv. 2, 139, concl. PALUMBO, note LAGASSE, F. ; <http://www.cass.be> (5 janvier 2016), concl. PALUMBO, M.; *Pas.* 2015, liv. 12, 2810, concl. PALUMBO, M. ; *R.G.A.R.* 2017, liv. 2, n° 15360.

⁴⁰ Cass.17 avril 1975, *Pas.*,1975, I, pp.820-824.

III. A propos des coûts et efforts nécessaires pour éviter le dommage

L'avant-projet de loi précise qu'il faut comprendre ce critère comme les coûts et efforts nécessaires pour éviter que le dommage ne survienne.

La situation visée par le législateur est la suivante : l'agent sait d'une part, que le comportement qu'il va adopter est de nature à générer un dommage **et** d'autre part, qu'une (des) mesure (s) peut (peuvent) être prise(s) pour l'éviter.

L'exposé des motifs nous explique ceci : « *Ainsi, si l'on devait estimer que les dépenses qui auraient dû être engagées pour éviter le dommage sont démesurées par rapport à la fréquence et l'ampleur du risque, la faute pourrait être écartée* »⁴¹. Il poursuit en ces termes : « *Cette analyse des coûts rapportés au bénéfice escompté n'est pas très répandue en droit belge mais elle paraît utile comme élément à prendre en compte avant de conclure à l'existence d'une faute* ».

Si nous percevons correctement le raisonnement développé dans l'avant-projet de loi, un agent, bien que considérant que son comportement soit de nature à créer un dommage à autrui, peut être dispensé de l'éviter en adoptant des mesures ad hoc si celles-ci venaient à entraîner un coût démesuré.

Ce propos nous semble inacceptable.

L'analyse de la balance risque/bénéfice devant être réalisée par l'agent l'est à son seul profit. En effet, la prise en charge des coûts liés à des mesures préventives lui revient. Autrement exprimé, l'agent est autorisé à adopter un comportement de nature à porter préjudice à autrui sauf si les mesures nécessaires pour l'éviter ont un coût raisonnable. En insérant l'évaluation du coût et des efforts raisonnables comme élément constitutif de la faute, le critère de la balance coût/bénéfice escompté par l'agent (le débiteur) est aussi érigé comme condition de la réparation du dommage subi par la personne lésée (le créancier).

Que faut-il entendre par coût raisonnable ? La notion du coût raisonnable est bien connue des économistes lorsqu'est discutée la gestion d'une entreprise. Elle participe à la régulation du marché. En d'autres mots, un coût est jugé raisonnable si sa nature et son montant ne dépassent pas ce qui aurait été engagé par un acteur économique prudent dans la conduite d'une entreprise concurrentielle (en comparant sa gestion avec celles des entreprises ayant une activité similaire). La notion de coût raisonnable est par ailleurs liée à celle du dépassement des coûts.

III.1. L'approche économique de la responsabilité n'est pas acceptable

⁴¹ Exposé des motifs, p.52.

Est-il concevable de permettre la réalisation d'un dommage qui aurait pu être évité si des mesures ad hoc avaient été prises au motif qu'elles coûtent cher à l'agent ?

Prenons l'exemple d'une personne se présentant aux portes d'un hôpital.⁴² Malade, elle est par ailleurs sans ressources suffisantes et sans affiliation auprès d'un organisme assureur. La seule voie pour être soignée est de se présenter au service des urgences, *même s'il n'y a pas d'urgence médicale en tant que telle*. Le coût des soins qui lui seraient prodigués ne seront pas pris en charge par la sécurité sociale, ni, à défaut d'en remplir toutes les conditions, par le régime de l'aide médicale urgente.

Sans couverture, le coût lié à ces soins sera élevé. Un hôpital, qui est par ailleurs une entreprise, peut-il refuser que son personnel soignant prodigue les soins ad hoc sachant que ceux-ci dépasseront inévitablement l'estimation du coût raisonnable (coût généralement attendu pour de tels soins) ? Ne pas soigner ? Le renvoyer au sein de la société et le laisser contaminer d'autres personnes ?

La réponse à cette question - si nous nous en tenons au critère des coûts et efforts nécessaires - sera positive. Une telle réponse est inacceptable. L'impact des coûts est un critère à insérer dans le code du droit économique, mais assurément pas parmi les règles du droit de la responsabilité extracontractuelle⁴³.

Soulignons que l'application de ce critère d'apparence neutre dans le domaine des soins de santé conduira à une discrimination certaine entre les patients pris en charge au sein d'un hôpital en fonction de leur assurabilité ou en fonction de leur fortune... !

Observons enfin que si, dans une telle hypothèse, un de nos juges, muni de sa boîte à outils, venait à retenir le critère des coûts raisonnables pour écarter la faute dans le chef de l'institution hospitalière et de son personnel de soins, la victime pourrait être tentée d'obtenir réparation de son dommage auprès du Fonds des accidents médicaux. Mais cette démarche serait vaine... le dommage lié à l'absence de traitement ou à un traitement erroné n'est pas un dommage anormal au sens de la loi du 31 mars 2010 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé ... !

III.2. Les conséquences de l'inadéquation du jugement économique de l'agent sont supportées par la personne lésée

Est-il acceptable et équitable de faire supporter à une victime l'inadéquation du jugement économique de l'agent, sans laquelle le dommage ne se serait pas réalisé ? Il est évident que l'analyse « a priori » du caractère raisonnable de la mesure envisagée est réalisée par l'agent lui-même, dans son seul intérêt (le bénéfice escompté).

⁴² M. MORMONT, Des hôpitaux sous pression face à la précarité, Alter Echos, n° 392, 10 novembre 2014, www.alterchos.be; x, Interview du Docteur Solange Peeters, "Ce n'est pas au médecin de décider si un traitement est trop coûteux", 29 septembre 2016, www.rts.ch ; V. JADOUL, Des pharmacies contraintes de refuser des patients "trop coûteux", Le Soir, 3 août 2017.

⁴³ Il serait plus adéquat d'envisager un renforcement de l'aide médicale à apporter aux plus précarisés.

Mais, il est tout aussi incontestable que les conséquences d'une évaluation erronée seront subies par autrui Pourquoi est-ce à la personne lésée de supporter cette situation ?

III.3. Conclusion : Suppression du critère « Coûts et efforts nécessaires pour éviter le dommage »

Nous sommes d'avis que le critère des « coûts et efforts nécessaires pour éviter le dommage » prévu à l'article 5.148, §2, alinéa 2 doit être supprimé.

IV. A propos des meilleures techniques disponibles (MTD) à un coût qui n'est pas déraisonnable

L'exposé des motifs nous explique que la notion « les meilleures techniques disponibles » est une expression consacrée (Best available technology) par la législation nationale et européenne.

Comme déjà préconisé pour le critère étudié précédemment, l'exposé des motifs insiste sur l'approche économique de la responsabilité : *« A ce stade également, il s'agit de procéder à une analyse économique inspirée du principe de proportionnalité »*.

La lecture de l'avant-projet nous apprend que l'on *« ne saurait (lire pourrait) reprocher une faute à un professionnel lorsque l'investissement qu'il aurait dû consentir pour se procurer la meilleure technique est totalement disproportionné par rapport au bénéfice escompté »*. Evidemment, il s'agit du bénéfice escompté dans le chef de l'investisseur, la personne lésée ayant toujours un intérêt à bénéficier des meilleures techniques disponibles.

IV.1. Les meilleures techniques disponibles : un critère étranger à la notion de faute

Comme le souligne le législateur, la notion des meilleures techniques disponibles (MTD) est une notion de droit européen que nous retrouvons principalement dans le domaine de la protection de l'environnement et de la réduction de la pollution.

Ainsi, les meilleures techniques disponibles (MTD) sont définies comme étant *« le stade de développement le plus efficace et avancé des activités et de leurs modes d'exploitation, démontrant l'aptitude pratique de techniques particulières à constituer la base de valeurs limites d'émission et d'autres conditions d'autorisation visant à éviter et, lorsque cela s'avère impossible à réduire les émissions et l'impact sur l'environnement dans son ensemble »*.⁴⁴

⁴⁴ Voyez notamment : Directive 2010/75/UE du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 relative aux émissions industrielles (prévention et réduction intégrées de la pollution) , JO L334 du

Le niveau technologique le plus avancé permettant de protéger au mieux l'environnement permet, dans une optique de règlementer des activités humaines, de déterminer les seuils d'émission des polluants. Ces meilleures techniques disponibles (MTD) conditionnent les prescriptions réglementaires à respecter par les installations industrielles ou autres concernées. Cette notion de droit européen est totalement étrangère à celle de la faute, sauf à considérer que ne respectant pas les seuils d'émission fixés en fonction de ces MTD, l'agent n'a pas respecté la norme lui imposant un comportement déterminé. Il s'agirait là d'une application de l'article 5-148, §1^{er} (et non de l'article 5-148, §2 que nous commentons).

Le droit de l'environnement étant une *lex specialis* au regard du droit civil de la responsabilité extracontractuelle, les critères techniques fondant les normes juridiques qui lui sont propres n'ont pas vocation à régir des situations qui lui sont étrangères. Pensons aux accidents de la vie privée, aux accidents scolaires, à l'administration de la justice, ...⁴⁵

Nous considérons qu'un tel critère n'a pas sa place dans le Code civil.

IV.2. Le niveau plus élevé de la technologie et le devoir de prudence : une confusion des genres ?

Le niveau technologique le plus avancé ne permet pas de déterminer le comportement qu'une personne raisonnable et prudente doit adopter.

La personne raisonnable et prudente doit se conformer aux données acquises et actuelles de la science et des moyens technologiques dont la validité et l'efficacité ont été scientifiquement démontrées. La technologie à retenir pour évaluer le comportement de l'agent est celle qu'une personne raisonnable et prudente placée dans les mêmes conditions de temps et de lieu aurait proposée.

L'état de la technique dans son niveau le plus avancé est généralement retenu dans des régimes légaux (*lex specialis*) intervenant *en dehors* de tout comportement fautif. Nous nous référons à nouveau à la loi du 31 mars 2010 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé⁴⁶.

17.12.2010, p.23, art. 3, 10 ; Région Bruxelles – Capitale : Ordonnance relative aux permis d'environnement, 5 juin 1997, Mob V, 25 juin 1997 , art 3, 21° inséré par l'ordonnance relatives aux déchets du 14 juin 2012). Région Wallonne : Décret relatif au permis d'environnement, 11 mars 1999, Mon.B. 08.06.1999 - err. 22.12.1999 (et ses modifications, dont le décret du 24 octobre 2013 modifiant divers décrets notamment en ce qui concerne les émissions industrielles (M.B. 06.11.2013) transposant la directive 2010/75/UE), art. 1^{er}, 19.

⁴⁵ Cass. 15 septembre 2015, P.14.0765.N , www.juridat.be; Cass. 17 juin 2008, P.06.1348.N, Arr. Cass. 2008, liv. 6-7-8, 1569 ; Pas. 2008, liv. 6-7-8, 1536 ; T.M.R. 2008, liv. 6, 862 : « *Le caractère général du devoir de diligence et le fait qu'il comprend toute mesure de prudence ou de précaution n'excluent pas que, lorsque des nuisances anormales sont causées, l'observation de cette obligation requiert de prendre des mesures autres que la simple utilisation des meilleures techniques disponibles n'entraînant pas de frais excessifs* ».

⁴⁶ Loi du 31 mars 2010 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé, Mon B, 2 avril 2010 ; voyez Doc. Parl., Ch. Repr., sess. ord. 2009-2010, n° 52 2240/006, p. 21 : « (...) dans la notion d'état actuel de la science et des techniques, on vise le niveau le plus élevé des

IV.3. Conclusion : Suppression du critère « meilleures techniques disponibles à un coût qui n'est pas déraisonnable »

Nous sommes d'avis que la confusion des genres abordée, qui plus est, sous le prisme de l'analyse économique, doit être évitée. Dès lors, le critère des meilleures techniques disponibles à un coût qui n'est pas déraisonnable doit, nous semble-t-il, être supprimé de l'article 5-148, §2, alinéa 2 de l'avant-projet de loi.

connaissances et des techniques. *Un médecin de village ne dispose pas des mêmes moyens qu'un spécialiste de pointe officiant dans un hôpital universitaire. Le médecin de village ne commet aucune faute en ne posant pas un acte en s'entourant des connaissances et des techniques de pointe. Pour le patient, le dommage reste anormal ».*

Civ. fr. Bruxelles, 11ème ch., 27 juillet 2017, inédit, R.G. n° 15/9301/A. « *il est satisfait au critère de l'état actuel de la science lorsque l'on constate que le patient aurait pu être soigné différemment et obtenir un résultat autre que celui qui est advenu, **eu égard à l'état de la science pris à son niveau le plus élevé** »*

Section 3 : A propos des articles 5.149 et 5.150

(I. LUTTE)

Art. 5.149. Force majeure

Il n'y a pas de responsabilité pour faute lorsqu'un cas de force majeure empêche celui qui viole la règle de conduite de respecter cette règle.

La force majeure est un événement qui se produit indépendamment de la volonté de celui qui viole la règle de conduite et que celui-ci ne peut ni prévoir ni empêcher.

Article 5.150. Autres causes d'exonération de la responsabilité

§ 1er. Il n'y a pas de responsabilité pour faute lorsque celui qui viole la règle de conduite agit à la suite d'une erreur invincible ou d'une contrainte irrésistible, dans un état de nécessité ou de légitime défense, ou sur la base d'un ordre de la loi ou d'une autorité compétente.

§ 2. L'erreur invincible suppose que cette personne agisse en fonction d'une représentation erronée et insurmontable des faits ou du droit.

La contrainte irrésistible suppose qu'elle agisse en raison d'une force à laquelle elle ne peut résister.

Elle se trouve dans un état de nécessité lorsque, confrontée à une situation d'urgence, elle préserve un intérêt qui se trouve exposé à un danger grave et imminent et dont la valeur est supérieure à celle de l'intérêt qu'elle sacrifie.

La légitime défense suppose qu'une atteinte actuelle à des personnes ou à des biens ou une crainte sérieuse d'une telle atteinte impose l'usage de moyens de défense. Ces moyens de défense doivent être proportionnés à l'atteinte ou à la crainte qu'elle a suscitée.

Un ordre de la loi ou d'une autorité compétente n'exclut la responsabilité que si une personne prudente et raisonnable l'eût suivi également.

I. Le risque d'incohérence

Conformément à l'article 5.147, le manquement à une règle de conduite imposée par la loi ou à la règle générale de prudence constitue une faute. Les articles de l'avant-projet de loi définissant la faute ne s'intéressant plus à l'élément moral de la faute, le

législateur prévoit aux articles 5-149 à 5-150 différentes possibilités d'exonération de responsabilité faisant surgir à nouveau l'élément moral ou subjectif⁴⁷ .

Une telle rédaction est, nous semble-t-il, contraire à la volonté du législateur telle qu'elle est présentée dans l'exposé des motifs et risque d'aboutir à un texte législatif incohérent.

En effet, l'exposé des motifs souligne qu'« il est apparu que l'exigence selon laquelle la violation de la règle de conduite doit avoir eu lieu librement et consciemment **doit être abandonnée** et remplacée par des articles traitant de la responsabilité des personnes vulnérables sans passer par l'appréciation de leur discernement »⁴⁸. Rappelons qu'un acte est librement commis « lorsque l'agent ne peut se prévaloir de la contrainte résultant d'une violence, d'une menace ou d'un état de nécessité. La liberté se résume à l'absence de cause de justification »⁴⁹ ou d'exonération. De même agir consciemment, c'est avoir le contrôle de ses actes⁵⁰.

Pourtant, malgré l'évidence mise en exergue dans l'exposé des motifs, l'avant-projet de loi liste des causes d'exonération de la responsabilité de l'agent donnant corps au concept de la transgression libre et consciente. Il n'y a donc guère d'abandon. Quelle est la cohérence ?

L'exposé des motifs nous apprend que les causes d'exonération listées aux articles 5-149 et 5-150 sont conformes à la jurisprudence de la Cour de cassation⁵¹. Cela est exact lorsque nous considérons l'enseignement actuel de la Cour de cassation selon lequel « la transgression matérielle d'une disposition légale ou réglementaire constitue en soi une faute qui entraîne la responsabilité civile de son auteur à condition que cette transgression soit commise librement et consciemment »⁵². Toutefois, l'avant-projet de loi va au-delà de la jurisprudence de la Cour de la cassation lorsqu'il affirme l'abandon de l'exigence d'une transgression libre et consciente.

La lecture de l'avant-projet de loi et de l'exposé des motifs nous laisse l'étrange impression que le législateur voudrait s'inscrire dans la voie de la faute objective mais n'ose affirmer son choix en accordant une attention soutenue à l'élément subjectif au travers de causes d'exonération, au point que nous pouvons nous interroger sur l'opportunité et la plus-value d'une définition légale de la faute.

II. Des emprunts inutiles au droit pénal

Au surplus, la réflexion portant sur les causes d'exonération de responsabilités doit, nous semble-t-il, s'inscrire dans le contexte d'un abandon de l'unité des fautes civiles et pénales.

⁴⁷ Exposé des motifs, pp. 6 et 55.

⁴⁸ Exposé des motifs, p.6.

⁴⁹ J-L FAGNART, Vers la faute objective ? note sous Cass. 9 octobre 2017, *R.C.J.B.*, 2018/1, p.56, n° 32.

⁵⁰ Mons, 18 janvier 2017, *R.G.D.C.*, 2007, p.829 : « la circonstance que des pulsions de frustration ou de colère aient conduit sa volonté à vouloir dégrader le bien d'autrui n'a pas pour effet de supprimer le caractère volontaire et conscient de l'acte accompli ».

⁵¹ Exposé des motifs, p.57.

⁵² Cass., 9 octobre 2017, *R.C.J.B.*, 2018/1, p.41.

Dans un tel contexte, nous comprenons mal pourquoi la légitime défense visée à l'article 416 et suivants du Code pénal⁵³ est intégrée dans le nouveau Code civil. La réflexion est identique si nous envisageons la contrainte et les menaces⁵⁴ mais aussi l'ordre de la loi ou une autorité compétente⁵⁵.

Tout comme l'exonération de la responsabilité des personnes atteintes de troubles mentaux⁵⁶, ces causes d'exonération doivent être laissées au droit pénal.

⁵³C. Pén., art.416 : « *Il n'y a ni crime ni délit, lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient commandés par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui* ».

⁵⁴ C. Pén., art. 483. Par violences la loi entend les actes de contrainte physique exercés sur les personnes.

Par menaces la loi entend tous les moyens de contrainte morale par la crainte d'un mal imminent.

⁵⁵ C. Pén. Sauf en ce qui concerne les infractions définies dans le livre II, titre Ibis, il n'y a pas d'infraction, lorsque le fait était ordonné par la loi et commandé par l'autorité.

⁵⁶ C. Pén., art.71 : « *Il n'y a pas d'infraction lorsque l'accusé ou le prévenu était atteint, au moment des faits, d'un trouble mental qui a aboli sa capacité de discernement ou de contrôle de ses actes ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister* ».

Section 4 : A propos des articles 5.153, 5.154 et 5.156 (I. LUTTE)

Art. 5.153. Mineurs de moins de quatorze ans

Le mineur qui n'a pas atteint l'âge de quatorze ans n'est pas responsable du dommage causé par sa faute ou par tout autre fait donnant lieu à responsabilité.

Art. 5.154. Mineurs de quatorze ans ou plus

Le mineur ayant atteint l'âge de quatorze ans est responsable.

Le juge peut néanmoins modérer le montant de l'indemnité. Il statue selon l'équité, en tenant compte des circonstances et de la situation des parties concernées par le dommage.

L'indemnité ne peut pas être inférieure au montant pour lequel un assureur couvre effectivement la responsabilité.

Art. 5.156. Responsabilité des titulaires de l'autorité sur les mineurs

Le titulaire de l'autorité sur la personne d'un mineur est responsable du dommage pour lequel ce dernier doit lui-même répondre ou devrait répondre s'il avait plus de quatorze ans.

Il est tenu d'assurer cette responsabilité. Le Roi fixe les conditions de cette assurance.

I. Observations générales

Les articles 5.153 et 5.154 ne font plus dépendre la responsabilité du mineur en fonction de sa capacité de discernement mais en fonction de son âge. Un mineur est responsable de ses actes pour autant qu'il soit au moins âgé de 14 ans. Les mineurs plus jeunes (n'ayant pas atteint l'âge seuil de 14 ans) ne sont pas responsables de leurs actes.

L'article 5.156 prévoit une obligation d'assurance RC vie privée⁵⁷ dans le chef du titulaire de l'autorité sur la personne du mineur, qui lui est tenu de répondre du comportement préjudiciable du mineur.

L'avant-projet de loi consacre donc la responsabilité objective du fait du mineur, ce que nous approuvons.

⁵⁷ Exposé des motifs, p.10.

II. Le seuil d'indemnisation lié à la garantie d'assurance : un problème de rédaction ?

Le libellé de l'alinéa 4 de l'article 5.154 pose cependant problème et ne semble pas refléter la volonté du législateur. En effet, nous ne voyons pas pourquoi l'indemnité nécessaire à la réparation *in concreto* du dommage subi ne pourrait être inférieure à la garantie souscrite.

