

RÉFORME DU DROIT DE LA RESPONSABILITÉ EXTRA CONTRACTUELLE

Commentaires

RÉFORME DU DROIT DE LA RESPONSABILITÉ EXTRA CONTRACTUELLE

Commentaires

Sous la direction d'Isabelle LUTTE

Quentin ALALUF
Tom COPPÉE
Jean-Luc FAGNART
Amandine KAPITA
Isabelle LUTTE
Marc VANDERWECKENE



ANTHEMIS



JURISQUARE

Votre
carrefour
juridique

La version en ligne de cet ouvrage est disponible
sur la bibliothèque digitale Jurisquare à l'adresse
www.jurisquare.be.

© 2020, Anthemis s.a.
Place Albert I, 9 B-1300 Limal
Tél. 32 (0) 10 42 02 90 – info@anthemis.be – www.anthemis.be

Toutes reproductions ou adaptations totales ou partielles de ce livre,
par quelque procédé que ce soit et notamment par photocopie, réservées pour tous pays.

Dépôt légal : D/2020/10.622/57
ISBN : 978-2-8072-0672-4

Mise en page : MC Compo – www.mccompo.be
Couverture : Vincent Steinert
Impression : Ciaco
Imprimé en Belgique

Sommaire

Avant-propos	7
Avertissement	9
Introduction	11
Analyse de l'article 5.147 – Définition de la faute	25
Analyse de l'article 5.148 – Faute : critères d'appréciation	27
Analyse de l'article 5.150 – Autres causes d'exonération de la responsabilité	37
Analyse de l'article 5.151 – Charge de la preuve	42
Analyse des articles 5.153, 5.154 et 5.156 – Mineurs de moins de douze ans – Mineurs de douze ans ou plus – Responsabilité des titulaires de l'autorité sur la personne des mineurs	44
Analyse de l'article 5.155 – Responsabilité des personnes atteintes d'un trouble mental	49
Analyse de l'article 5.162, alinéa 1 ^{er} – Lien de causalité : principe général	52
Analyse de l'article 5.162, alinéa 2 – Lien de causalité distendu	56
Analyse de l'article 5.165 – Aide et incitation	61
Analyse de l'article 5.168 – Perte d'une chance	64
Analyse de l'article 5.169 – Causalité alternative : faits distincts	77
Analyse de l'article 5.170 – Faute de la personne lésée	81
Analyse de l'article 5.171, § 1 ^{er} – Dommage et intérêt juridiquement protégé	87
Analyse de l'article 5.171, § 2 – Le dommage illicite	97

Analyse de l'article 5.172 – Atteinte à un intérêt personnel ou collectif	100
Analyse de l'article 5.173 – Dommage certain	102
Analyse de l'article 5.174 – Dommage patrimonial et extrapatrimonial	104
Analyse de l'article 5.175 – Dommage par ricochet	108
Analyse de l'article 5.177 – Vulnérabilité particulière de la personne lésée	126
Analyse de l'article 5.178 – État antérieur de la personne lésée	129
Analyse de l'article 5.184 – Versements et avantages reçus par la personne lésée ou par le responsable	144
Analyse de l'article 5.185 – Évaluation distincte des dommages	146
Conclusion	149
Annexe	153

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 extra-contractuelle dans le nouveau Code civil¹ » dont le texte est disponible sur le site <https://justice.belgium.be/fr/bwcc2>.

Le texte finalisé le 22 août 2018 n'a été soumis ni au Conseil des ministres, ni au Conseil d'État. Le 21 décembre 2018, le Roi a accepté la démission du Gouvernement Michel.

Toutefois, la réforme du Code civil reste un sujet d'actualité et nécessite notre attention.

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 pratorienne 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 peut-être 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 que l'on trouve dans ce livre. Nos réflexions portent tout particulièrement sur certains articles de l'avant-projet, tant leur incidence possible sur le droit de la réparation nous paraît préoccupante. Certains articles ne font dès lors l'objet d'aucun commentaire.

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.

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)

² Voy. aussi: H. BOCKEN, B. DUBUISSON, G. JOUQUÉ, G. SCHAMPS, TH. VANSWEEVELT, J. DELVOIE et B. ZAMMITTO, *La réforme du droit de la responsabilité extracontractuelle*, coll. « La réforme du Code civil », die Keure / la Charte, 2019, 150 p.

Avertissement

Les textes relatifs au projet de réforme du droit de la responsabilité extra-contractuelle ont été rendus accessibles par leur publication sur le site <https://justice.belgium.be/fr/bwcc> et par la maison d'édition la Charte³.

Le texte édité par la Charte diffère quelque peu de la version accessible sur le site. Aussi, lorsque référence est faite à l'Exposé des motifs, elle porte sur les deux publications, sachant que la mention «Exposé des motifs» désigne la publication disponible en ligne et celle «H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll.» renvoie au livre.

³ Voy. H. BOCKEN, B. DUBUISSON, G. JOCQUÉ, G. SCHAMPS, TH. VANSWEEVELT, J. DELVOIE et B. ZAMMITTO, *La réforme du droit de la responsabilité extracontractuelle*, *op. cit.*

Introduction

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.

Il y a des réformes qui peuvent faire rêver et d'autres qui donnent envie de pleurer.

On peut rêver sans doute d'un grand chambardement. Le droit de la réparation pourrait sortir du Code civil et constituer un Code à lui tout seul. Il couvrirait les accidents du travail (secteur public, secteur privé), les accidents de la circulation (routière, ferroviaire, maritime, fluviale, aérienne et spatiale), les accidents médicaux, les accidents de la vie privée (en ce compris les accidents sportifs), les accidents de la consommation (produits défectueux ou non conformes), les accidents de la communication (atteintes aux droits de la personnalité et aux droits intellectuels), les accidents de l'énergie (électricité, gaz, hydrocarbures, énergie nucléaire), sans oublier les atteintes à l'environnement, le terrorisme et la responsabilité des pouvoirs publics.

L'élaboration d'un Code de la réparation impliquerait une équipe disposant de moyens suffisants et travaillant à plein temps pendant plusieurs années, en collaboration constante avec les cours et tribunaux d'une part, et les représentants de la société civile (assureurs, avocats, syndicats, mutuelles, organisations de défense de l'environnement et des consommateurs) d'autre part.

Ce qui ne fait pas rêver, c'est une réforme limitée, menée au pas de charge d'une échéance électorale.

2. L'avant-projet, dans son Exposé des motifs, indique les objectifs de la réforme entreprise : «Le Code civil comporte actuellement six articles, en tout et pour tout, pour régir l'ensemble du contentieux de la responsabilité extracontractuelle⁴.» 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 contentieux⁵».

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

⁴ Exposé des motifs, p. 1; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 28.

⁵ *Ibid.*

reconnaissent : « On peut donc affirmer que le droit belge de la responsabilité est un droit essentiellement prétorien, c'est-à-dire un droit largement construit par la jurisprudence⁶. »

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'inexécution⁷, le principe général de la responsabilité du fait des choses (art. 1384, al. 1^{er})⁸, l'enrichissement sans cause⁹, l'abus de droit¹⁰, la responsabilité des pouvoirs publics (arrêt *Flandria*)¹¹, la perte d'une chance¹², la notion d'acte objectivement illicite¹³, la théorie de l'organe¹⁴, la théorie des troubles du voisinage¹⁵, le principe général de la bonne foi¹⁶, la théorie de l'apparence¹⁷.

3. Tout en admettant que ce droit prétorien soit 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 particuliers¹⁸ ».

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 civile¹⁹. » 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 civile²⁰ » ; il faut « privilégier l'énonciation de règles générales formulées en termes clairs et précis, et autant que possible, compréhensibles pour le plus grand nombre²¹ » ;
- « consolider les acquis issus de la jurisprudence, ce qui n'exclut pas, à la marge, certaines corrections ou remises en ordre²² » ;

⁶ *Ibid.*

⁷ Cass., 14 février 1843, *Pas.*, 1843, p. 61.

⁸ Cass., 26 mai 1904, *Pas.*, 1904, p. 246, concl. avocat général JANSSENS.

⁹ Cass., 27 mai 1909, *Pas.*, 1909, p. 272.

¹⁰ Cass., 12 juillet 1917, *Pas.*, 1918, p. 65.

¹¹ Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, p. 208.

¹² Cass., 19 octobre 1937, *Pas.*, 1937, p. 298.

¹³ Cass., 7 mars 1957, *Pas.*, 1957, p. 808, concl. R. HAYOIT DE TERMICOURT.

¹⁴ Cass., 31 mai 1957, *Pas.*, 1957, p. 1158, concl. R. HAYOIT DE TERMICOURT.

¹⁵ Cass., 6 avril 1960, *Pas.*, 1960, p. 915.

¹⁶ Cass., 19 septembre 1983, *Pas.*, 1984, p. 55 ; *RCJB*, 1986, p. 282, note J.-L. FAGNART.

¹⁷ Cass., 20 juin 1988, *JT*, 1989, p. 547, note P. A. FORIERS ; *RCJB*, 1991, p. 45, note R. KRUIHOF.

¹⁸ Exposé des motifs, p. 2 ; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 29.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Exposé des motifs, p. 3 ; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 30.

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*

- introduire «de réelles innovations dans certains domaines où la jurisprudence se montre fluctuante, voire contradictoire²³».

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 contraire²⁴».

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

5. On peut relever d'ailleurs que, dans une tribune libre publiée dans le *Journal des tribunaux* du 6 novembre 2019²⁵, le reproche relatif à la précarisation des victimes doit être nuancé par la crainte des assureurs, relayée par la voie de leur association professionnelle, d'une aggravation inconsidérée des responsabilités. L'avant-projet serait dès lors le fruit de la recherche d'«un équilibre entre les intérêts des uns et des autres».

On entend parfois des avocats conseils de compagnies d'assurances plaider qu'il faut respecter *l'équilibre* entre la victime et le responsable. L'avant-projet entend conférer des droits identiques à celui qui souffre et à celui qui fait souffrir.

On pourrait se faire une autre image de l'éthique de la responsabilité civile.

L'équilibre à atteindre est celui de la justice commutative. Celle-ci exige une équivalence aussi parfaite que possible entre la situation qui aurait été celle de la victime sans le fait générateur, et la situation qui sera la sienne après l'obtention des réparations qui lui reviennent.

Section 1

Lisibilité et prévisibilité

§ 1. Lisibilité

6. 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.

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

²³ *Ibid.*

²⁴ Exposé des motifs, p. 4; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 30.

²⁵ B. DUBUISSON et H. BOCKEN, «La réforme du droit de la responsabilité : un droit commun applicable à tous». Réponse à M^e Isabelle Lutte, *JT*, 2019, p. 729.

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 : si la personne lésée « demande la réparation d'un dommage qui trouve sa cause dans l'inexécution d'une obligation contractuelle, les dispositions légales particulières et les clauses contractuelles applicables spécifiquement aux obligations des parties prévalent sur les règles de la responsabilité extracontractuelle. Cette primauté n'est pas d'application pour les actions en réparation d'un dommage résultant d'une atteinte à l'intégrité physique²⁶ ».

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. »

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

8. 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 une faute de la personne lésée [...] est une des causes du dommage, la responsabilité est réduite dans la mesure où cette faute a elle-même contribué à la survenance du dommage. »

L'article 5.171, § 2, énonce : « Le dommage qui trouve sa source dans un fait ou une activité 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 ?

9. L'article 5.154, alinéa 3, énonce : « L'indemnité ne peut pas être inférieure au montant pour lequel un assureur couvre effectivement la responsabilité du mineur. » 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.

²⁶ Observons que l'on voit mal pourquoi le législateur limite cette hypothèse à la réparation d'un dommage résultant d'une atteinte à l'intégrité physique. Un tel libellé pourrait laisser entendre que cette hypothèse ne concerne pas la réparation d'un dommage résultant d'une atteinte à l'intégrité psychique. Cette exclusion ne semble pas être la voie empruntée (voy. Exposé des motifs, p. 33). Il serait plus clair de se référer à la réparation d'un dommage résultant soit d'une atteinte à l'intégrité physique et/ou psychique, soit d'un dommage corporel.

10. Dans une tribune libre publiée dans le *Journal des tribunaux* du 6 novembre 2019²⁷, il est rappelé que nul ne peut expliquer rapidement et de manière claire au profane l'état actuel de la jurisprudence de la Cour de cassation.

De toute évidence, il serait audacieux de croire pouvoir parvenir « à expliquer plus rapidement et de manière plus claire au profane l'état actuel de la jurisprudence de la Cour de cassation sur le concours limité des responsabilités contractuelle et extracontractuelle²⁸ ». Mais n'était-ce pas là le vœu de lisibilité qui fut formulé avec beaucoup d'empathie pour le profane à l'entame des travaux de la réforme du droit de la responsabilité extracontractuelle ?

Le droit n'est malheureusement pas aisément « lisible » par les non-initiés. Il se fonde sur des concepts et des institutions qui requièrent un langage très technique. Sans même parler de l'antichrèse ou de l'emphytéose, le droit est inconcevable sans des expressions complexes comme les immeubles par destination, la subrogation réelle, l'exception d'inexécution, une condition potestative, la délégation imparfaite, les présomptions irréfragables, les accises et les assises, les risques putatifs, la branche 23, une loi supplétive... De telles expressions n'ont pas une signification évidente, même pour des personnes cultivées.

§ 2. Prévisibilité

11. 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.

12. L'article 5.150, § 5, 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.

13. L'article 5.154, alinéa 2, énonce que si le dommage est causé par un mineur de douze 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 ?

14. 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 produit²⁹.

²⁷ B. DUBUISSON et H. BOCKEN, « La réforme du droit de la responsabilité : un droit commun applicable à tous », Réponse à M^e Isabelle Lutte, *op. cit.*, p. 729.

²⁸ *Ibid.*, p. 730.

²⁹ 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.

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

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 ce fait et le dommage est à ce point 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 augmenté de manière significative le risque de 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 ?

Le projet n'impose pas une digue à la théorie de l'équivalence des conditions³⁰. Il l'entaille.

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

15. L'article 5.172 dispose qu'un dommage est réparable s'il résulte « de l'atteinte à un intérêt personnel juridiquement protégé ». Qu'est-ce qu'un intérêt personnel 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 intérêts³¹.

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

L'Exposé des 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 droit³². »

³⁰ B. DUBUISSON et H. BOCKEN, « La réforme du droit de la responsabilité : un droit commun applicable à tous », Réponse à M^e Isabelle Lutte, *op. cit.*, p. 730.

³¹ Exposé des motifs, p. 147 ; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 117.

³² Exposé des motifs, pp. 146-147.

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'être³³.

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 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.

Section 2

La consolidation de la jurisprudence

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

§ 1. L'opportunité

17. 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 lois³⁴ ». 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.

18. La consolidation de la jurisprudence présente un autre inconvénient.

Le plus souvent, la jurisprudence consacre des solutions qui sont claires, bien connues et bien acceptées. On ne voit pas très bien la plus-value qu'il y aurait à consolider une jurisprudence déjà « solide ».

Parfois, certaines solutions jurisprudentielles sont moins « solides » pour des raisons diverses. Il peut y avoir des divergences entre les chambres de la Cour de cassation, comme par exemple pour la perte d'une chance³⁵. La jurisprudence peut avoir connu des évolutions et adopter des solutions nouvelles qui ne font pas l'unanimité, comme par exemple pour le dommage par ricochet³⁶.

³³ Observons que, dans l'ouvrage, le texte a été corrigé : « Dès lors que l'article proposé ne comporte aucune énumération des intérêts protégés, il appartient en définitive au juge de déterminer si l'intérêt en question est protégé par le droit. » H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 117.

³⁴ Exposé des motifs, p. 2; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 29.

³⁵ Voy. nos commentaires de l'article 5.168.

³⁶ Voy. nos commentaires de l'article 5.175.

Certains arrêts adoptent parfois des formules tranchantes, qui appellent une application nuancée et intelligente, comme par exemple pour l'état antérieur³⁷.

Le législateur a assurément le droit de trancher toutes les questions, mais il est souhaitable qu'il le fasse dans la recherche d'un consensus, ce que l'avant-projet, manifestement, n'a pas fait.

§ 2. La réalisation

19. 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.

20. 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 la discrétion 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.

21. 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 réalisé³⁸ ».

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 tel qu'il est libellé est considéré par certains auteurs en contradiction avec la jurisprudence que l'on prétend consolider³⁹. Après réflexion, nous avons actuellement un avis plus nuancé⁴⁰.

22. Observons que 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.

³⁷ Voy. nos commentaires de l'article 5.178.

³⁸ Cass., RG P.10.1601.F, 2 février 2011, *Pas.*, 2011, p. 394; *RGAR*, 2011, n° 14801; *RW*, 2012-13, p. 300, note B. WEYTS; *Consilio*, 2014, p. 23, note J. THIRY et D. COCO, note I. LUTTE.

³⁹ Voy. not. B. FOSSEPREZ, « Le dommage et sa réparation : quoi de neuf, Maître ? », in *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 60-65.

⁴⁰ Voy. nos commentaires de l'article 5.178.

Section 3

Innovations

23. 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.

§ 1. Innovations sans intérêt

24. 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 technologiques et de l'avènement de la consommation de masse⁴¹ ».

25. Au rang des évidences, on peut citer l'article 5.143 qui traite du concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle ainsi que l'article 5.144 qui établit l'égalité de traitement des personnes morales et des personnes physiques.

L'article 5.143 accorde la possibilité « à la victime d'une atteinte à l'intégrité physique d'opter pour une action extracontractuelle même lorsque celle-ci se trouve dans les liens d'un contrat⁴² ». Nous approuvons le choix laissé ainsi à la personne lésée. Toutefois, l'article 5.143 n'apporte aucune plus-value à la situation actuelle de la personne lésée dès lors que « l'exclusivité des règles de la responsabilité contractuelle est [...] écartée lorsque l'inexécution contractuelle constitue une infraction pénale et que le dommage résulte d'une telle infraction [...]. Dans ce cas, une action extracontractuelle reste possible tant à l'égard du cocontractant qu'à l'égard de son agent d'exécution. Cette exception trouve fréquemment à s'appliquer en cas de lésion corporelle ou d'un décès résultant d'une faute, car il est question d'une infraction au sens des articles 418 et suivants du Code pénal⁴³ ».

26. L'article 5.151 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. Est-il adéquat de préciser chaque fois qu'un principe général, auquel on ne déroge pas, s'applique aussi dans le cas particulier que l'on examine ?

⁴¹ Exposé des motifs, p. 7; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 31.

⁴² *Idem.*

⁴³ Exposé des motifs, p. 21; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, pp. 40-41.

Dans une tribune libre déjà citée⁴⁴, il est souligné que cette disposition « permet de rencontrer un argument souvent entendu dans les prétoires, selon lequel le respect de la loi constituerait une obligation de résultat, ce qui n'est pas exact. Selon l'avant-projet, le défendeur peut en effet invoquer tous les moyens de défense énoncés par les articles 5.149 et 5.150, même quand la faute procède d'une contravention à la loi ».

Une telle affirmation nous étonne : nous n'entendons guère dans les prétoires, que le respect de la loi serait toujours une obligation de résultat. En outre, la règle de l'article 870 du Code judiciaire, qui impose à chacun de prouver les faits qu'il allègue, s'applique aussi bien aux obligations de moyens qu'aux obligations de résultat. Pour les premières, le demandeur doit prouver la négligence ou l'incompétence du défendeur ; pour les secondes, il doit démontrer que le résultat n'est pas atteint, tout en laissant au défendeur de prouver la force majeure s'il s'en prévaut.

27. Est-il utile de préciser à l'article 5.172 que « le dommage résultant de 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 ?

28. 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 ?

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 ?

§ 2. Innovations inopportunes

29. L'article 5.153 énonce que le mineur qui n'a pas atteint l'âge de douze 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 5.153 devient injustifiable lorsqu'il poursuit en ajoutant que le mineur de moins de douze ans n'est pas responsable du dommage causé « par tout autre fait générateur de responsabilité ».

On peut comprendre qu'il n'y ait pas de responsabilité dans le chef du mineur de moins de douze 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.