III. L'indemnisation pour un dommage lié à « tout autre fait donnant lieu à responsabilité » : la genèse d'une discrimination

L'avant-projet de loi traite de manière égale une responsabilité liée à une faute et une responsabilité liée à un autre fait générateur.

Cette équivalence de traitement nous pose question.

Pourquoi une personne mordue et défigurée par un chien serait traitée de manière différente selon que le propriétaire du chien est un adulte ou un enfant par exemple ayant reçu cet animal de compagnie pour son anniversaire ?

L'avant-projet de loi instaure à l'article 5.161 une responsabilité sans faute dans le chef du propriétaire (préssumé gardien) du chien.

Selon l'alinéa 2 de l'article 5.154 s'appliquant au mineur propriétaire d'un chien, le juge peut modérer le montant de l'indemnité. Une telle modération n'est pas envisagée à l'article 5.161.

Au surplus, l'article 5.154 impose la souscription d'une assurance couvrant le dommage généré par un mineur (en ce compris le mineur propriétaire du chien) et donnant, le cas échéant, une garantie d'indemnisation à la personne lésée alors que l'article 5.161 n'impose pas une telle obligation.

Nous sommes d'avis que si la responsabilité basée sur la faute peut justifier un traitement différent entre l'agent mineur et l'agent majeur, ce traitement particulier ne devrait pas s'appliquer aux responsabilités fondées sur tout autre fait générateur (nullement limité à la responsabilité du fait d'un animal).

IV. La présomption des instituteurs : une disparition inopportune

Le législateur considère que « *la présomption de la responsabilité des instituteurs paraît, elle aussi dépassée* ». ⁵⁸ L'exposé des motifs ne livre aucune explication quant au caractère jugé obsolète de cette présomption de responsabilité.

⁵⁸ Exposé des motifs, p.3.

Faut-il y voir une conséquence implicite de l'instauration d'une responsabilité objective dans le chef du titulaire de l'autorité sur la personne mineure ? Cette présomption de responsabilité dans le chef des instituteurs et assimilés serait-elle apparue superflue ?

Nous pouvons néanmoins nous questionner sur l'opportunité d'une telle suppression.

Les parents confient leurs enfants à un établissement scolaire. L'exposé des motifs précise que *«la personne qui exerce l'autorité sur la personne mineure doit faire le nécessaire pour éviter que celui-ci provoque un dommage fautif et éviter tout comportement fautif de son enfant »*⁵⁹. Or, les horaires scolaires sont tels que, sur une semaine (hors vacances), ces enfants sont davantage sous la surveillance et l'encadrement pédagogique organisés par l'établissement scolaire que sous l'autorité effective de leurs parents.

Au surplus, lorsqu'un incident survient, les parents non présents ne disposent que d'informations inévitablement différées et livrées souvent succinctement par l'enseignant, la direction ou le staff administratif de l'établissement. Ils ne disposent d'aucun pouvoir d'investigation pour rechercher les causes exactes de l'incident. Quid dès lors si plusieurs enfants - et consécutivement différentes personnes titulaires de l'autorité sur « leur mineur respectif » - sont impliqués dans la survenance de l'incident scolaire ?

Aussi, soutenir sans la moindre explication que la présomption de la responsabilité des instituteurs du fait de leurs élèves paraît dépassée nous semble quelque peu hâtif.

⁵⁹ Exposé des motifs, p.64.

Section 5 : A propos de l'article 5.155 (I. LUTTE)

Art. 5.155. Personnes atteintes de troubles mentaux

La personne atteinte de troubles mentaux est responsable du dommage causé par sa faute ou par tout autre fait donnant lieu à responsabilité.

Le juge peut néanmoins modérer le montant de l'indemnité de la façon prévue à l'article 5.154, alinéas 2 et 3.

I. Une possible aggravation de la situation des personnes atteintes de troubles mentaux

L'article 5.155 de l'avant-projet de loi est libellé en termes clairs : « la personne atteinte de troubles mentaux **est** responsable du dommage causé par sa faute... Le juge **peut** néanmoins **modérer** le montant de l'indemnité... ».

Légiférant de la sorte, le législateur viendrait aggraver la situation des personnes atteintes d'un trouble mental. A ce jour, la responsabilité de ces personnes est régie par l'article 1386 bis du Code civil. Cet article précise que « *Lorsqu'une personne atteinte d'un trouble mental qui abolit ou altère gravement sa capacité de discernement ou de contrôle de ses actes, cause un dommage à autrui, le juge peut la condamner à tout ou partie de la réparation à laquelle elle serait astreinte si elle avait le contrôle de ses actes* ». Autrement dit, le juge peut aussi ne pas la condamner.

Or, tant le libellé de l'article 5.155 que l'exposé des motifs ne semblent pas considérer que la modération visée à l'article 5.155 puisse conduire à l'absence d'indemnisation.

Faut-il y avoir une aggravation de la situation des personnes atteintes de troubles mentaux ?

II. L'indemnisation pour un dommage lié à « tout autre fait donnant lieu à responsabilité » : la genèse d'une discrimination

Nous nous référons aux commentaires relatifs à l'article 5.154 pouvant être transposés par analogie à la situation des personnes souffrant de troubles mentaux.

III. L'utilité d'une assurance RC vie privée obligatoire à charge de tout ménage

N'y aurait-il pas lieu d'envisager une obligation d'assurance en RC vie privée à charge de tout ménage puisque chacun pourrait, compte tenu du vieillissement de la population, un jour ou l'autre souffrir d'un trouble mental ?

L'avant-projet nous apprend par ailleurs qu' « à l'heure actuelle, quelque 80% des ménages auraient contracté une assurance RC familiale ou vie privée »⁶⁰. Reste 20% des ménages à convaincre !

⁶⁰ Exposé des motifs, p.66.

Section 6 : A propos de l'article 5.159 (I. LUTTE)

Art. 5.159. Responsabilité des personnes chargées de la surveillance d'autrui

La personne qui est chargée, sur la base d'une décision judiciaire ou administrative, ou sur la base d'un contrat, de contrôler et d'organiser de manière durable le mode de vie d'une autre personne est responsable du dommage causé par un fait dont cette dernière doit répondre ou devrait répondre si sa responsabilité n'était pas limitée ou exclue en raison d'une disposition légale particulière.

Elle n'est toutefois pas responsable si elle démontre qu'elle n'a pas commis de faute dans la surveillance ou qu'il n'y a pas de lien causal entre l'exercice de la surveillance et le dommage.

Quiconque peut voir sa responsabilité engagée sur la base de l'alinéa 1^{er} est tenu d'assurer cette responsabilité. Le Roi fixe les conditions de cette assurance.

I. Observations générales

L'article 5.159 de l'avant-projet de loi innove en ce qu'il vise à instaurer un régime de responsabilité du fait d'autrui plus étendu que celui prévu à l'article 1384 du Code civil.

Cette responsabilité s'imposerait à « *la personne qui est chargée, sur la base d'une décision judiciaire ou administrative, ou sur la base d'un contrat, de contrôler et d'organiser de manière durable le mode de vie d'une autre personne* ».

Cette présomption est réfragable. La personne interpellée peut tenter d'échapper à sa responsabilité en démontrant notamment qu'elle n'a commis aucune faute de surveillance.

Soulignons cependant que le contrôle et l'organisation de manière durable de la vie d'autrui n'est pas à confondre avec la simple surveillance. L'exposé des motifs explique ceci : « *En associant cette responsabilité pour le fait d'autrui à la simple surveillance, on court toutefois le risque de voir cette responsabilité prendre une ampleur démesurée. Ainsi, une personne qui n'exercerait que très brièvement une surveillance se verrait imposer une présomption de responsabilité. Et la notion de « surveillance » donnerait peut-être lieu à de nombreuses contestations. C'est la raison pour laquelle, afin de garder cette responsabilité dans des limites raisonnables, il a été décidé de la faire reposer sur quiconque est chargé, sur la base d'une décision judiciaire ou administrative ou d'une convention, de contrôler et d'organiser de manière durable le mode de vie d'une autre personne* »⁶¹.

⁶¹ Exposé des motifs, p.74.

La notion « de manière durable » n'est pas définie mais nous comprenons que ce contrôle et cette organisation sont appelés à s'inscrire dans le temps sans qu'il soit exigé que cela soit de manière définitive ou permanente.

L'exposé des motifs précise aussi que ne sont pas concernés par cette disposition les associations sportives, les associations de jeunesse, les mères d'accueil, les enseignants, les grands-parents, ...

En revanche sont visés : les établissements pénitentiaires, les établissements pour malades mentaux, les établissements ouverts ou fermés auxquels sont confiés le mineur par décision judiciaire ou administrative, les personnes auxquelles le tribunal de la famille a confié la garde matérielle de l'enfant mineur, hors du contexte de l'assistance à la jeunesse et de la protection de la jeunesse, les personnes auxquelles le juge de paix, à l'issue d'un séjour forcé dans un service psychiatrique, a confié un malade mental mineur, dans son intérêt, à une autre personne que le père ou le tuteur⁶².

L'avant-projet de loi n'a pas envisagé, nous semble-t-il, la situation de l'administrateur des biens et de la personne désignée par le juge de paix.

II. Un administrateur des biens et/ou de la personne est-il une personne chargée de la surveillance d'autrui ?

II.1. L'administrateur des biens et/ou de la personne sera, le cas échéant, soumis au prescrit de l'article 5.159.

Les articles 499/1 à 499/19 du Code civil précisent combien l'administrateur ou les administrateurs des biens et de la personne sont destinés à contrôler et à organiser de manière durable la vie de la personne protégée. Il(s) peut (peuvent) ainsi décider du lieu de sa résidence, des soins lui étant prodigués, de la poursuite de son activité de commerce, de l'acceptation d'un héritage, de la conclusion d'un contrat de transaction, de l'achat ou de la vente d'un immeuble, etc.

Nombreux sont les avocats se voyant régulièrement confiés de telles missions par les juges de paix.

Même si l'avant-projet n'envisage pas la situation examinée ici, nous pouvons, à la lecture de l'exposé des motifs, considérer qu'un administrateur des biens et/ou de la personne est une personne chargée de la surveillance d'autrui. Une analogie existe, nous semble-t-il, entre la situation d'un tel administrateur et notamment certaines hypothèses expressément visées à l'exposé des motifs, dont celle des personnes auxquelles le juge de paix a confié un malade mental mineur ou encore celle des personnes s'étant vues confiées la garde matérielle d'un mineur.

⁶² Exposé des motifs, pp.74-75.

II.2. Une nouvelle obligation d'assurance à charge et aux frais des administrateurs de biens et/ou de la personne ?

L'avant-projet instaure une obligation d'assurance qui incombe à la personne devant répondre de la responsabilité visée à l'article 5.159, et dans notre hypothèse de travail, à l'administrateur.

Prenons l'exemple de la désignation d'un avocat en qualité d'administrateur provisoire des biens et de la personne.

Il faut donc comprendre que cet administrateur de biens et de la personne devra, outre l'assurance RC professionnelle destinée à couvrir sa responsabilité personnelle en cas d'un manquement fautif commis lors de l'exécution de son mandat judiciaire, souscrire une nouvelle assurance responsabilité destinée à couvrir non plus son fait propre mais bien sa responsabilité pour le fait de la personne protégée.

C'est une innovation importante sachant que l'exposé des motifs précise que « *aucune distinction n'est établie selon la nature du fait générateur du dommage ou selon la qualité en laquelle l'auteur du dommage a agi. La personne qui contrôle et organise de manière durable le mode de vie de l'auteur du dommage est responsable tant lorsque le dommage a été causé par une faute, que lorsque le dommage a été causé par une chose ou un animal dont la personne dont le mode de vie est organisé de manière durable était le gardien* »⁶³.

Par ailleurs, il n'est pas certain que le coût d'une telle assurance puisse être répercuté auprès de la personne protégée.

En effet, sur un plan strictement juridique, il ne s'agit pas de la responsabilité de la personne protégée mais bien de celle de l'administrateur (pour le fait d'autrui). La personne protégée ne devrait pas subir des frais qu'elle n'a pas à exposer.

II.3. L'utilité d'une assurance RC privée obligatoire à charge de tout ménage

A nouveau, se pose la question de l'opportunité d'imposer une obligation d'assurance RC vie privée pour tout ménage.

⁶³ Exposé des motifs, p. 75.

Section 7 : A propos de l'article 5.162 (A. KAPITA)

Art. 5.162. Principe général

Le dommage doit être réparé si un fait générateur de responsabilité en est la cause.

Tel est le cas lorsque le dommage ne serait pas survenu sans ce fait ou si le fait en question est la seule explication possible du dommage.

Toutefois, il n'y a pas de responsabilité si le lien entre le fait générateur de responsabilité et le dommage est à ce point étendu qu'il serait manifestement déraisonnable d'imputer ce dommage à celui auquel la réparation est demandée. Dans cette appréciation, il peut être tenu compte, en particulier, du caractère imprévisible du dommage au regard des conséquences normales du fait générateur de la responsabilité et de la circonstance que celui-ci n'a pas contribué de manière significative à la survenance du dommage.

I. L'article 5.162 § 1^{er} : le critère de la causalité

« *Le dommage doit être réparé si un fait générateur de responsabilité en est la cause.* »

1. L'article 5.162 est la première disposition du titre consacré au *lien causal*. Elle se veut être une disposition de principe.

Ce principe général, déjà bien connu, prône que la causalité est une condition de la responsabilité.⁶⁴ Ainsi, le dommage ne doit être réparé que si une faute⁶⁵ en est la cause.

« *Tel est le cas lorsque le dommage ne serait pas survenu sans ce fait [...]* »

2. Le législateur de 1804 n'a pas défini la notion juridique de causalité.⁶⁶

⁶⁴ « *Le rapport de cause à effet est un élément constitutif essentiel de la responsabilité. Même s'il y a faute et dommage, il n'y a pas d'obligation de réparer si, entre les deux, il n'y a pas relation causale.* » H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 1964, t. II, 959, n°954.

⁶⁵ Ou plus largement, tout fait susceptible d'engager la responsabilité du défendeur.

⁶⁶ L'actuel article 1382 du Code civil dispose que : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.* »

Afin de déterminer si une circonstance a ou non contribué à la survenance du dommage, la jurisprudence a adopté *le critère de la condition sine qua non*.⁶⁷ Ce critère pose la question de savoir si, sans la faute, le dommage se serait réalisé tel qu'il s'est produit. Si la réponse est affirmative, la causalité n'existe pas. Si elle est négative, la causalité est établie.⁶⁸

3. L'article 5.162 §1^{er} confirme cette jurisprudence et confrère au critère de la condition sine qua non un fondement légal.

« [...] ou si le fait en question est la seule explication possible du dommage. »

4. L'article 5.162 § 1^{er} précise que la causalité est également établie lorsque la faute est la seule explication possible du dommage.

Dans les situations où toutes les causes possibles du dommage sont déterminées et connues, il est permis d'établir que la faute est la cause du dommage en démontrant qu'aucune autre circonstance ne peut expliquer le dommage. Dans ce cas, la causalité est établie au terme d'un *raisonnement par exclusion*.

Lorsque « *ni l'état sec de la chaussée, ni les bonnes circonstances atmosphériques, ni la présence d'un tiers, ni encore l'endroit de l'accident ne permettant d'expliquer la raison pour laquelle le conducteur a perdu le contrôle de son véhicule* », il est permis d'en déduire que « *seul l'état d'intoxication alcoolique permet d'expliquer cette perte de contrôle surtout si le conducteur roulait à vitesse modérée.* »⁶⁹

5. Contrairement à ce que pourrait laisser penser la lecture de l'article 5.162 § 1^{er}, le raisonnement par exclusion ne remplace pas le critère de la condition sine qua non. Il permet, tout au plus, de prouver que ce critère est rencontré. En effet, si on considère que l'état d'intoxication alcoolique du conducteur est la seule explication possible de l'accident, on doit admettre que si le conducteur n'avait pas bu, l'accident ne serait pas survenu.

⁶⁷ Ce critère est confirmé par la jurisprudence constante de la Cour de cassation : Cass., 12 octobre 2005, *Pas.*, 2005, I, 442 ; Cass., 12 mai 2006, *J.T.*, 2006, 491 ; Cass., 3 janvier 2007, *Pas.*, 2007, 4, concl. J. GENICOT ; Cass., 4 février 2008, *Pas.*, 2008, 239 et *RW*, 2009-10, 1561, note B. WEYTS ; Cass., 21 septembre 2009, *Pas.*, 2009, 1952 ; Cass., 18 juin 2010, RG : C.08.0211.F, www.cass.be ; Cass., 17 décembre 2009, *TBH* 2010, 278 ; Cass., 19 septembre 2011, *Pas.*, 2011, 1994 ; Cass., 9 novembre 2012, RG : C.11.0563.N, www.cass.be, concl. G. DUBRULLE ; Cass., 14 novembre 2012, RG : P.11.1611.F, www.cass.be ; Cass., 31 mai 2013, RG : C.12.0399.N, www.cass.be ; Cass., 7 mars 2013, RGC.10. 0741.F, www.cass.be.

⁶⁸ Il se peut que, sans la faute, le dommage soit néanmoins survenu, mais ait été différent. Dans ce cas, la causalité est également établie puisque le dommage ne serait pas survenu « tel qu'il s'est produit ». « *Une faute sans laquelle l'accident de la circulation se serait tout de même produit peut néanmoins entraîner la responsabilité de son auteur s'il apparaît que, sans cette faute, les conséquences dommageables dudit accident eussent été moins importantes* ». Cass., 8 nov. 2006, *C.R.A.*, 2007, p.179. Pour exclure le lien causal, il faut pouvoir dire que, sans la faute, le dommage se serait néanmoins produit tel qu'il s'est réalisé in concreto, toutes les autres conditions étant identiques. « *La vérification consistant à s'interroger sur la possibilité du préjudice sans la faute ne peut glisser vers la construction mentale d'un cas imaginaire.* » Cass., 21 nov. 2012, *R.G.A.R.*, 2013, liv. 7, n°14995.

⁶⁹ Mons, 27 fév., 2007, *Bull. ass.*, 2007, p.426. La jurisprudence applique également ce raisonnement afin d'établir le lien entre le défaut d'une chose et le dommage (notamment Cass., 7 octobre 2016, *RW* 2017-18, 624 XXX ; Gand, 24 avril 1998, *T.Gez.*1999-2000, 57, note J. TER HEERDT ; Anvers, 16 octobre 2000, *T.Gez.*2001-02, 185.

En outre, le raisonnement par exclusion est impossible lorsque le dommage connaît un nombre indéterminé de causes potentielles.

On peut donc s'étonner de la formulation employée par l'article 5.162 § 1^{er} qui paraît placer sur un pied d'égalité le critère de la causalité et une modalité de sa preuve.

II. L'article 5.162 § 2 : la théorie de la causalité

II.1. La théorie de la non-équivalence des conditions

Toutefois, il n'y a pas de responsabilité si le lien entre le fait générateur de responsabilité et le dommage est à ce point étendu qu'il serait manifestement déraisonnable d'imputer ce dommage à celui auquel la réparation est demandée.

6. Après avoir déterminé le critère de la causalité, l'article 5.162 aborde son champ d'application.

7. De manière théorique, on peut considérer que les causes du dommage sont simplement *toutes* les conditions nécessaires à la réalisation de celui-ci. Si l'une de ces conditions nécessaires constitue une faute, son auteur devra dès lors réparer intégralement le dommage. Cette conception objective de la causalité fonde *la théorie de l'équivalence des conditions*.

On peut, au contraire, vouloir procéder à une certaine sélection parmi les conditions nécessaires à la réalisation du dommage et considérer que certaines de ces conditions – qui, le cas échéant, seraient constitutives de faute par ailleurs – ne seraient pas susceptibles d'entraîner de responsabilité. La causalité est alors appréhendée au regard de *la non-équivalence des conditions*.

8. En droit positif, la jurisprudence est fidèle à *la théorie de l'équivalence des conditions*. Depuis un arrêt fondateur du 4 décembre 1950, la Cour de cassation enseigne que : « *le juge du fond peut considérer comme cause chaque circonstance sans laquelle le fait ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit.* »⁷⁰

La jurisprudence a ainsi décidé que l'auteur d'un accident est responsable du décès de la victime qui, légèrement blessée, décède en raison de ses prédispositions pathologiques.⁷¹ Elle a admis la responsabilité du prévenu pour un dommage causé « *nonobstant l'éventuelle interposition d'autres causes* ». ⁷² Elle a confirmé que l'article 1382 du Code civil « *ne distingue pas entre la faute qui a causé directement le dommage et celle qui l'a causé indirectement* ». ⁷³ La responsabilité de l'auteur d'une faute existe même si la faute est une cause médiane ou indirecte du dommage⁷⁴. La jurisprudence a également décidé que « *l'auteur d'un acte fautif est tenu de la*

⁷⁰ Cass., 4 déc. 1950, *Pas.*, 1951, I, p. 201, *R.G.A.R.*, 1952, n°4906.

⁷¹ Cass., 13 juin 1932, *Pas.*, 1932, 189.

⁷² Cass., 19 mars 1951, *Pas.*, 1951, 493.

⁷³ Cass., 5 mars 1953, *Pas.* 1953, 516 ; Cass., 6 janvier 1976, *Pas.*, 1976, 515.

⁷⁴ Cass., 28 mai 1991, *Pas.*, 1991, *Pas.*, 1991, 843.

*réparation intégrale du dommage, fût-il imprévisible, causé par cet acte dès lors que ce dommage est certain ».*⁷⁵

9. L'article 5.162 § 2 entend toutefois condamner cette construction jurisprudentielle.

L'avant-projet de loi désapprouve que l'auteur d'un acte fautif puisse être tenu de réparer le dommage lorsque ce dernier est également le fruit d'éléments extérieurs, telle que la faute d'un tiers ou l'effet d'un phénomène naturel.⁷⁶ Il est reproché à la théorie de l'équivalence des conditions d'oublier que certaines conditions nécessaires à la survenance du dommage puissent avoir une influence « plus déterminante » que d'autres.

L'article 5.162 § 2 entend corriger cette prétendue iniquité, en prévoyant qu'il n'y aura pas de responsabilité – et donc d'obligation de réparer le dommage – lorsque le lien de causalité apparaît *déraisonnablement étendu*.

Le critère de cette *exonération de responsabilité* est laissé à la subjectivité du juge, qui détermine en fait – et donc en dehors du contrôle de la Cour de cassation – les conditions sine qua non étant génératrices de responsabilité et celles qui ne le sont pas. Pour cette sélection, l'article 5.162 § 2 fournit au juge certaines pistes de réflexion non exhaustives.

II.2. Le dommage imprévisible

Dans cette appréciation, il peut être tenu compte, en particulier, du caractère imprévisible du dommage au regard des conséquences normales du fait générateur de la responsabilité [...]

10. Afin de déterminer si une condition sine qua non est ou non génératrice de responsabilité, l'article 5.162 § 2 invite le juge à se pencher sur le caractère imprévisible du dommage.⁷⁷ Si le juge estime que le dommage tel que survenu diffère des conséquences « normales » du fait générateur de responsabilité, il peut considérer que le lien causal est déraisonnablement étendu et, par conséquent, exonérer le responsable de sa responsabilité.

Supposons qu'un automobiliste imprudent cause de graves blessures à un autre conducteur. Pris en charge à l'hôpital, le blessé est affecté par un germe infectieux qui le tue. On peut soutenir que l'accident est une condition sine qua non du décès du blessé. Si on applique la théorie de l'équivalence des conditions, l'automobiliste pourrait être tenu responsable de ce décès. Par contre, si l'article 5.162 § 2 devait entrer en vigueur, le juge pourrait estimer que ce décès est une conséquence imprévisible de la faute de l'automobiliste et écarter la responsabilité de ce dernier. Certains diront que cette solution respecte l'équité.

Prenons un autre exemple : des travailleurs mécontents de leurs conditions de travail décident d'exprimer leur insatisfaction en entravant la circulation routière.

⁷⁵ Cass., 15 nov. 2006, *Pas.*, 2006, 2336.

⁷⁶ Exposé des motifs, p. 87 et sv.

⁷⁷ La prévisibilité du dommage est le critère de la théorie de la causalité adéquate.

L'important embouteillage qui en résulte empêche une ambulance transportant un blessé grave de se rendre à l'hôpital. Le patient décède car il n'a pu être opéré à temps. Ce décès paraît également être une conséquence imprévisible de la faute des travailleurs mécontents. Peut-on pour autant considérer que ceux-ci ne devraient pas en répondre ?

Imaginons qu'une école primaire engage un surveillant, un bon père de famille au casier judiciaire irréprochable. Un jour, cet homme viole un des écoliers. Rien ne permettait à l'école de prévoir cet acte abominable. Faut-il conclure que l'école ne serait pas civilement responsable de ce viol ? L'équité ne le permettrait sans doute pas. On pourrait alors soutenir qu'il est toujours prévisible qu'un préposé commette une infraction. Mais si on dit cela, on doit également admettre qu'il est toujours prévisible qu'un barrage routier retarde une ambulance ou qu'une infection soit contractée à l'hôpital ; ce qui reviendrait donc à condamner le critère de la prévisibilité du dommage.

11. Le critère de la prévisibilité du dommage est critiquable car il impose dans chaque cas « *un jugement de valeur qui dans un contexte jurisprudentiel est susceptible de multiples variations.* »⁷⁸ Il ne corrige pas la théorie de l'équivalence des conditions mais lui adjoint une subjectivité qu'elle ne connaissait pas. Or, l'équité du juge rime avec l'insécurité du justiciable.

II.3. Les causes non significatives

[...] et de la circonstance que celui-ci n'a pas contribué de manière significative à la survenance du dommage.

12. L'article 5.162 § 2 permet également au juge de ne pas retenir de responsabilité lorsqu'il considère que le fait générateur n'a pas contribué de manière significative à la survenance du dommage subi.

L'exposé des motifs n'est pas très prolixe au sujet de ce critère. On peut toutefois le rapprocher de celui défendu par la théorie de la *causalité efficiente*.⁷⁹ Dans cette optique, le fait générateur de responsabilité est considéré comme la cause efficiente du dommage – celle y ayant contribué de manière significative – lorsqu'il est en mesure d'engendrer le dommage sans qu'il soit nécessaire qu'interviennent d'autres conditions que celles prévisibles par son auteur. Les autres conditions ne produisent pas le dommage mais elles permettent à la cause efficiente de le produire.⁸⁰

Prenons un exemple : un pyromane met le feu à un appartement situé au dernier étage d'un immeuble. L'incendie endommage le toit de celui-ci. Le propriétaire de l'immeuble y place une bâche de protection étanche. Un violent orage survient. La bâche, mal attachée, s'envole, laissant les eaux de pluie s'engouffrer dans l'appartement et endommager les meubles du locataire. L'incendie criminel et le mauvais bâchage du toit sont toutes deux des conditions sine qua non du dommage du locataire.

⁷⁸ J.-L. BAUDOIN, « La responsabilité civile délictuelle », Yan Blais (Québec), 1990, p.189, n°343.

⁷⁹ La théorie de la causalité efficiente est une variante de la théorie de la causalité adéquate.

⁸⁰ J.-L. FAGNART, « La causalité », Kluwer, 2009, n°s 22 et sv.

La jurisprudence actuelle ne connaît pas de distinction entre : « *la faute qui a causé directement le dommage et celle qui ne l'a causé qu'indirectement ; qu'il faut et qu'il suffit qu'entre la faute et le dommage, existe un lien revêtant un caractère de nécessité.* »⁸¹

En revanche, si l'article 5.162 § 2 devait entrer en vigueur, le juge pourrait considérer que l'incendie n'a pas contribué de manière significative à la survenance du dégât des eaux puisque ce dernier survient par l'effet prévisible de la faute du propriétaire. L'article 5.162 § 2 permettrait donc au juge d'écarter la responsabilité de l'incendiaire.

13. Il est parfois difficile d'identifier une cause prépondérante ou significative. Supposons qu'un fabricant mette sur le marché un matériel d'ostéosynthèse défectueux qu'un chirurgien place chez un patient en lui occasionnant d'importantes séquelles. Rien ne permet réellement de distinguer une cause prépondérante.

Toutefois, puisque l'article 5.162 § 2 ne définit pas ce qu'il faut entendre par *cause significative*, nul n'est à l'abri de la subjectivité du juge.

III. Conclusion

14. Après avoir conféré un fondement légal au critère de la condition sine qua non, l'article 5.162 sonne le glas de la théorie de l'équivalence des conditions.

Cette disposition autorise le juge à opérer une sélection discrétionnaire⁸² parmi les causes du dommage et, ce faisant, à ne pas reconnaître la responsabilité de celui qui a causé le dommage par sa faute.

L'exposé des motifs justifie l'article 5.162, §2 par la considération que : « *la position favorable des victimes produit dans de nombreux cas des résultats qui s'avèrent inévitables et éloignés de l'idée que l'on se fait du lien de causalité* ». ⁸³ L'avant-projet de loi ne s'est-il pas plutôt éloigné de l'idée que l'on se fait du droit de la responsabilité, dont le but n'est pas de favoriser le sort du responsable mais bien de réparer le dommage causé par sa faute ? Puisqu'il s'agit de restaurer un équilibre rompu, est-il vraiment injuste que la situation du responsable apparaisse moins avantageuse que celle de la victime ?

Par ailleurs, comment l'équité pourrait justifier que parmi les victimes d'un même fait générateur de responsabilité, certaines soient indemnisées et d'autres non ? Faire appel à l'équité c'est se référer à la subjectivité de *chaque juge*.

La causalité est un processus logique qui ne laisse pas de place à la subjectivité.

⁸¹ Cass., 5 mars 1953, *Pas.*, 1953, I, p. 516.

⁸² Les indications proposées par l'article 5.162, tel le caractère imprévisible du dommage et la cause non significative, ne sont pas exhaustives. Voy. Exposé des motifs, p.91.

⁸³ Exposé des motifs, p. 88.

Section 8 : A propos de l'article 5.164 (T. COPPEE)

Art. 5.164. Faute commune

Si une faute commune commise par plusieurs personnes est la cause d'un même dommage, chacune d'elles est solidairement responsable de ce dommage.

1. En proposant la disposition commentée, le législateur entend régler les relations entre les coresponsables d'une faute commune, c'est-à-dire par laquelle plusieurs personnes ont délibérément et sciemment collaboré à la naissance du fait dommageable⁸⁴.

L'article 5.164 prévoit que chacun des coresponsables sera tenu solidairement de réparer le dommage. Ce faisant, le législateur consacre la théorie de la solidarité passive⁸⁵, selon laquelle chacun des débiteurs est tenu pour la totalité de la dette vis-à-vis du créancier. Concrètement, le créancier dispose d'un droit d'élection qui lui permet de s'adresser à n'importe lequel des créanciers (souvent, le plus solvable), et lui réclamer le paiement total de la dette (art. 5.234 et sv.).

Cette règle concerne toutefois uniquement le stade de l'obligation à la dette, à savoir les rapports entre les débiteurs solidaires et le créancier. Il ne règle en rien le stade de la contribution à la dette, qui déterminera la répartition définitive des parts contributives entre les codébiteurs (voy. art. 5.189).

2. Il est permis de s'interroger quant à l'utilité de l'article 5.164, dans la mesure où la Cour de cassation a déjà dégagé un principe général de droit selon lequel les coauteurs d'une faute commune sont tenus solidairement à la réparation du dommage causé par cette faute⁸⁶.

En outre, comme déjà dit, faut-il se priver, dans un monde en proie aux évolutions fulgurantes, de la souplesse de la jurisprudence, et prendre le risque de consacrer une disposition légale, certes stable, mais qui risque de paraître archaïque quelques mois après son adoption ?

⁸⁴ Cass., 17 février 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 633.

⁸⁵ La solidarité passive concerne les rapports entre débiteurs. Elle s'oppose à la solidarité active qui, elle, ne concerne que les créanciers.

⁸⁶ Cass., 17 février 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 633.

Section 9 : A propos de l'article 5.165 (T. COPPEE)

Art. 5.165. Faits générateurs de responsabilité concurrents

Si plusieurs fautes ou autres faits générateurs de responsabilité distincts dont doivent répondre des personnes différentes sont la cause d'un même dommage, ces personnes sont responsables *in solidum*.

1. Le législateur vise ici l'hypothèse des fautes concurrentes, c'est-à-dire, commises par plusieurs auteurs, mais, à la différence des fautes communes, de manière distincte et sans aucune collaboration.
2. Ce faisant, l'avant-projet de Code civil consacre la *summa divisio* entre fautes communes et fautes concurrentes, adoptée de longue date par la Cour de cassation⁸⁷ et la doctrine majoritaire⁸⁸.

Cette division entraîne des conséquences distinctes sur le plan de l'obligation à la dette. Alors que les fautes communes entraînent la solidarité passive des débiteurs, les fautes concurrentes tiennent les débiteurs *in solidum* (« pour le tout »). En effet, dans le cas des fautes communes, il n'existe qu'une seule dette, dont plusieurs débiteurs sont tenus au même titre, et chacun, pour le tout. Dans celui des fautes concurrentes, en revanche, plusieurs dettes distinctes coexistent, ayant toujours un même créancier (la victime) et des objets identiques (réparer le dommage), mais des causes différentes⁸⁹.

Dans les deux cas, toutefois, la victime conserve un droit d'élection, lui permettant de réclamer à n'importe lequel des responsables (souvent, le plus solvable) l'indemnisation intégrale de son dommage.

3. Il est ici aussi permis de s'interroger quant à l'opportunité de légiférer, dans la mesure où le concept d'obligation *in solidum* est admis de longue date en

⁸⁷ Voy. not. Cass., 26 janvier 1922, *Pas.*, 1922, I, p. 143. A cet égard, voy. J.-L. FAGNART, *La causalité*, Waterloo, Kluwer, 2008, p. 216.

⁸⁸ *Contra* : A. VAN DEN BROECK, « De relevantie van het onderscheid tussen de hoofdelijkheid en in solidum in het domein van de medeaansprakelijkheid », *TPR*, 2013, p. 953.

⁸⁹ Concl. CORNIL préc. Cass., 2 avril 1936, *B.J.*, 1936, p. 423.

jurisprudence⁹⁰, notamment en cas de fautes concurrentes⁹¹, et largement en doctrine⁹². En outre, l'avant-projet de loi relatif aux obligations règle déjà le régime de l'obligation *in solidum* (art. 5.242 et 5.243).

4. Si l'objectif du législateur est de rendre plus clair le régime de l'obligation *in solidum* en cas de fautes concurrentes, il est dommage que l'exposé des motifs n'explique pas davantage le fondement de ce régime. En effet, ce dernier fait l'objet de discussions.

La doctrine majoritaire trouve la justification de l'obligation *in solidum* dans la causalité, plus précisément dans la théorie de l'équivalence des conditions : chaque coauteur est tenu pour le tout car il a causé le tout⁹³. En revanche, d'autres estiment que le fondement de l'obligation *in solidum* se trouve dans l'indivisibilité du dommage⁹⁴ ou la réparation du dommage⁹⁵: la victime a droit à la réparation de tout son dommage, mais rien que son dommage⁹⁶.

Dès lors, faut-il déduire que le législateur adopte la thèse de la doctrine majoritaire, en classant l'article 5.165 dans le chapitre consacré à la causalité, et non au dommage ? Cette lecture serait en tous cas cohérente au regard de la primauté de l'équivalence des conditions, que l'avant-projet tente, non sans mal, de respecter (voy. *supra*, art. 5.163).

⁹⁰ Cass., 15 février 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 677-678, concl. av. gén. F. DUMON, *Pas.*, 1974, 632, *R.W.*, 1973-74, 1732, avec concl. av. gén. F. DUMON, *R.C.J.B.*, 1975, 229, note J.-L. FAGNART ; Cass., 2 avril 1936, *Pas.*, 1936, 209 ; Cass., 10 juillet 1952, *Arr. Cass.*, 1952, 650 et *Pas.*, 1952, 738.

⁹¹ Ainsi, les parents et l'instituteur, les gardiens d'une même chose (Cass., 15 septembre 1983, *Arr. Cass.*, 1983-84, 39, *Pas.* 1984, 36, *R.C.J.B.*, 1985, 577, note R. KRUIHOF), l'État et l'organe personnellement responsable (Cass., 17 juin 1982, *Arr. Cass.*, 1981-82, 1305, *Pas.*, 1982, 1221, *R.C.J.B.*, 1986, 680, note L. CORNELIS), peuvent, dans le cadre de la responsabilité extracontractuelle, être tenus *in solidum* envers la victime.

⁹² P. VAN OMMESLAGHE, III, 2013, p. 1853-1856, n° 1268-1269; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, « Pluraliteit van schuldeisers en schuldenaren », in *Bijz.Over. Commentaar*, Kluwer, 2013, mob., p. 182, n° 26; P. WÉRY, II, 2016, p. 447, n° 477.

⁹³ Voy. not. J. PERILLEUX, « L'obligation *in solidum* - Entre passé et avenir », *Rev. Dr. Ulg*, 2004, liv. 2, p. 197 à 223 ; H. DE RODE, « Le lien de causalité », *Responsabilités – Traité théorique et pratique*, Titre I, Dossier 11, Diegem, Kluwer, 1999, p. 22 ; E. MONTERO, *Droit des obligations*, Namur, P.U.N., 2009, p. 78.

⁹⁴ Voy. not. J. MATTHYS, « Solidarité et obligation *in solidum* », note sous Gand, 5 mai 1949, *R.C.J.B.*, 1951, p. 196, n° 4.

⁹⁵ L. CORNELIS, « L'obligation *in solidum* et le recours entre coobligés », note sous Cass., 17 juin 1982, *R.C.J.B.*, 1986, p. 688, n° 3.

⁹⁶ Sur ces thèses, voy. E. MONTERO, *Droit des obligations*, Namur, P.U.N., 2009, pp. 78 et sv.

Section 10 : A propos de l'article 5.166 (T. COPPEE)

Art. 5.166. Aide et incitation

Quiconque apporte son aide ou incite un autre à commettre une faute, est coresponsable *in solidum* du dommage causé par cette faute.

1. L'article 5.166 de l'avant-projet s'inspire d'une disposition similaire du Code civil allemand⁹⁷, mais aussi de notre droit pénal. En effet, en droit pénal belge, sont coauteurs d'une infraction ceux qui ont fourni une *aide* nécessaire à l'exécution de l'infraction⁹⁸, ou ceux qui ont directement provoqué l'infraction par l'utilisation de moyens d'*incitation*⁹⁹.

Il doit être déploré que l'avant-projet insère, dans ce qui est destiné à devenir un nouveau Code civil, des concepts propres au droit pénal (voy. aussi l'art. 5.151, §2, al. 4 et la légitime défense). L'exposé des motifs tente de rassurer le lecteur, en précisant que les conditions de la participation punissable ne devront pas être remplies pour établir l'« aide » ou l'« incitation »¹⁰⁰. Toutefois, il est certain qu'en l'absence de définition de ces concepts dans l'article 5.166, les plaideurs s'inspireront de la casuistique pénale. L'imprévisibilité est donc totale.

2. Reste la question de la nature de cette aide ou de cette incitation. S'agit-il d'une faute ou d'un nouveau fait générateur de responsabilité objective ? L'exposé des motifs manque en clarté.

- 2.1. De prime abord, on peut penser que le législateur penche pour la première solution. En effet, l'exposé des motifs semble sous-entendre qu'une aide ou une incitation est nécessairement fautive : « *L'article 5.166 **confirme** que quiconque apporte son aide ou incite un autre à commettre une faute est responsable avec cet autre pour le dommage causé par cette faute* »¹⁰¹.

A suivre ce raisonnement, l'article 5.166 ne serait d'aucune utilité puisqu'une simple application de la théorie de l'équivalence des conditions et des articles qui précèdent suffirait pour établir la responsabilité de l'aidant ou de l'incitant. En effet, sans la faute de ce dernier, le dommage ne se serait pas réalisé

⁹⁷ B.G.B., art. 830, §2.

⁹⁸ Cass., 29 septembre 1993, *Pas.*, I, p. 764.

⁹⁹ C. pén., art. 66.

¹⁰⁰ Exposé des motifs, p. 98.

¹⁰¹ Exposé des motifs, p. 97.

comme il l'a été. La jurisprudence reconnaît d'ailleurs volontiers l'existence d'un lien causal lorsqu'une personne crée de manière fautive les circonstances propices à la commission d'une autre faute. C'est ainsi qu'ont été jugés responsables l'hôpital qui a permis le vol des clés d'une patiente, sans lequel aucun vol à son domicile ne serait survenu¹⁰², ou encore, le serveur ayant délivré une boisson alcoolisée à une personne déjà ivre, sans lequel celle-ci n'aurait pas causé d'accident de la circulation¹⁰³.

En outre, ne s'agit-il pas d'une pétition de principe ? L'aidant est-il toujours fautif lorsqu'il aide le civilement responsable? *Quid* du chauffeur de taxi qui conduit et attend en toute bonne foi le voleur pendant qu'il commet son larcin ? *Quid* du conseiller fiscal dont le client choisit de détourner les informations licitement reçues pour éluder l'impôt ? Il est évident qu'aucune faute ne pourrait leur être reprochée, et qu'il serait inique de les tenir pour co-responsables.

Appliquer l'article 5.166 pourrait pourtant aboutir à un tel résultat, et ce, d'autant plus que l'avant-projet et l'exposé des motifs restent silencieux quant à savoir si l'aidant ou l'incitant pourra invoquer une des causes exonératoires de responsabilité (voy. not. art. 5.150).

2.2. Par ailleurs, le lecteur pourrait s'interroger si l'aide et l'incitation ne constituent pas des nouveaux faits de responsabilité objective. En effet, l'exposé des motifs indique que l'objectif de l'article 5.166 est de rendre « *superflu (...) l'obligation pour la personne lésée d'apporter la preuve distincte que le dommage ne serait pas né sans l'action de celui qui a aidé ou incité à commettre la faute* »¹⁰⁴. Dans cette hypothèse, la victime ne supporterait plus la charge probatoire du lien causal. Le législateur ne justifie toutefois pas cette faveur qu'il lui fait.