30. 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

⁴⁴ B. DUBUISSON et H. BOCKEN, « La réforme du droit de la responsabilité : un droit commun applicable à tous ». Réponse à M^e Isabelle Lutte, *op. cit.*, p. 730.

à la légitime défense (art. 5.150, § 1, al. 3) ou à l'aide et l'incitation à commettre une faute (art. 5.165).

§ 3. Innovations opportunes

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

32. La responsabilité du propriétaire du bâtiment en ruine était 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 (art. 5.160).

33. L'article 5.186 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 abusives⁴⁵.

L'article 5.186 règle désormais la question en son alinéa 2: «La personne lésée ne peut renoncer à ce droit.»

Section 4

Les choix de l'avant-projet, un sujet de controverse

34. Dans une tribune libre⁴⁶, il est précisé qu'il existe dans le projet «de nombreuses dispositions favorables aux victimes, dont certaines visent spécifiquement les victimes d'atteintes à l'intégrité physique».

35. Dans l'énumération, on peut déceler effectivement trois dispositions favorables. Elles ont été mentionnées ci-dessus. Il y a trois autres dispositions qui sont sans doute favorables aux victimes, mais qui ne proviennent pas de l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile. Ce sont les suivantes :

- L'illicéité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en ce qui concerne les dommages résultant d'une atteinte à l'intégrité physique est une règle instituée non par l'avant-projet examiné, mais par l'avant-projet de loi modifiant le droit des obligations.

⁴⁵ J.-L. FAGNART, «L'aggravation du dommage», in I. LUTTE (dir.), *États généraux du droit médical et du dommage corporel*, Limal, Anthemis, 2016, spéc. pp. 301 et suiv., n°s 97-100.

⁴⁶ B. DUBUISSON et H. BOCKEN, «La réforme du droit de la responsabilité: un droit commun applicable à tous», Réponse à M^e Isabelle Lutte, *op. cit.*, p. 729.

- La possibilité accordée à la victime d'une atteinte à l'intégrité physique d'opter pour une action extracontractuelle même lorsqu'elle se trouve dans les liens d'un contrat n'est pas nouvelle; toute atteinte corporelle résultant d'une faute constitue une infraction. Depuis bien longtemps, la jurisprudence⁴⁷ et la doctrine⁴⁸ admettent qu'une faute commise à l'occasion de l'exécution d'un contrat n'exclut pas la responsabilité civile en raison d'une infraction.
- La possibilité d'obtenir du juge un ordre en vue de prévenir un dommage éminent n'est pas neuve. La Cour de cassation l'a admis depuis longtemps⁴⁹. La loi récente prévoit, de façon presque systématique, la mise en place d'une action en cessation pour mettre fin à une menace grave de violation d'un droit ou d'un intérêt important. C'est le cas notamment en matière de protection de l'environnement⁵⁰, de lutte contre certaines formes de discrimination⁵¹, de protection des consommateurs et généralement dans tous les domaines économiques⁵², notamment pour la protection des droits intellectuels⁵³.

36. Dans l'énumération des dispositions prétendument favorables aux victimes, sont citées des dispositions qui, à notre avis, n'intéressent pas vraiment les personnes lésées ou qui leur sont même défavorables :

- La possibilité, pour le juge, d'ordonner la cession des profits illicites (art. 5.184, § 3) n'intéresse guère les victimes ordinaires. Ce ne sont pas elles qui subissent les spéculations d'auteurs d'actes frauduleux. L'Exposé des motifs souligne d'ailleurs clairement que ce texte s'apparente à une disposition du Code de droit économique⁵⁴.
- La responsabilité sans faute à charge des exploitants d'une activité anormalement dangereuse est un principe, dans le cadre de l'avant-projet, tout à fait théorique. Comme le souligne l'Exposé des motifs, « cette disposition n'a [...] pas d'effet direct. Un arrêté royal déterminera les activités particulièrement dangereuses auxquelles elle s'applique ». L'avant-projet n'apporte donc aucune solution concrète.
- L'application que fait l'avant-projet de la théorie de la perte d'une chance permettant à la personne lésée d'obtenir, en cas d'incertitude causale, une

⁴⁷ Cass., 25 avril 1983, *Pas.*, 1983, p. 958; Cass., 26 octobre 1990, *Pas.*, 1991, p. 216; *R/CB*, 1992, p. 497, note R. O. DALCQ.

⁴⁸ B. DUBUISSON, « Responsabilité civile contractuelle et responsabilité extracontractuelle », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Bruxelles, Kluwer, 2003, vol. 2, p. 32, n° 94; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2009, pp. 106 et suiv., spéc. n°s 143-146.

⁴⁹ Cass., 22 janvier 1976, *Pas.*, 1976, p. 583; *JT*, 1976, p. 165; *RGAR*, 1977, n° 9752; Cass. fr., 30 juin 1976, *RGAR*, 1979, n° 9998, note J.-L. FAGNART.

⁵⁰ Loi du 12 janvier 1993 concernant un droit d'action en matière de protection de l'environnement, art. 1^{er}.

⁵¹ Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, art. 20.

⁵² Code de droit économique, art. XVII.1.

⁵³ Code de droit économique, art. XVII.14.

⁵⁴ Exposé des motifs, p. 184.

indemnité calculée en fonction de cette incertitude, n'est pas favorable aux victimes. La solution imaginée néglige totalement la théorie du risque créé⁵⁵, qui permet à la personne lésée, lorsqu'un risque se réalise, d'obtenir la réparation intégrale de son dommage.

Section 5

Conclusion

37. 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.

⁵⁵ Voy. ci-dessous nos 146 et suiv.

Analyse de l'article 5.147

Définition de la faute

Section 1

L'avant-projet

§ 1. Le texte

38. L'article 5.147 est rédigé en ces termes :

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

§ 2. Justification

39. La disposition en projet résulte de ce que l'exigence selon laquelle la violation de la règle de conduite doit avoir lieu « librement et consciemment » peut être abandonnée⁵⁶.

Section 2

Appréciation

40. L'article 5.147 consacre la responsabilité fondée sur la faute objective, celle qui est dépouillée de son élément subjectif⁵⁷. 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 pénales⁵⁸. Une telle évolution nous semble conforme au rôle essentiel rempli par le droit de la responsabilité : la réparation des dommages⁵⁹. « L'élément qui,

⁵⁶ Exposé des motifs, p. 6; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 31.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ À propos des difficultés liées à la théorie de l'unité des fautes civile et pénale, voy. N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, « Responsabilité civile et responsabilité pénale », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Waterloo, Kluwer, 2012, liv. 2, spéc. pp. 54-76.

⁵⁹ H. BOCKEN et I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, Bruges, die Keure, 2011. Voy. aussi P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations, t. II: Source des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1137, n° 800; P. WERY, *Droit des obligations*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 474, n° 539 (faute *in abstracto*);

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 dommage⁶⁰.»

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 discernement⁶¹, des regrets⁶²...

Dans un arrêt du 9 février 2017⁶³, la Cour de cassation précisa : « [L]a transgression matérielle d'une disposition légale ou réglementaire constitue en soi une faute qui entraîne la responsabilité civile de son auteur.⁶⁴ » 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.

G. VINEY, P. JOURDAIN, et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, Paris, LGDJ, 2013, pp. 446 et suiv.;

G. VINEY, « Réflexions sur l'article 489-2 du Code civil », in *Rev. Trim. dr. civ.*, 1970, pp. 251 et suiv.

⁶⁰ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, t. II, n° 903.

⁶¹ 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.

⁶² B. DUBUISSON et H. BOCKEN, « La réforme du droit de la responsabilité civile : un droit commun applicable à tous ». Réponse à M^e Isabelle Lutte, *op. cit.*, p. 729.

⁶³ J.-L. FAGNART, « Vers la faute objective ? », note sous Cass., 9 février 2017, *RCJB*, 2018, pp. 42-64; F. AUVRAY, « La violation d'un traité est-elle une faute ? Incidence de l'absence d'effet direct sur la responsabilité extracontractuelle de l'État », note sous Cass., 9 février 2017, *JT*, 2019, liv. 6756, pp. 21-28

⁶⁴ Cass., 9 février 2017, *RCJB*, 2018, p. 41.

Analyse de l'article 5.148

Faute : critères d'appréciation

Section 1

L'avant-projet

§ 1. Le texte

41. L'article 5.148 énonce :

§ 1^{er}. Si la règle de conduite impose un comportement déterminé, la faute se déduit de la violation de cette règle.

§ 2. Si la règle de conduite n'impose pas un comportement déterminé, le manquement s'apprécie par rapport au comportement qu'aurait eu une personne prudente et raisonnable dans les mêmes circonstances.

À cet effet, peuvent notamment être pris en considération :

- la nature et l'étendue des conséquences raisonnablement prévisibles ;*
- les coûts et efforts nécessaires pour éviter le dommage ;*
- l'état des techniques et connaissances scientifiques ;*
- les règles de l'art et les bonnes pratiques professionnelles ;*
- les principes de bonne administration et de bonne organisation.*

§ 2. Justification

42. L'Exposé des motifs évoque la distinction qui doit être faite en fonction de l'objet de la règle de conduite⁶⁵.

Lorsqu'une norme impose un comportement déterminé, la faute se déduira de sa violation. L'article 5.148, § 2, vise, quant à lui, le manquement à un devoir général de prudence, dont l'appréciation concrète appartient au juge.

43. Référence est désormais faite à la conduite d'une personne prudente et raisonnable confrontée aux mêmes circonstances et aux mêmes conditions de temps et de lieu. Sont ensuite proposés des critères non exhaustifs ni cumulatifs mais constituant « une aide permettant d'orienter la décision⁶⁶ ».

⁶⁵ Voy. Exposé des motifs, pp. 49-58 ; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, pp. 59-64.

⁶⁶ Exposé des motifs, p. 54 ; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 62.

Section 2

Appréciation

44. L'avant-projet de loi maintient la distinction entre l'obligation de résultat (art. 5.148, § 1^{er}) et l'obligation de moyens (art. 5.148, § 2).

Ce second paragraphe abandonne le critère de normalité dans l'appréciation de l'attitude de l'agent et prend l'initiative, à notre sens, malheureuse, d'offrir au juge une « boîte à outils » dont le caractère résolument indicatif souligné dans l'Exposé des motifs⁶⁷ semblerait plutôt devoir constituer un incontournable « couteau suisse décisionnel ».

Une énumération purement indicative de critères de nature à déterminer le caractère fautif d'un comportement (à la supposer pertinente, ce qui sera critiqué ci-après) ne s'impose pas au juge et ne peut donc faire l'objet d'un éventuel contrôle par la Cour de cassation.

§ 1. La règle générale de prudence et le critère de la normalité

45. Le critère unanimement pris en considération tant par la doctrine que par la jurisprudence est celui de la personne « normalement prudente et diligente placée dans les mêmes circonstances de temps et de lieu⁶⁸ ».

Dans le projet de réforme, le concept de « personne prudente et raisonnable » a été préféré à celui de « *personne prudente et diligente* ». L'Exposé des motifs nous explique que « cela ne devrait rien changer en pratique⁶⁹ ». La personne raisonnable est décrite comme un être abstrait doué de raison.

Observons que l'article 5.148, § 2, ne reprend pas ce critère de normalité. L'Exposé des motifs ne s'en explique pas. Or, il nous semble que ce critère apporte un élément de précision dans l'évaluation d'un comportement : l'agent s'est-il comporté comme un agent prudent et raisonnable de manière modérée, normale ou optimale ?

L'abandon du critère de normalité dans la disposition en projet risque d'être source d'insécurité.

§ 2. À propos de la possibilité d'anticiper le dommage

46. L'avant-projet de loi consacre la thèse selon laquelle la possibilité d'anticiper le dommage⁷⁰ est un critère parmi d'autres permettant d'établir l'exis-

⁶⁷ Exposé des motifs, p. 54; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 62.

⁶⁸ Exposé des motifs, pp. 53-54; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, pp. 61-62.

⁶⁹ Exposé des motifs, p. 53; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 61.

⁷⁰ Voy. à ce sujet B. GOFFAUX, « La prévisibilité du dommage en matière extracontractuelle », *For. ass.*, 2012, pp. 43-51; R. O. DALCQ, « La prévisibilité du dommage est-elle une condition nécessaire de la faute ? »,

tence d'une faute en matière quasi-délictuelle : « [L]’auteur du dommage ne commet une faute que s’il pouvait prévoir l’émergence d’un dommage et qu’il n’a pas pris les mesures nécessaires pour le prévenir. [...] La prévisibilité est donc bien prise en compte dans la détermination du standard de conduite.⁷¹ »

47. 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’imprudance, son auteur puisse raisonnablement prévoir qu’un dommage en sera l’effet⁷². La Cour de cassation a déjà pu préciser à maintes occasions que la faute subsiste lorsque les circonstances de fait permettaient à l’auteur de prévoir le dommage, même s’il ne pouvait pas prévoir qui subirait finalement ledit dommage⁷³.

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 fait⁷⁴ » et, selon la Cour de cassation, qu’une certaine sorte de dommage soit prévisible en son principe, même si, concrètement, ce dommage s’est présenté différemment⁷⁵.

L’Exposé des motifs précise ainsi à la page 55 : « 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. »

Observons que « prévoir » ou « anticiper », c’est décider librement et consciemment et que tant un défaut de décision qu’une décision inadéquate constituent un des éléments générateurs de responsabilité et donc, plus simplement encore, une faute.

Soulignons aussi que cette anticipation possible de la survenance d’un dommage, pris en compte dans la détermination de la règle de conduite de l’agent, doit, par ailleurs, rester sans impact sur l’étendue de la réparation du dom-

in Hommages à Jacques Heenen, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 83 ; L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle. L’acte illicite*, Bruxelles, Bruylant, Maklu, CED Samson, 1991, p. 46, n° 25.

⁷¹ Exposé des motifs, p. 55 ; voy. H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, pp. 62-63 : « La prévisibilité est bien prise en compte dans la détermination de la règle de conduite. »

⁷² Exposé des motifs, pp. 54-55 ; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 62.

⁷³ Cass., 22 octobre 2008, *Rev. dr. pén.*, 2009, liv. 4, p. 423 ; concl. avocat général DU JARDIN, précédant Cass., 23 janvier 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 493 ; Cass., 8 août 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1259 ; Cass., 13 juin 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 1169.

⁷⁴ Liège, 30 novembre 1992, *RRD*, 1993, p. 240 ; Cass., 10 mai 1994, *Dr. circ.* 1995, p. 19. Pour d’autres exemples, voy. Cass., 10 mars 2000, *Dr. circ.* 2000, p. 346 ; Mons, 28 juin 1994, *JLMB*, 1996, p. 91, note D. PHILIPPE, *RGAR*, 1995, n° 12540.

⁷⁵ Cass., 9 décembre 2015, RGP 15.0578 F/1, *Arr. Cass.*, 2015, liv. 12, 2880 ; *Dr. pén. entr.*, 2016, liv. 2, 139, concl. M. PALUMBO, note F. LAGASSE ; <http://www.cass.be> (5 janvier 2016) ; *RGAR*, 2017, n° 15360. Voy. en outre P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations, t. II, op. cit.*, p. 1190 ; R. O. DALCO, « La prévisibilité du dommage est-elle une condition nécessaire de la faute ? », *op. cit.*, pp. 83 et suiv.

mage : la faute étant établie, l'auteur reste tenu de réparer toutes les conséquences de son acte, même imprévisibles⁷⁶.

§ 3. À propos des coûts et efforts nécessaires pour éviter le dommage

48. L'Exposé des motifs évoque ensuite le critère relatif aux coûts et efforts nécessaires pour éviter le dommage.

La situation visée par l'avant-projet est la suivante : l'agent est conscient 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, sans préjudice d'une éventuelle responsabilité objective ou sans faute⁷⁷. » Il précise aussi que : « [C]ette 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 faute⁷⁸. »

En fonction de l'Exposé des motifs dont nous avons repris les éléments substantiels ci-dessus, nous devrions estimer qu'un agent, bien qu'ayant conscience que son comportement soit de nature à causer 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. Par « démesuré », nous comprenons déraisonnable, disproportionné.

49. Cette approche nous semble inacceptable.

En effet, l'analyse de la balance risque/bénéfice que doit réaliser l'agent ne l'est qu'à son seul profit dès lors que la prise en charge des coûts liés à d'éventuelles 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 (mesuré). En insérant l'évaluation des coûts et des efforts nécessaires comme un élément d'appréciation 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 par ailleurs entendre par coût raisonnable ou mesuré ? 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

⁷⁶ Cass., 17 avril 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 820.

⁷⁷ Exposé des motifs, p. 55 ; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 62.

⁷⁸ *Ibid.*

aurait été engagé par un acteur économique prudent dans la conduite d'une entreprise concurrentielle (en comparant sa gestion avec celle des entreprises ayant une activité similaire). La notion de coût raisonnable est par ailleurs liée à celle du dépassement des coûts.

A. *L'approche principalement économique de la responsabilité n'est pas admissible*

50. 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 hôpital⁷⁹. 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, alors même qu'il n'y a pas d'urgence médicale en tant que telle. Le coût des soins qui lui seraient prodigués ne sera 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 ? Renvoyer ce malade au sein de la société et le laisser contaminer d'autres personnes ?

La réponse à cette question – si nous nous en tenons au critère mesuré des coûts et efforts nécessaires – sera positive. Une telle réponse est inacceptable. L'impact des coûts est un critère à insérer dans le Code de droit économique, mais assurément pas parmi les règles du droit de la responsabilité extracontractuelle⁸⁰.

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.

51. 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 la réparation de son dommage auprès

⁷⁹ M. MORMONT, « Des hôpitaux sous pression face à la précarité », *Alter Échos*, n° 392, 10 novembre 2014, www.alterechos.be; Interview du Docteur Solange PEETERS, « Ce n'est pas au médecin de décider si un traitement est trop coûteux », 29 septembre 2016, www.ris.ch; V. JADOUL, « Des pharmacies contraintes de refuser des patients « trop coûteux » », *Le Soir*, 3 août 2017.

⁸⁰ Il serait plus adéquat d'envisager un renforcement de l'aide médicale à apporter aux plus précarisés.

du Fonds des accidents médicaux. Mais cette démarche serait vaine... Le dommage lié à l'absence de traitement, à l'échec thérapeutique ou à un traitement erroné⁸¹ ne résulte pas d'un accident médical sans responsabilité au sens de la loi du 31 mars 2010 relatif à l'indemnisation des dommages résultant des soins de santé⁸², cette loi organisant l'indemnisation des dommages anormaux résultant d'une prestation de soins.

52. Ainsi, l'Exposé des motifs adopte une approche économique à sens unique dès lors que le seul élément pris en considération est la charge financière des mesures de prévention permettant de réduire le risque accidentel ou d'éviter l'accident.

L'analyse économique de la responsabilité devrait, à notre avis, intégrer au moins deux autres dimensions : l'incitation à une attitude préventive et l'indemnisation des personnes lésées (que nous pourrions qualifier de coût social).

Prenons l'exemple suivant : une PME consent à des investissements pour éviter la réalisation d'un risque⁸³.

En obligeant une PME à réparer tout dommage causé en raison du fait (fautif) de son activité, la responsabilité civile crée *ex ante* des incitations à respecter les mesures permettant de réduire le risque de survenance d'un dommage.

La faute résidera dans le fait de n'avoir pas respecté les mesures de prévention correspondant aux règles de l'art et de bonnes pratiques professionnelles (autre critère d'appréciation figurant à l'article 5.148) que toute PME normalement prudente et raisonnable aurait mises en œuvre.

En respectant les normes de prudence conformes aux règles de l'art et de bonnes pratiques professionnelles, la PME dont question bénéficiera d'une « exonération » de responsabilité si un dommage vient à survenir. La responsabilité civile apparaît donc comme un outil efficient à la prévention des événements générateurs de dommage.

Le recours à la notion des coûts et efforts nécessaires pour éviter le dommage est trop restrictif et de nature à nuire à cette efficacité en suscitant un comportement spéculateur de l'agent économique.