3. Par conséquent, si cette disposition devait être maintenue, il serait nécessaire de clarifier les concepts d'aide et d'incitation, ainsi que leur nature (faute ou fait de responsabilité objective). A défaut, l'article 5.166 serait source d'abus et d'insécurité juridique.

¹⁰² Cass., 20 mars 2003, *Pas.*, I, p. 565.

¹⁰³ Pol. Bruges, 3 octobre 2006, *J.J.P.*, 2007, p. 226 ; Civ. Dinant, 6 octobre 1994, *Bull. ass.*, 1995, p. 584.

¹⁰⁴ Exposé des motifs, p. 98.

Section 11 : A propos de l'article 5.167 (T.COPPEE)

Art. 5.167. Faute collective

Lorsque plusieurs personnes participent à une même activité fautive qui est la cause d'un dommage, ces personnes sont responsables *in solidum*, même si l'on ne peut pas identifier celle qui a causé le dommage.

1. L'hypothèse en présence est celle d'une victime qui ne peut déterminer l'identité de l'auteur de son dommage, parmi plusieurs membres d'un même groupe¹⁰⁵. C'est l'exemple-type du promeneur, blessé par une « balle perdue », qui ignore lequel des chasseurs a tiré.
2. De façon logique, l'on classera cette hypothèse parmi les cas de causalité alternative, puisqu'il n'existe *a priori* qu'une seule cause, certes indéterminée, à l'origine du dommage (le tir du chasseur ayant blessé la victime, dans notre exemple).

Toutefois, le législateur, prenant appui sur la jurisprudence française¹⁰⁶ et les Codes civils allemand¹⁰⁷ et néerlandais¹⁰⁸, estime qu'il s'agit d'un cas de causalité plurale. En effet, puisque la victime ne peut, par hypothèse, prouver le fait matériel non identifié directement dommageable, le législateur propose de déplacer la relation causale vers une faute antérieure ou concomitante partagée par tous les intéressés du groupe.

La victime pourra désormais se contenter d'établir que les membres du groupe ont fautivement participé à l'activité dommageable, pour ensuite s'adresser à n'importe lequel des membres, afin d'obtenir la réparation intégrale de son dommage¹⁰⁹.

La jurisprudence belge a déjà condamné *in solidum* des personnes ayant fautivement organisé ou participé à une activité :

¹⁰⁵ I. GEERS, « Alternative liability under Belgian law: unknown and thus unloved? », *European Review of Private Law*, 1994, p. 442 à 452 ; A. PORAT et A. STEIN, *Tort liability under uncertainty*, Oxford University Press, p. 2001 ; M. VAN QUICKENBORNE, *Oorzakelijk verband*, T.P.R., 2010, p. 83 ; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Intersentia, 2009, p. 817 ; J.-L. FAGNART, *La causalité*, Kluwer, 2009, p. 219 ; H. BOCKEN, I. BOONE, M. KRUIHOF, *Schadevergoedingsrecht*, die Keure, 2014, p. 70.

¹⁰⁶ Cass. fr., 5 juin 1957, D., 1957, p. 493, obs. R. SAVATIER ; Cass. fr., 19 mai 1976, R.G. 74-15.063.

¹⁰⁷ Bürgerliches Gesetzbuch, art. 830.I.2.

¹⁰⁸ Burgerlijk Wetboek, art. 6.166.

¹⁰⁹ Exposé des motifs, p. 100. Voy. à cet égard, M. VAN QUICKENBORNE, *Oorzakelijk verband tussen onrechtmatige daad en schade*, Kluwer, 2007, p. 70.

- les participants à une partie de ballon organisée sur la chaussée, au cours de laquelle le ballon vint renverser un cycliste¹¹⁰ ;
 - les participants qui jouent à se lancer des pierres, dont une vient blesser un tiers¹¹¹ ;
 - le titulaire d'un droit de chasse qui ne s'assure pas que les tireurs ne blessent des tiers¹¹².
3. Il faut déplorer que le libellé de l'article 5.167 laisse à penser que le simple fait de participer à l'activité, sans avoir connaissance de son caractère fautif ou des risques qu'elle présente, pourrait emporter la responsabilité du participant. Ce n'est qu'après avoir lu l'exposé des motifs que le lecteur comprend qu'une simple participation n'emportera aucune responsabilité, sauf à avoir commis une faute distincte¹¹³. Préciser dans l'article 5.167 que la participation en soi doit être fautive gagnerait en clarté.
4. En outre, même si l'article 5.167 instaure une solution favorable à la victime, il faut s'interroger sur l'utilité de recourir une nouvelle fois à la technique législative, pour consacrer une hypothèse rarissime (faute d'un auteur indéterminé), et dont la solution a pu éclore en droit belge sans l'intervention du législateur.

Comme précisé à de multiples reprises dans le cadre de ces commentaires de l'avant-projet, fixer une solution déjà établie dans un cadre légal revient à priver les cours et tribunaux de la possibilité de faire évoluer cette solution, de manière souple et intelligente, selon l'évolution des mentalités.

¹¹⁰ Cass., 29 octobre 1962, *J.T.*, 1963, p. 99.

¹¹¹ Civ. Turnhout, 11 février 1980, *J.T.*, 1981, p. 362.

¹¹² Civ. Nivelles, 13 octobre 1981, *R.G.A.R.*, 1982, n° 10535.

¹¹³ Exposé des motifs, p. 100 : « *la nature de l'activité et le risque que le dommage se produise doivent être tels qu'ils auraient dû empêcher les personnes appartenant au groupe de commettre leur action en groupe* ».

Section 12 : A propos de l'article 5.168 (Q. ALALUF)

Art. 5.168. Perte d'une chance

Si un fait générateur de responsabilité est une cause probable du dommage, alors que sans ce fait il y aurait eu une chance réelle que le dommage ne se produise pas, elle a droit à réparation de son dommage en proportion de la probabilité que le dommage ait été causé par ce fait.

I. Le projet

1. L'article 5.168 insère dans la loi le régime de l'indemnisation de la perte d'une chance d'éviter un préjudice.

II. La théorie de la perte d'une chance

2. La notion de la perte d'une chance est bien connue¹¹⁴.

Rappelons que si l'indemnisation de la perte d'une chance d'obtenir un gain (conception restrictive) ne souffre aucune discussion, est davantage controversée la question de savoir si la perte de la chance d'éviter un préjudice (conception extensive) est également indemnisable, alors même que le préjudice s'est, quant à lui, réellement produit.

3. Déjà en 1937, la Cour de cassation a considéré que « *le préjudicié a droit à la réparation de tout le dommage, encore que ce dommage ne consiste que dans la suppression des chances qu'il pouvait escompter* »¹¹⁵.

¹¹⁴ P. VAN OMMESLAGHE, « Perte d'une chance et risque réalisé : cherchez l'erreur », in (sous dir. I. LUTTE) *Droit médical et dommage corporel – état des lieux et perspectives*, Anthemis, Limal, 2014, pp. 211 et sv. ; B. DUBUISSON, « La théorie de la perte d'une chance en question : le droit contre l'aléa ? », *J.T.*, 2007, pp. 489 et sv. ; I. BOONE, « Het 'verlies van een kans' bij onzeker causaal verband », *R.W.*, 2004-2005, pp. 94 et sv. ; I. DURANT, « La causalité, simple trait d'union ou véritable variable d'ajustement ? », in *Droit des obligations. Développements récents et pistes nouvelles*, Anthemis, 2007, CUP, vol. 96, pp. 37 et sv. ; N. ESTIENNE, « L'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} avril 2004. Une chance perdue pour les victimes de fautes médicales ? », *J.T.*, 2005, p. 359 ; N. ESTIENNE, « La perte d'une chance dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation : la procession d'Echternach (deux pas en arrière, trois pas en avant...) », *R.C.J.B.*, 2013, pp. 605 et sv. ; J.-L. FAGNART, « La perte d'une chance ou la valeur de l'incertain », in *La réparation du dommage*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, pp. 73 et sv. ; D. PHILIPPE, « Quelques réflexions sur la perte d'une chance et le lien causal », *R.D.C.*, 2013, p. 1004.

¹¹⁵ Cass., 19 octobre 1937, *Pas.*, 1937, I, p. 298.

Ce qui est alors visé, c'est la perte d'obtenir un gain (la perte d'une chance d'obtenir une réconciliation entre époux¹¹⁶, la perte d'une chance de voir un terrain classé en zone à bâtir¹¹⁷, la perte par la SNCB d'une chance d'effectuer un transport¹¹⁸, la perte de la chance d'obtenir l'adjudication d'un marché¹¹⁹).

L'exemple couramment usité pour illustrer ce concept est l'accident de la circulation qui a pour effet de retarder le transporteur d'un cheval de course, lequel n'arrive pas à temps pour prendre part à une compétition, perdant ainsi ses chances de remporter le trophée.

Le terrain privilégié d'application de ce concept est la responsabilité de l'avocat, dont la faute cause à son client la perte d'une chance de gagner son procès.

4. En ce qui concerne la perte de la chance d'éviter un préjudice, la Cour de cassation a admis son indemnisation par un arrêt du 19 janvier 1984¹²⁰.

La situation est ici radicalement différente de celle évoquée ci-avant au point **3**. En effet, contrairement à l'hypothèse du cheval dont on ne saura jamais s'il aurait gagné la course si l'occasion lui avait été donnée d'y participer, il existe ici un dommage qui s'est réalisé mais dont l'application des règles de responsabilité ne permet pas la réparation.

Le terrain d'élection de ce concept est celui de la responsabilité médicale. Songeons à la situation d'un patient qui, à la suite d'une faute, décède. Lorsqu'il n'est pas certain que, sans la faute du médecin, le patient (malade ou blessé par ailleurs) aurait survécu, le décès n'est pas un préjudice indemnisable. On substitue alors à ce préjudice un autre dommage, tout aussi réel, consistant en la perte de la chance d'éviter le préjudice qui, lui, s'est réalisé.

5. La jurisprudence de la Cour de cassation est clairement fixée en ce sens que la perte de chance d'éviter un préjudice n'est, en soi, pas un préjudice réparable s'il n'existait pas suffisamment de chances d'éviter ce préjudice¹²¹.

Nous renvoyons à l'étude de Monsieur C. EYBEN¹²². Après avoir rappelé la distinction faite entre la conception restrictive (ou la perte d'une chance d'obtenir un avantage probable) et la conception extensive (ou la perte d'une chance d'éviter un dommage), l'auteur relève que cette distinction n'a pas lieu d'être¹²³.

L'auteur étudie ensuite l'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} avril 2004 qui avait refusé l'indemnisation de la perte d'une chance, pour la victime, d'éviter une agression. L'auteur constate que cet arrêt était logique dans la mesure où l'arrêt de la Cour d'appel de

¹¹⁶ Cass., 8 décembre 1958, *Pas.*, 1959, I, p.354.

¹¹⁷ Cass., 19 juin 1987, *Pas.*, 1987, I, p.1306.

¹¹⁸ Cass., 17 avril 1961, *Pas.*, 1961, I, p.882 ; Cass., 26 juin 1961, *Pas.*, 1961, I, p.1174 ; Cass., 15 octobre 1962, *Pas.*, 1963, I, p.195.

¹¹⁹ Cass., 19 septembre 2002, *J.T.*, 2003, p.212.

¹²⁰ Cass., 19 janvier 1984, *Pas.*, 1984, I, p.548.

¹²¹ Cass., 1^{er} avril 2004, siégeant en chambre réunie, *J.T.*, 2005, p. 357.

¹²² C. EYBEN, « La théorie de la perte d'une chance défigurée ou revisitée ? », *R.G.D.C.*, 2005, pp. 307 à 321.

¹²³ C. EYBEN, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, p. 311, n° 12.

Bruxelles soumis à la censure de la Cour de cassation avait fait une mauvaise application de la théorie de la perte d'une chance. Ainsi Monsieur EYBEN écrit :

« Lorsque la Cour affirme que 'le juge ne peut condamner l'auteur de la faute à réparer le dommage réellement subi s'il décide qu'une incertitude subsiste quant au lien causal entre la faute et ce dommage', il n'en résulte pas que le juge, dans une telle hypothèse, ne puisse ordonner la réparation du préjudice constitué par la perte d'une chance.

Encore faut-il cependant qu'il ordonne bien la réparation d'un dommage distinct constitué par la chance perdue et non du préjudice réellement subi à l'aide d'une clause de style qui rend la motivation indigente. Pour ce faire le juge eût dû tout d'abord vérifier que la chance d'éviter l'agression était suffisamment sérieuse et cette étape est capitale dans le raisonnement.

Or la lecture des motifs de la Cour d'appel de Bruxelles surprend à ce sujet (...).

La chance dont Mademoiselle B se prévalait d'éviter l'agression était-elle suffisamment sérieuse ? Rien dans la motivation de la Cour d'appel de Bruxelles ne permet de le penser. Bien au contraire, la Cour semble relever que Mademoiselle B n'avait qu'une chance hypothétique d'éviter l'agression »¹²⁴.

Dans cette cause, la Cour d'appel de Mons, juridiction de renvoi, va finalement considérer que *« en raison de la très grande proximité dans le temps entre l'époque où les fautes (...) ont été commises, d'une part, et la réalisation du dommage dont la réparation est demandée, d'autre part, il est démontré que sans ces fautes, (l'agresseur) aurait certainement été mis hors d'état de mener jusqu'au bout sa résolution criminelle et n'aurait pas pu commettre l'agression litigieuse au moment et dans les circonstances où il l'a commise, de sorte que le dommage ne serait pas survenu tel qu'il est arrivé »¹²⁵*. La victime sera donc indemnisée, par la Ville de Liège, à 100 % du dommage qu'elle a réellement subi.

Par des arrêts du 12 mai 2006¹²⁶, puis du 5 juin 2008¹²⁷, du 17 décembre 2009¹²⁸, 15 mars 2010¹²⁹ et du 21 avril 2016¹³⁰, la Cour de cassation a confirmé que la perte d'une chance d'éviter un préjudice pouvait, en soi, constituer, un préjudice indemnisable.

Encore faut-il que :

- la perte de la chance comme telle soit certaine ;
- la chance soit sérieuse et non purement conjecturale¹³¹.

¹²⁴ C. EYBEN, *op. cit.*, R.G.D.C., 2005, p. 318, n° 27.

¹²⁵ Mons, 10 octobre 2005, J.T., 2005, p. 717.

¹²⁶ Cass., 12 mai 2006, J.L.M.B., 2006, p. 1170.

¹²⁷ Cass. 5 juin 2008, J.T., 2009, p. 28.

¹²⁸ Cass., 17 décembre 2009, R.C.J.B., 2013, p. 594.

¹²⁹ Cass., 15 mars 2010, www.cass.be, R.G. n° C.09.0433.N

¹³⁰ Cass., 21 avril 2016, www.cass.be, R.G. n° C.15.0286.F

¹³¹ P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 214, n° 5.

6. Il convient cependant d'être attentif à ne pas transposer l'appréciation de l'élément aléatoire au niveau du lien de causalité au lieu de l'apprécier en tant qu'élément constitutif du dommage.

L'erreur à ne pas commettre est d'exprimer un doute, sous la forme d'un aléa, à propos de l'incidence de la faute sur le dommage et d'appliquer le pourcentage à la réparation du dommage qui s'est effectivement réalisé. Ainsi est cassé l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles qui constate que, sans la faute, la victime avait 75 % de chances de bénéficier du transfert d'un portefeuille d'actions et qui alloue dès lors à la victime 75 % de la valeur du portefeuille¹³².

Le juge doit considérer qu'il existe un lien causal certain entre la faute et le dommage constitué par une perte de chance d'éviter un préjudice réalisé¹³³.

7. Récemment, la Cour de cassation a considéré que, saisi d'une demande de réparation du dommage résultant de la perte d'un avantage ou d'un désavantage subi, le juge qui accorde une indemnité pour la perte d'une chance d'obtenir cet avantage ou d'éviter la survenance de ce désavantage, ne modifie pas l'objet de la demande. Il est en droit de le faire en respectant les droits de la défense¹³⁴.

Par cet arrêt, à notre sens, la Cour de cassation a une nouvelle fois centré la question de la perte d'une chance sur la notion de dommage réparable et non pas de lien causal.

L'arrêt, qui s'exprime en termes larges et vise ainsi tant l'hypothèse de la conception restrictive que celle de la conception extensive, concernait la perte d'une chance d'obtenir un gain. En effet, les victimes avaient chargé un avocat d'introduire une action en justice contre l'autorité administrative qui avait illicitement refusé d'octroyer un permis de rénovation. L'avocat n'a fautivement pas agi dans les délais requis de telle sorte que l'action fut jugée irrecevable, privant ainsi les clients de l'avocat de la possibilité d'obtenir gain de cause dans le procès qu'ils souhaitent initier.

Dans le cadre du litige en responsabilité contre l'avocat, les clients de celui-ci ont réclamé l'intégralité de la demande formulée tardivement contre l'autorité publique, dans le cadre du procès initial.

Dans cette situation, la Cour de cassation constate qu'il existe un dommage indemnisable qui n'est pas celui vanté par les demandeurs mais qui consiste en la perte de la chance d'obtenir ce montant. Ce dernier dommage doit être indemnisé sans pouvoir être considéré équivalent avec l'avantage perdu. En revanche, ce dommage est considéré comme visé dans la demande en réparation du préjudice.

Le concept de la perte d'une chance est donc bien situé au niveau du dommage réparable : il ne concerne pas le lien causal.

¹³² Cass., 6 décembre 2013, www.cass.be, R.G. n° C.10.0204.F.

¹³³ Cass., 15 mars 2010, *op. cit.*

¹³⁴ Cass., 14 décembre 2017, *Consil. M.*, 2017, p. 40 et la note de J. ROGGE, « La perte d'une chance est un dommage indemnisable – Le juge peut évoquer d'office la perte sans modifier l'objet de la demande ».

III. Une approche critique de l'avant-projet de loi

III.1. Omission de la conception restrictive de la perte d'une chance

8. Le texte de l'article 5.168 se concentre uniquement sur l'indemnisation de la perte de la chance d'éviter le préjudice qui s'est réalisé.

Certes, dans l'exposé des motifs, l'on se réfère également à la « *chance d'obtenir un avantage* »¹³⁵.

Il demeure que le texte de l'article 5.168 n'aborde pas cet aspect de la perte de chance.

Ce faisant, l'avant-projet omet de consacrer le volet pourtant le moins sujet à discussion, à savoir l'indemnisation de la perte de la chance d'obtenir un gain.

Cet oubli est d'autant plus gênant que la réforme du Code civil a pour vocation d'organiser l'ensemble des principes relatifs à la responsabilité extracontractuelle.

Dès lors que la disposition relative à la perte d'une chance n'évoque pas la perte de chance d'obtenir un gain, faut-il en conclure que, dorénavant, ce type de préjudice ne sera plus indemnisable ?

Ceci serait d'autant plus regrettable que la jurisprudence de la Cour de cassation est constante sur cette problématique depuis plus de 80 ans et qu'aucun débat n'existe en doctrine à cet égard.

III. 2. Le déplacement de la perte d'une chance du dommage réparable vers le lien causal

9. L'avant-projet a pour ambition d'atteindre « *le même résultat que la jurisprudence qui accepte de réparer la perte d'une chance, mais au moyen d'une autre technique juridique. Il permet d'éviter l'écueil lié à la création de ce préjudice souvent artificiel* »¹³⁶.

L'exposé des motifs précise que « *compte tenu de la rigidité de la règle de causalité appliquée en Belgique, la jurisprudence devait auparavant chercher une solution au travers de la notion de dommage interprétée de manière souple. Maintenant que les règles de causalité sont précisées dans le présent avant-projet, l'artifice de la notion de dommage peut être évité. L'avant-projet instaure dès lors une responsabilité proportionnelle directe, correspondant à la probabilité que le fait générateur de responsabilité a occasionné le préjudice* »¹³⁷.

« *En fondant la solution sur la causalité et non plus sur le dommage, elle rend notamment impossible l'indemnisation tant du dommage final que de la perte d'une chance, de sorte qu'il n'est pas non plus nécessaire d'adapter la législation en matière d'assurances* »¹³⁸.

¹³⁵ Exposé des motifs, p. 112.

¹³⁶ Exposé des motifs, p. 114.

¹³⁷ Exposé des motifs, p. 114.

¹³⁸ Exposé des motifs, p. 115.

Malheureusement, cette solution contient une entorse, inacceptable selon nous, à la théorie de l'équivalence des conditions, à savoir que le lien de causalité entre la faute et le dommage ne devrait plus être certain mais simplement « *probable* ».

Ainsi, l'avant-projet de loi abîme un concept-clé de la responsabilité (à savoir le lien de causalité) et ce pour atteindre un objectif qui était déjà atteint auparavant.

Notamment, il faut relever qu'est inexistant le risque d'indemnisation tant du préjudice réalisé que de la perte de chance d'éviter ce risque. En effet, par essence même, si le risque réalisé est indemnisé parce qu'en lien causal certain, la perte de chance d'éviter ce risque ne se conçoit pas, la chance étant de 100 %. Il n'existe d'ailleurs pas, en jurisprudence, d'exemple d'une telle double indemnisation.

L'avant-projet de loi se montre donc inventif pour éviter un problème qui n'existe pas.

IV. Conclusion : La perte d'une chance, un concept mal revisité

10. La jurisprudence a dégagé une solution qui, si elle prête à débat, permet néanmoins tant à la victime qu'au tiers responsable d'anticiper les conséquences juridiques d'un accident.

En effet, l'un et l'autre peuvent apprécier si, à défaut d'un dommage réellement réalisé, il existe un autre dommage indemnisable, consistant en la perte d'une chance d'éviter ce préjudice. Cet autre dommage indemnisable, la perte d'une chance, doit être suffisamment réel et concret, et doit être en lien causal certain avec le fait générateur de la responsabilité, pour être considéré comme un préjudice indemnisable.

Alors que cette solution jurisprudentielle fonctionne, le législateur y substitue, pour arriver au même résultat, une solution qui maltraite inutilement la théorie de l'équivalence des conditions.

En outre, l'avant-projet omet d'organiser la perte de la chance d'obtenir un avantage.

Pour ces raisons, l'article 5.168 n'apparaît pas adéquat.

Section 13 : A propos de l'article 5.170 (T. COPPEE)

Art. 5.170. Faute de la personne lésée

§ 1er. Si la faute de la personne lésée ou d'une personne dont elle répond est une des causes du dommage, l'indemnité est réduite dans la mesure où cette faute a elle-même contribué à la survenance du dommage.

§ 2. L'indemnité n'est pas réduite lorsque le dommage a été causé par la faute intentionnelle du responsable.

§ 3. La personne lésée n'a pas droit à réparation si le dommage subi a été causé par sa propre faute intentionnelle.

§ 4. Le droit à réparation n'est ni limité ni exclu quand la personne lésée a moins de quatorze ans.

I. L'article 5.170, §1^{er} de l'avant-projet

1. L'article 5.170, §1^{er} de l'avant-projet prévoit que « *si la faute de la personne lésée ou d'une personne dont elle répond est une des causes du dommage, l'indemnité est réduite dans la mesure où cette faute a elle-même contribué à la survenance du dommage.* »

Par cette disposition, le législateur consacre le principe de la réparation partielle du dommage de la victime résultant de sa propre faute (**A**), et de celle des personnes dont elle répond (**B**). Cette réparation partielle sera évaluée selon le critère de l'incidence causale (**C**). Cette solution pose question au regard de la théorie de l'équivalence des conditions (**D**) et du concept de dommage (**E**).

1.1. La consolidation du principe de la réparation partielle du dommage de la victime

2. Dans tous les systèmes juridiques, la faute de la victime exerce une influence sur l'évaluation de son droit à la réparation du dommage¹³⁹.

En droit belge, la Cour de cassation admet de longue date que si la victime a contribué fautivement à la survenance de son dommage, le (ou les) autre(s) auteur(s) ne devront réparer qu'une partie de son préjudice¹⁴⁰.

¹³⁹ B. WEYTS, *De fout van het slachtoffer in het buitencontracteel aansprakelijkheidsrecht*, Intersentia, 2003, p. 347.

¹⁴⁰ Pour des cas de fautes concurrentes, voy. not. Cass., 6 janvier 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 11 ; Cass., 5 septembre 2003, *Pas.*, 2003, I, p. 1360 ; Cass., 25 février 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 327 ; Cass., 24

3. Dans la mesure où cette solution est bien établie en jurisprudence, il est permis une nouvelle fois de s'interroger quant à l'utilité de légiférer sur ce point. En effet, comme précisé ci-avant, fixer une solution déjà établie dans un cadre légal revient à priver les cours et tribunaux de la possibilité de faire évoluer cette solution, de manière souple et intelligente, selon l'évolution des mentalités.

1.2. L'extension du principe de la réparation partielle du dommage de la victime

4. Le législateur ne se contente pas d'entériner la jurisprudence existante. En effet, il choisit de limiter le dommage de la victime également dans le cas où « *une personne dont elle répond* » aurait commis une faute en lien causal avec son dommage.
5. Cette nouvelle hypothèse de réduction du dommage de la victime ne fait pas l'objet d'une motivation claire et précise.

En effet, l'exposé des motifs ne fait à ce jour référence qu'à un seul arrêt de la Cour de cassation, ayant décidé de réduire le dommage d'une partie civile, à la suite de la faute de son préposé.¹⁴¹

6. Qu'à cela ne tienne, l'exposé des motifs estime, sans en donner la raison, qu'il faut élargir l'hypothèse à toute « *faute commise par une autre personne dont la personne lésée répond sur base des articles 5.156 à 5.159* »¹⁴², c'est-à-dire, celle résultant de la responsabilité des titulaires de l'autorité du fait des mineurs (art. 5.156), des personnes morales du fait des organes de gestion (art. 5.158), et des personnes chargées de la surveillance d'autrui (art. 5.159).
7. En outre, il faut déplorer le silence du législateur concernant les autres faits générateurs de responsabilités imputables à la victime. *Quid*, par exemple, de l'indemnisation du propriétaire d'une maison dont le mur a été détruit à la fois par la faute d'un conducteur et par un vice ? *Quid*, aussi, lorsque le dommage de la victime a été causé par le fait d'un tiers et d'un animal dont elle a la garde ? Doit-on également réduire le dommage de la victime ?
8. En tout état de cause, le législateur pourrait motiver son choix en faisant notamment référence dans l'exposé des motifs aux régimes de responsabilité civile

septembre 2004, *Rev. Dr. Rur.*, 2006, I, p. 19 ; Cass., 30 septembre 2015, *R.W.*, 2017-18, p. 146, note S. GUILLIAMS ; Cass., 24 février 2017, inédit, R.G. C.16.0248.

Pour des cas de vice de la chose coexistant avec une faute de la victime, voy. not. Cass., 26 mars 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 674 ; Cass., 30 septembre 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 1437 ; Cass., 24 février 2017, inédit, R.G. C.16.0248.

¹⁴¹ Cass., 9 février 1982, *Arr. Cass.*, 1981-82, p. 741.

¹⁴² Exposé des motifs, p. 128.

du fait des produits défectueux¹⁴³ et des activités dangereuses pour l'environnement¹⁴⁴, les seuls à prévoir à ce jour en droit belge que le dommage de la victime devait être réduit en cas de faute commise par une personne dont elle répond.

1.3. La consécration du critère de l'incidence causale

9. Selon l'article 5.170, §1^{er}, la faute de la personne lésée (ou d'une personne dont elle répond) donne lieu à une réduction de la réparation « *dans la mesure où cette faute a elle-même contribué à la survenance du dommage* ».

Ce faisant, le législateur décide que la part du dommage que la victime doit supporter sera appréciée selon l'« incidence causale » de sa faute (ou de celle de la personne dont elle répond), c'est-à-dire, selon l'incidence de son fait sur la survenance du dommage.

10. L'exposé des motifs justifie le choix de ce critère en renvoyant à la jurisprudence récente de la Cour de cassation, sans toutefois référencer les arrêts pertinents. Il est vrai que depuis quelques années, la Cour de cassation apprécie la part d'indemnisation restant à charge de la victime selon l'incidence causale de sa faute¹⁴⁵.
11. En outre, l'avant-projet a également retenu le critère de l'incidence causale pour répartir les parts contributives entre coresponsables au stade de la contribution à la dette (art. 5.189). L'avant-projet a donc pour avantage de mettre sur un même pied d'égalité la faute de la victime et celle du tiers.

¹⁴³ Loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, *M.B.*, 22 février 1991. L'article 10, § 2, de la loi dispose :

« § 1. *La responsabilité du producteur ne peut être limitée ou écartée à l'égard de la victime par une clause limitative ou exonératoire de responsabilité.*

§ 2. *Elle peut être limitée ou écartée lorsque le dommage est causé conjointement par un défaut du produit et par la faute de la victime ou d'une personne dont la victime est responsable.* »

¹⁴⁴ Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement, adoptée à Lugano le 21 juin 1993, approuvée par la loi du 27 novembre 1996.

Son article 9 dispose : « *Si la victime ou une personne dont la victime est responsable en vertu du droit interne a, par sa faute, contribué au dommage, l'indemnité peut être réduite ou supprimée, en tenant compte de toutes les circonstances.* »

¹⁴⁵ Cass. (2e ch.), 26 septembre 2012, *Arr. Cass.*, 2012, liv. 9, p. 2029 ; *Pas.*, 2012, liv. 9, p. 1737 ; *R.W.*, 2013-14 (sommaire), liv. 24, p. 934 ; *R.D.C.*, 2013 (sommaire VANDEN BERGHE, O.), liv. 1, p. 49 ; Cass. (2e ch.), 13 mars 2013, *Arr. Cass.*, 2013, liv. 3, p. 698 ; *Pas.*, 2013, liv. 3, p. 652 ; *RABG*, 2014, liv. 2, p. 65 ; *R.G.A.R.*, 2013, liv. 7, n° 14994 ; Cass. (2e ch.), 19 novembre 2014, *Arr. Cass.*, 2014, liv. 11, p. 2647, concl. LECLERCQ, J. ; *Pas.*, 2014, liv. 11, p. 2583, concl. LECLERCQ, J. ; *R.G.A.R.*, 2015, liv. 6, n° 15197 ; Cass. (2e ch.), 9 septembre 2015, *Arr. Cass.*, 2015, liv. 9, p. 1943, *Pas.*, 2015, liv. 9, p. 1963. Voy. déjà : Cass., 7 novembre 1990, *Arr. Cass.*, 1990-91, p. 280 ; *Bull.*, 1991, 249 ; *Pas.*, 1991, I, p. 249 ; *R.G.A.R.*, 1991, n° 11.855, *Dr. circ.*, 1991, p. 92.

12. Le critère de l'incidence causale n'est pas pour autant dénué de critiques, auquel l'exposé des motifs ne répond pas. En effet, qu'est-ce que l'incidence causale ? Nul ne le sait ou n'a pris la peine de la définir.

Précisément, une faute n'a pas d'incidence causale : soit elle est une condition nécessaire au dommage, soit elle ne l'est pas. La théorie de l'équivalence des conditions pose en effet comme postulat que le lien causal ne peut varier en intensité.

Dès lors, apprécier la plus ou moins grande incidence causale au stade de la contribution à la dette revient à consacrer une conception du lien de causalité différente de celle de l'obligation à la dette, et ce, alors que c'est le même article qui sert de fondement à l'action exercée (art. 1382 du Code civil ; art. 5.146 de l'avant-projet)¹⁴⁶.

13. D'autres critères, tels que celui de la gravité des fautes respectives¹⁴⁷, ou du partage par « parts viriles »¹⁴⁸, ont été proposés en doctrine, voire appliqués en jurisprudence. Ceux-ci font également l'objet de critiques¹⁴⁹.

14. Dès lors qu'aucun des critères ne sied parfaitement pour évaluer la part de dommage que la victime doit supporter, pourquoi ne pas laisser la jurisprudence décider, de manière souple et intelligente, du critère à adopter, selon l'évolution de la société (voy. *supra*) ?

1.4. La négation de la théorie de l'équivalence des conditions

15. En réduisant le dommage de la victime ayant participé à sa survenance, l'avant-projet ne fait pas une application stricte de la théorie de l'équivalence de conditions.

En effet, conformément à cette théorie, la victime, même fautive, est en droit de réclamer l'intégralité de son préjudice auprès du défendeur, sans la faute duquel ce préjudice n'aurait pas été causé tel qu'il l'a été.

Pour cette raison, la meilleure doctrine estime que le principe de la réparation partielle du dommage de la victime ne repose sur aucune base juridique¹⁵⁰.

¹⁴⁶ R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t. II, n° 2640 à 2642 ; L. CORNELIS, « Le partage des responsabilités en matière aquilienne », *R.C.J.B.*, 1993, p. 335 ; J.-L. FAGNART, « La causalité », *Responsabilités – Traité théorique et pratique*, Waterloo, Kluwer, 2008, n° 517.

¹⁴⁷ R.O. DALCQ, *op. cit.*, n° 2640 à 2652 ; Cass., 8 octobre 1992, *Arr. Cass.*, 1991-92, p. 1177 ; *Bull.*, 1992, p. 1124, concl. PIRET, M. ; *Pas.*, 1992, I, p. 1124, concl. PIRET, M. ; *R.W.*, 1994-95 (abrégé), p. 1413 ; *Dr. circ.*, 1993, p. 75.

¹⁴⁸ R.O. DALCQ, *ibidem*, n° 2640 ; L. CORNELIS, *op. cit.*, p. 336 ; J.-L. FAGNART, *op. cit.*, n° 520.

¹⁴⁹ L. CORNELIS, *ibidem*, p. 334 ; J.-L. FAGNART, *ibidem*, n° 511 à 513 ; R.O. DALCQ, *ibidem*, n° 2643 ; E. MONTERO, *Droit des obligations*, Namur, P.U.N., 2009, p. 86.

¹⁵⁰ R.O. DALCQ, *op. cit.*, n° 2671 ; J.-L. FAGNART, *La causalité*, Waterloo, Kluwer, 2009, n° 532.

16. Par conséquent, il est dommage que l'exposé des motifs ne prenne pas le temps d'expliquer son choix de passer outre ces critiques, et se contente de renvoyer à la jurisprudence récente de la Cour de cassation. Le législateur n'avait-il pas fait vœu de rendre le droit compréhensible des justiciables ?

Il faut néanmoins rappeler que si le législateur a consacré une section du nouveau Code civil au lien causal, c'est pour corriger certains effets dits « rigoureux » ou « inéquitable » résultant de l'application de l'équivalence des conditions¹⁵¹. La réduction du préjudice de la victime fautive devrait-elle dès lors être comprise comme un tel correctif ? Certains auteurs le soutiennent, en avançant que l'équité commande de sanctionner tous les responsables du dommage¹⁵².

Toutefois, « *on peut se demander à quel titre la faute de la victime est prise en considération. Lorsque cette faute est imprévisible et irrésistible, elle est envisagée au titre de la cause étrangère ; lorsqu'elle n'a pas ces caractères, l'usage est de considérer que la victime voit sa réparation diminuée parce qu'elle est responsable. Mais la finalité du droit de la responsabilité – et du droit en général – n'est que de régler les rapports des individus avec autrui. Parler de responsabilité envers soi-même n'a guère de sens ; aussi a-t-il été proposé d'assigner à cette 'responsabilité' de la victime la nature d'une peine privée* »¹⁵³. En effet, la fonction de responsabilité civile n'est ni dissuasive ni préventive. Prétendre l'inverse serait injuste et inutile.

Ainsi, des milliers d'automobilistes oublient chaque jour de boucler leur ceinture, et restent non sanctionnés, sauf s'ils sont victimes d'un accident. Ne serait-il pas inique de punir, au hasard, l'accidenté en réduisant la réparation de ses lésions, alors qu'il n'a pas été plus négligent que les autres automobilistes en défaut, et qu'il est le seul à subir les conséquences de son imprévoyance ? En outre, ne serait-il pas inutile socialement de sanctionner la victime ayant involontairement causé son propre dommage ? En effet, il est sérieusement permis de douter du caractère préventif de la menace d'une sous-indemnisation sur le comportement des automobilistes qui oublieront de boucler leur ceinture à l'avenir¹⁵⁴.

¹⁵¹ Exposé des motifs, p. 5 : « *l'on a jugé nécessaire de proposer des solutions juridiques précises dans une série d'hypothèses où la théorie de l'équivalence des conditions n'offre pas de réponses claires ou impose des solutions trop rigoureuses* ».

Exposé des motifs, p. 87 : « *La théorie de l'équivalence des conditions est propre au droit de la responsabilité civile belge. Lorsque la responsabilité est ainsi établie, les intérêts de la personne lésée l'emportent sur ceux du défendeur. Mais cette position favorable aux victimes produit également dans de nombreux cas des résultats qui s'avèrent inéquitables et éloignés de l'idée que l'on se fait du lien de causalité dans les sciences exactes ou dans le langage normal* ».

¹⁵² R.O. DALCQ, *op. cit.*, n° 26712.

¹⁵³ H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçon de droit civil*, t. II, *Obligations*, Montchrestien, 9^e éd., p. 681.

¹⁵⁴ A. TUNC, « *Amères réflexions* », *R.G.A.R.*, 1974, n° 9353 ; J.-L. FAGNART, *La causalité*, *op. cit.*, n° 537.

En clair, si l'avant-projet souhaite rendre l'application de la théorie de l'équivalence des conditions plus équitable, il ne pourrait retenir la faute de la victime qu'en cas de faute volontaire (voy. *infra*).

17. Au-delà de la primauté de l'équivalence des conditions, c'est l'objectif indemnitaire de la responsabilité civile que l'article 5.170 semble contredire. En effet, l'exposé des motifs dispose : « *Par sa souplesse et sa plasticité, le droit belge de la responsabilité s'est montré globalement favorable au besoin d'indemnisation des victimes. Cette perspective n'est pas fondamentalement remise en cause, bien au contraire* »¹⁵⁵. Or, en réduisant le dommage de la victime ayant participé à sa survenance, et en étendant sans motivation claire cette réduction aux fautes commises par les personnes dont elle répond, l'avant-projet ne fait rien d'autre que d'introduire une disposition défavorable à cette victime.

*1.5. La confusion avec le concept de dommage*¹⁵⁶

18. Le libellé de l'article 5.170, §§1^{er} et 3, paraît difficilement conciliable avec celui de l'article 5.171, §1^{er}, alinéa 3.

En effet, l'article 5.170, §§1^{er} et 3, prévoit que si la personne lésée commet une faute, son indemnité sera réduite dans la mesure où cette faute a contribué à la survenance du dommage¹⁵⁷. Ce n'est que dans l'hypothèse d'une faute intentionnelle de la victime que celle-ci n'aura pas droit à réparation (voy. *infra*, II)¹⁵⁸.

En revanche, l'article 5.171, §1^{er}, alinéa 3, dispose au contraire que « *le dommage qui résulte d'un fait illicite imputable à la personne lésée n'est pas réparable* ».

En lisant ces deux articles, le lecteur du Code civil s'interrogera nécessairement : le dommage qui résulte d'une faute de la victime au sens de l'article 5.170 ne résulte-t-il pas d'un fait illicite qui lui est imputable au sens de l'article 5.171 ? Dans l'affirmative, sauf l'hypothèse de la faute intentionnelle de la victime, l'indemnisation doit-elle être réduite (article 5.170) ou refusée (art. 5.171) ?

19. En réalité, l'article 5.171, en disposant que « *le dommage qui résulte d'un fait illicite imputable à la personne lésée n'est pas réparable* », ne vise que le dommage en tant qu'atteinte à un intérêt juridiquement protégé. Il ne fait pas allusion au lien causal entre la faute de la personne lésée et le dommage, réglé à l'article 5.170.

¹⁵⁵ Exposé des motifs, p. 4.

¹⁵⁶ Sur ce point, il est renvoyé aux commentaires de l'article 5.173.

¹⁵⁷ « *Si la faute de la personne lésée (...) est une des causes du dommage, l'indemnité est réduite dans la mesure où cette faute a elle-même contribué à la survenance du dommage* ».

¹⁵⁸ « *La personne lésée n'a pas droit à réparation si le dommage subi a été causé par sa propre faute intentionnelle* ».

En effet, le législateur illustre l'article 5.171 en prenant pour exemple l'accidenté en arrêt de travail qui demande au tiers responsable le remboursement de ses revenus professionnels non déclarés au fisc. Selon le législateur, l'accidenté ne pourra obtenir le remboursement de ces revenus perçus « au noir », dans la mesure où ces revenus « *ne résultent pas d'une atteinte à un intérêt juridiquement protégé* », mais bien « *d'un fait illicite imputable à la personne lésée* »¹⁵⁹.

Mais en adoptant un tel raisonnement, l'avant-projet entraîne une confusion quant aux notions de causalité et de préjudice. En effet, comme il sera précisé ci-après¹⁶⁰, le dommage subi par l'accidenté dans l'exemple ne « *résulte* » pas, à notre sens, du travail en noir prohibé mais consiste en la perte des revenus non déclarés au fisc.

20. En tous cas, le lecteur ne pourra que s'interroger quant à la clarté des articles 5.170 et 5.171.

II. L'article 5.170, §2 de l'avant-projet

1. L'article 5.170, §2 de l'avant-projet prévoit que « *l'indemnité n'est pas réduite lorsque le dommage a été causé par la faute intentionnelle du responsable* ».
2. Cet article fait exception au paragraphe 1^{er}, en prévoyant que le dommage de la victime ne pourra être réduit, même si elle a commis une faute, si le tiers responsable a commis une faute intentionnelle, c'est-à-dire, une faute commise avec l'intention de causer un dommage¹⁶¹.
3. Cette disposition n'appelle pas de commentaires approfondis, dans la mesure où il ne s'agit que d'une confirmation de la jurisprudence de la Cour de cassation, qui, sur la base du principe général du droit *fraus omnia corrumpit*, dénie au responsable qui a commis une faute intentionnelle la possibilité d'invoquer une faute non intentionnelle de la personne lésée pour obtenir une réduction de sa responsabilité¹⁶².
4. Toutefois, on ne peut que déplorer encore une fois le recours à la technique législative, pour encadrer une création prétorienne qui se suffit à elle-même, et a la souplesse de s'adapter aux évolutions sociétales.