⁸¹ L'absence de traitement, l'échec thérapeutique et le traitement erroné ne font pas obstacle à l'évolution de la pathologie, de sorte que la dégradation de l'état de santé du patient résulte de la pathologie dont il est atteint et non d'une prestation de soins. Les dommages liés à l'évolution d'une pathologie n'entrent pas dans le champ d'application de la loi du 31 mars 2010 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé.

⁸² Loi du 31 mars 2010 relative à l'indemnisation des dommages résultant des soins de santé, *M.B.*, 2 avril 2010, art. 2, 7^o.

⁸³ Cet exemple ne concerne pas une activité professionnelle présentant le risque qu'un dommage de grande ampleur se réalise. Cette situation est notamment visée aux articles 5.190 à 5.193 prévoyant un régime de responsabilité sans faute.

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

53. Est-il acceptable et équitable de faire supporter par la victime l'inadéquation du jugement économique de l'agent, sans laquelle le dommage ne se serait pas réalisé ?

Il est évident que l'analyse « à priori » du caractère raisonnable de la mesure envisagée est réalisée par l'agent lui-même, dans son seul intérêt (le bénéfice escompté).

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

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

§ 4. À propos de l'état des techniques et des connaissances scientifiques

55. La disposition en projet⁸⁴ propose comme critère d'appréciation d'un comportement fautif l'état des techniques et des connaissances scientifiques. L'Exposé des motifs rappelle qu'il s'agit « des techniques et des connaissances au moment du fait dommageable » et que « le texte n'en dit pas plus⁸⁵ ». Ces précisions sont exactes.

En revanche, l'Exposé des motifs fait référence à la notion « des *meilleures* techniques disponibles (MTD) à un coût qui n'est pas déraisonnable⁸⁶ ». Il s'agit d'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.

À ce stade également, l'Exposé des motifs entend à ce qu'il soit procédé à une analyse économique inspirée du principe de proportionnalité.

La lecture de l'Exposé des motifs nous apprend que l'on « ne saurait 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 escompté⁸⁷ ». Évidemment, il s'agit du bénéfice escompté

⁸⁴ Version du 6 août 2018.

Le libellé repris dans la version soumise à la consultation populaire en mai 2018 était le suivant : « Les meilleures techniques disponibles à un coût qui n'est pas déraisonnable. » La référence à de telles techniques est toutefois maintenue dans l'Exposé des motifs.

⁸⁵ Exposé des motifs, p. 56.

⁸⁶ Exposé des motifs, p. 56 ; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 63. Souligné par nous.

⁸⁷ *Ibid.*

dans le chef de l'investisseur, la personne lésée ayant toujours un intérêt à bénéficier des meilleures techniques disponibles.

56. 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 ensemble⁸⁸ ».

En prenant en considération le niveau technologique le plus avancé permettant de protéger au mieux l'environnement, nous nous plaçons dans une optique de réglementation des activités humaines destinées à 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 examinons).

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 justice⁸⁹...

57. Par ailleurs, n'y a-t-il pas, à ce niveau, une confusion des genres ?

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

Une personne normalement prudente et raisonnable doit se conformer aux données acquises et actuelles de la science et des moyens technologiques dont la validité et l'efficacité ont été scientifiquement démontrées⁹⁰.

⁸⁸ Voy. not. 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), *J.O.*, L 334 du 17 décembre 2010, p. 23, article 3.10; Région Bruxelles-Capitale: Ordonnance relative aux permis d'environnement, 5 juin 1997, *M.B.*, 25 juin 1997, article 3, 21°, inséré par l'ordonnance relative aux déchets du 14 juin 2012; Région wallonne: Décret relatif au permis d'environnement du 11 mars 1999, *M.B.*, 8 juin 1999, err. 22 décembre 1999 (et ses modifications dont le décret du 24 octobre 2013 modifiant divers décrets notamment en ce qui concerne les émissions industrielles (*M.B.*, 6 novembre 2013) transposant la directive 2010/75/UE, article 1.19.

⁸⁹ Cass., 15 septembre 2015, P. 14.0765, www.juridat.be; Cass., 17 juin 2008, P. 06.1348, *Arr. Cass.*, 2008, liv. 6-7-8, 1569; *Pas.*, 2008, liv. 6-7-8, p. 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. »

⁹⁰ B. DUBUISSON, « Le médecin normalement prudent et diligent : carnet de conduite », in *États généraux du droit médical et de dommage corporel, op. cit.*, 2018, p. 15; Civ. Bruxelles, 21 mars 2006, *Rev. dr. santé*, 2009-

Ce n'est que dans le cadre de régimes légaux spécifiques (*lex specialis*), dépassant le cadre du comportement fautif, que l'état de la technique, dans son niveau le plus avancé, est retenu.

On songe ainsi à la loi du 31 mars 2010 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé⁹¹.

Il importe d'être attentif à éviter la confusion des genres, qui plus est sous le prisme de l'analyse économique.

§ 5. À propos des règles de l'art et des bonnes pratiques professionnelles

58. Quant au critère suivant relatif aux règles de l'art et aux bonnes pratiques professionnelles, l'Exposé des motifs confirme évidemment que « ce n'est pas nouveau⁹² », rappelant qu'il s'agit des règles de conduite que tout professionnel raisonnable et prudent doit respecter dans les relations avec les clients ou avec les tiers.

La jurisprudence a déjà longuement œuvré à ce niveau et l'insertion à titre exemplatif de cette notion n'apporte aucun élément accélérateur ou simplificateur sur le plan procédural.

59. Cependant, le rappel de cette notion qui évoque, avant tout, les critères d'appréciation de la faute contractuelle, met en évidence la possibilité pour la partie préjudiciée d'invoquer un fondement quasi délictuel dans le cadre de sa démarche indemnitaire à l'encontre d'un professionnel, sans devoir nécessairement privilégier la voie contractuelle. Sous ce seul aspect, ce point de l'énumération peut présenter un intérêt⁹³.

2010, p. 137; I. LUTTE, « Littérature scientifique et aléa médical : quel lien ? », in G. GENICOT (dir.), *Nouveaux dialogues en droit médical*, coll. CUP, vol. 136, Liège, Anthemis, 2012, p. 78, n° 29.

⁹¹ Loi du 31 mars 2010 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé, *M.B.*, 2 avril 2010; voy. *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2009-2010, n° 52-22401/006, p. 21 : « Dans la notion d'état actuel de la science et des techniques, on vise le niveau le plus élevé des 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, 11^e ch., 27 juillet 2017, inédit, RG 15/9301/A : « [I] 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. »

⁹² Exposé des motifs, p. 56; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 63; voy. B. DUBUISSON, « Le médecin normalement prudent et diligent : carnet de conduite », *op. cit.*, p. 159.

⁹³ Notons également que, dans le cadre de la réforme du droit français de la responsabilité civile, la volonté des promoteurs est de maintenir une soumission exclusive des dommages corporels à la responsabilité extracontractuelle (proposition de l'article 1233-1, Rapport du groupe de travail de la Cour d'appel de Paris, avril 2019, p. 19).

Section 3

Suggestion

60. Considérant que la boîte à outils est soit inutile, soit inopportune et que l'abandon du critère de normalité est source d'insécurité juridique, l'article 5.148 pourrait être rédigé dans les termes suivants :

§ 1^{er}. Si la règle de conduite impose un comportement déterminé, la faute se déduit de la violation de cette règle.

§ 2. Si la règle de conduite n'impose pas un comportement déterminé, le manquement s'apprécie par rapport au comportement qu'aurait eu une personne normalement prudente et raisonnable dans les mêmes circonstances de temps et de lieu.

Analyse de l'article 5.150

Autres causes d'exonération de la responsabilité

Section 1

L'avant-projet

§ 1. Le texte

61. L'article 5.150 relatif aux causes d'exonération de la responsabilité énonce :

§ 1^{er}. 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,*
- dans un état de nécessité,*
- dans un état de légitime défense,*
- sur la base d'un ordre de la loi ou d'un ordre d'une autorité conforme à la loi,*
- avec le consentement de la personne lésée.*

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

§ 3. Elle se trouve dans un état de nécessité lorsqu'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.

§ 4. La légitime défense suppose qu'une atteinte à l'intégrité physique ou une crainte sérieuse d'une telle atteinte impose l'usage de moyens de défense. Ces moyens de défense doivent être proportionnés à cette atteinte ou à cette crainte.

§ 5. 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.

§ 2. Justification

62. La disposition en projet tend à ancrer légalement les causes d'exclusion de la faute⁹⁴ et de justification et à les définir comme des causes d'exonération de la responsabilité⁹⁵.

Cette disposition confère en son cinquième paragraphe « un fondement légal à l'exonération de la responsabilité lorsque la victime a donné valablement et préalablement son consentement à ce que l'on porte atteinte à ses intérêts⁹⁶ ».

Section 2

Appréciation

§ 1. Le risque d'incohérence

63. 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, l'avant-projet prévoit aux articles 5.149 à 5.150 différentes possibilités d'exonération de responsabilité faisant surgir à nouveau l'élément moral ou subjectif⁹⁷.

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 discernement⁹⁸ ». 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 justification⁹⁹ » ou d'exonération. De même, agir consciemment, c'est avoir le contrôle de ses actes¹⁰⁰.

⁹⁴ Exposé des motifs, p. 60; voy. aussi H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 65: « Il est généralement admis que l'exclusion de la faute touche au discernement ou à la volonté (l'élément subjectif de la faute), tandis que les causes de justification ont trait à l'illicéité du comportement (l'élément matériel de la faute). *La distinction, qui trouve son origine dans le droit pénal, suscite le désaccord dans la doctrine (références citées).* »

⁹⁵ Exposé des motifs, p. 61; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 66.

⁹⁶ Exposé des motifs, p. 62; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 66.

⁹⁷ Exposé des motifs, pp. 6, 60-61; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, pp. 31 et 66.

Soulignons que l'article 5.150 n'établit pas de distinction entre les causes qui ont pour effet de supprimer la libre volonté et les causes de justification.

⁹⁸ Exposé des motifs, p. 6; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 31. Souligné par nous.

⁹⁹ J.-L. FAGNART, « Vers la faute objective? », note sous Cass., 9 octobre 2017, *RCJB*, 2018/1, p. 56, n° 32.

¹⁰⁰ Mons, 18 janvier 2017, *RGDC*, 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. »

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 donant 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 cassation¹⁰¹. 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 consciemment¹⁰² ». Toutefois, l'Exposé des motifs prétend aller 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.

64. 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.

§ 2. Des emprunts inutiles au droit pénal

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

Dans un tel contexte, nous comprenons mal pourquoi la légitime défense visée aux articles 416 et suivants du Code pénal¹⁰³ est intégrée dans le nouveau Code civil. La réflexion est identique si nous envisageons la contrainte et les menaces¹⁰⁴, mais aussi l'ordre de la loi ou une autorité compétente¹⁰⁵.

Tout comme l'exonération de la responsabilité des personnes atteintes de troubles mentaux¹⁰⁶, ces causes d'exonération doivent être laissées au droit pénal.

¹⁰¹ Exposé des motifs, p. 61 ; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 66.

¹⁰² Cass., 9 octobre 2017, *RCJB*, 2018, p. 41.

¹⁰³ C. 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. »

¹⁰⁴ 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.

¹⁰⁵ C. pén., art. 70 : « 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. »

¹⁰⁶ 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. »

§ 3. Le consentement de la personne lésée

66. Le consentement renvoie à l'acquiescement ou à l'assentiment d'une personne à une action ou à un projet. Il est une manifestation de volonté d'accord portée à la connaissance d'autrui.

« Cela suppose que la personne lésée ait donné un consentement libre, ne fût-ce que tacitement, et que le consentement doit se rapporter au dommage et concerner les risques normaux encourus dans l'exercice d'une activité déterminée, ce qui exclut notamment le consentement au dommage occasionné délibérément¹⁰⁷. »

67. En l'état actuel de cette disposition, l'atteinte à des intérêts – ou des droits – dont elle ne peut disposer ne sont pas davantage précisés, tandis que l'Exposé des motifs évoque utilement l'atteinte aux droits de la personnalité ou des atteintes à l'intégrité physique¹⁰⁸.

Il nous semble opportun de préciser que ces hypothèses dans lesquelles le consentement de la personne lésée reste sans effet soient précisées dans le texte même de la disposition.

Observons également que la notion de « l'atteinte à l'intégrité physique » nous semble inutilement restrictive et devrait être remplacée soit par celle de « l'atteinte à l'intégrité physique et/ou psychique » soit par celle du « dommage corporel ».

68. Enfin, l'article 5.152 de l'avant-projet dispose que les articles 5.149 à 5.151 (et donc l'article 5.150, § 5) « ne s'appliquent pas lorsque la faute est susceptible d'entraîner une responsabilité pénale ». Pensons aux infractions d'homicide involontaire, de coups et blessures par défaut de prévoyance et de précaution, au Code pénal social...

Le champ d'application de l'article 5.150, § 5, en projet nous semble extrêmement réduit.

Section 3

Suggestion

69. L'article 5.150 manque de cohérence avec la volonté – exprimée à l'article 5.147 – de l'abandon de l'exigence selon laquelle la violation de la règle de conduite doit avoir eu lieu librement et consciemment.

¹⁰⁷ Exposé des motifs, p. 62 ; voy. H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 66.

¹⁰⁸ *Ibid.*

70. Le paragraphe 5 de l'article 5.150 en projet, s'il venait à être maintenu, pourrait être rédigé comme suit :

§ 5. 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 et droits dont elle pouvait disposer.

Le consentement de la personne lésée est sans effet lorsque celle-ci a subi une atteinte aux droits de la personnalité ou un dommage corporel.

Analyse de l'article 5.151

Charge de la preuve

Section 1

L'avant-projet

§ 1. Le texte

71. L'article 5.151 relatif à la charge de la preuve énonce :

Celui qui se prévaut d'une cause d'exonération de responsabilité doit en apporter la preuve.

§ 2. Justification

72. L'Exposé des motifs ne livre aucune justification permettant de comprendre la nécessité et l'intérêt de la règle de preuve édictée par l'article commenté.

Section 2

Appréciation

73. La disposition commentée est inutilement redondante par rapport à l'article 870 du Code judiciaire¹⁰⁹ ainsi qu'à l'article 1315¹¹⁰ du Code civil et l'article 8.4 du livre VIII¹¹¹ (dont l'entrée en vigueur est fixée au 1^{er} novembre 2020).

¹⁰⁹ C. jud., art. 870 : « Chacune des parties a la charge de prouver les faits qu'elle allègue. »
L'article 870 du Code judiciaire est la généralisation de la règle consacrée par l'article 1315 du Code civil. Voy. not. Cass. (1^{re} ch.), RG C.18.0210.N, 11 janvier 2019, <http://www.cass.be>, 14 février 2019; RGAR, 2019, liv. 7, n° 15596, concl. R. MORTIER, note F. GLANSDORFF; RW, 2019-20, liv. 7, p. 263, note S. GUILLIAMS; RDC, 2019, liv. 5, p. 685; Rev. dr. santé, 2018-19, liv. 5, p. 314, concl. R. MORTIER, note LEMMENS; Cass. (3^e ch.), RG C.16.0280.F, 13 février 2017, <http://www.cass.be>, concl. J. GENICOT; JLMB, 2017, liv. 42, p. 1990, note E. DE SAINT MOULIN; RW, 2018-19 (sommaire), liv. 11, p. 427, note; RDC, 2018, liv. 2, p. 178, note; Cass. (3^e ch.), RG S.15.0134.F, 27 février 2017, <http://www.cass.be>, concl. J. GENICOT; JTT, 2017, liv. 1275, p. 165; Chron. D.S., 2019 (sommaire), liv. 1, p. 36; RDJP, 2017, liv. 5-6, p. 186, note D.M.

¹¹⁰ C. civ., art. 1315 : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. »

¹¹¹ C. civ., liv. VIII, art. 8.4 énonçant notamment : « Celui qui se prétend libéré doit prouver les actes juridiques ou faits qui soutiennent sa prétention. »

Qu'importe le contenu de l'allégation (qu'elle soit relative à un fait, un acte juridique, une obligation de moyen ou de résultat, une clause d'exonération de responsabilité ou autres), elle doit être prouvée.

74. L'Exposé des motifs nous semble assez confus.

D'une part, il précise que « *cette disposition s'écarte de la règle de preuve applicable lorsque la faute constitue une infraction pénale* », selon laquelle « la personne lésée doit [...] prouver la faute, et le prévenu peut invoquer une cause de justification qui n'est pas dénuée de vraisemblance. Il appartient alors à la personne lésée de contester cette vraisemblance [...]. *Cette règle n'est plus applicable dans le cadre de la responsabilité extracontractuelle*¹¹² ».

D'autre part, l'Exposé des motifs souligne que l'article 5.151 *ne s'applique « pas lorsque la faute peut entraîner une responsabilité pénale*¹¹³ ». Elle s'applique « donc uniquement dans la mesure où la faute ne constitue pas une infraction pénale, ce qui implique non seulement que les faits ne révèlent pas d'une qualification pénale mais aussi qu'il n'existe pas de cause de justification ou d'exemption de peine. Si la faute constitue en même temps une infraction et qu'elle peut entraîner la responsabilité pénale, les dispositions du droit pénal en matière d'exclusion de faute et de justification s'appliquent. C'est également le cas pour les dispositions en matière de preuve¹¹⁴ ».

Il est assez mal aisé de comprendre tant l'articulation (telle que présentée par l'Exposé des motifs) de l'article 5.151 avec les règles de preuve existantes en droit pénal que les innovations apportées au regard de ce que nous connaissons actuellement lors de l'application des articles 870 du Code judiciaire et l'article 1315 du Code civil.

Section 3

Suggestion

75. L'article 5.151 de l'avant-projet de réforme doit être supprimé.

¹¹² Exposé des motifs, p. 62. Souligné par nous.

¹¹³ Exposé des motifs, p. 62 ; en ce sens : H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 67. Voy. aussi l'article 5.152 énonçant que : « Les articles 5.149 à 5.151 ne s'appliquent pas lorsque la faute est susceptible d'entraîner une responsabilité pénale. » Souligné par nous.

¹¹⁴ Exposé des motifs, p. 63.

Analyse des articles 5.153, 5.154 et 5.156

Mineurs de moins de douze ans

Mineurs de douze ans ou plus

Responsabilité des titulaires de l'autorité

sur la personne des mineurs

Section 1

L'avant-projet

§ 1. Le texte

76. L'article 5.153 relatif aux mineurs de moins de douze ans énonce :

Le mineur de moins de douze ans n'est pas responsable du dommage causé par sa faute ou par tout autre fait générateur de responsabilité.

77. L'article 5.154 relatif aux mineurs de douze ans ou plus énonce :

Le mineur de douze ans ou plus est responsable du dommage causé par sa faute ou par tout autre fait générateur de responsabilité.

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 être inférieure au montant pour lequel l'assureur couvre effectivement la responsabilité du mineur.

78. L'article 5.156 relatif à la responsabilité des titulaires de l'autorité sur la personne des mineurs est rédigé comme suit :

Les parents, adoptants, tuteurs et accueillants familiaux, qui disposent de l'autorité sur la personne d'un mineur, sont responsables du dommage pour lequel ce dernier doit lui-même répondre ou devrait répondre s'il avait plus de douze ans.

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

§ 2. Justification

79. Le Code civil actuel ne contient pas de disposition relative à la responsabilité extracontractuelle des mineurs¹¹⁵. Les articles 5.153, 5.154 et 5.156 viennent combler cette lacune.

Section 2

Appréciation

§ 1. Quant à l'âge de responsabilité

80. Les articles 5.153 et 5.154 ne font plus dépendre la responsabilité du mineur¹¹⁶ de sa capacité de discernement, mais de son âge. Un mineur est responsable de ses actes pour autant qu'il soit au moins âgé de douze ans. Les mineurs plus jeunes (n'ayant pas atteint l'âge seuil de douze ans) ne sont pas responsables de leurs actes.

L'article 5.153 aurait donc pour objectif d'offrir une plus grande sécurité juridique dans le cadre de l'examen de la responsabilité des mineurs les plus jeunes, en écartant toute notion subjective relative à la capacité de discernement¹¹⁷ de l'auteur, pour au contraire uniquement tenir compte de l'âge de cet auteur au moment du fait dommageable.

La détermination de l'âge du mineur au moment du fait générateur de responsabilité deviendrait ainsi le seul critère retenu pour déterminer si celui-ci est responsable. Le juge n'a donc plus aucun pouvoir d'appréciation sur la responsabilité du mineur de moins de douze ans.

81. L'Exposé des motifs nous apprend que l'âge de douze ans a été fixé par souci de cohérence avec d'autres dispositions du Code civil, tels que les articles 329*bis* (refus de consentement en matière de reconnaissance), 348-1

¹¹⁵ Exposé des motifs, p. 63; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 67.

¹¹⁶ À propos du droit actuel: V. DE WULF, «La responsabilité civile du fait des mineurs d'âge», in M.-E. MATERNE (coord.), *Mineur fautif, mineur victime. Éléments de responsabilité et d'assurance*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 11-40; C. DALCQ, Prémption de responsabilité à la seule charge du parent chez lequel la résistance habituelle de l'enfant a été fixée, *RGAR*, 2014, liv. 2, n° 15045; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK, et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, *op. cit.*, n° 74, p. 105, n° 1117; Civ. Liège (6^e ch.), n° 09/5314/A, 9 février 2011, *Rec. jur. ass.*, 2011, p. 111, note C. MÉLOTTE; C. MÉLOTTE, «Le discernement de l'enfant et ses conséquences sur la responsabilité des parents», *Rec. jur. ass.*, 2011, pp. 113-124; J.-L. FAGNART, «La quadrature du cercle. Propos non censurés sur la responsabilité civile des parents», in *Responsabilités autour et alentour du mineur*, Jeune Barreau de Liège, Limal, Anthemis, 2011, pp. 183-190; J.-L. FAGNART, «L'enfant-catastrophe. De l'indigence de la responsabilité à la nécessité de l'assurance», in H. PREUMONT et I. STEVENS (dir.), *Les jeunes et le droit. Approche pluridisciplinaire*, Jeune Barreau de Namur, Limal, Anthemis, 2017, pp. 245-256.

¹¹⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 303: par discernement, il y a lieu d'entendre «aptitude à distinguer le bien du mal qui, apparaissant chez le mineur à l'âge de raison (question de fait), le rend capable de s'obliger délictuellement».

(consentement en matière d'adoption) et 349-2 (consentement au changement de prénom de l'adopté), et avec l'article 1004/1 (droit d'audition) du Code judiciaire.

§ 2. Quant à la modération du montant de l'indemnité

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

L'article 5.156 prévoit une obligation d'assurance dans le chef du titulaire de l'autorité sur la personne du mineur dès lors que ce titulaire est tenu de répondre du comportement préjudiciable du mineur¹¹⁸.

L'on voit mal pourquoi le juge pourrait néanmoins modérer le montant de l'indemnité. Certes, l'Exposé des motifs précise bien que cette limitation se justifie par le fait que cette responsabilité peut entraîner une lourde charge financière pour l'avenir¹¹⁹. Une telle justification n'est pas convaincante : dès lors que les parents ou un titulaire de l'autorité sur le mineur devra répondre de plein droit de ses actes et veiller à souscrire une assurance afin de couvrir sa responsabilité, la faculté de permettre au juge de modérer le montant de l'indemnité ne devrait plus être maintenue. Est-ce réellement équitable que ce soit la victime qui se voit accorder une indemnisation réduite du fait que l'auteur de son dommage soit un mineur ?

Nous pourrions peut-être songer à l'hypothèse dans laquelle la responsabilité d'un mineur serait engagée à la suite d'un fait intentionnel. Dans un tel cas de figure, l'assureur couvre la responsabilité des parents, tuteurs... du fait de l'enfant mineur¹²⁰. Même si la couverture reste acquise à l'égard du tiers lésé, l'assureur peut se réserver la faculté d'exercer un recours envers le mineur auteur des dommages. Ce recours est limité à un plafond (variant de 11 000 à 31 000 euros¹²¹). Mais même dans cette hypothèse, pourquoi est-ce à la personne lésée de souffrir de la minorité de l'auteur de son dommage ?

Cette perspective de dérogation à la réparation intégrale du dommage, outre le fait qu'elle nous apparaît ne pas pouvoir être justifiée, est de nature à générer une insécurité juridique.

¹¹⁸ Voy. notamment : J.-L. FAGNART, « La quadrature du cercle. Propos non censurés sur la responsabilité civile des parents », *op. cit.*, pp. 183-190 ; J.-L. FAGNART, « L'enfant-catastrophe. De l'indigence de la responsabilité à la nécessité de l'assurance », *op. cit.*, pp. 245-256.

¹¹⁹ Exposé des motifs, p. 64 ; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 68.

¹²⁰ Cass., 25 mars 2007, *Arr. Cass.*, 2003, liv. 3, p. 740 ; *Pas.*, 2003, p. 617 ; *RGAR*, 2004, n° 13803 ; *RW*, 2003-2004, p. 264 ; *RDC*, 2003, p. 669, note G. JOCQUÉ ; *Bull. ass.*, 2003, p. 545, note H. ULRIGHTS.

¹²¹ Arr. royal du 12 janvier 1984 déterminant les conditions minimales de garantie des contrats d'assurance couvrant la responsabilité civile extracontractuelle relative à la vie privée, *M.B.*, 31 janvier 1984 (et modifications), art. 6 et 7.

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

83. Le libellé de l'alinéa 3 de l'article 5.154 pose problème et ne semble pas refléter la volonté des auteurs du projet de la réforme¹²². 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.

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

84. 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 pourrait modérer le montant de l'indemnité. Une telle modération n'est pas envisagée à l'article 5.161.

85. Au surplus, l'article 5.156 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.

86. Nous sommes d'avis que si la responsabilité basée sur la faute peut, le cas échéant, 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).

¹²² H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 68 : « Pour le mineur âgé de plus douze ans, il n'y a en tout cas pas lieu de modérer le montant de l'indemnité lorsqu'un assureur couvre effectivement sa responsabilité. Si la responsabilité du mineur est entièrement couverte par le contrat d'assurance, le mineur sera tenu à la réparation intégrale et son assureur ne pourra pas invoquer la possibilité de modération, comme c'est déjà le cas aujourd'hui sur la base de la jurisprudence de la Cour de cassation dans le cadre de la responsabilité de personnes atteintes de troubles mentaux. »

Section 3

Suggestion

87. L'article 5.153 pourrait être rédigé en ces termes :

Le mineur de moins de douze ans n'est pas responsable du dommage causé par sa faute. Il peut toutefois être déclaré responsable du dommage causé pour tout autre fait générateur de responsabilité.

88. L'article 5.154 relatif aux mineurs de douze ans ou plus pourrait être libellé comme suit :

Le mineur de douze ans ou plus est responsable du dommage causé par sa faute ou par tout autre fait générateur de responsabilité.

Analyse de l'article 5.155

Responsabilité des personnes atteintes d'un trouble mental

Section 1

L'avant-projet

§ 1. Le texte

89. L'article 5.155 énonce :

La personne atteinte d'un trouble mental qui abolit ou altère gravement sa capacité de discernement ou de contrôle de ses actes est responsable du dommage causé par sa faute ou par tout autre fait générateur de responsabilité.

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

§ 2. Justification

90. Cette disposition confirme le régime de responsabilité particulier pour les dommages causés par des personnes souffrant de maladies mentales.

Section 2

Appréciation

§ 1. Observations générales

91. Tout d'abord, il convient de retenir l'expression « personnes atteintes d'un trouble mental » dans l'intitulé de la section 2, plutôt que le terme « malades mentaux ».

92. Ensuite, l'article 5.155 se veut une transposition du régime de responsabilité particulier libellé à l'actuel article 1386*bis* du Code civil¹²³.

¹²³ C. civ., art. 1386*bis* : « 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.

Le juge statue selon l'équité, tenant compte des circonstances et de la situation des parties. »

L'Exposé des motifs précise que l'article 5.155 s'applique à « un trouble mental maladif qui perturbe le fonctionnement normal du psychisme. Cela englobe également la maladie d'Alzheimer et d'autres formes de démence¹²⁴ ». La maladie d'Alzheimer ou toute autre démence sont des maladies évolutives. Un patient peut être diagnostiqué comme souffrant d'une maladie d'Alzheimer sans qu'il ait, au moment du diagnostic, une capacité de discernement abolie ou fortement altérée.

La disposition en projet, tout comme l'article 1386*bis* du Code civil, ne vise dès lors pas toute personne atteinte d'un trouble mental, mais uniquement celle ayant perdu toute capacité de discernement ou dont cette capacité est gravement altérée.

Persiste ainsi la question de savoir comment une personne « atteinte d'un trouble mental qui abolit ou altère gravement sa capacité de discernement ou de contrôle de ses actes » puisse encore être tenue responsable de ses actes. Une telle responsabilité nous semble pouvoir être retenue dans la mesure où la responsabilité est considérée de manière objective. « En droit positif, on est responsable lorsqu'on est obligé de réparer le dommage¹²⁵. » Une telle responsabilité objective devrait être accompagnée d'une obligation d'assurance.

93. Enfin, en combinant l'article 5.153 et l'article 5.155, il résulte qu'un mineur âgé de moins de douze ans, mais pourtant atteint de troubles mentaux, n'est pas responsable du dommage causé par sa faute ou par tout autre fait générateur de responsabilité¹²⁶.

Observons néanmoins qu'une personne démente peut avoir une capacité de discernement équivalente à celle d'un enfant de moins de douze ans.

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

94. 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.

§ 3. Quant à la modération du montant de l'indemnité et à l'utilité d'une assurance RC vie privée à charge de tout ménage

95. L'alinéa 2 prévoit que « le juge peut néanmoins modérer l'indemnité de la façon prévue à l'article 5.154, alinéas 2 et 3 ».

L'alinéa 2 de l'article 1386*bis* du Code civil actuellement en vigueur prévoit déjà la possibilité pour le juge de statuer en équité en tenant compte des circonstances et de la situation des parties.

¹²⁴ Exposé des motifs, p. 65 ; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 68.

¹²⁵ H. DE PAGE, *Traité, op. cit.*, t. II, n° 903.

¹²⁶ Exposé des motifs, p. 66 ; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 69.

96. N'y aurait-il pas lieu d'envisager une obligation d'assurance RC familiale ou 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 abolissant ou altérant gravement sa capacité de discernement ?

L'Exposé des motifs nous apprend par ailleurs qu'«à l'heure actuelle, quelque 80 % des ménages auraient contracté une assurance RC familiale ou vie privée¹²⁷». Cette situation n'est toutefois que partiellement satisfaisante, car on peut penser que les ménages qui ont souscrit une assurance sont ceux qui vivent dans une relative aisance. Les riches protègent leur patrimoine par l'assurance ; les plus démunis ne songent pas à protéger leurs maigres ressources, ni à prévoir l'indemnisation de leurs victimes éventuelles.

À une certaine époque, le Parlement a été saisi de propositions de lois tendant à rendre obligatoire l'assurance de la responsabilité civile «vie privée»¹²⁸. Il est regrettable que ces propositions n'aient pas été retenues.

L'avant-projet aurait été une bonne occasion de les reprendre.

Section 3

Suggestion

97. Harmoniser l'intitulé de la section 2 avec le libellé du titre de l'article 5.155 en retenant le terme «personnes atteintes d'un trouble mental».

98. En l'absence d'obligation d'assurance RC familiale ou vie privée, l'article 5.155 pourrait être rédigé dans les termes suivants :

La personne qui est atteinte d'un trouble mental qui abolit ou altère gravement sa capacité de contrôle de ses actes peut être déclarée responsable du dommage causé par sa faute ou par tout autre fait générateur de responsabilité.

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 à la réparation intégrale du dommage lorsqu'un assureur couvre effectivement la responsabilité de la personne atteinte d'un trouble mental grave.

99. En présence d'une obligation d'assurance RC familiale ou vie privée, l'article 5.155 pourrait être soit supprimé, soit libellé comme suit :

La personne qui est atteinte d'un trouble mental qui abolit ou altère gravement sa capacité de contrôle de ses actes est responsable du dommage causé par sa faute ou par tout autre fait générateur responsabilité.

¹²⁷ Exposé des motifs, p. 71 ; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 72.

¹²⁸ Prop. de P. DE СТЕХНЕ, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1977-1978, n° 182/1 ; prop. d'E. KNOOPS, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 1977-1978, n° 321/11.

Analyse de l'article 5.162, alinéa 1^{er}

Lien de causalité : principe général

Section 1

L'avant-projet

§ 1. Le texte

100. L'article 5.162, alinéa 1^{er}, énonce :

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.

§ 2. Justification

101. L'Exposé des motifs rappelle le principe de base du droit de la responsabilité «selon lequel une faute est uniquement source de responsabilité lorsqu'elle est la cause du dommage¹²⁹». L'Exposé des motifs ajoute : « Il y a un lien de causalité lorsque le dommage tel qu'il s'est produit *in concreto* ne serait pas survenu ou ne serait pas survenu de la même manière sans le fait générateur de responsabilité. La Cour de cassation confirme de façon constante cette règle [...] ¹³⁰. »

L'Exposé des motifs souligne enfin que «l'article 5.162, alinéa 1^{er} confirme la jurisprudence selon laquelle l'existence d'un lien de causalité peut également être déduit de la constatation qu'une faute ou un autre fait générateur de responsabilité est la seule explication possible du dommage¹³¹ ».

Section 2

Appréciation

§ 1. Le principe général

102. Lorsque l'on examine toutes les théories de la causalité, il n'y a que deux approches possibles.

¹²⁹ Exposé des motifs, p. 89 ; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 83.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ Exposé des motifs, p. 95 ; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 86.

La première considère que toutes les conditions nécessaires à la survenance d'un événement sont les causes de celui-ci. Comme leur nécessité est la même, toutes ces conditions ont une valeur équivalente. C'est la théorie dite de « l'équivalence des conditions ».

La seconde approche consiste à faire une sélection entre les conditions nécessaires. La sélection peut être faite *a priori* sur la base de critères objectifs. On retiendra par exemple comme cause du dommage la dernière en date (théorie de la *causa proxima*). La sélection peut se faire aussi *a posteriori* par le choix inévitablement subjectif d'un juge qui déterminera, parmi les conditions nécessaires, celles qu'il estime être « la cause adéquate ».

103. La théorie de l'équivalence des conditions est celle qui est appliquée de façon constante par la Cour de cassation. L'Exposé des motifs le rappelle judicieusement. L'article 5.162, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet reprend ce principe.

104. Peut-on considérer que la théorie de l'équivalence des conditions serait « simpliste »¹³² et qu'elle permettrait de « rendre responsable à l'infini toute personne sans la faute de laquelle le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est réalisé *in concreto* » ? Est-il également crédible d'affirmer que « mis à part quelques rares auteurs belges francophones, il n'est plus personne en Europe pour prétendre que la théorie de l'équivalence des conditions permet, à elle seule, de répondre de manière adéquate à toutes les questions causales » ?

Sincèrement, nous ne le pensons pas.

105. On observera tout d'abord que la théorie de l'équivalence des conditions n'est pas seulement défendue par « quelques rares auteurs belges francophones ». En Belgique, elle est appliquée de façon constante par la Cour de cassation, comme le reconnaît d'ailleurs l'Exposé des motifs¹³³. L'Exposé des motifs souligne également : « Selon la majorité de la doctrine, la Belgique se contente en effet, tout au moins en théorie, de la théorie de l'équivalence des conditions¹³⁴. »

Il est vrai qu'en droit comparé, la théorie de l'équivalence des conditions connaît moins de succès que les autres théories, mais elle est néanmoins connue et appliquée.

En France, par exemple, d'innombrables arrêts en font application. À titre purement exemplatif, on en cite quelques-uns :

- le grand-père qui a laissé une arme chargée dans une pièce accessible à ses petits-enfants est responsable des blessures causées par l'usage de l'arme fait par l'un des enfants¹³⁵ ;

¹³² B. DUBUISSON et H. BOCKEN, « La réforme du droit de la responsabilité civile : un droit commun applicable à tous ». Réponse à M^e Isabelle Lutte, *op. cit.*, pp. 729 et suiv., spéc. p. 730.

¹³³ Exposé des motifs, p. 89 ; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 83.

¹³⁴ Exposé des motifs, p. 96 ; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 87.

¹³⁵ Cass. fr., civ., 2^e, 11 janvier 1979, n^o 76-15.133, *Bull.*, 1979, II, n^o 19.

- l'automobiliste qui blesse un piéton qui a besoin d'une transfusion de sang est responsable de la contamination du blessé par le virus de l'immunodéficience humaine¹³⁶ ;
- même si le pharmacien a abusivement augmenté le dosage, le médecin qui a prescrit un médicament inapproprié à un nourrisson est responsable des dommages subis par celui-ci¹³⁷.

On peut citer aussi un arrêt de principe énonçant : « Cette pluralité des causes, à supposer qu'elle soit démontrée, n'est pas de nature à faire obstacle à l'indemnisation de l'entier dommage par l'auteur initial, par application du principe de l'équivalence des causes dans la production d'un même dommage en matière de responsabilité délictuelle¹³⁸. »

En synthèse, on peut considérer que, sous réserve d'exceptions plus ou moins importantes, la jurisprudence française en général retient comme causes du dommage toutes les conditions nécessaires à sa survenance¹³⁹. Certains auteurs faisant l'analyse de la jurisprudence estiment que celle-ci retient la théorie de l'équivalence des conditions au stade de la poursuite exercée par la victime, car son indemnisation en est facilitée, et qu'elle revient à la théorie de la causalité adéquate pour régler la contribution respective des différents co-auteurs¹⁴⁰.

106. La meilleure preuve de la vigueur de la théorie de l'équivalence des conditions est qu'elle est consacrée par l'article 5.162, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet.

§ 2. La preuve de la causalité

107. On s'étonnera sans doute de lire que, dans la définition du lien de causalité, l'avant-projet énonce qu'un fait générateur est la cause d'un dommage si le fait en question « est la seule explication possible du dommage¹⁴¹ ».

Cette considération semble concerner non la notion de « lien causal », mais bien la preuve de celui-ci.

¹³⁶ C'est la célèbre affaire « Courtellemont », dans laquelle la Cour d'appel de Paris a décidé : « Dès lors que plusieurs causes produites successivement ont été les conditions nécessaires du dommage, toutes sont les causes, de la première à la dernière. » (Paris, 7 juillet 1989, *Gazette du Palais*, 1992, p. 752 et les remarquables conclusions de l'avocat général PICHOT) De façon générale, la jurisprudence française retient la responsabilité de l'auteur de l'accident initial dans les conséquences de la contamination sanguine subséquente (voy. par ex. C. CLÉMENT, « Le juge civil retient la théorie de l'équivalence des conditions dans une affaire de contamination transfusionnelle par le virus du sida », *RDS*, n° 14, 2006, p. 527 ; Cass. fr., civ., 1^{re}, 4 décembre 2001, *Bull.*, 2001, I n° 310, p. 197 ; Cass. fr., civ., 1^{re}, 2 juillet 2002, n° 00-15848, *JCP*, 2003, I, p. 152, n° 27, note G. VINEY ; Cass. fr., civ., 2^e, 25 janvier 2007, n° 06-1461, www.courdecassation.fr).

¹³⁷ Cass. fr., civ., 1^{re}, 14 octobre 2010, n° 09-68.471, *Rev. trim. dr. div.*, 2011, 135, note P. JOURDAIN.

¹³⁸ Cass. fr., civ., 2^e, 27 mars 2003, n° 01-00850, *Bull.*, 2003, n° 76 ; *RGDA*, 2003, p. 504, note J. LANDEL.

¹³⁹ G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, Paris, LGDJ, 2013, pp. 257 et suiv., n°s 354 et suiv.

¹⁴⁰ F. CHABAS, *L'influence de la pluralité des causes sur le droit à la réparation*, Paris, LGDJ, 1967, pp. 102 et suiv. ; Y. LAMBERT-FAIVRE, « De la poursuite à la contribution : quelques arcanes de la causalité », *Dall.*, 1992, *Chron.*, 311.

¹⁴¹ Exposé des motifs, p. 95 ; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, pp. 86-87.