¹⁵⁹ Exposé des motifs, pp. 142 et 143.

¹⁶⁰ Voy. les commentaires de l'art. 5.171.

¹⁶¹ Cass. 6 novembre 2007, *R.W.*, 2007-8, p. 1716 ; Cass., 16 novembre 2015, *R.W.*, 2017-18.

¹⁶² Cass. 6 novembre 2002, *Arr. Cass.*, 2002, p. 2383, concl. J. SPREUTELS, *J.T.*, 2003, p. 579, note KIRKPATRICK, *R.C.J.B.*, 2004, p. 267, note F. GLANSDORFF ; *R.W.*, 2002-03, p. 1629, note B. WEYTS ; Cass. 9 octobre 2007, *Pas.*, 2007, p. 1739, Cass., 6 novembre 2007, *R.W.*, 2007-8, p. 1716.

III. L'article 5.170, §3 de l'avant-projet

1. L'article 5.170, §3 de l'avant-projet prévoit que « *la personne lésée n'a pas droit à réparation si le dommage subi a été causé par sa propre faute intentionnelle.* »
2. Cet article fait également exception à l'article 5.170, §1^{er}. Il dispose que la personne lésée n'a pas droit à la réparation de son dommage, si ce dernier est la conséquence d'une faute intentionnelle de sa part.
3. Cet article se limite en apparence à entériner la jurisprudence actuelle¹⁶³. L'usage de la technique législative sera donc à nouveau déploré (voy. *supra*).
4. En outre, il convient de s'interroger quant aux conséquences excessives résultant de l'application d'une telle disposition. En effet, pourra-t-on priver la victime d'un sinistre de toute indemnisation pour la seule raison qu'elle a omis volontairement de limiter son dommage ?
5. Par ailleurs, l'exposé des motifs élargit l'hypothèse réglée par l'article 5.170, §3, et estime que la victime n'a pas droit à une indemnisation de son dommage dans le cas où elle a provoqué les circonstances à l'origine de la responsabilité objective d'une autre personne.

Il est à déplorer que cette hypothèse ne soit appuyée par aucune justification jurisprudentielle ou doctrinale. Tout au plus l'exposé des motifs mentionne-t-il qu' : « *il en est de même si la personne lésée a intentionnellement provoqué les circonstances qui entraînent la responsabilité objective d'une autre personne. Elle n'a pas droit à réparation. Généralement cette faute sera également une cause du dommage* »¹⁶⁴.

Sans connaître l'intention du législateur, il est toutefois « tentant » de rapprocher cette disposition du régime des accidents de travail. En effet, l'article 48 de la loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail prévoit que : « *Les indemnités établies par la présente loi ne sont pas dues lorsque l'accident a été intentionnellement provoqué par la victime* »¹⁶⁵.

En l'absence de précision à cet égard, nul doute que les plaideurs tâcheront d'être imaginatifs pour étendre le champ d'application de cette disposition.

¹⁶³ Cass., 2 mars 2016, *J.T.*, 2017, p. 400 ; *R.G.A.R.*, 2016.

¹⁶⁴ Exposé des motifs, p. 130.

¹⁶⁵ Loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail, *M.B.*, 24 avril 1971.

IV. L'article 5.170, §4 de l'avant-projet

1. L'article 5.170, §4 de l'avant-projet prévoit que « *le droit à réparation n'est ni limité ni exclu quand la personne lésée a moins de quatorze ans.* »
2. L'article 5.170, §4 prévoit qu'aucune faute ne peut être invoquée à l'encontre d'un mineur de moins de quatorze ans que ce soit pour obtenir une réduction de la responsabilité ou pour le priver de toute réparation.
3. Cet article n'appelle aucun commentaire particulier. En effet, en vertu de l'article 5.153 de l'avant-projet, ces mineurs ne sont en effet pas personnellement responsables. Leur faute ne peut donc pas non plus être invoquée contre eux quand ils ont la qualité de personne lésée (sur l'opportunité de fixer le seuil de l'âge légal à quatorze ans, voy. introduction et section 4).

V. Conclusion

Dans l'article 5.170, le législateur règle l'incidence de la faute de la personne lésée sur la réparation de son dommage. Certaines corrections devraient y être apportées.

Tout d'abord, il n'est pas nécessaire de recourir systématiquement à la technique législative pour consolider des règles créées et fixées par la jurisprudence. En encadrant ces règles légalement, l'on prive les cours et tribunaux de la possibilité de faire évoluer la solution existante au gré des évolutions sociétales, et l'on prend le risque d'un Code civil rapidement obsolète.

En tout état de cause, si le texte devait être maintenu, il paraît essentiel de compléter l'actuel exposé des motifs afin de motiver les innovations, ainsi que de répondre aux questions et contradictions qui subsistent.

Le législateur n'a-t-il pas fait vœu de lisibilité et de prévisibilité ?

Section 14 : A propos de l'article 5.171 (Q. ALALUF)

Art. 5.171. Atteinte à un intérêt juridiquement protégé

Un dommage est réparable s'il résulte d'une atteinte à un intérêt juridiquement protégé.

Le dommage qui résulte d'un fait illicite imputable à la personne lésée n'est pas réparable.

I. La notion de dommage

1. L'alinéa 1^{er} indique que le dommage est réparable s'il résulte d'une atteinte à un « *intérêt juridiquement protégé* ».

L'exposé des motifs de l'avant-projet de loi vise d'emblée à rassurer le lecteur : « *Contrairement à ce qui pourrait paraître à sa première lecture, il ne faut pas voir dans cette expression un bouleversement de l'état actuel du droit mais plutôt une volonté de clarification et de remise en ordre* »¹⁶⁶.

Etonnante manière de clarifier le droit que d'adopter un texte dont l'auteur prévient que sa première lecture induira en erreur.

2. Après avoir rappelé que, comme précédemment, aucune hiérarchie ne serait établie entre les dommages réparables (essentiellement semble-t-il les dommages corporels et les dommages matériels), l'exposé des motifs ajoute « *qu'une attention particulière est parfois réservée aux dommages résultant d'une atteinte à l'intégrité physique* »¹⁶⁷.

Rappelant l'ancienne controverse ayant opposé, sur la notion de dommage, H. DE PAGE (conception restrictive) à J. RONSE notamment (conception extensive), l'exposé des motifs assure que, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation¹⁶⁸, c'est la conception la plus large qui est retenue dans l'avant-projet de loi.

En réalité, le dommage était alors défini comme l'atteinte à un intérêt légitime. Depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 16 janvier 1939¹⁶⁹, il est établi que la victime ne doit pas démontrer que le fait générateur de la responsabilité a porté atteinte à un droit protégé par une action en justice pour pouvoir prétendre avoir subi un dommage.

¹⁶⁶ Exposé des motifs, p. 131.

¹⁶⁷ Exposé des motifs, p. 132.

¹⁶⁸ Cass., 16 janvier 1939, *Pas.*, 1939, I, 25.

¹⁶⁹ Cass., 16 janvier 1939, *op. cit.*

3. Madame P. COLSON observe qu'il est essentiel de distinguer l'atteinte de ses répercussions : « *on sépare la lésion de ses conséquences et on précise que ce sont ces dernières qui font l'objet de la réparation* »¹⁷⁰.

L'auteure considère cependant que la simple référence à la lésion d'un intérêt conduit à « *une dérive en ouvrant trop largement le droit à la réparation* »¹⁷¹. Elle en appelle dès lors à l'intervention du législateur pour « *laisser une place à la notion d'intérêts protégés* ».

Le dommage se définit dès lors comme « *la lésion d'un droit, d'une liberté ou d'un intérêt (légitime) protégé. En visant ces trois catégories, on évite que certaines atteintes ne soient pas considérées comme un dommage alors qu'elles le sont assurément, comme l'atteinte à l'intégrité corporelle selon qu'on classe cette dernière dans les droits subjectifs, les libertés ou les intérêts protégés* »¹⁷².

C'est à ce vœu qu'entend répondre le législateur lorsqu'il substitue à la notion d'intérêt légitime celle d'intérêt juridiquement protégé.

Quoiqu'il s'en défende, le législateur a ainsi restreint la notion de dommage, comme l'expose Madame COLSON.

A défaut, on ne comprendrait alors pas pourquoi, sur la base d'une étude du droit comparé, le législateur remplacerait un concept satisfaisant d'atteinte à l'intérêt légitime par un concept supposé être identique d'atteinte à l'intérêt juridiquement protégé.

II. Le fait illicite imputable à la victime

4. L'article 5.171, alinéa 2, prévoit que « *le dommage qui résulte d'un fait illicite imputable à la personne lésée n'est pas réparable* ».

Cette formulation ne manquera pas de surprendre le lecteur dès lors que l'article 5.170, § 1^{er}, prévoit au contraire que lorsque la faute de la personne lésée est une des causes du dommage, l'indemnité allouée à la personne lésée est réduite.

Ce n'est que dans l'hypothèse de la faute intentionnelle de la victime (article 5.170, § 3) que celle-ci « *n'aura pas droit à réparation* ».

Les solutions qui se dégagent des articles 5.170 et 5.171 paraissent difficilement conciliables : le dommage qui résulte d'une faute de la victime au sens de l'article 5.170 ne résulte-t-il pas d'un fait illicite qui lui est imputable au sens de l'article 5.171 ?

Dans l'affirmative, sauf l'hypothèse de la faute intentionnelle de la victime, l'indemnisation doit-elle être réduite (article 5.170) ou refusée (art. 5.171) ?

¹⁷⁰ P. COLSON, « La définition du dommage comme lésion d'un intérêt stable et légitime ? », in *Questions spéciales relatives à la réparation du dommage*, Limal, Anthémis, 2017, pp. 7 et sv., en particulier pp. 58 et 59, n° 57.

¹⁷¹ P. COLSON, *op. cit.*, p. 65, n° 63.

¹⁷² P. COLSON, *op. cit.*, p. 66, n° 64.

5. L'exposé des motifs explicite cette notion sous l'angle de l'intérêt juridiquement protégé : « *ainsi lorsqu'un boulanger est empêché de travailler à la suite d'un accident imputable à un tiers responsable et qu'il demande le remboursement des revenus fiscalement non déclarés, il y a lieu de raisonner en deux temps. L'atteinte à l'intégrité physique qu'il a subie consiste bien dans un intérêt juridiquement protégé mais il ne pourra toutefois obtenir réparation de la perte des revenus gagnés au noir, puisque cette perte « résulte d'un fait illicite qui lui est imputable »*¹⁷³.

La formulation de l'article 5.171, al. 2, ne nous paraît pas limpide.

En effet, à notre sens, dans l'exemple repris à l'exposé des motifs, le dommage subi par le boulanger ne « *résulte* » pas du travail en noir prohibé mais consiste en la perte des revenus non déclarés au fisc.

Il existe là une confusion entre les notions de causalité et de préjudice.

III. Conclusion

6. Là où le législateur a voulu apporter modernité, il nous semble qu'il a laissé la place à un retour en arrière des droits des victimes en restreignant la notion de dommage par l'abandon à la référence jurisprudentielle et doctrinale de lésion d'un intérêt légitime.

Là où l'avant-projet a souhaité apporter clarté, nous pensons qu'a été introduite une difficulté d'appréhension des concepts de lien de causalité et de dommage conduisant à une lecture contradictoire des solutions proposées par les articles 5.170 et 5.171 combinés.

¹⁷³ Exposé des motifs, pp. 142 et 143.

Section 15 : A propos de l'article 5.175 (Q. ALALUF)

Art. 5.175. Préjudice par ricochet

Le préjudice par ricochet est un préjudice propre subi par une personne, résultant d'une atteinte portée préalablement à l'intérêt d'une autre personne avec laquelle la première a un lien de droit ou de fait.

Le droit à réparation de la personne lésée par ricochet est soumis aux mêmes limites que les droits de la victime directe, que celle-ci ait ou non survécu.

I. Le projet

1. L'article 5.175 organise un régime spécifique au préjudice par ricochet ou préjudice par répercussion. Il en définit la notion et proclame que la faute commise par la victime directe est opposable à la victime indirecte.

II. La notion

2. L'avant-projet de loi vise à « englober dans son champ d'application la diversité des préjudices par ricochet »¹⁷⁴.

Ce préjudice, qui peut être de nature patrimoniale ou extrapatrimoniale, « dérive d'une atteinte préalable aux intérêts d'une autre personne (la victime directe) »¹⁷⁵.

La personne lésée « doit démontrer qu'il existe un lien de droit (contrat de travail, filiation) ou de fait (perte de ressources mises gratuitement à la disposition par une victime décédée, atteinte à des liens d'affection...) entre elle et la victime directe ». Il est précisé que si « la notion de lien de fait est certes assez vague », « elle concerne essentiellement des relations affectives qui ne peuvent s'appuyer sur un lien de filiation et dont il appartient au juge de vérifier la réalité »¹⁷⁶.

Le lien de droit peut viser bien entendu les membres de la famille de la victime mais également son employeur public ou privé. L'on pourrait également imaginer qu'un acteur économique, en relations d'affaires avec la victime directe, subisse un préjudice par répercussion dans le cadre de son activité professionnelle. De la même manière, des travailleurs pourraient subir un préjudice par ricochet à la suite du dommage direct causé à leur employeur.

¹⁷⁴ Exposé des motifs, p. 152.

¹⁷⁵ Exposé des motifs, p. 152.

¹⁷⁶ Exposé des motifs, p. 153.

Le lien de fait consiste essentiellement à inclure dans le champ d'application du régime du préjudice par ricochet les personnes en relations affectives avec la victime, et ce même en l'absence d'un lien de droit. Cette notion de lien de fait est appelée à être débattue dans les prétoires, le juge devant vérifier la réalité du lien invoqué.

3. Il demeure cependant une zone floue où des personnes, qui ne sont pas la victime directe du fait générateur de la responsabilité, subissent néanmoins un préjudice sans pour autant être en lien de droit ou de fait avec la victime primaire, victime qu'elles ne connaissent même pas.

Au regard de la définition projetée, ces personnes ne subissent donc pas un préjudice par répercussion.

Songeons à la situation d'une femme enceinte qui assiste à un accident de la circulation entre deux véhicules, l'un conduit par un chauffard qui brûle un feu rouge, l'autre par un jeune conducteur qui passe à travers le pare-brise et se retrouve affreusement mutilé. Cette vision d'horreur traumatise la jeune femme qui, sous le choc, perd l'enfant qu'elle portait, ce qui provoque chez elle des séquelles psychologiques qu'elle conservera à vie.

Cette femme enceinte, qui ne connaissait les conducteurs ni d'Eve ni d'Adam, n'est ni en lien de droit ni en lien de fait avec la victime directe. Son dommage n'en est pas moins indemnisable puisqu'en lien de causalité certain avec la faute commise par le chauffard.

Nous y reviendrons.

III. L'intérêt d'un régime spécifique pour le dommage par ricochet

4. L'avant-projet de loi relève à juste titre que la nécessité d'un régime propre consacré au préjudice par ricochet est controversée en doctrine¹⁷⁷.

La conséquence de cette controverse est de déterminer si la faute de la victime primaire doit être opposable à la personne qui demande réparation d'un préjudice par répercussion.

Toujours à juste titre, il est observé que la jurisprudence tant de la Cour de cassation¹⁷⁸ que de la Cour constitutionnelle¹⁷⁹ consacre l'opposabilité de la faute de la victime directe à la victime indirecte, solution qui ne repose pas sur une application correcte du droit commun de la responsabilité.

¹⁷⁷ Exposé des motifs, p. 153.

¹⁷⁸ Cass., 19 décembre 1962, *J.T.*, 1963, p. 673. Il s'agit d'un arrêt qui opère un revirement de la jurisprudence établie jusqu'alors par la Cour de cassation, revirement confirmé ensuite par Cass., 17 juin 1963, *J.T.*, 1963, p. 710 ; Cass., 19 décembre 1967, *Pas.*, 1968, I, p. 537 ; Cass., 19 octobre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 213 ; Cass., 6 janvier 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 476 ; Cass., 10 février 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 623 ; Cass., 14 avril 1981, *Pas.*, 1981, I, p.915 ; Cass., 1^{er} février 1994, *Pas.*, 1994, I, p.133 ; Cass., 5 octobre 1995, *Pas.*, 1995, I, p.873 ; Cass., 5 septembre 2003, *Pas.*, 200, I, p.1360 ; Cass., 28 juin 2006, *Pas.*, 2006, I, p.1534 ; Cass., 16 février 2011, *Pas.*, 2011, I, p.529 ;

¹⁷⁹ C. const., 17 juillet 2014, n° 11/2014, *For. Ass.*, 2014, p. 218.

L'exposé des motifs relève d'ailleurs, fort opportunément, qu'il « *faut néanmoins reconnaître que la justification donnée par la Cour de cassation n'est pas très convaincante. Elle n'est d'ailleurs pertinente que lorsque la victime par ricochet est un proche de la victime directe* »¹⁸⁰.

5. Ceci justifie dès lors l'intervention du législateur : il convient d'insérer dans le Code civil une règle spécifique permettant, dorénavant, de donner une assise juridique valable à une jurisprudence existante mais bancal.

IV. La critique du régime spécifique

6. Le raisonnement ainsi tenu par le législateur est parfaitement cohérent : la jurisprudence visant à permettre l'opposabilité de la faute de la victime primaire à la victime indirecte n'est pas valable.

Cela étant, plutôt que de créer une règle légale pour valider une jurisprudence incorrecte, ne serait-il pas au contraire préférable de saisir l'occasion de la réforme du Code civil pour ramener la jurisprudence à plus d'orthodoxie ?

7. A notre sens, le simple constat du manque d'assise légale à une jurisprudence par ailleurs incontestablement constante et bien établie ne doit pas suffire à intervenir pour valider cette jurisprudence. Encore faut-il s'assurer, au terme d'un raisonnement logique, que c'est cette jurisprudence qu'il faut suivre, et non la doctrine majoritaire¹⁸¹ qui y est opposée.

8. Il y a tout d'abord lieu de constater que si la jurisprudence affirme de manière constante que la faute de la victime directe peut être opposée au proche de cette victime, dans le cadre de l'indemnisation du préjudice par répercussion subi par ce proche, il n'en va en revanche pas nécessairement de même pour l'employeur.

En effet, la Cour de cassation énonce que « *le recours propre de l'employeur public a nécessairement pour objet un dommage distinct de celui subi par la victime de l'accident* »¹⁸². Elle précise que « *le droit de l'employeur à la réparation du dommage qu'il subit à la suite de l'incapacité de travail de son agent n'est pas limité au montant de l'indemnité qui serait due à la victime pour une incapacité de travail constatée en droit commun* »¹⁸³.

¹⁸⁰ Exposé des motifs, p. 154.

¹⁸¹ R.O. DALCQ, « De l'opposabilité de la faute de la victime à ses ayant causé à titre universel », *R.G.A.R.*, 1963, n° 7092 ; J. CANIVET, « De la réparation du préjudice des victimes par ricochet », *J.T.*, 1963, pp. 597 et sv. ; J. KIRKPATRICK, « Le nouveau statut des dommages subis par répercussion », *R.C.J.B.*, 1964, p. 449 ; L. CORNELIS, « L'apparence trompeuse du dommage par répercussion », in *L'indemnisation du préjudice corporel*, Liège, éd. Jeune barreau, 1996, pp. 149 et sv. ; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2009, pp. 654 et sv. B. WEYTS, *De fout van het slachtoffer in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2003, pp. 307 et sv., n° 354 à 356 ; J.-L. FAGNART, « Quelle égalité pour les victimes ? », *For. Ass.*, 2014, pp. 209 et sv.

¹⁸² Cass., 23 octobre 2013, *R.G.A.R.*, 2014, n° 15098.

¹⁸³ Cass., 14 février 2014, *Bull. ass.*, 2014, p. 161 et note E. VAN DEN HOUT.

Il peut s'en déduire que la jurisprudence précitée de la Cour de cassation ne vaut pas pour ce type de personne lésée par un préjudice par ricochet. On voit en effet difficilement comment justifier l'opposabilité à l'employeur de la faute de son travailleur, victime d'un accident, alors que la motivation de la Cour de cassation en la matière repose sur le constat que « *le droit à la réparation des dommages éprouvés par répercussion ne trouve sa source que dans les liens de famille et d'affection qui unissent les demandeurs à la victime* »¹⁸⁴.

Partant, en uniformisant le régime des personnes proches de la victime directe d'une part et, notamment, des employeurs de l'autre, le législateur doit nécessairement contrarier l'une des jurisprudences de la Cour de cassation puisque celles-ci sont en sens contraire.

9. Ensuite, relevons qu'il est admis que la victime par répercussion puisse obtenir la réparation de son préjudice alors même que, de son côté, la victime directe ne réclame pas l'indemnisation de son dommage¹⁸⁵.

10. Ajoutons que, bien entendu, la réparation des préjudices directs et indirects diffère, chacun étant indemnisé selon sa situation concrète.

11. Par ailleurs, les arguments mis en évidence pour justifier l'opposabilité de la faute de la victime primaire à la victime indirecte ne convainquent guère.