Cette forme de preuve est admise par la jurisprudence¹⁴².

Selon l'Exposé des motifs, ce raisonnement de la jurisprudence « est parfois qualifié, à tort, de preuve négative ou inductive du lien *csqn* [lire : condition *sine qua non*]. Le constat qu'il n'y a pas d'autre explication possible à la survenance du dommage n'est en effet pas basé sur une analyse résultant du résultat auquel aboutissent les autres facteurs de causalité faisant partie de l'historique du dommage lorsqu'on fait abstraction de la faute¹⁴³ ». L'explication ainsi donnée ne nous paraît ni pertinente, ni convaincante.

Ainsi, la jurisprudence adopte un raisonnement fondé sur les présomptions. Elle part de faits connus (le dommage et les circonstances de sa survenance) pour arriver à un fait inconnu (le fait sans lequel le dommage ne serait pas survenu tel qu'il s'est produit).

On reste dans la théorie de l'équivalence des conditions, et, conformément à celle-ci, on recherche la cause du dommage.

Le raisonnement par présomptions n'est pas un critère de la causalité, mais un simple mode de preuve. La discussion à ce sujet n'a toutefois aucun intérêt pratique. Il s'agit uniquement de bien clarifier les idées.

Section 3

Suggestion

108. L'article 5.162, alinéa 1^{er}, pourrait s'inspirer des formules utilisées par les arrêts de la Cour de cassation. Le texte pourrait être :

Un fait générateur de responsabilité est la cause d'un dommage lorsque, sans ce fait, le dommage ne serait pas survenu tel qu'il s'est produit.

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ Exposé des motifs p. 95 ; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 87

Analyse de l'article 5.162, alinéa 2

Lien de causalité distendu

Section 1

L'avant-projet

§ 1. Le texte

109. L'article 5.162, alinéa 2, dispose :

Toutefois, il n'y a pas de responsabilité si le lien entre ce fait et le dommage est à ce point distendu qu'il serait manifestement déraisonnable d'imputer ce dommage à celui auquel la réparation est demandée. Dans cette appréciation, il est 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 augmenté de manière significative le risque de survenance du dommage.

§ 2. Justification

110. L'Exposé des motifs justifie cette disposition par plusieurs considérations. Tout d'abord, les juges du fond ne seraient pas « toujours satisfaits de l'application stricte des principes actuels. D'ailleurs, dans un nombre relativement important de cas, la Cour de cassation entérine également des décisions qui ne sont pas ou sont difficilement conciliables avec le texte de la condition *sine qua non* (*csqn*) sans toutefois parvenir à formuler un critère général sur la base duquel des dérogations peuvent se justifier¹⁴⁴ ». En outre, le droit comparé ferait apparaître que la théorie de l'équivalence des conditions, lorsqu'elle est appliquée, l'est avec de sérieux correctifs.

L'article 5.162 de l'avant-projet énonce un correctif. La théorie de l'équivalence des conditions est écartée lorsqu'il paraît « manifestement déraisonnable » de conclure sur cette base à une responsabilité de l'auteur des faits générateurs.

¹⁴⁴ Exposé des motifs, p. 97 ; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 87.

Section 2

Appréciation**§ 1. La tentative de justification**

111. Les explications données par l'Exposé des motifs ne sont pas très convaincantes.

L'article 5.162, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet établit une règle. L'article 5.162, alinéa 2, permet d'y déroger lorsque l'application de la règle semble « manifestement déraisonnable ».

Il existe sans doute, comme le souligne l'Exposé des motifs, un certain nombre de décisions des juges du fond qui, parfois, ne respectent pas la théorie de l'équivalence des conditions. Lorsqu'une règle n'est pas toujours strictement respectée, la bonne solution est-elle de décider qu'il est permis de la méconnaître? On n'ose pas imaginer ce qui se passerait si, par exemple, constatant que tous les automobilistes ne s'arrêtent pas aux feux rouges, on édicterait une règle énonçant que le conducteur qui pénètre dans un carrefour en brûlant le feu rouge ne commet pas d'infraction lorsqu'il pouvait penser déraisonnable de devoir s'arrêter.

112. L'argument du droit comparé n'est pas plus convaincant. Dans les pays où l'on applique la théorie de la causalité adéquate, la doctrine critique sévèrement celle-ci.

Au Québec, on a souligné que la recherche de la « prévision raisonnable », lorsqu'elle est possible, revient nécessairement à analyser la conduite de l'individu et aboutit ainsi à la confusion de la faute et de la causalité¹⁴⁵. En Suisse, des auteurs ont démontré qu'il est contraire « à la notion même de causalité » d'introduire des nuances touchant son intensité. En logique comme dans la nature, la cause existe ou n'existe pas, elle ne peut être ni « partielle », ni « adéquate », ni « relative »¹⁴⁶. Plus fondamentalement, le rejet de la théorie de l'équivalence des conditions est source d'insécurité juridique. Le professeur Beaudouin le déplore : « Certains faits rendent la survenance du préjudice simplement possible, d'autres plausible, d'autres enfin probable. La recherche, malgré un désir d'objectivité, requiert donc dans chaque cas un jugement de valeur qui, dans un contexte jurisprudentiel, est susceptible de multiples variations¹⁴⁷. »

¹⁴⁵ J.-L. BAUDOUIN, *La responsabilité civile*, 3^e éd., Québec, éd. Yvon Blais, 1989, p. 190, n° 347.

¹⁴⁶ H. DESCHENEUX et P. TERCIER, *La responsabilité civile*, Berne, éd. Staempfli, 1982, p. 61, n° 45.

¹⁴⁷ J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, p. 189, n° 343.

§ 2. La tentative d'encadrement

113. L'article 5.162, alinéa 2, encadre-t-il strictement, comme on l'a parfois prétendu, les dérogations possibles aux principes énoncés par l'article 5.162, alinéa 1^{er}? Il est permis d'en douter.

On peut déroger au principe de l'équivalence des conditions lorsque le lien entre le fait générateur et le dommage est « distendu ».

C'est comme en amour. Quand les liens se distendent, le couple se sépare. Mais à partir de quel moment les liens sont-ils suffisamment distendus pour qu'il y ait séparation? L'article 5.162, alinéa 2, répond : c'est au moment où « il serait manifestement déraisonnable » de maintenir le lien. Ce n'est pas très précis.

Pour apprécier ce qui est manifestement déraisonnable, l'article 5.162 suggère toutefois deux critères, mais à titre purement exemplatif. Ce qui signifie qu'on peut en trouver d'autres. En effet, l'article 5.162 énonce : « Dans cette appréciation, il est tenu compte, *en particulier*, du caractère imprévisible [...] ».

Examinons les deux critères exemplatifs de la « déraison », au sens de l'article 5.162.

A. L'imprévisibilité du dommage

114. Le premier est le « caractère imprévisible du dommage au regard des conséquences normales du fait générateur de la responsabilité ».

La prévisibilité du dommage est un critère qui appelle plusieurs critiques.

- a) Dans les régimes de responsabilité sans faute, ce critère est inapplicable, puisque l'auteur du fait générateur n'a rien voulu, ni prévu. Même s'il l'ignore d'une ignorance invincible¹⁴⁸, le conducteur d'un véhicule est responsable du vice affectant la direction de la voiture, vice qui va provoquer un grave accident.
- b) Dans les régimes de responsabilité fondée sur la faute, le critère méconnaît le principe de précaution. On considère aujourd'hui que commet une faute celui qui envisage uniquement « les conséquences normales » de ses actes. Selon le principe de précaution, il y a responsabilité, dans une situation d'incertitude connue, si l'on ne prend pas toutes les précautions pour éliminer tous les risques de dommage, même les plus improbables. « Face à des dangers potentiels inconnus mais redoutables, mieux vaut s'abstenir. Alors que la prévention tend à éviter des risques connus, la précaution tend à ne pas créer des risques inconnus ; le principe de précaution est la sagesse du scientifique et du technicien qui mesure ses connaissances à l'aune de ses ignorances¹⁴⁹. »

¹⁴⁸ Cass., 6 octobre 1961, *Pas.*, 1962, p. 152; R. O. DALCQ, 1962, n° 6905, note R. O. DALCQ; *RCJB*, 1963, p. 5, note A. LAGASSE.

¹⁴⁹ Y. LAMBERT-FAIVRE, *Le droit du dommage corporel*, Paris, Dalloz, 2000, n° 650.

- c) La prévisibilité du dommage n'est pas un critère d'une grande précision. Deux arrêts illustrent l'incertitude de ce critère. Dans une première affaire, un garagiste a nettoyé un moteur avec de l'essence. Un court-circuit se produit et met le feu au véhicule. Il n'y a pas de responsabilité, car le court-circuit était imprévisible¹⁵⁰. Dans une seconde affaire, un jeune garçon avait lancé dans une rue déserte, avec une fronde en élastique, un petit avion dont la trajectoire ne pouvait être ni prévue, ni influencée. Après un vol hasardeux, le petit avion a piqué dans l'œil quelqu'un qui, au moment du lancer, ne pouvait être aperçu. En lançant un petit avion qu'il ne contrôlait pas, l'enfant aurait dû prévoir la possibilité d'un dommage pouvant être causé à une personne non visible à ce moment¹⁵¹. Dans chacune des deux affaires, la solution opposée aurait pu être retenue. La comparaison des deux arrêts démontre que le critère de la prévisibilité du dommage est, pour le justiciable, la voie royale conduisant à l'imprévisibilité du droit.
- d) Le critère de la prévisibilité du dommage est si contestable que la jurisprudence ne l'applique pas. On peut citer plusieurs exemples. Est condamné le chef d'homicide involontaire l'auteur d'un accident relativement banal à la suite duquel la victime, admise à l'hôpital, est décédée :
- en raison de l'absence d'injection de sérum antitétanique, s'expliquant par la propreté apparente des plaies¹⁵²;
 - après avoir subi une simple artériographie, provoquant une hémiplégie conduisant au décès¹⁵³;
 - après avoir subi une opération, en inhalant un tampon d'ouate placé dans son nez par un tiers inconnu¹⁵⁴;
 - alors qu'atteinte d'une allergie (indétectable) au Piramidon, elle a été traitée par ce produit, ce qui a provoqué chez elle une agranulocytose conduisant au décès¹⁵⁵.

B. *Le rôle causal anodin*

115. L'autre critère de « déraison » proposé par l'article 5.162, alinéa 2, est « la circonstance que celui-ci (le fait générateur) n'a pas augmenté de manière significative le risque de survenance du dommage ».

Ce critère est logiquement inapplicable. En effet, sans le fait générateur, le dommage ne se serait pas produit tel qu'il est survenu. Dans quel cas peut-on

¹⁵⁰ Cass., 12 novembre 1951, *Pas.*, 1952, I, p. 129. Sur cet arrêt, voy. R. O. DALCO, *Traité de la responsabilité civile*, t. II, Bruxelles, Larcier, nos 2371, 2373 et 2374.

¹⁵¹ Cass., 5 mai 1971, *Pas.*, 1971, p. 802; *JT*, 1971, p. 662; *RGAR*, 1972, n° 8749.

¹⁵² Gand, 9 novembre 1959, *RGAR*, 1959, n° 6264.

¹⁵³ Cass. fr., 16 juin 1969, *JCP*, 1970, II, n° 16402.

¹⁵⁴ Cass., 12 juin 1973, *JT*, 1974, p. 61.

¹⁵⁵ Cass., 5 octobre 1973, *Pas.*, 1974, p. 162.

considérer que ce *fait nécessaire à la survenance du dommage*, n'aurait pas « augmenté de manière significative le risque de survenance du dommage »? Il l'augmente totalement puisqu'il en est l'une des conditions nécessaires.

Section 3

Suggestion

116. L'article 5.162, alinéa 2, devrait être supprimé.

Analyse de l'article 5.165

Aide et incitation

Section 1

L'avant-projet

§ 1. Le texte

117. L'article 5.165 de l'avant-projet énonce :

Aide et incitation

Quiconque incite une autre personne à commettre une faute ou lui apporte son aide à cette fin, est responsable in solidum avec cette personne du dommage causé par cette faute.

§ 2. La justification

118. L'Exposé des motifs est silencieux quant à l'opportunité de prévoir une telle disposition. Celle-ci apparaît comme un simple emprunt au Code civil allemand¹⁵⁶.

Section 2

Appréciation

119. L'article 5.165 de l'avant-projet s'inspire d'une disposition similaire du Code civil allemand¹⁵⁷, mais aussi de notre droit pénal. En effet, en droit pénal belge, est coauteur d'une infraction celui qui a fourni une *aide* nécessaire à son exécution¹⁵⁸, ou celui qui l'a directement provoquée par l'utilisation de moyens d'*incitation*¹⁵⁹.

Il est permis de s'interroger quant à l'opportunité d'insérer, dans ce qui est destiné à devenir un nouveau Code civil, des concepts inspirés du droit pénal (voy. aussi l'article 5.150 qui consacre le concept de « légitime défense »).

¹⁵⁶ Exposé des motifs, p. 105; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, pp. 92-93.

¹⁵⁷ BGB, art. 830, § 2.

¹⁵⁸ Cass., 29 septembre 1993, *Pas.*, I, p. 764.

¹⁵⁹ C. pén., art. 66. L'Exposé des motifs déclarait ainsi, dans sa mouture du 30 mars 2018 (p. 98) que l'article 5.165 « trouve son pendant dans les dispositions du Code pénal concernant les coauteurs et les complices ».

L'Exposé des motifs tente de rassurer sur ce point, en précisant que les conditions de la participation punissable ne devront pas être remplies pour établir l'aide ou l'incitation¹⁶⁰.

Toutefois, il est certain qu'en l'absence de définition de ces concepts dans l'article 5.165 ou dans l'Exposé des motifs, les plaideurs s'inspireront de la casuistique pénale, avec, à la clé, une imprévisibilité certaine.

120. En outre, l'Exposé des motifs ne permet pas d'identifier avec certitude la nature de cette « aide » ou de cette « incitation ». S'agit-il d'une faute ou plutôt d'un nouveau fait générateur de responsabilité objective ?

121. De prime abord, on peut penser que l'esprit de la réforme penche pour la première solution.

Dans sa dernière mouture, l'Exposé des motifs sous-entend que l'incitant ou l'aidant n'est coresponsable que s'il est conscient des intentions fautives du malfaiteur :

La règle ne s'applique que si la personne qui en aide une autre le fait en vue de rendre la faute possible ou de la faciliter. Elle doit donc être consciente des intentions fautives de la personne qu'elle aide. La règle ne s'applique pas à celui qui met uniquement à la disposition d'un autre un moyen avec lequel ce dernier commet ensuite une faute. Celui qui donne une voiture en location à un malfaiteur qui veut commettre un vol n'est pas coresponsable du vol pour ce seul motif; ce n'est le cas que lorsqu'il est conscient de l'intention du malfaiteur et qu'il veut faciliter son acte illicite¹⁶¹.

Ce faisant, l'Exposé des motifs se met en porte-à-faux avec sa résolution de supprimer l'élément subjectif de la faute. En effet, il retient qu'une faute nécessite seulement d'établir la transgression d'une norme de conduite (élément objectif de la faute). Il n'est, en revanche, plus nécessaire d'établir que cette transgression est imputable à son auteur, c'est-à-dire qu'elle a été commise « librement et consciemment » (élément subjectif de la faute)¹⁶².

En outre, exiger que l'aidant ou l'incitant ait conscience de l'acte qu'il commet s'éloigne également de la jurisprudence récente de la Cour de cassation, qui considère que pour qu'il y ait faute, « il n'est pas nécessaire que l'auteur de la transgression ait conscience qu'il la commet¹⁶³ ».

¹⁶⁰ Exposé des motifs, p. 105; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 92.

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² Cass. (1^{re} ch.), 10 avril 1970, *Pas.*, 1970, p. 682; Cass. (1^{re} ch.), 22 septembre 1988, *RCJB*, 1990, p. 203, note R. O. DALCQ; Cass. (3^e ch.), 3 octobre 1994, *JT*, 1995, p. 26. Une large part de la doctrine considère que le caractère conscient de l'acte renvoie à un sens moral: l'acte n'est fautif que si son auteur a su ou dû savoir qu'il agissait contrairement aux normes qu'il aurait dû respecter; L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, *op. cit.*, pp. 25 et suiv.; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, *op. cit.*, p. 1206.

¹⁶³ Cass., 9 février 2017, *RCJB*, 2018, p. 37, note J.-L. FAGNART.

122. Par conséquent, le lecteur pourrait se demander si l'aide et l'incitation ne s'écartent pas du régime de la faute, mais constituent plutôt de nouveaux faits de responsabilité objective. En effet, l'Exposé des motifs indique que le but de l'article 5.165 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 faute¹⁶⁴ ».

Dans cette hypothèse, la victime ne supporterait plus la charge probatoire du lien causal.

Section 3

Suggestion

123. 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).

S'il s'agissait d'une faute, l'Exposé des motifs devrait expliquer ce qui justifie de devoir démontrer la conscience, dans le chef de l'aidant ou de l'incitant, des intentions fautives du malfaiteur, alors que l'élément subjectif de la faute est abandonné, et que la jurisprudence de la Cour de cassation tient l'inverse pour droit.

À défaut, l'article 5.165 serait source d'insécurité juridique.

¹⁶⁴ Exposé des motifs, p. 105; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 92.

Analyse de l'article 5.168

Perte d'une chance

Section 1

L'avant-projet

§ 1. Le texte

124. L'article 5.168 dispose que :

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

§ 2. Justification

125. L'Exposé des motifs énonce que «la théorie de la perte de chance qui vise à résoudre certains cas d'incertitude causale mais qui a suscité beaucoup de critiques en raison de son caractère artificiel est remplacée par une causalité proportionnelle, ce qui ne change rien à ses conséquences. Il paraît à la fois plus clair et plus réaliste de consacrer par voie directe la possibilité pour la victime d'obtenir réparation du dommage en proportion de la probabilité que la faute ou le fait générateur de responsabilité soit la cause du dommage, sans passer par la création d'un préjudice spécifique et artificiel¹⁶⁵».

126. L'Exposé des motifs relève que la conception de la perte de chance située au niveau du préjudice, qualifié d'artificiel, permettrait qu'il soit théoriquement possible d'obtenir une indemnisation tant pour le préjudice constitué par la perte de chance que pour le préjudice finalement survenu si ce dernier est en lien de causalité certain et démontré avec le fait générateur. L'Exposé des motifs admet que ce «problème est resté théorique¹⁶⁶», mais estime toutefois qu'il «devient réel lorsque la personne lésée à la suite d'un dommage à la santé reçoit une allocation d'une institution de sécurité sociale pour ce dommage à la santé et que le dommage l'indemnise également au titre de la perte d'une chance de guérison¹⁶⁷». L'organisme assureur ne peut actuellement pas exercer

¹⁶⁵ Exposé des motifs, 22 août 2018, p. 8; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 32.

¹⁶⁶ Exposé des motifs, p. 122; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 102.

¹⁶⁷ *Ibid.*

son droit de subrogation, puisque le salaire de remplacement qu'il verse à la victime diffère du dommage indemnisé, lequel n'est pas une perte économique, mais la valeur économique de la perte d'une chance¹⁶⁸. La Cour constitutionnelle a souligné la pertinence de cette jurisprudence, estimant qu'il en découle une violation des articles 10 et 11 de la Constitution¹⁶⁹. La victime va en effet percevoir l'indemnisation d'une perte d'une chance (par exemple 80 % du dommage encouru) qu'elle va cumuler avec le salaire de remplacement qui lui est versé par son organisme assureur, et ainsi percevoir concrètement davantage que le préjudice réellement réalisé.

Section 2

Appréciation

127. L'exposé qui suit est divisé en trois parties: l'examen du droit positif (§ 1), l'examen de l'avant-projet (§ 2), une appréciation critique de la jurisprudence et de l'avant-projet (§ 2, C).

§ 1. La perte d'une chance en droit positif

128. La notion de la perte d'une chance est bien connue¹⁷⁰.

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.

La jurisprudence a connu des évolutions importantes qui ne sont pas toujours parfaitement harmonieuses.