Ainsi, l'exposé des motifs relève que considérer « *que la faute de la victime directe serait inopposable ne ferait que déplacer le problème puisque la réparation complète qui serait accordée à la victime par répercussion n'empêcherait pas un recours exercé par le responsable ultérieur contre la victime directe si, tout au moins, elle a survécu, ou à sa succession* »¹⁸⁶.

Effectivement, si la faute de la victime primaire ne peut, à défaut de règle de droit spécifique, être opposée à la victime du dommage par répercussion, le tiers responsable pourra ensuite, en application du droit commun, exercer un recours contributoire à l'encontre de la victime directe.

Nous rejoignons le Professeur FAGNART¹⁸⁷ lorsqu'il observe que l'on n'aperçoit pas en quoi cette situation justifierait une dérogation à la théorie de l'équivalence des conditions. Il convient d'ailleurs de relever que si cette solution peut surtout paraître inique en ce qui concerne les héritiers de la personne décédée à l'égard desquels une action contributoire pourrait être intentée, encore faut-il rappeler que ceux-ci disposent de la faculté de renoncer à la succession ou de l'accepter sous bénéfice d'inventaire et, ainsi, de se prémunir contre les effets délétères pour eux du recours contributoire fondé sur la faute du *de cuius*.

¹⁸⁴ Cass., 19 décembre 1962, op. cit. ; voir également l'exposé des motifs, p. 154, cité au point 4 de la présente.

¹⁸⁵ N. ESTIENNE, « Le préjudice par répercussion en cas de décès ou de blessures », in B. DUBUISSON, *Le dommage et sa réparation*, Bruxelles, Larcier, 2013, CUP, n° 142, p. 182, n° 5.

¹⁸⁶ Exposé des motifs, p. 155.

¹⁸⁷ J.-L. FAGNART, op. cit., p. 214.

En outre, le recours contributoire sera de toute manière, dans bon nombre de situations, paralysé par un régime d'immunité dont peut bénéficier la victime directe (travailleurs salariés, agents des pouvoirs publics, usagers faibles dont la faute a contribué à la survenance du dommage).

Observons enfin, toujours en compagnie du Professeur FAGNART¹⁸⁸, que puisqu'il apparaît que le législateur souhaite éviter une action contributoire du tiers responsable contre les héritiers de la victime primaire, ce recours peut être prohibé ou limité par l'effet d'une loi. Ainsi, il suffirait d'appliquer en faveur du conjoint, des cohabitants, descendants, ascendants et alliés en ligne directe de la victime primaire le régime organisé, en faveur des proches de l'assuré, par l'article 95, alinéas 4 et 5, de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances.

12. Enfin, illustrons un dernier aspect paradoxal découlant de l'opposabilité de la faute de la victime primaire à la personne lésée par le préjudice par ricochet.

Par un arrêt du 9 octobre 1990¹⁸⁹, la Cour de cassation a censuré le juge du fond dans la cause suivante : Jozeph prête sa voiture à son épouse, Paula. Celle-ci a un accident de la circulation avec Peter. Le juge du fond a considéré que, dans cet accident, les responsabilités de Paula et Peter étaient engagées à 50 % chacun, de telle sorte que Peter n'est condamné à indemniser le préjudice par ricochet de Jozeph (le dommage matériel causé à la voiture) qu'à concurrence de 50 %, la faute de la victime directe (Paula) étant opposable au préjudicié par ricochet.

La Cour de cassation a cassé cette décision au motif que le dommage à la voiture de Jozeph ne constitue pas un dommage par ricochet mais un dommage direct, auquel la faute de l'épouse n'est donc pas opposable.

A présent, ajoutons à cette espèce réelle une circonstance fictive, à savoir que Paula décèderait à l'occasion du sinistre.

Dans ces circonstances, le malheureux veuf serait indemnisé, malgré la responsabilité partielle de Paula, à 100 % du dommage matériel causé à sa voiture (dommage direct auquel la faute de l'épouse n'est pas opposable), mais seulement à 50 % du dommage résultant du décès de son épouse (dommage par ricochet auquel la faute de la victime directe est opposable).

Admettons-le, cette solution est, sinon absurde, à tout le moins socialement inacceptable.

V. Conclusion : La spécificité du préjudice par ricochet, une entorse au droit de la responsabilité

13. Plutôt que de consacrer une jurisprudence bancal, il semble opportun d'intervenir au contraire pour imposer un retour à l'orthodoxie juridique et exprimer ainsi clairement

¹⁸⁸ J.-L. FAGNART, *op. cit.*, p. 215.

¹⁸⁹ Cass., 9 octobre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 135 ; Voy. ég. Cass., 12 avril 1995, *Dr. Circ.*, 1995, p. 256 et Cass., 15 octobre 1986, *Pas.*, 1987, I, p. 181.

que la faute de la victime du dommage direct est inopposable à la victime du préjudice par ricochet.

Ceci permettrait d'éviter le paradoxe de la femme enceinte.

Revenons en effet à l'exemple développé au point **3** de la présente.

La femme enceinte, qui ignore tout de la victime (le jeune conducteur) subit un dommage qui devra être intégralement indemnisé. S'agissant d'un dommage direct (bien qu'elle ne soit pas une victime si directe que cela puisqu'elle ne vit pas l'accident, mais y assiste passivement), la faute du jeune conducteur (qui n'a pas bouclé sa ceinture de sécurité, ce qui a contribué à son dommage) ne lui est pas opposable.

En revanche, contrairement à cette femme enceinte, l'épouse du jeune conducteur subit un préjudice par répercussion. Il existe en effet un lien de droit (le mariage) et de fait (les sentiments amoureux qui unissaient le jeune couple) entre la victime primaire et son épouse. A celle-ci, qu'elle soit par ailleurs enceinte ou non, le chauffard (ou son assureur) opposera la faute de son époux pour réduire en proportion le montant de l'indemnisation.

Cette situation ne semble pas correspondre à la volonté d'équité poursuivie par le législateur.

Section 16 : A propos de l'article 5.176 (Q. ALALUF)

Art. 5.176. Coût des mesures de prévention

Le coût des mesures raisonnables prises en vue de prévenir la réalisation d'un dommage imminent ou d'éviter l'aggravation du dommage, est supporté par le responsable ou par celui qui aurait été considéré comme responsable si le dommage s'était réalisé.

I. Le projet

1. L'article 5.176 prévoit que le coût des mesures raisonnables prises en vue de prévenir la réalisation d'un dommage imminent ou d'éviter l'aggravation du dommage est supporté par le responsable ou celui qui aurait été considéré comme tel si le dommage s'était réalisé.

II. L'inexistence de l'obligation formelle de limiter son dommage

2. L'avant-projet de loi le reconnaît : il est admis que la personne lésée n'a pas l'obligation de limiter son dommage autant que possible.

Cependant, l'exposé des motifs relève que la personne lésée doit se comporter comme toute « *personne lésée prudente et raisonnable* » et est donc « *tendue de prendre des mesures pour prévenir ou limiter le dommage dès lors que cela correspond au comportement qu'aurait eu une personne lésée raisonnable et prudente* »¹⁹⁰.

3. Il convient de circonscrire au mieux ces principes.

Ni la loi ni aucun principe de droit n'imposent à la personne lésée d'atténuer le dommage afin d'alléger l'obligation de réparation intégrale du dommage qui incombe au responsable de celui-ci.

La jurisprudence de la Cour de cassation est formelle : la victime « *n'a pas l'obligation de restreindre le dommage dans la mesure du possible* ». Elle doit uniquement prendre les mesures raisonnables pour limiter le dommage « *si tel eût été le comportement d'un homme raisonnable et prudent* »¹⁹¹. La Cour exclut donc l'existence d'une véritable obligation pesant sur la victime de réduire le dommage et en fait plutôt une norme de bon comportement.

¹⁹⁰ Exposé des motifs, pp. 155 et 156.

¹⁹¹ Cass., 14 mai 1992, *J.L.M.B.*, 1994, p. 48 et note de D. PHILIPPE, « L'obligation pour la victime de limiter son propre dommage », pp. 49 à 52.

4. Une doctrine minoritaire promeut l'idée d'imposer à la victime l'obligation de minimiser son dommage¹⁹².

5. A l'opposé, la doctrine majoritaire approuve la jurisprudence de la Cour de cassation¹⁹³.

Pour le Professeur P. VAN OMMESLAGHE, la victime n'engage pas sa propre responsabilité si elle ne limite pas son dommage de telle sorte que l'auteur du fait générateur de la responsabilité ne peut pas contraindre la victime à exécuter cette obligation de limiter le dommage, par exemple moyennant injonction sous astreinte¹⁹⁴.

Nous rejoignons le Professeur P. VAN OMMESLAGHE lorsqu'il expose que « *la meilleure explication se trouve (...) dans la règle du comportement de bonne foi qui s'impose à la victime ; la bonne foi impose des normes de comportement mais n'engendre pas une obligation au sens propre du terme qui pourrait être mise en œuvre par un créancier (...). La sanction consiste simplement en une réduction de la réparation dans la mesure où celle-ci repose sur un manquement à la bonne foi, c'est-à-dire où la victime ne prend pas les mesures utiles qui sont raisonnablement à sa portée pour réduire le dommage* »¹⁹⁵.

6. La Cour de cassation a réaffirmé avec force sa jurisprudence : la victime d'un acte illicite a en principe droit à la réparation intégrale de son dommage. Elle n'est pas obligée de limiter son dommage le plus possible. Elle doit uniquement prendre les mesures raisonnables pour limiter le préjudice si tel eut été le comportement d'une personne raisonnable et prudente¹⁹⁶.

7. C'est donc à juste titre que l'exposé des motifs énonce que « *dès lors que le comportement de la personne lésée s'apprécie selon la règle générale de prudence, la proposition ne prévoit pas de disposition particulière énonçant explicitement l'obligation de prendre les mesures de précaution* »¹⁹⁷.

III. L'inutilité du concept

8. Puisque le droit positif n'impose pas à la partie préjudiciée de prendre des mesures pour limiter son dommage, pourquoi serait « *requis* » « *une disposition qui permet à*

¹⁹² H. BOCKEN et I. BOONE, *inleeding tot het schadevergoedingsrecht*, Bruges, Die Keure, 2011, p. 221, n° 334.

¹⁹³ B. HANOTIAU, « Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans le droit de la responsabilité civile contractuelle et extracontractuelle », *R.G.A.R.*, 1987, n° 11289 ; R.O. DALCQ, « L'obligation de réduire le dommage dans la responsabilité quasi délictuelle », *R.G.A.R.*, 1987, n° 11271 ; E. DIRIX, « De chadebeperkingsplichte van de benadeelde », *R.W.*, 1979-80, 2621 ; J.-L. Fagnart, « Le refus de soins », *For. Ass.*, 2015, pp. 131 et sv. ; R. KRUIHOF, « L'obligation de la partie lésée de restreindre son dommage », *R.C.J.B.*, 1989, pp. 12 et sv.

¹⁹⁴ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2010, t. 2, 1^{ère} éd., p. 1604, n° 1122.

¹⁹⁵ P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 1604, n° 1122 ; Dans le même sens, voy. A. VAN OEVELEN, "de zgn. schadebeperkingsverplichting van de benadeelde in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht" , *R.W.*, 1993-94, 1395 ; J. RONSE, "Schade en Schadeloosstelling", 1984, *APR*, 323, n° 463 et 464.

¹⁹⁶ Cass., 13 juin 2016, *R.G.A.R.*, 2017, n° 15359.

¹⁹⁷ Exposé des motifs, p. 156.

la personne lésée de récupérer le coût lié aux mesures prises pour prévenir ou limiter le dommage » ?

Nous ne pouvons adhérer à l'idée que « *le droit de la responsabilité n'offre aucune base pour récupérer le coût y afférent* »¹⁹⁸.

9. Dès lors qu'une victime prend des mesures pour limiter, voire éviter, le dommage résultant d'un acte générateur de la responsabilité, ces mesures constituent le préjudice subi par la personne lésée, préjudice qui doit faire l'objet d'une réparation intégrale conformément au droit de la responsabilité.

C'est d'ailleurs ce que relève P. VAN OMMESLAGHE : « *les frais éventuellement exposés de manière raisonnable par la victime pour réduire le dommage constituent un élément de ce dommage dont elle peut demander réparation* »¹⁹⁹.

En ce qu'il vise à permettre à la victime, qui a exposé des frais pour éviter ou limiter son dommage, de récupérer le coût raisonnable qu'elle a exposé pour ce faire, l'article 5.176 de l'avant-projet de loi est donc inutile.

IV. L'incongruité du concept

10. Pour donner un effet à la disposition, ne faut-il pas imaginer la situation où une personne susceptible d'être lésée par une éventuelle faute décide de prendre des mesures lui permettant d'éviter ou de limiter le dommage en résultant, si le fait générateur de la responsabilité devait par la suite se produire.

Admettons par exemple que le propriétaire d'un terrain constate que des travaux sont entrepris sur une canalisation voisine. Ce propriétaire, craignant qu'une faute soit commise à l'occasion de ces travaux, faute hypothétique causant peut-être une inondation, pourrait-il solliciter auprès du potentiel responsable le remboursement du coût de la construction d'un dispositif anti-inondation qu'il aurait installé, en prévention, autour de son fonds ?

Le texte de l'article 5.176 pourrait le laisser penser dès lors qu'il prévoit que « *le coût des mesures raisonnables prises en vue de prévenir la réalisation d'un dommage imminent ou d'éviter l'aggravation du dommage, est supporté par le responsable ou par celui qui aurait été considéré comme responsable si le dommage s'était réalisé* ».

Pareille interprétation ne résiste toutefois pas à l'analyse si elle avait pour effet de permettre à une supposée personne lésée de solliciter le coût raisonnable des mesures préventives prises auprès d'une personne qui, finalement, n'aurait pas commis de fait générateur de la responsabilité.

L'exposé des motifs n'appuie d'ailleurs nullement cette interprétation.

¹⁹⁸ Exposé des motifs, p. 156.

¹⁹⁹ P.VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 1605, n° 1122.

Même si une faute est commise après que la mesure préventive a été prise, l'auteur de celle-ci ne pourrait en réalité être tenu au remboursement de la mesure préventive que si celle-ci est en lien causal certain avec la faute.

V. Les mesures excessives ou inefficaces

V.1. Les mesures excessives

11. L'exposé des motifs précise que « *si les frais sont excessifs ou disproportionnés par rapport au but visé, ils ne peuvent faire l'objet d'un remboursement* »²⁰⁰.

Il est effectivement admis que les frais exposés par la partie préjudiciée doivent être raisonnables puisque, comme on l'a vu, la victime doit se comporter comme une personne raisonnable et prudente.

Toutefois, il serait sans doute plus adéquat de prévoir que, si le coût des mesures prises est déraisonnable, son indemnisation ne sera pas interdite mais limitée à ce qui eût dû être exposé.

Ainsi, il est admis qu'une victime hospitalisée consente à certains frais pour vivre sa revalidation près des siens²⁰¹. De la même manière, il est admis que les proches de la victime peuvent raisonnablement multiplier les déplacements pour être au chevet de la personne lésée²⁰². L'ensemble de ces coûts seront remboursés par l'auteur du fait générateur de la responsabilité.

En revanche, il a été jugé que constituait un coût excessif le billet d'avion Bruxelles-New-York pour la nièce de la victime, raccompagnant sa tante aux Etats-Unis après l'accident dont elle avait été victime en Belgique. Si le certificat médical attestait de la nécessité de disposer, pour la victime, d'une place confortable dans l'avion, jambe allongée, il ne précisait cependant pas qu'un accompagnement par un tiers était indiqué. Dans ce contexte, le coût du billet d'avion de la nièce n'a pas dû être remboursé par le responsable de l'accident²⁰³.

Pareillement, si des déplacements ont été admis par le juge, celui-ci a considéré que le recours systématique à un taxi comme moyen de locomotion était inutilement onéreux de telle sorte que le juge a limité (et non pas refusé) le coût des déplacements qui devait être indemnisé²⁰⁴.

²⁰⁰ Exposé des motifs, p. 157.

²⁰¹ Bruxelles, 10 avril 1998, *R.G.A.R.*, 2000, n° 13192 ; Pol. Charleroi, 21 septembre 1999, *J.P.P.*, 2001, p. 393.

²⁰² Mons, 22 mai 1997, *Bull. Ass.*, 1997, p. 691 ; Corr. Namur, 15 février 2005, *R.G.A.R.*, 2006, n° 14123.

²⁰³ Bruxelles, 19 octobre 1995, *R.G.A.R.*, 1997, n° 12.754.

²⁰⁴ Pol. Arlon, 17 mars 1999, *Bull. Ass.*, 1999, p. 754.

V.2. Les mesures inefficaces

12. L'exposé des motifs considère en revanche que « *les frais sont également supportés par le responsable lorsque les mesures n'ont pas atteint le but visé* »²⁰⁵.

Dès lors que la victime, en prenant les mesures préventives, s'est comportée de manière prudente et raisonnable, il nous paraît effectivement que le coût de celles-ci doit être remboursé par l'auteur du fait générateur de la responsabilité, et même si ces mesures n'ont malheureusement finalement permis ni d'éviter ni même de minimiser le préjudice.

Semblables mesures constituent en effet un élément du dommage subi par la personne lésée, dommage qui doit être intégralement indemnisé.

Ainsi, si une victime tente un traitement médical raisonnable susceptible de limiter voire de supprimer ses séquelles, le coût de ce traitement devra naturellement lui être remboursé, et ce même en cas d'échec thérapeutique.

VI. Conclusion

13. L'article 5.176 ne paraît pas pertinent dès lors qu'il tente vainement de palier une difficulté qui n'existe pas.

Il est en effet erroné de penser que le droit de la responsabilité n'offre à la victime aucune base pour récupérer le coût afférent aux mesures raisonnables prises par celle-ci pour limiter ou éviter son dommage.

Au contraire, il est communément admis que semblables frais sont pris en compte dans le cadre de la réparation intégrale du préjudice, pour autant que ces frais aient été exposés de manière raisonnable par la victime.

La disposition projetée n'apporte donc aucune solution qui n'existe déjà !

²⁰⁵ Exposé des motifs, p. 157.

Section 17 : A propos de l'article 5.178 (Q. ALALUF)

Art. 5.178. Etat antérieur de la personne lésée

Si le fait générateur de la responsabilité a eu pour conséquence d'anticiper la survenance d'un dommage qui serait survenu même sans ce fait, seul le dommage qui résulte de cette anticipation est réparé.

Si la personne lésée avait déjà subi un dommage ou souffrait déjà d'une incapacité avant le fait générateur de responsabilité, seul le dommage nouveau ou l'aggravation du dommage déjà existant doit être réparé(e).

I. Le projet

1. L'article 5.178 comporte deux alinéas.

Le premier alinéa prévoit que lorsque le fait générateur de la responsabilité a pour effet d'anticiper la survenance d'un dommage inéluctable, seul doit être réparé le dommage constitué par cette anticipation.

Le second alinéa énonce que si la personne lésée présentait déjà, avant le fait générateur, un dommage ou une incapacité, seul le nouveau dommage ou l'aggravation du dommage doit être réparé(e).

II. L'anticipation du dommage

II.1. Le type de dommage concerné par la disposition

2. Est uniquement visé par ce texte l'atteinte à l'intégrité physique ou à la santé de la victime, et non pas le dommage aux biens.

La situation envisagée est celle où « *la personne lésée présente donc une situation préexistante dont le dommage a accéléré l'évolution négative* ». « *En pareil cas, le responsable n'est tenu de supporter que les conséquences dommageables liées à l'accélération de l'évolution négative qui était déjà en cours* »²⁰⁶.

3. Il est inexact d'affirmer que c'est le dommage qui a accéléré l'évolution négative de la situation préexistante présentée par la personne lésée.

²⁰⁶ Exposé des motifs, p. 158.

C'est en effet, bien entendu, le fait générateur de la responsabilité, et non pas le dommage, qui est l'événement accélérateur de la survenance du dommage.

II. 2. La mesure de l'accélération du dommage

4. Si cette mise au point est peut-être anecdotique, plus fondamentale semble être la question de la mesure de l'accélération.

En effet, si le fait générateur n'avait pas eu lieu, comment savoir avec certitude à quel moment serait survenu le dommage qui s'est réellement produit ?

Admettons la situation d'une personne dont la santé buccale est à ce point mauvaise qu'il y a tout lieu de penser que, un jour ou l'autre, elle perdra toutes ses dents. Il est impossible, sauf à lire dans l'avenir, de déterminer quand cette personne perdra ses dents ni dans quelles conditions (en une seule fois ? petit à petit ? à quel moment cela sera-t-il vraiment invalidant ?).

Imaginons que, à la suite d'un accident causé par la faute d'un tiers, cette personne ait les mâchoires brisées et perde immédiatement l'ensemble de sa dentition. Quelle base objective permettra-t-elle d'évaluer la seule accélération de la survenance de la perte des dents ?

II.3. Contrariété avec l'équivalence des conditions

5. Cette manière d'envisager l'indemnisation de ce type de préjudice n'apparaît pas conciliable avec la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de lien de causalité, laquelle ne tolère pas que le juge se perde en conjectures.