¹⁶⁸ Cass., 23 septembre 2013, *Arr. Cass.*, 2013, n° 472.

¹⁶⁹ C.C., n° 42/2017, 30 mars 2017.

¹⁷⁰ P. VAN OMMESLAGHE, « Perte d'une chance et risque réalisé: cherchez l'erreur », in *Droit médical et dommage corporel – état des lieux et perspectives*, Limal, Anthemis, 2014, pp. 211 et suiv.; B. DUBUISSON, « La théorie de la perte d'une chance en question: le droit contre l'aléa? », *JT*, 2007, pp. 489 et suiv.; I. BOONE, « Het 'verlies van een kans' bij onzeker causaal verband », *RW*, 2004-2005, pp. 94 et suiv.; I. DURANT, « La causalité, simple trait d'union ou véritable variable d'ajustement? », in *Droit des obligations. Développements récents et pistes nouvelles*, Limal, Anthemis, 2007, coll. CUP, vol. 96, pp. 37 et suiv.; N. ESTIENNE, « L'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} avril 2004. Une chance perdue pour les victimes de fautes médicales? », *JT*, 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...) », *RCJB*, 2013, pp. 605 et suiv.; 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 suiv.; D. PHILIPPE, « Quelques réflexions sur la perte d'une chance et le lien causal », *RDC*, 2013, p. 1004; I. LUTTE, « Quelques considérations à propos de la perte d'une chance et de la causalité », *For. ass.*, 2019, pp. 23-27.

A. *La perte d'un avantage (conception restrictive)*

129. 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 escompter¹⁷¹ ».

Ce qui est alors visé, c'est la perte d'obtenir un gain (la perte d'une chance d'obtenir une réconciliation entre époux¹⁷², la perte d'une chance de voir un terrain classé en zone à bâtir¹⁷³, la perte par la SNCB d'une chance d'effectuer un transport¹⁷⁴, la perte de la chance d'obtenir l'adjudication d'un marché¹⁷⁵).

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 d'application privilégié de ce concept est la responsabilité de l'avocat dont la faute cause à son client la perte d'une chance de gagner son procès¹⁷⁶.

B. *La perte d'une chance d'éviter un préjudice (conception extensive)*

130. On considère souvent que c'est par son arrêt du 19 janvier 1984 que la Cour de cassation a étendu la théorie que nous examinons à « la chance d'éviter un préjudice ». Par cet arrêt, la Cour décide que les juges du fond peuvent constater une relation de cause à effet « entre les fautes d'un médecin et la perte des chances qu'avait la victime d'un accident de ne pas être amputée ou de l'être d'une manière moins importante¹⁷⁷ ».

Il convient toutefois d'observer que cette conception extensive avait fait l'objet, antérieurement à l'arrêt de 1984, de certaines applications par les juges du fond¹⁷⁸.

Cette conception extensive de la théorie de la perte d'une chance faisait toutefois l'objet de critiques très vives aussi bien en Belgique¹⁷⁹ qu'en France¹⁸⁰.

¹⁷¹ Cass., 19 octobre 1937, *Pas.*, 1937, I, p. 298.

¹⁷² Cass., 8 décembre 1958, *Pas.*, 1959, I, p. 354.

¹⁷³ Cass., 19 juin 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 1306.

¹⁷⁴ 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.

¹⁷⁵ Cass., 19 septembre 2002, *JT*, 2003, p. 212.

¹⁷⁶ Pour un exemple récent: Civ. Bruxelles, 20 mai 2019, *For. ass.*, 2019, p.104.

¹⁷⁷ Cass., 19 janvier 1984, *Pas.*, 1984, p. 548; *RGAR*, 1986, n° 11084, note T. VANSWEEVELT.

¹⁷⁸ Voy. not. Bruxelles, 12 février 1957, *Pas.*, 1958, II, p. 1; Bruxelles, 19 janvier 1965, *Pas.*, 1965, II, p. 13; Corr. Courtrai, 23 juin 1960, *RW*, 1961-62, col. 1812.

¹⁷⁹ L. CORBISIER, « Pouvoirs et transparence dans la relation thérapeutique », *RGAR*, 1990, n° 11682; C. HENNAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1987, pp. 242 et suiv., n°s 471 et suiv.; P. HENRY, « La responsabilité civile du médecin », in *Les frontières juridiques de l'activité médicale*, Liège, Jeune Barreau de Liège, 1993, pp. 51-52.

¹⁸⁰ J. BORÉ, « L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable », *JCP*, 1974, I, 2620; F. CHABAS, « La perte d'une chance en droit français », in *Déve-*

C. L'arrêt des Chambres réunies

131. Dans une pénible affaire d'agression au vitriol, la Cour d'appel de Liège a décidé que l'absence de mesures de prévention prises par les autorités de police était fautive et avait fait perdre à la victime 50 % des chances de ne pas être agressée. La Cour d'appel condamne l'État belge et la Ville de Liège, *in solidum*, à réparer 50 % du préjudice causé. Cet arrêt a été cassé en raison de l'absence de constatation par les juges du fond d'un lien de causalité entre la faute et le dommage¹⁸¹.

Statuant sur renvoi, la Cour d'appel de Bruxelles décide que si des mesures avaient été prises, la victime aurait eu une chance que le risque qu'elle encourrait ne se réalise pas¹⁸². Un nouveau pourvoi fut formé.

Suivant les remarquables conclusions de l'avocat général Werquin, la Cour de cassation, statuant en chambres réunies, a décidé qu'en règle, « le juge ne peut condamner l'auteur d'une faute à réparer le dommage réellement subi s'il décide qu'une incertitude subsiste quant au lien entre la faute et ce dommage ». L'arrêt relève que, dans sa décision, « la Cour d'appel n'avait pas exclu que, sans la faute des demandeurs, le dommage invoqué par les défendeurs ait pu se produire tel qu'il est réalisé¹⁸³ ».

Sur renvoi, la Cour d'appel de Mons rappelle les principes énoncés par la Cour de cassation et décide, en fait, qu'il est démontré par la victime que sans la faute des autorités de police, « son 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 arrivé¹⁸⁴ ».

On ne peut qu'approuver cet arrêt. Il constate que la jeune femme qui fut agressée était exposée au *risque* d'agression. Sans la faute des autorités, le risque n'aurait pu se réaliser tel qu'il l'a été.

loppements récents du droit de la responsabilité civile, Genève, Centre d'études juridiques européennes, 1993, pp. 131 et suiv.; M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats*, Paris, LGDJ, 1992, n° 481 et n°s 605-609; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Le fond de droit civil*; t. II-1, Paris, éd. Montchrestien, 1991, pp. 410-416; G. MEMETEAU, « Perte d'une chance en droit médical », *Revue Université MacGil*, Montréal, 1986, pp. 112 et suiv.; J. PENNEAU, *La responsabilité médicale*, Paris, éd. Sirey, 1977, n°s 103 et suiv.; R. SAVATIER, « Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé? », *Dall.*, 1970, Chron., 123.

¹⁸¹ Cass., RG C.97.0142.F-C.97. 0152.F, 19 juin 1998, *Bull.*, 1998, p. 763.

¹⁸² Bruxelles, 4 janvier 2001, *Journal des procès*, 2001, n° 410, p. 22, note J. FERMON.

¹⁸³ Cass., ch. réunies, 1^{er} avril 2004, *Pas.*, 2004, p. 527, concl. T. WERQUIN, *JT*, 2005, p. 357, note N. ESTIENNE; *JLMB*, 2006, p. 1076; *NJW*, 2005, p. 628, note S. LIERMAN, concl. T. WERQUIN; *RW*, 2004-2005, p. 106, note I. BOONE; *Bull. ass.*, 2006, p. 235, concl. T. WERQUIN.

¹⁸⁴ Mons, 10 octobre 2005, *JT*, 2005, p. 717; *JLMB*, 2016, p. 1077.

D. Les divergences des Chambres de la Cour de cassation

132. Après l'arrêt du 1^{er} avril 2004 prononcé par les Chambres réunies de la Cour, on doit constater une certaine divergence entre les arrêts prononcés par la Chambre francophone et ceux qui émanent de la Chambre néerlandophone.

1° La Chambre francophone

133. Les arrêts francophones décident généralement que la perte d'une chance est un *dommage* consistant en la perte d'un avantage probable.

Un arrêt très clair concerne la perte d'une chance d'obtenir l'adjudication d'un marché public. L'arrêt rappelle le principe : « Lorsque le dommage consiste en la perte d'une chance d'obtenir un avantage espéré, ce dommage est certain lorsque la perte, en relation causale avec la faute, porte sur un avantage probable. » L'arrêt ne fait pas mention de la chance « d'éviter un dommage ». Il précise : « Le défaut de certitude quant à l'obtention de l'avantage en l'absence de la faute, n'exclut pas son caractère probable¹⁸⁵. »

Un autre arrêt concerne la perte d'une chance d'obtenir un portefeuille d'actions¹⁸⁶.

Un troisième arrêt concerne la perte d'une chance d'obtenir le maintien d'un contrat¹⁸⁷.

134. Un arrêt – assez remarquable – a eu à connaître d'un cas où l'on invoquait la perte d'une chance d'éviter un dommage.

L'arrêt casse la décision d'une Cour d'appel qui avait considéré qu'en raison du défaut d'information donné par les médecins, le patient avait perdu une chance d'éviter des traitements lourds et lui avait alloué une indemnité partielle. Sur pourvoi du patient qui s'estimait mal indemnisé, la Cour décide que le juge

¹⁸⁵ Cass., RG C.15.0395.F, 13 mai 2016, RGAR, 2016, n° 15325; *Bull. ass.*, 2017, p. 453.

¹⁸⁶ Cass., RG C.10.0245.F, 6 décembre 2013, *Pas.*, 2013, p. 2484. La Cour d'appel de Bruxelles avait estimé que, sans la faute, la victime avait 75 % de chances de bénéficier du transfert d'un portefeuille d'actions et lui alloue dès lors 75 % de la valeur du portefeuille. Des motifs de l'arrêt de la Cour d'appel, on doit constater qu'il n'est pas établi avec certitude que, si la victime avait été plus complètement informée, la victime n'aurait pas conclu la même transaction que celle que l'auteur de la faute lui a conseillé d'accepter. L'arrêt n'exclut donc pas que, sans cette faute, le dommage eut pu se produire tel qu'il s'est réalisé. En considérant que le dommage doit s'analyser comme la perte d'une chance de ne pas conclure la transaction, l'arrêt ne justifie dès lors pas légalement sa décision de condamner l'auteur de la faute à réparer le dommage invoqué par la victime.

¹⁸⁷ Cass., RG C.13.0151.F, 22 juin 2017, <http://www.cass.be>, concl. T. WERQUIN; *JLMB*, 2018, p. 1086, concl. T. WERQUIN; *Rev. D.S.*, 2018-19, p. 106, note M. COEFFEUS CALLENS. La Cour d'appel de Mons avait alloué à un médecin une indemnité réparant le préjudice résultant de l'irrégularité de la rupture et une indemnité complémentaire pour absence de consultation du Conseil médical. Cette décision a été cassée, car le juge « qui constate que la faute d'une partie justifie la résolution judiciaire du contrat, et qui accorde à l'autre partie la réparation du dommage consistant en la privation du profit qu'elle escomptait, ne peut allouer en outre à celle-ci la réparation du dommage consistant en la perte de la chance de ne pas subir cette privation ».

d'appel qui, « après avoir considéré que, sans la faute d'un médecin, les traitements réparateurs lourds qu'un patient a dû subir eussent été évités, décide que le dommage subi par ce patient ne consiste qu'en la perte d'une chance d'être traité plus rapidement et de pouvoir subir des traitements moins lourds, n'est pas légalement justifié¹⁸⁸ ».

Lorsqu'un dommage est certain et résulte de la création d'un risque (défaut d'information), il n'y a pas lieu de parler de la perte d'une chance. Le dommage consiste dans la réalisation du risque. Ce dommage certain qui trouve sa cause dans la faute (défaut d'information) justifie une réparation intégrale.

2° La Chambre néerlandophone

135. La Chambre néerlandophone a commencé à prendre ses distances par rapport à l'arrêt du 1^{er} avril 2004 par le célèbre arrêt du « vétérinaire ». Cet arrêt décide que le juge peut indemniser « la perte d'une chance de guérison ou de survie d'un animal s'il constate que le propriétaire d'un animal malade qui, moyennant un traitement scrupuleux, avait une chance de guérison ou de survie et a perdu l'occasion d'obtenir des résultats favorables en raison d'une erreur d'un vétérinaire¹⁸⁹ ».

L'arrêt consacre le principe selon lequel « la perte d'une chance d'éviter un dommage » constitue un dommage (conception extensive).

Plusieurs arrêts confirment que le juge peut accorder une réparation pour la perte d'une chance d'obtenir un gain ou « d'éviter un préjudice » si la perte de cette chance est due à une faute. La perte d'une chance ne peut être prise en considération que si la faute est « la condition *sine qua non* » de la perte de cette chance¹⁹⁰.

136. Suivant la jurisprudence de la Chambre néerlandophone, le juge peut allouer une indemnité pour la perte d'une chance d'obtenir un avantage ou d'éviter un désavantage. Il est entendu que la valeur de la chance perdue ne correspond pas au montant total du préjudice finalement subi. Il n'en constitue qu'un pourcentage correspondant à la probabilité de réalisation de la chance.

Sur la base de ces principes, un arrêt a très logiquement décidé que la perte de la chance d'éviter une incapacité de travail ne constitue pas un dommage au sens de l'article 136, § 2, de la loi sur l'assurance soins de santé et indemnités¹⁹¹.

¹⁸⁸ Cass., RG C.05.0021.F, 12 mai 2006, *JT*, 2006, p. 491; *JLMB*, 2006, p. 1170; *Pas.*, 2006, p. 1112, concl. P. DE KOSTER; *Rev. dr. santé*, 2008-2009, note J.-L. FAGNART.

¹⁸⁹ Cass., 5 juin 2008, *Pas.*, 2008, p. 1425; *JT*, 2009, p. 28, note A. PUTZ; *NJW*, 2009, p. 31, note H. BOCKEN; *NJW*, 2009, p. 31, note I. BOONE, *RW*, 2008-2009, p. 795, note S. LIERMAN; *Rev. dr. santé*, 2008-2009, p. 210, note S. LIERMAN; *Bull. ass.*, 2008, p. 418, note H. BOCKEN.

¹⁹⁰ Cass., RG C.09.0190.N, 17 décembre 2009, *Pas.*, 2009, p. 3056; *RCJB*, 2013, p. 601, note N. ESTIENNE; *RGAR*, 2010, n° 14633; Cass., RG C.09.0433.N, 15 mars 2010, *Pas.*, 2010, p. 839; *NJW*, 2010, p. 660, note I. BOONE; *RGAR*, 2010, n° 14676; Cass., RG C.15.0286.N, 21 avril 2016, *Rev. dr. santé*, 2016-2017, p. 107.

¹⁹¹ Cass., RG C.12.0559.N, 23 septembre 2013, *Pas.*, 2013, p. 1755; *JTT*, 2013, p. 493; *RGAR*, 2014, n° 15106.

La conséquence de cet arrêt est que la victime est en droit de cumuler les indemnités AMI et les indemnités de droit commun pour la réparation d'un dommage autre que la perte de capacité. Cette solution était inacceptable pour la Cour constitutionnelle. Celle-ci a décidé : «Aucune circonstance ne saurait justifier que l'indemnisation de droit commun octroyée du fait de la perte d'une chance ne puisse pas être réclamée par l'organisme assureur, ni que la victime reçoive l'indemnisation de droit commun pour la perte d'une chance sans que l'organisme assureur puisse lui réclamer le remboursement des indemnités qu'il lui a octroyées, à concurrence de l'indemnisation de droit commun accordée¹⁹².»

137. Il devenait difficile de considérer que le préjudice réellement subi et la perte d'une chance d'éviter le préjudice sont deux dommages distincts. La Cour de cassation (chambre néerlandophone) devait donc abolir cette distinction par un arrêt du 14 décembre 2017. Elle a rappelé que «l'objet de la demande est le résultat factuel poursuivi par le demandeur». Elle en déduit que «le juge qui, saisi d'une demande d'indemnisation du dommage résultant d'un avantage non obtenu ou d'un préjudice subi, accorde une indemnisation pour la perte d'une chance d'acquiescer cet avantage ou d'éviter le préjudice, ne modifie pas l'objet de la demande¹⁹³».

Par un arrêt du 5 septembre 2019, la Cour de cassation (chambre néerlandophone) a franchi un pas de plus. La Cour d'appel de Bruxelles avait rejeté la demande d'un patient ayant souffert d'une infection nosocomiale au motif que 70 % de toutes les infections nosocomiales sont inévitables, de sorte que le patient n'établissait pas que même si l'hôpital avait pris les mesures nécessaires, il n'aurait contracté aucune infection. Cette décision a été cassée parce que le juge d'appel n'a pas vérifié si la perte d'une chance ne pouvait pas être retenue dans le cas d'espèce, même si le patient n'avait pas postulé l'indemnisation de cette perte d'une chance d'éviter une infection¹⁹⁴.

§ 2. Examen de l'avant-projet

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

138. 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 artificiel¹⁹⁵».

¹⁹² C.C., n° 42/2017, 30 mars 2017, RGAR, 2017, n° 15392, *Chron. D.S.*, 2018, p. 343.

¹⁹³ Cass., ch. plénière, RG C.16.0296.N, 14 décembre 2017, CRA, 2018, p. 37, note J. MUYLDERMANS; *Consilio*, 2018, p. 39, note J. ROGGE; RABG, 2018, p. 350, note B. MAES et L. VANNECKE; RGAR, 2018, n° 15527; RW, 2018-19, p. 587, note F. AUVRAY; RGDC, 2019, p. 238, note S. JOLDMAN et R. JAFFERALI.

¹⁹⁴ Cass., RG C.18.0302.N, 5 septembre 2019, NJW, 2020, n° 415, p. 78, note F. AUVRAY et K. RONSIJN.

¹⁹⁵ Exposé des motifs, p. 124; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 102.

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 préjudice¹⁹⁶ ».

139. L'avant-projet ne peut qu'être approuvé en ce qu'il souligne que « la perte d'une chance d'éviter un dommage » est un préjudice artificiel. Pour résoudre cette difficulté, la solution logique serait d'éliminer l'artifice et d'examiner la relation causale entre le fait générateur et le risque qui s'est réalisé (voy. ci-dessous, § 3).

Loin d'éliminer l'artifice, l'avant-projet préfère faire basculer la solution boiteuse actuellement admise vers une solution plus contestable encore qui est une « responsabilité proportionnelle » correspondant à la probabilité que le fait générateur de responsabilité a occasionné le préjudice.

Le « remède » que l'avant-projet prétend apporter appelle au moins deux critiques fondamentales.

140. La première critique est que le système imaginé par l'avant-projet porte gravement atteinte au concept même de responsabilité, qui a toujours été fondé sur le triptyque : fait générateur, dommage, lien de causalité entre le fait générateur et le dommage.

Dans l'avant-projet, le lien de causalité devient un élément facultatif. Lorsque le juge a le sentiment qu'un lien causal existe ou peut-être n'existe pas, il peut condamner l'auteur du fait générateur à réparer le dommage. En d'autres termes, chacun peut être condamné à réparer un dommage qu'il n'a pas causé. Cela semble en contradiction avec ce qui est, selon l'Exposé des motifs, « le principe de base du droit de la responsabilité selon lequel une faute est uniquement source de responsabilité lorsqu'elle est la cause du dommage¹⁹⁷ ».

« Une causalité douteuse permettant de fonder une responsabilité partielle » est une solution qui a appelé, de la part du Doyen Savatier, des critiques sévères. « Toutes les fois que, dans un procès de responsabilité, le juge se reconnaît incapable d'établir le rapport de causalité entre la faute du défendeur et le dommage éprouvé par le demandeur, il pourrait accorder une indemnité partielle sur le simple énoncé de son embarras et sous prétexte qu'une chance existait que la faute ait causé le dommage, alors qu'en réalité cette prétendue chance objective se confond avec son incertitude subjective sur les causes du dommage¹⁹⁸. »

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ Exposé des motifs, p. 169; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 83.

¹⁹⁸ R. SAVATIER, « Le droit des chances et des risques dans les assurances, la responsabilité civile, dans la médecine et sa synthèse dans l'assurance de la responsabilité médicale », *RGAT*, 1973, pp. 471 et suiv., spéc. p. 475.

141. La seconde critique concerne uniquement les cas dans lesquels on traite de « la perte d'une chance d'éviter un dommage ». En effet, lorsque la chance perdue a pour objet un avantage probable, la solution est claire. Il y a nécessairement un fait générateur, un lien de causalité et un dommage. La difficulté ne porte que sur l'évaluation du dommage. Quelle chance la victime avait-elle de réussir l'examen qu'elle n'a pas pu présenter ?

Lorsque l'on veut indemniser « la perte d'une chance d'éviter un dommage », on feint d'ignorer que le dommage n'a pas été évité. Il s'est réalisé. On se lance alors dans des hypothèses en prétendant que la victime avait la chance d'éviter le dommage. Comment évaluer cette chance ? « Il y a tout lieu de craindre que le juge n'en vienne à confondre le degré de la prétendue chance perdue avec le degré de son doute propre sur la causalité¹⁹⁹. »

Est-il intellectuellement cohérent de transposer le doute sur la causalité à l'évaluation du dommage réparable ? Une réponse affirmative ne s'impose pas.

B. *Le dommage réel et la perte d'une chance*

142. L'avant-projet se donne pour ambition d'éliminer le risque de double indemnisation portant d'une part sur le préjudice réellement subi et d'autre part sur la perte d'une chance d'éviter le préjudice.

143. Selon l'Exposé des motifs, « [e]n fondant la solution sur la causalité et non plus sur le dommage, elle [la solution proposée par l'avant-projet] 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'assurances²⁰⁰ ».

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

Lorsque la chance perdue a pour objet un avantage probable, la double indemnisation ne se conçoit pas. Si un juge se contredit, retenant une perte certaine et en plus la perte d'une chance d'un avantage probable, sa décision est inéluctablement cassée²⁰¹.

En revanche, lorsque l'on considère que la chance perdue était d'éviter un dommage, on va effectivement au-devant de grandes difficultés. Il se peut en effet que la victime obtienne, en droit commun, une indemnité partielle pour

¹⁹⁹ R. SAVATIER, « Le droit des chances et des risques dans les assurances, la responsabilité civile, dans la médecine et sa synthèse dans l'assurance de la responsabilité médicale », *op. cit.*, p. 473.

²⁰⁰ Exposé des motifs, pp. 124-125 ; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 103.

Pris à la lettre, l'Exposé des motifs semble indiquer que la solution proposée ne conduit pas seulement à l'évitement d'une double indemnisation, mais qu'elle tend à l'absence de toute indemnisation, tant pour le dommage final que pour la perte d'une chance. Ce n'était certainement pas l'objectif des auteurs de l'avant-projet. Il faut lire sans doute dans l'Exposé des motifs que la solution proposée rend impossible « l'indemnisation cumulative du dommage final et de la perte d'une chance ».

²⁰¹ Cass., RG C. 13.0151.F, 22 juin 2017, *JLMB*, 2018, p. 1086, concl. T. WERQUIN.

«la chance perdue» et obtienne en outre la réparation de son dommage réel dans le cadre de la sécurité sociale²⁰². Pour résoudre la difficulté que l'on a créée artificiellement, on peut sans doute décréter que l'indemnité de droit commun et les indemnités de sécurité sociale couvrent «le même dommage». L'avant-projet s'inscrit dans cette philosophie qui consiste à remédier artificiellement à un problème mal posé.

Lorsqu'un concept juridique (la perte d'une chance d'éviter un dommage) conduit à des incohérences, il paraît souhaitable non d'imaginer des remèdes artificiels, mais de remettre en cause le mécanisme lui-même.

§ 3. Réflexion critique concernant la jurisprudence et l'avant-projet

A. *La chance et le risque*

144. Dans le langage courant, on distingue, parmi les événements aléatoires, ceux qui peuvent avoir des effets favorables et ceux qui peuvent provoquer des dommages. Les premiers sont appelés «chances». C'est la chance de gagner son procès, de gagner une course ou un concours, d'obtenir un diplôme ou un emploi. Les seconds sont appelés «risques»²⁰³. Il y a les risques de mort, de blessures, de maladies, d'incendie, de vols et de dégâts divers. Le risque est défini aussi comme un «événement dommageable dont la survenance est incertaine, quant à la réalisation ou à la date de cette réalisation²⁰⁴».

La distinction entre la chance et le risque a un sens. «Lorsqu'une personne perd une chance par la faute d'une autre, cela signifie qu'elle avait, avant l'intervention fautive, une chance objective qui est désormais perdue. Lorsqu'en revanche un individu est exposé à un risque par la faute d'un autre, il ne disposait d'aucune chance précise, c'est-à-dire d'aucune probabilité quantifiable d'obtenir un gain²⁰⁵.»

On peut dire aussi très concrètement que «la perte d'une chance» est *un dommage ayant un objet incertain*. La création d'un risque n'est pas un dommage ; c'est très généralement *une faute*.

145. La distinction entre la chance et le risque a des conséquences pratiques majeures. En cas de perte d'une chance d'obtenir un gain, il faut évaluer *le dommage*. La jurisprudence est bien fixée pour considérer que l'indemnité doit être mesurée en fonction de la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage

²⁰² Cass., RG C.12.0559.N, 23 septembre 2013, *Pas.*, 2013, p. 1755.

²⁰³ Le risque peut être défini comme une «éventualité d'un événement généralement redouté que produisent le hasard ou certaines circonstances, et dont la survenance vérifie les spéculations fondées sur l'observation» P. BRUYÈRE, *Lexique juridique. Assurances de dommage*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, p. 128.

²⁰⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 819.

²⁰⁵ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. II, *Responsabilité civile et quasi-contrats*, coll. Themis, Paris, PUF, 2007, p. 120.

qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée. Le juge doit donc faire une comparaison entre les avantages que le préjudicié pouvait espérer si la chance s'était réalisée d'une part, et la probabilité de réalisation d'autre part²⁰⁶.

Lorsqu'un risque se réalise, la situation est bien différente. Le dommage est connu et souvent mesurable.

Il est clair que si le risque n'avait pas été créé, il ne se serait pas réalisé. Celui qui, par sa faute, crée sans nécessité un risque ou l'aggrave, est responsable du dommage causé. La personne lésée a droit non à une réparation partielle, mais bien à la réparation intégrale du dommage réel qu'elle a subi.

146. La solution proposée ci-dessus est principalement doctrinale, mais pas uniquement.

En France, Muriel Fabre-Magnan distingue clairement la perte d'une chance, qui ne permet qu'une réparation partielle, de l'exposition à un risque qui autorise une indemnisation intégrale²⁰⁷. Cette solution est reprise par d'autres auteurs²⁰⁸.

En Belgique, la solution a été préconisée par le professeur Isabelle Durant. Elle expose que, si le risque auquel l'auteur de la faute exposait les victimes potentielles s'est réalisé, on doit « conclure que, dans ces circonstances, il est justifié d'attribuer (à l'auteur du risque) le dommage subi²⁰⁹ ». La solution a été confirmée et précisée par d'autres auteurs²¹⁰. Bien que non exprimée en tant que telle, la distinction entre la chance et le risque se trouve implicitement dans les conclusions prises par l'avocat général Werquin dans diverses affaires et notamment à celle qui a donné lieu à l'arrêt prononcé par la Cour de cassation, chambres réunies, le 1^{er} avril 2004.

147. La jurisprudence n'ignore pas la distinction entre la chance et le risque. Cette distinction a été consacrée par plusieurs arrêts de la Cour de cassation de France²¹¹.

La jurisprudence belge ne semble pas, jusqu'à présent, avoir été très attentive à cette distinction, encore que la Cour de cassation, par son arrêt du 12 mai 2006,

²⁰⁶ R. O. DALCQ, *Traité, op. cit.*, t. II, n° 2481.

²⁰⁷ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, op. cit.*, n°s 620 et suiv.

²⁰⁸ P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats. Régime d'indemnisation*, Paris, Dalloz, 2014-15, p. 603, n° 1419; G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, Paris, LGDJ, 2013, pp. 292 et suiv., n°s 373 et 373-1.

²⁰⁹ I. DURANT, « La causalité, simple trait d'union ou véritable variable d'ajustement ? », in P. WERY (dir.), *Droit des obligations : développements récents et pistes nouvelles, op. cit.*, vol. 96, pp. 37 et suiv., spéc. p. 77, n° 57.

²¹⁰ J.-L. FAGNART, « Le silence et le risque », *Rev. dr. santé*, 2008-2009, pp. 116 et suiv.; J.-L. FAGNART, *La causalité*, Waterloo, Kluwer, 2009, pp. 151 et suiv., n°s 300-309; I. LUTTE, « Quelques considérations à propos de la perte d'une chance et de la causalité », *For. ass.*, 2019, pp. 23-27.

²¹¹ Voy. not. Cass. fr., civ., 1^{er}, 1^{er} juin 1976, *JCP*, 1976, II, n° 18482, note R. SAVATIER; Cass. fr., crim., 9 juin 1977, *JCP*, 1978, II, n° 18839, note R. SAVATIER; Cass. fr., civ., 1^{er}, 20 février 1979, *JCP*, 1979, IV, p. 145.

a clairement décidé que le dommage résultant du défaut d'information d'un patient ne consiste pas en la perte d'une chance. Le risque qui s'est réalisé justifie une réparation intégrale²¹².

148. L'avant-projet de réforme ignore la distinction à faire entre la perte d'une chance d'obtenir un gain, qui justifie une indemnisation proportionnelle, et la réalisation d'un risque qui impose la réparation intégrale du préjudice subi.

Dans une tribune libre déjà citée, les articles 5.167 et 5.169 sont présentés comme favorables aux victimes, des dispositions «qui offrent la possibilité d'obtenir gain de cause en cas d'incertitude causale²¹³». C'est oublier que ces dispositions accordent à la victime une indemnisation proportionnelle au pourcentage de chance que le juge fixera de façon imprévisible pour le justiciable, alors que, en cas de réalisation d'un risque, la victime a droit à la réparation intégrale du dommage qu'elle subit.

B. *La causalité et le risque*

149. On ne peut sérieusement contester que la création d'un risque sans nécessité constitue une faute. En revanche, on pourrait s'interroger sur la relation causale entre la création du risque et sa réalisation.

Cette interrogation, le plus souvent, est sans objet. Si le risque n'avait pas été créé, il n'aurait pu se réaliser. S'il a été aggravé, c'est un risque aggravé qui s'est réalisé. La relation causale est indiscutable.

La question se pose en d'autres termes lorsque la faute reprochée au défendeur est de ne pas avoir pris les mesures qui auraient pu empêcher la réalisation d'un risque préexistant.

Dans l'examen de cette question, on ne peut méconnaître les principes consacrés par la Cour de cassation. «Le lien de causalité suppose que, sans la faute, le dommage n'eût pu se produire tel qu'il s'est concrètement réalisé²¹⁴.» La question qui se pose est dès lors de savoir si, malgré les mesures qui auraient dû être prises pour éviter la réalisation du risque, celui-ci aurait pu se réaliser au même moment et dans les mêmes circonstances.

«L'affirmation que le préjudice eût pu se réaliser de la même manière à la condition qu'interviennent d'autres conditions qui n'ont qu'un caractère hypothétique, est sans aucune valeur²¹⁵.» Doit être cassée la décision qui déduit l'absence de lien causal entre l'accident et le dommage «de la considération

²¹² Cass., 12 mai 2006, *Pas.*, 2006, p. 1112, concl. P. DE KOSTER.

²¹³ B. DUBUISSON et H. BOCKEN, «La réforme du droit de la responsabilité civile: un droit commun applicable à tous». Réponse à M^e Isabelle Lutte, *op. cit.*, pp. 729-730.

²¹⁴ Cass., 29 octobre 2014, *RGAR*, 2015, n° 15183, concl. avocat général D. VANDERMEERSCH.

²¹⁵ R. O. DALCQ, *Traité, op. cit.*, t. II, n° 2559.

que celui-ci aurait pu également se produire dans une hypothèse qui est étrangère aux circonstances concrètes de la cause²¹⁶ ».

Lorsqu'un traitement médical, par exemple, est considéré comme nécessaire compte tenu de l'état du patient, on peut sans doute imaginer que ce traitement, s'il était appliqué, n'aurait pas nécessairement sauvé le patient. En revanche, il paraît difficile d'imaginer que ce traitement considéré comme nécessaire serait totalement inefficace et qu'il ne produise absolument aucun effet. Même s'il ne sauve pas le patient, il est vraisemblablement de nature à retarder l'issue fatale, ou à réduire les souffrances ou encore à produire d'autres effets.

150. Lorsque les experts médecins écrivent que dans certaines circonstances, un traitement précis n'est efficace que dans un pourcentage déterminé de cas, ils ne donnent qu'une réponse partielle à la question posée par le juge. Il est nécessaire de savoir tous les effets que ce traitement peut produire²¹⁷.

Dans la grande majorité des cas, on constatera que, si les mesures nécessaires pour éviter la réalisation du risque avaient été prises, celui-ci ne se serait pas réalisé tel qu'il s'est réalisé *in concreto*, avec la même intensité et au même moment. Cela suffit à faire de l'absence de mesures de prévention l'une des causes du dommage.

Comme on le voit, une analyse rigoureuse du droit de la responsabilité civile permet d'éviter toute confusion et de résoudre toutes les difficultés concernant la réalisation d'un risque que l'on appelle maladroitement « la perte d'une chance d'éviter un dommage ».

Section 3

Suggestion

151. S'il faut maintenir une disposition concernant la perte d'une chance, il suffirait d'adopter le texte suivant :

Est un dommage réparable la perte certaine d'un avantage probable.

Si l'on veut une formule moins lapidaire, on pourrait s'inspirer de l'avant-projet de réforme actuellement discuté en France. Ce texte, en son article 1238, dispose :

Seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable. Ce préjudice doit être mesuré à la chance perdue et ne peut être égal à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée.

²¹⁶ Cass., 12 janvier 2007, *Pas.*, 2007, p. 62; *NJW*, 2007, p. 845, note G. JOCQUÉ; *RDC*, 2007, p. 786, note C. VAN SCHOUBROECK.

²¹⁷ Voy. en ce sens D. VANDERMEERSCH, conclusions précédant Cassation, 29 octobre 2014, *RGAR*, 2015, n° 15183.

Analyse de l'article 5.169

Causalité alternative : faits distincts

Section 1

L'avant-projet

§ 1. Le texte

152. L'article 5.169 énonce :

Lorsque plusieurs personnes, par des faits générateurs de responsabilité distincts, ont exposé la personne lésée à un risque de survenance du dommage qui s'est réalisé, sans que l'on puisse déterminer précisément qui l'a causé, chacune d'elles est responsable en proportion de la probabilité qu'elle ait causé ce dommage. Celle qui prouve qu'elle n'a pas causé le dommage n'est toutefois pas responsable.

§ 2. Justification

153. L'Exposé des motifs considère comme déraisonnable le fait d'exonérer complètement les éventuels responsables qui ont vraisemblablement causé le dommage, parce qu'on ne peut pas prouver qui, parmi ceux-ci, l'a précisément causé. Face à une telle situation jugée insatisfaisante, l'Exposé des motifs retient la responsabilité proportionnelle comme solution.

Section 2

Appréciation

§ 1. La responsabilité est présumée

154. L'hypothèse en présence est celle d'une victime qui ne peut déterminer la cause effective de son dommage, parmi plusieurs faits distincts²¹⁸. Cette hypothèse est à distinguer de celle visée à l'article 5.167.

Dans l'article 5.167, il est question d'une activité commune exercée par tous les membres d'un groupe et constituant une faute collective. Dans l'ar-

²¹⁸ I. GEERS, « Alternative liability under Belgian law: unknown and thus unloved? », *European Review of Private Law*, 1994, pp. 442-452; A. PORAT et A. STEIN, *Tort liability under uncertainty*, Oxford, Oxford University Press, p. 2001; M. VAN QUICKENBORNE, *Oorzakelijk verband*, TPR, 2010, p. 83; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2009, p. 817; J.-L. FAGNART, *La causalité*, op. cit., p. 219; H. BOCKEN, I. BOONE et M. KRUIHTOF, *Schadevergoedingsrecht*, Bruges, die Keure, 2014, p. 70.

ticle 5.169, il s'agit d'activités fautives certes semblables, mais séparées et non concertées, alors que la cause du dommage réside dans l'activité d'un membre (non indentifié) du groupe (bien déterminé)²¹⁹.

C'est l'exemple type de l'affaire «DES» ou du travailleur ayant développé un mésothéliome après avoir été exposé à l'amiante chez trois employeurs différents.

Il est dès lors difficile de démontrer quel est le défendeur responsable.

Dans une telle hypothèse, refuser une indemnisation aux motifs que la victime ne peut identifier le responsable ayant effectivement causé le dommage ou exonérer les auteurs de ces faits générateurs de responsabilités (formant un groupe fermé) n'est guère acceptable.

«Si une personne en manquant à son devoir de prudence crée un risque et qu'un préjudice survient dans l'aire du risque, elle en assume la responsabilité, à moins qu'elle ne puisse prouver que le préjudice résulte d'une autre cause²²⁰.»

La présomption de responsabilité retenue par le projet de loi doit être approuvée.

§ 2. La responsabilité proportionnelle est un choix contestable

155. Déterminer si la responsabilité doit être totale ou être proportionnelle peut à première vue sembler plus complexe.

L'avant-projet de loi opte pour une responsabilité proportionnelle, c'est-à-dire une responsabilité en proportion de la probabilité qu'un fait générateur ait causé ce dommage.

Il importe que les conditions suivantes soient réunies :

- une faute ou un autre fait générateur doit être constaté dans le chef de chacun des responsables potentiels ;
- ces faits générateurs de responsabilité doivent être de nature à exposer la personne lésée au risque de subir le dommage qui s'est produit ;
- la personne lésée doit démontrer le degré de responsabilité selon lequel chacune des personnes visées peut être la source de son dommage.

²¹⁹ Exposé des motifs, p. 110; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 95.
Comparez avec l'article 1240 du projet de loi portant réforme de la responsabilité civile (France) (souligné par nous) :

«Lorsqu'un dommage corporel est causé par une personne indéterminée parmi des personnes identifiées agissant de concert ou exerçant une activité similaire, chacune en répond pour le tout, sauf à démontrer qu'elle ne peut l'avoir causé.

Les responsables contribuent alors entre eux à proportion de la probabilité que chacun ait causé le dommage.»

Le projet de réforme traite de manière identique les hypothèses visées aux articles 5.167 (personnes agissant de concert) et 5.169 (exerçant une activité similaire). N'est-ce pas plus cohérent ?

²²⁰ *McGhee v National Coal Board* (1973) 1 W.L.R.1 (U.K.H.L.), p. 6.

S'il n'est pas requis que la personne lésée mette à la cause tous les potentiels responsables, celle-ci a tout intérêt à les impliquer tous ou, à tout le moins, le plus grand nombre possible, vu qu'il s'agit d'une responsabilité proportionnelle²²¹.

156. En posant le choix d'une responsabilité proportionnelle, l'avant-projet de loi tend à faire supporter par la personne lésée le risque de l'insolvabilité éventuelle de l'un ou de l'autre responsable potentiel, ainsi que le risque du calcul économique de ces acteurs (ayant à confronter le coût d'une éventuelle mesure de prévention de la survenance du dommage au coût potentiel d'une condamnation fondée sur une responsabilité proportionnelle (voyez les critères d'appréciation de la faute prévus à l'article 5.148)).

Ce choix a pour effet de nier le principe de la réparation intégrale et l'effet préventif du droit de la responsabilité, en œuvrant à une déresponsabilisation des acteurs ayant généré le risque.

Le choix d'une telle responsabilité proportionnelle est sérieusement contestable et ne peut se justifier, comme l'Exposé des motifs tente de le faire, par le fait que la personne lésée peut faire appel à la sécurité sociale ou, le cas échéant, à un fonds d'indemnisation²²². La solidarité nationale mise en œuvre par la sécurité sociale ou la création de fonds d'indemnisation particuliers n'est pas une réponse aux conduites imprudentes de certains agents.

157. Nous proposons de déplacer la relation causale vers une faute antérieure ou concomitante partagée par tous les intéressés du groupe²²³, à savoir la création fautive d'un risque.

La victime devra ainsi établir que les membres du groupe ont fautivement participé à la création du risque (par exemple lors de l'exposition des femmes enceintes au DES ou du travailleur à l'amiante) pour ensuite s'adresser à n'importe lequel des membres, afin d'obtenir la réparation intégrale de son dommage²²⁴. Cette solution aurait ainsi le mérite de placer la charge du dommage seulement sur ceux qui ont agi fautivement.

S'agissant d'une présomption réfragable de responsabilité, chaque membre aurait la possibilité de démontrer qu'il n'a pas pu causer le dommage.

Comme le souligne l'avant-projet, cette responsabilité pour la totalité avec la possibilité d'apporter la preuve contraire est celle qui est la plus fréquente dans

²²¹ Exposé des motifs, p. 136; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 110.

²²² Exposé des motifs, pp. 128, 135 et 137; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, pp. 105, 109 et 110.

²²³ Il s'agit là de la solution retenue par l'article 5.167 de l'avant-projet de loi.

²²⁴ Exposé des motifs, p. 110; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 95. Voy. à cet égard M. VAN QUICKENBORNE, *Oorzakelijk verband tussen onrechtmatige daad en schade*, *op. cit.*, p. 70.

la législation et la jurisprudence étrangères²²⁵, notamment avec l'article 1240 du projet de réforme de la responsabilité civile en France²²⁶.

Section 3

Suggestion

158. L'article 5.169 de l'avant-projet de réforme devrait être libellé comme il suit :

Lorsque plusieurs personnes, par des faits générateurs de responsabilité distincts, ont exposé la personne lésée à un risque de survenance du dommage qui s'est réalisé, sans que l'on puisse déterminer précisément qui l'a causé, toutes sont responsables in solidum. Celle qui prouve qu'elle n'a pas causé le dommage n'est pas responsable.

²²⁵ Exposé des motifs, pp. 129-132; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, pp. 106-108.

²²⁶ Voy. *supra* (note 170). Observons que l'article 1240 du projet de loi portant réforme de la responsabilité civile (France) n'envisage le caractère proportionnel qu'au niveau de la contribution à la dette entre coresponsables, solution que nous approuvons.

Analyse de l'article 5.170

Faute de la personne lésée

Section 1

L'avant-projet

§ 1. Le texte

159. L'article 5.170 de l'avant-projet dispose :

Faute de la personne lésée

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

§ 2. La responsabilité n'est pas réduite lorsque le dommage est la conséquence d'une faute du responsable commise avec l'intention de causer un dommage.

§ 3. La personne lésée n'a pas droit à réparation si le dommage subi a été causé par sa propre faute commise avec l'intention de causer un dommage.

§ 4. La responsabilité n'est ni limitée ni exclue quand la personne lésée a moins de douze ans.

§ 2. Justification

160. L'Exposé des motifs confirme une jurisprudence constante de la Cour de cassation selon laquelle « en présence d'une faute de la personne lésée, le juge ne peut imputer le dommage entièrement au responsable [...] à moins que le dommage se serait également produit sans la faute de la personne lésée²²⁷ ». La règle vaut également quel que soit le fondement de l'action en réparation intentée contre le défendeur²²⁸.

En outre, la réforme prévoit également de limiter la responsabilité de l'auteur du dommage de la victime dans le cas où « une personne dont elle répond » aurait commis une faute en lien causal avec ce dernier²²⁹.

La faute commise intentionnellement dénie à son auteur la possibilité d'invoquer une faute non intentionnelle de la personne lésée en vue d'obtenir une réduction de sa contribution quant à l'indemnisation de celle-ci²³⁰.

²²⁷ Exposé des motifs, pp. 137-138; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 111.

²²⁸ Exposé des motifs, p. 138; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 111.

²²⁹ *Ibid.*

²³⁰ Exposé des motifs, p. 139; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 112.

Section 2

Appréciation

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

Par cette disposition, l'avant-projet consacre le principe de la réparation partielle du dommage de la victime résultant de sa propre faute (§ 1), et de celle des personnes dont elle répond (§ 2) tout en négligeant la situation particulière de la personne lésée souffrant d'un trouble mental et ayant commis une faute (§ 3). Enfin, l'avant-projet retient, pour apprécier l'étendue de la réparation, le critère de l'incidence causale (§ 4).

§ 1. La consolidation du principe de la réparation partielle du dommage de la victime

162. Dans tous les systèmes juridiques, la faute de la victime exerce une influence sur l'évaluation de son droit à la réparation du dommage²³¹.

163. L'article 5.170 consacre ici une solution admise de longue date en droit belge. En effet, la Cour de cassation tient pour droit 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 préjudice²³².

En France, l'article 1254, alinéa 2, du projet de loi portant réforme du Code civil retient la faute lourde de la personne lésée comme seule circonstance de nature à exonérer partiellement le responsable.

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

164. L'article 5.170 ne se contente toutefois pas d'entériner la jurisprudence existante.

En effet, il prévoit également de limiter la responsabilité de l'auteur principal du dommage de la victime dans le cas où « une personne dont elle répond »²³³ aurait commis une faute en lien causal avec ce dernier.

²³¹ B. WEYTS, *De fout van het slachtoffer in het buitencontracteel aansprakelijkheidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2003, p. 347.

²³² 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 septembre 2004, *Rev. dr. rur.*, 2006, I, p. 19; Cass., 30 septembre 2015, *RW*, 2017-18, p. 146, note S. GUILLIAMS; Cass., RG C.16.0248, 24 février 2017, inédit.

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., RG C.16.0248, 24 février 2017, inédit.

²³³ Exposé des motifs, p. 138; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 111.

165. Cette nouvelle hypothèse ne fait toutefois 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 la responsabilité de l'auteur du dommage d'une partie civile, à la suite de la faute de son préposé²³⁴.

En outre, 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 »²³⁵, 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).

Peut-être l'avant-projet de loi a-t-il été chercher l'inspiration dans les régimes de responsabilité civile du fait des produits défectueux²³⁶ ou des activités dangereuses pour l'environnement²³⁷, les seuls à prévoir à ce jour en droit belge que le dommage de la victime doit être réduit en cas de faute commise par une personne dont elle répond. Peut-être aussi l'avant-projet s'est-il tourné vers certains projets européens d'harmonisation du droit privé, qui contiennent une règle similaire²³⁸.

166. Il reste que l'on peut s'interroger quant à l'introduction d'une telle règle dans notre droit civil.

En effet, en droit actuel, on répond (parfois) du fait de ses enfants, élèves, préposés, organes, aides et substituts, mais uniquement à l'égard des tiers. On ne

²³⁴ Cass., 9 février 1982, *Arr. Cass.*, 1981-82, p. 741; *Bull.*, 1982, p. 716; *Pas.*, 1982, I, p. 716.

²³⁵ Exposé des motifs, p. 138; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 111.

²³⁶ Loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, *M.B.*, 22 février 1991. L'article 10 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. »

²³⁷ 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. »

²³⁸ L'article 8.101.3 des Principes de droit européen de la responsabilité civile édictés par le European Group on Tort Law dispose:

« Lorsque le préposé de la victime a, par sa conduite ou son activité, contribué à la réalisation du dommage, l'allocation de dommages et intérêts à la victime peut être exclue ou réduite conformément à cet article. »

L'article 5.102 du Projet de cadre commun de référence du Groupe Von Bar dispose:

« (1) Lorsque la victime contribue par sa propre faute à la réalisation ou à l'étendue du dommage juridiquement réparable, la réparation doit être déduite en fonction du degré de sa faute.

(2) Ne doit pas être pris en considération: [...]

(3) Les alinéas (1) et (2) s'appliquent par analogie quand une personne, dont la victime est responsable selon l'article 3.201, contribue par sa faute à la réalisation ou à l'étendue du dommage. »

répond pas d'eux à l'égard de soi-même. Preuve en est que, si l'on est victime d'un dommage, on est en droit de réclamer des indemnités aux enfants, élèves, préposés (dans certaines conditions), organes, aides et substituts.

L'Exposé des motifs ne donne aucun argument qui justifierait de s'écarter de cette règle lorsque le dommage subi trouve ses causes dans le fait d'un tiers et le fait d'une personne dont on pourrait devoir répondre si un tiers avait été victime.

§ 3. *Quid de la personne lésée souffrant d'un trouble mental ayant commis une faute ?*

167. Le lecteur se rappellera que, selon l'article 5.155, alinéa 1^{er}, « la personne atteinte d'un trouble mental qui abolit ou altère gravement sa capacité de discernement ou de contrôle de ses actes est responsable du dommage causé par sa faute ou tout autre fait générateur de responsabilité ». Selon l'alinéa 2, le juge peut modérer l'indemnité devant réparer le dommage ainsi créé. Selon l'Exposé des motifs, « cela implique que le juge peut estimer également qu'aucune indemnité n'est due²³⁹ ».

Qu'en est-il si cette personne privée de capacité de discernement ou souffrant d'une grave altération de celle-ci, ayant commis une faute contribuant à son dommage, est la personne lésée? Son indemnisation est-elle susceptible d'être réduite « dans la mesure où sa faute a contribué à la survenance du dommage »?

168. Dans l'hypothèse où la personne lésée est « atteinte d'un trouble mental qui abolit ou altère gravement sa capacité de discernement ou de contrôle de ses actes », nous considérons que, lorsque celle-ci a commis une faute contribuant à la survenance de son dommage, son droit à la réparation intégrale du dommage ainsi subi ne peut être limité.

Ainsi, si l'article 5.170, § 4, prévoit que le mineur de moins de douze ans ne peut être privé de toute réparation, les personnes souffrant d'un trouble mental ne tombent pas dans le champ d'application de ce paragraphe 4, alors même que leur capacité de discernement peut être égale ou nettement plus faible que celle du mineur de moins de douze ans. L'exposé des motifs reste muet quant à cette discrimination. Cela nous semble provenir d'un oubli. Le contraire serait choquant.

Cette discrimination est d'autant moins admissible qu'elle est incompatible avec la jurisprudence de la Cour de cassation. Celle-ci a décidé que, si un dommage est causé par la faute d'un tiers et par le comportement d'un enfant mineur, le tiers doit être condamné à la réparation entière du dommage subi

²³⁹ Exposé des motifs, p. 66; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 69.

par l'enfant lorsque celui-ci n'est pas doué de discernement²⁴⁰. En revanche, si le juge ne constate pas l'absence de discernement de l'enfant dont le comportement a été l'une des causes du dommage qu'il a subi, il ne peut condamner le tiers à l'entière réparation du dommage²⁴¹.

169. Traitant de la faute d'une personne privée de capacité de discernement, l'article 1255 du projet de loi portant réforme du Code civil français lui refuse tout effet exonératoire à l'égard de la responsabilité de l'auteur de la faute principale²⁴².

Cette solution nous paraît plus en phase avec la réalité et les valeurs de notre société.

D'une part, la fonction préventive ou dissuasive reconnue au droit de la responsabilité civile est sans pertinence dans l'hypothèse discutée puisqu'aucune de ces notions (prévention et dissuasion) n'a un sens pour cette personne lésée.

D'autre part, cette solution garantit la réparation du préjudice subi par des personnes se trouvant déjà dans un état de plus grande vulnérabilité.

§ 4. La consécration du critère de l'incidence causale

170. 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 responsabilité « dans la mesure où cette faute a elle-même contribué à la survenance du dommage ».

Ce faisant, selon l'Exposé des motifs, 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 dommage²⁴³.

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 pied d'égalité la faute de la victime et celle du tiers.

²⁴⁰ Cass., 3 mai 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 1012.

²⁴¹ Cass., 30 octobre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 262.

²⁴² Projet de loi portant réforme du Code civil (France, mars 2017), article 1255: « Sauf si elle revêt les caractères de la force majeure, la faute de la victime privée de discernement n'a pas d'effet exonératoire. »

²⁴³ 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 faute: Cass. (2^e ch.), 26 septembre 2012, *Arr. Cass.*, 2012, liv. 9, p. 2029; *Pas.*, 2012, liv. 9, p. 1737; *RW*, 2013-14 (sommaire), liv. 24, p. 934; *RDC*, 2013 (sommaire O. VANDEN BERGHE), liv. 1, p. 49; Cass. (2^e ch.), 13 mars 2013, *Arr. Cass.*, 2013, liv. 3, p. 698; *Pas.*, 2013, liv. 3, p. 652; *RABG*, 2014, liv. 2, p. 65; *RGAR*, 2013, liv. 7, n° 14994; Cass. (2^e ch.), 19 novembre 2014, *Arr. Cass.*, 2014, liv. 11, p. 2647, concl. J. LECLERCQ; *Pas.*, 2014, liv. 11, p. 2583, concl. J. LECLERCQ; *RGAR*, 2015, liv. 6, n° 15197; Cass. (2^e 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, p. 249; *Pas.*, 1991, I, p. 249; *RGAR*, 1991, n° 11855, *Dr. circ.*, 1991, p. 92.

171. Le critère de l'incidence causale n'est pas pour autant dénué de critiques, auxquelles 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.

172. L'Exposé des motifs ne précise pas non plus pourquoi il privilégie le critère de l'incidence causale, alors que d'autres critères, tels que celui de la gravité des fautes respectives²⁴⁴ ou du partage par « parts viriles »²⁴⁵, ont été proposés en doctrine, voire appliqués en jurisprudence.

Ces critères font toutefois également l'objet de critiques²⁴⁶.

173. Dès lors qu'aucun des critères ne sied parfaitement pour évaluer la part de dommage que la personne lésée doit supporter, ne faudrait-il pas laisser la jurisprudence décider, de manière souple et intelligente, du critère à adopter, selon l'évolution de la société?

Section 3

Suggestion

174. L'Exposé des motifs explique que la réforme de la responsabilité civile a pour objectif d'apporter davantage de clarté aux règles existantes. Afin de tenir sa promesse, il conviendrait à tout le moins de justifier les raisons qui motivent l'avant-projet à étendre – à tort selon nous – le principe de réparation partielle du dommage de la personne lésée en cas de faute d'une personne dont elle répond.

175. Enfin, le choix du critère permettant de déterminer la part contributive de responsabilité que doit supporter la personne lésée devrait être laissé à l'appréciation des juges.

176. À tout le moins, l'article 5.170, § 4, devrait être libellé comme il suit :

§ 4. La responsabilité n'est ni limitée ni exclue quand la personne lésée a moins de douze ans ou est atteinte d'un trouble mental qui abolit ou altère gravement sa capacité de discernement ou de contrôle de ses actes.

²⁴⁴ R. O. DALCQ, *op. cit.*, n^{os} 2640-2652; Cass., 8 octobre 1992, *Arr. Cass.*, 1991-92, p. 1177; *Bull.*, 1992, p. 1124, concl. M. PIRET; *Pas.*, 1992, I, p. 1124, concl. M. PIRET; *RW*, 1994-95 (abrégé), p. 1413; *Dr. circ.*, 1993, p. 75.

²⁴⁵ R. O. DALCQ, *op. cit.*, n^o 2640; L. CORNELIS, *op. cit.*, p. 336; J.-L. FAGNART, *op. cit.*, n^o 520.

²⁴⁶ L. CORNELIS, *op. cit.*, p. 334; J.-L. FAGNART, *op. cit.*, n^{os} 511-513; R. O. DALCQ, *op. cit.*, n^o 2643; E. MONTERO, *Droit des obligations*, Namur, P.U.N., 2009, p. 86.

Analyse de l'article 5.171, § 1

Dompage et intérêt juridiquement protégé

Section 1

L'avant-projet

§ 1. Le texte

177. L'article 5.171, § 1^{er}, énonce :

§ 1^{er}. Le dompage consiste dans les répercussions économiques ou non économiques d'une atteinte à un intérêt juridiquement protégé.

Sa nature et son étendue se déterminent en comparant la situation de fait dans laquelle se trouvait la personne lésée avant l'atteinte et la situation de fait dans laquelle elle se trouve après celle-ci.

§ 2. Justification

178. L'Exposé des motifs énonce (pp. 141-142) : « Le texte proposé invite clairement à distinguer l'atteinte elle-même de ses répercussions économiques ou non économiques. L'atteinte [...] ne saurait en effet être confondue avec le dompage. Une atteinte peut en effet exister sans que celle-ci entraîne un dompage. »

Après avoir rappelé que les auteurs du Code civil de 1804 ont voulu embrasser toutes les formes de dompage sans nécessairement les classer ni les définir, l'Exposé des motifs (p.143) prétend que « sans remettre en cause l'héritage du Code civil, il ne serait pas incorrect d'affirmer, comme le fait l'article 823 du BGB (Code civil allemand) que le dompage « résulte d'une atteinte à un intérêt juridiquement protégé ». Selon l'Exposé des motifs, une telle approche serait justifiée car « tous les dommages constatés en fait [...] ne sont pas nécessairement réparables en droit ».

179. Dans sa « volonté de clarification », l'avant-projet indique que le texte proposé « invite clairement [*sic*] à distinguer l'atteinte elle-même de ses répercussions économiques ou non économiques ».

Après cette première distinction « très claire », selon l'Exposé des motifs, il faudrait passer à la deuxième étape, « en précisant que la nature et l'étendue du dompage se déduisent de la comparaison entre deux situations de fait : celle

dans laquelle se trouvait la personne lésée avant que l'atteinte se produise et celle dans laquelle elle se trouve après celle-ci²⁴⁷ ».

Afin de « simplifier », l'avant-projet indique qu'après avoir précisé « la nature et l'étendue du dommage », il faut passer à la troisième étape qui concerne « l'étendue du dommage » (encore une fois!), qui est traité au titre des effets de la responsabilité.

Section 2

Appréciation

§ 1. L'intérêt «juridiquement protégé»

A. *Opportunité d'une définition ?*

180. Est-il opportun de définir le dommage ?

La jurisprudence l'a fait jusqu'à présent avec beaucoup d'efficacité.

Lors des travaux préparatoires du Code civil de 1804, il avait été indiqué que le système du Code civil entendait couvrir tous les dommages sans aucune restriction.

Il y eût sans doute des controverses doctrinales. Sous l'influence de De Page, la jurisprudence s'était montrée, dans un premier temps, assez restrictive, limitant le dommage à la lésion d'un droit. Cela avait pour conséquence que l'orphelin, recueilli par son oncle, ne pouvait, en cas de décès accidentel de celui-ci, rien réclamer au responsable de l'accident dont l'oncle fut victime, au motif que l'orphelin ne pouvait se prévaloir d'un « droit » à une pension alimentaire à l'égard de son oncle.

Par un arrêt du 16 janvier 1939, la Cour de cassation a condamné cette théorie²⁴⁸. Depuis lors, il est clair pour tout le monde que le dommage est une notion de pur fait²⁴⁹.

Est-il opportun de donner une définition compliquée d'une notion simple, qui ne suscite, en pratique, que très peu de discussions²⁵⁰ ?

²⁴⁷ Exposé des motifs, p. 142; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 114.

²⁴⁸ Cass., 16 janvier 1939, *Pas.*, 1939, p. 25.

²⁴⁹ H. BOCKEN et I. BOONE, *Inleiding tot schadevergoedingsrecht*, Bruges, die Keure / la Charte, 2011, p. 56, n° 83.

²⁵⁰ Il est fait abstraction ici de la question de la *wrongful life*, à laquelle l'avant-projet semble accorder beaucoup d'intérêt.

B. *Le vrai sens des mots*

181. L'Exposé des motifs souligne, à de multiples reprises, que l'avant-projet n'a pas pour but de changer la situation actuelle. Pourquoi, alors, employer un vocabulaire nouveau ?

Lorsque l'avant-projet de réforme a été soumis à la consultation populaire, le Centre de droit privé de l'ULB avait signalé que les termes de l'article 5.171 sont mal choisis. « Depuis Von Ihering, l