La Cour de cassation a censuré un arrêt de la Cour d'appel de Liège du 26 juin 2006 qui avait considéré :

« Il faut, pour que l'action (des demandeurs) soit fondée, que sans la faute, le dommage n'ait pu se réaliser tel qu'il s'est réalisé ou ne puisse se réaliser dans le futur tel qu'il est envisagé par les riverains. »

La Cour de cassation décide pour sa part²⁰⁷ :

« (...) l'arrêt, qui compare la situation concrète dont il est saisi à une situation hypothétique, à savoir celle dans laquelle la défenderesse aurait délivré des permis d'urbanisme conformes à la loi, n'exclut pas légalement l'existence d'un lien de causalité entre la faute commise par la défenderesse et le dommage des demandeurs. ».

Cette jurisprudence est notamment confirmée par l'arrêt de la Cour de cassation du 2 février 2011²⁰⁸.

²⁰⁷ Cass., 18 décembre 2008, R.G.A.R., 2009, n° 14.500.

²⁰⁸ Cass. 2 février 2011, R.G.A.R., 2001, n° 14.801.

La Cour d'appel de Bruxelles a décidé à propos du décès d'un pompier à l'occasion d'un incendie criminel²⁰⁹ :

« Pour exclure le lien causal, il faut pouvoir dire que, sans la faute, le dommage se serait néanmoins produit tel qu'il s'est réalisé in concreto.

Contrairement à ce que soutient la s.a. AXA, on ne peut écarter la responsabilité de l'auteur d'une faute au seul motif que le dommage aurait 'pu' se produire sans sa faute en introduisant dans la chaîne causale un élément hypothétique, comme la foudre, permettant d'expliquer autrement le dommage, ce qui reviendrait à exiger que la faute en soit la cause absolument nécessaire.

Or la responsabilité de l'auteur d'une faute existe même si la faute est une cause indirecte du dommage. »

La Cour de cassation²¹⁰ décide que, pour exclure le lien causal, il faut pouvoir dire que, sans la faute, le dommage se serait néanmoins produit tel qu'il s'est réalisé *in concreto*, toutes les autres conditions du dommage étant identiques. La vérification consistant à s'interroger sur la possibilité du préjudice sans la faute ne peut pas glisser vers la construction mentale d'un cas imaginaire.

La Cour de Cassation²¹¹ rappelle encore que si le lien de causalité suppose que, sans la faute, le dommage n'eût pu se produire tel qu'il s'est concrètement réalisé, le juge n'a pour autant pas à supposer ce qui se serait peut-être passé sans la faute.

Les conclusions de Monsieur l'Avocat Général Vandermeersch précédant cet arrêt du 29.10.2014 sont éclairantes²¹² :

« En matière médicale, la question du lien de causalité entre la faute et le dommage est fort délicate, plus particulièrement lorsque le décès du patient est consécutif à l'abstention d'administrer les soins adéquats. En effet, dans une telle hypothèse, force est de reconnaître, d'une part, que la cause de la mort est la maladie ou l'affection dont était atteint le patient mais, d'autre part, on ne peut nier que l'absence de traitement adéquat capable de contrer le mal a pu avoir une incidence déterminante sur le développement de la maladie ou de l'affection ayant conduit à l'issue fatale.

La médecine est une science dont l'efficacité en matière de traitement des maladies et des affections n'est plus à démontrer. A coup sûr, elle permet par un traitement adéquat de sauver de nombreuses personnes de la mort. L'accès aux soins n'est pas seulement une opportunité offerte à l'être humain pour retarder l'échéance inéluctable de la mort mais il a été élevé au rang de droit fondamental reconnu sans discrimination à tout citoyen pour échapper aux conséquences dramatiques de certains accidents ou maladies (article 23, alinéa 3, 2°, de la Constitution). Face à une affection mortelle qu'un traitement adéquat peut juguler, la médecine ne constitue pas une science aléatoire offrant à l'être humain une

²⁰⁹ Bruxelles, 26 mars 2012, R.G.A.R., 2012, n° 14.884.

²¹⁰ Cass., 21 novembre 2012, R.G.A.R., 2013, n° 14995.

²¹¹ Cass., 29.10.2014, R.G. AR/2015/15183.

²¹² Cass. 29 octobre 2014, Concl. Avocat Général Vandermeersch, RGAR, 2015, n° 15.183

chance de plus de conserver la vie mais bien un procédé décisif permettant d'échapper à la mort.

Quand une personne confie sa santé à un médecin, elle bénéficie du droit à ce que le médecin agisse de manière à rétablir sa santé et du droit de ne pas subir de dommage à sa santé en raison d'une faute commise par lui, et non pas seulement d'un espoir de guérir ou de survivre ou encore d'une possibilité ou d'une éventualité de guérir ou de survivre, dont le patient suppose qu'ils ne disparaîtront pas par une faute du médecin.

Ceci étant dit, la médecine ne peut jamais garantir un succès à 100% dans toutes les hypothèses. Dans tout traitement, il existe toujours des inconnues et des impondérables qui font que le médecin ne peut être tenu qu'à une obligation de moyens et non de résultat.

Mais sous peine de rabaisser la médecine à une science dont l'efficacité serait hypothétique et aléatoire, il y a lieu de considérer que l'application à un patient d'un traitement dont les effets salvateurs sont unanimement reconnus sans pour autant que le succès ne puisse être garanti à 100%, ne constitue pas à une chance supplémentaire offerte à ce patient pour échapper aux conséquences de sa maladie mais bien comme un moyen indispensable pour contrer les effets néfastes de celle-ci.

Notre droit applique la théorie de l'équivalence des conditions. Cette théorie ne retient pas l'exigence d'une causalité nécessaire. Comme l'exprime joliment J. de Codt, si la causalité est un fleuve, le juge ne peut en pressentir l'existence qu'à contre-courant ; il ne lui appartient nullement de s'interroger sur les changements qui auraient affecté la face de la Terre dans l'hypothèse où le nez de Cléopâtre eût été plus court.

Suivant cet auteur, la vérification de l'existence du lien de causalité qui consiste à s'interroger sur la possibilité du préjudice sans la faute ne doit pas glisser vers la construction mentale d'un cas imaginaire. On peut toujours inventer des hypothèses permettant de justifier la survenance d'un sinistre autrement qu'en raison des faits qui l'ont réellement causé. Il faut donc éviter de juger un cas théorique, c'est-à-dire différent de ce qui s'est réellement passé. Ecarter toute responsabilité de l'auteur d'une faute au seul motif que le dommage aurait « pu » se produire sans sa faute, mais n'arriver à cette conclusion qu'en introduisant dans cette chaîne causale un élément hypothétique permettant d'expliquer autrement le dommage, cela revient à exiger que la faute en soit la cause absolument nécessaire, autrement dit à vouloir qu'aucun autre fait, hormis la faute, ne soit apte à produire le dommage ; ce raisonnement déterministe aboutirait à une conception extrêmement étriquée de la responsabilité.

(...)

Ainsi, pour constater l'existence d'un lien de causalité entre la faute établie et le dommage, il revient au juge de vérifier in concreto si l'administration du traitement avait des chances suffisantes de succès. Il existe un lien de causalité entre la faute et le dommage lorsque l'abstention coupable de ne pas administrer, en

temps utile, un traitement adéquat dont l'efficacité est reconnue, apparaît comme un élément déterminant dans le développement du processus morbide, dès lors que ce traitement pouvait le contrer. »

6. Force est de constater que, à l'opposé de la jurisprudence constante de la Cour de cassation, l'avant-projet de loi invite le juge à faire ce qui lui est interdit, à savoir à s'interroger sur l'état du monde qui aurait été le nôtre si le nez de Cléopâtre avait été plus court.

III. L'état antérieur

III.1. L'intention du législateur

7. L'exposé des motifs est particulièrement bref pour justifier cette disposition.

Il est ainsi énoncé que « *la disposition de l'article 5.178, alinéa 2, vise l'hypothèse où la personne lésée a déjà subi un dommage ou souffrit d'une limitation de sa capacité avant l'accident. Dans cette hypothèse, le responsable ne doit réparer que le nouveau dommage ou l'aggravation du dommage existant. La disposition implique donc que le juge doit prendre en considération l'état préexistant de la personne lésée dans la mesure où le dommage aurait existé même sans le fait générateur* »²¹³.

III.2. La négation de la jurisprudence

8. L'exposé des motifs ne se réfère pas à la moindre décision jurisprudentielle.

La décision d'imposer au juge de prendre en considération l'état antérieur de la personne lésée n'est par ailleurs nullement justifiée.

Le lecteur doit dès lors s'attendre à ce que cette absence de précision et de justification découle du fait que l'article 5.178, al. 2, n'apporte rien de neuf en la matière.

Cette attente est confortée par la lecture de l'introduction générale de l'exposé des motifs : « *l'influence des prédispositions pathologiques ou de l'état antérieur de la personne lésée fait l'objet d'une disposition spécifique qui traduit l'état actuel de la jurisprudence* »²¹⁴.

Il en va pourtant tout autrement.

9. Par un arrêt du 6 janvier 1993²¹⁵, la Cour de cassation a décidé que si l'état antérieur de la victime a contribué à aggraver les dommages subis, l'auteur de l'accident doit en supporter toutes les conséquences, y compris celles liées à l'action invalidante de l'état antérieur.

²¹³ Exposé des motifs, pp. 158 et 159.

²¹⁴ Exposé des motifs, p. 9.

²¹⁵ Cass., 6 janvier 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 111.

Ce faisant, la Cour de cassation adoptait une ligne de conduite similaire à la Cour de cassation de France²¹⁶.

A l'occasion d'un arrêt de principe du 2 février 2011²¹⁷, la Cour de cassation a confirmé sa jurisprudence.

La Cour de cassation statuait sur un moyen de cassation unique, divisé en deux branches.

Par ses attendus 1 à 4, la Cour de cassation a décidé qu'en sa première branche, le moyen ne pouvait pas être accueilli.

Par son attendu 5, la Cour a estimé que le moyen, en sa deuxième branche, était irrecevable.

Sur cette base, la Cour de cassation pouvait déjà rejeter le pourvoi.

Cependant de manière surabondante, la Cour a posé clairement le principe de l'écartement de l'état antérieur par son 6^{ème} attendu :

« Il n'appartient pas aux juges du fond de se fonder sur un état pathologique antérieur de la victime pour réduire, en proportion de cet état, l'indemnisation du dommage qu'elle a subi par la suite d'une faute sans laquelle le préjudice ne se serait pas produit tel qu'il s'est réalisé »

Par cet arrêt, la Cour de cassation a donc réaffirmé avec force qu'il n'y a pas lieu de tenir compte de l'état antérieur de la victime pour évaluer le préjudice réellement subi par celle-ci, sauf si, sans la faute, le dommage se serait réalisé tel qu'il s'est produit.

10. Ces principes avaient d'ailleurs été déjà précédemment appliqués en matière d'accident du travail, et ce depuis plus d'un siècle. Il est constant qu'il s'impose *« d'apprécier dans son ensemble l'incapacité de travail de la victime, sans tenir compte de l'état morbide antérieur de celle-ci, dès lors que l'accident est au moins la cause partielle de cette incapacité »*²¹⁸.

Cette jurisprudence a été validée par un arrêt de la Cour constitutionnelle du 26 juin 2002²¹⁹.

11. Cette jurisprudence est approuvée par une doctrine majoritaire²²⁰.

²¹⁶ Cass. fr. (2^{ème} ch. Civ.), 6 mai 1987, *Bull. Civ.*, 1987, II, p. 107 ; Cass. fr. (ch. Crim.), 14 juin 1990, *Bull. crim.*, 1990, n° 244.

²¹⁷ Cass., 2 février 2011, *R.G.A.R.*, 2011, n° 14.801.

²¹⁸ Cass., 23 janvier 1908, *Pas.*, 1908, I, p. ;94 ; Cass., 20 juillet 1916, *Pas.*, 1916, I, p.203 ; Cass., 22 janvier 1931, *Pas.*, 1931, I, p.44 ; Cass., 30 novembre 1933, *Pas.*, 1934, I, p.88 ; Cass., 27 mars 1952, *Pas.*, 1952, I, p.481 ; Cass., 17 novembre 1955, *Pas.*, 1956, I, p.252 ; Cass., 21 mars 1966, *R.G.A.R.*, 1967, n° 7944 ; Cass., 1^{er} avril 1985, *Pas.*, 1985, I, p.163 ; Cass., 15 janvier 1996, *Pas.*, 1996, I, p.70. ;

²¹⁹ C.A., 26 juin 2002, *J.T.T.*, 2002, p. 357.

²²⁰ P. STAQUET, « Etat antérieur d'une victime : à prendre ou à laisser », *R.G.A.R.*, 2012, n° 14850 ; J.L. FAGNART, « Actualités en droit de la réparation », in *Droit des assurances*, Bruxelles, Bruylant, coll. UB³, 2013, pp. 209 à 218 ; D. DE CALLATAÏ, « La vie après le tableau indicatif », *R.G.A.R.*, 2013, n° 15.017 ; J.-L. FAGNART, « L'état antérieur revisité par la Cour de cassation », in I. LUTTE, *L'évaluation et la*

Les juges du fond se sont alignés sur la jurisprudence de la Cour de cassation²²¹.

III.3. La négation du dommage situationnel

12. Rappelons que le handicap présente trois stades :

« Le stade lésionnel : on y trouve les 'déficiences', c'est-à-dire les pertes de substances ou les altérations d'une fonction ou d'une structure psychologique, physiologique ou anatomique.

Le stade fonctionnel : on y trouve les 'incapacités', ce qui correspond à toute rééducation, résultant d'une déficience, partielle ou totale, de la capacité d'accomplir une activité d'une façon et dans les limites considérées comme normales pour un être humain.

Le stade situationnel : on y trouve les 'désavantages', ce qui désigne le préjudice qui résulte d'une déficience ou d'une incapacité et qui limite ou interdit l'accomplissement, par l'individu, d'un rôle considéré comme normal compte tenu de son âge, de son sexe et des facteurs socio-culturels »²²².

C'est bien sûr le préjudice situationnel, soit les conséquences réellement vécues par la victime à la suite de la lésion accidentelle, qui doit être appréhendé²²³.

13. A notre sens, les auteurs de l'avant-projet de loi sont conscients que c'est le dommage situationnel qui doit être réparé puisque l'article 5.179, qui consacre le principe de la réparation intégrale du préjudice, précise que « *les dommages sont réparés intégralement en tenant compte de la situation concrète de la personne lésée* ».

14. Le législateur national ne dispose d'ailleurs guère de latitude à cet égard.

réparation du dommage corporel – questions choisies, Anthémis, Limal, 2013, pp. 69 et sv. et plus particulièrement p. 79 ; I. LUTTE, « L'état antérieur de la victime : essai de synthèse », *Rev. b. domm. corp.*, 2014, pp. 26 et sv. et plus particulièrement pp. 41 et 42 ; I. LUTTE, « L'état antérieur de la victime : vraie question ou faux débat ? », in I. LUTTE, *Droit médical et dommage corporel – état des lieux et perspectives*, Anthémis, Limal, 2014, pp. 191 et sv. ; J.-L. Fagnart, P. Lucas et E. Rixhon, « Prédilection et état antérieur », in *Nouvelle approche des préjudices corporels – Evolution ! Révolution ? Résolutions...*, Louvain-La-Neuve, Anthémis, Ed. Jeune barreau de Liège, 2009, pp. 35 et sv. ; Pour une opinion contraire, voy. J.-C. THIRY et D. COCO, « L'état antérieur : changement ou continuité ? », *Rev. b. domm. corp.*, 2014, pp. 43 et sv.

²²¹ Liège, 26 septembre 2013, inédit, R.G. n° 2012/RG/891 ; civ. Bruxelles, 8 mai 2013, inédit, R.G. n° 2006/13114/A ; civ. Bruxelles, 31 mars 2014, *Rev. b. domm. corp.*, 2015, pp. et sv. et le commentaire de Madame E. LANGENAKEN ; Civ. Bruxelles (Fr.), 13 avril 2015, R.G.A.R., 2015, n° 15.232 ; Civ. Bruxelles (F.r.), 29 février 2016, *Con. M.*, 2016, p. 97 ; Civ. Bruxelles (Fr.), 22 décembre 2015, R.G.A.R., 2016, n° 15332 ; Civ. Bruxelles (fr.), 3 octobre 2016, *Con. M.*, 2017, p. 92 et la note de J.-L. Fagnart, « Etat actuel de la jurisprudence concernant l'état antérieur », *Con. M.*, 2017, pp. 93 à 97 et la jurisprudence citée par l'auteur.

²²² J.-L. FAGNART, « Le dommage corporel, après 2012 », *Tableau indicatif*, 2017, p. 66.

²²³ Sur l'examen minutieux du seuil de gravité au regard de l'invalidité permanente égale ou supérieure à 25 % : Civ. Fr. Bruxelles, 31 octobre 2017, 78^{ème} ch., inédit, R.G. n° 16/6791/A.

La Convention relative aux droits des personnes handicapées a été adoptée le 13 décembre 2006 au siège de l'Organisation des Nations Unies à New-York et a été ouverte à la signature le 30 mars 2007. Elle est entrée en vigueur le 3 mai 2008. Au 14 décembre 2014, 159 pays l'ont signée, et 151 pays l'ont ratifiée.

Un apport considérable de la Convention réside en une nouvelle définition du handicap. Ainsi, « par personnes handicapées on entend des personnes qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres »²²⁴.

Cette définition interactive ne présente plus uniquement le handicap comme un élément médical propre à la personne. Elle prend en compte les obstacles qui sont dus à l'organisation de la société (à l'environnement). C'est ce que l'on appelle le passage du « modèle médical » au « modèle social » du handicap. En effet, « l'expérience montre que c'est dans une large mesure, l'environnement qui détermine les conséquences d'une déficience ou d'une invalidité sur la vie quotidienne d'un individu. Une personne est handicapée lorsqu'elle ne peut pas profiter des services offerts à l'ensemble de la communauté dans les domaines essentiels de la vie : vie familiale, enseignement, emploi, logement, sécurité financière et personnelle, participation aux activités de groupes sociaux et politiques, activités religieuses, relations intimes et sexuelles, accès aux installations publiques, liberté de mouvement et vie quotidienne en général »²²⁵.

La Belgique a signé la Convention le 30 mars 2007 et ratifié celle-ci le 2 juillet 2009. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} août 2009 au niveau national. La Convention fait donc partie de l'ordre juridique national²²⁶.

Le handicap présenté par la victime doit donc nécessairement, en vertu du droit supranational, être appréhendé par le législateur sous la forme du dommage situationnel.

15. Dès lors que l'on admet que c'est le dommage situationnel qui doit être indemnisé, il est incohérent de prendre en considération l'état antérieur.

En effet, puisqu'il s'agit d'évaluer intégralement un préjudice situationnel, il ne peut pas être tenu compte des lésions préexistantes à l'accident (qui n'avaient pas d'effet identique sur l'accidenté) pour réduire -en proportion- l'indemnisation qui est due à la victime.

C'est la situation nouvelle, causée par le fait générateur de la responsabilité, qui doit être indemnisée, et ce intégralement.

²²⁴ Art. 1^{er}, § 2, de la Convention relative aux droits des personnes handicapées.

²²⁵ ICICH OMS définition du terme égalisation des chances. Aussi, le handicap est parfois décrit en termes de pathologie de la société, c'est-à-dire le résultat d'une incapacité de la société à être inclusive et à accueillir les différences.

²²⁶ Certaines dispositions de la Convention relative aux droits des personnes handicapées ont un effet direct. Voyez à ce sujet : M. BLATMAN, Étude de l'effet direct des stipulations de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées (Synthèse), Rapport au Défenseur des droits, décembre 2016.

IV. Conclusion : Le regrettable retour à l'état antérieur de la personne lésée

16. Il est inadéquat que l'avant-projet de loi, allant à l'encontre de la jurisprudence qu'il dit vouloir conforter, bouleverse considérablement l'indemnisation du dommage corporel.

Par l'effet de la réforme, les personnes lésées présentant des lésions préexistantes au fait générateur de la responsabilité verront sensiblement réduire l'indemnisation de leur préjudice.

17. Par ailleurs le droit de quasi subrogation qui peut être exercé par les organismes assureurs²²⁷ ou par les assureurs-loi²²⁸ se trouvera également sensiblement limité en pareilles circonstances puisque, exerçant un recours subrogatoire, ces institutions ne peuvent pas réclamer davantage que ce qui est dû à la victime.

Non seulement, par cette disposition, le Ministre envisage de réduire les droits des victimes mais il réduit par ailleurs, indirectement mais certainement, le financement de la Sécurité sociale.

18. Enfin, l'article 5.178, tel qu'envisagé, apparaît être en contradiction avec l'article 5.179 puisqu'il a pour conséquence, dans certaines circonstances, de faire obstacle à la réparation intégrale du dommage situationnel présenté par la personne lésée.

Dès lors que l'appréhension de l'état antérieur présenté par la personne lésée doit être revue au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, il ne se justifie plus de distinguer cette notion des prédispositions pathologiques (article 5.177) puisque ces deux notions doivent être traitées de manière identique.

²²⁷ Art. 136, § 2, al. 4, de la loi coordonnée le 14 juillet 1994 relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités.

²²⁸ Art. 47 de la loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail.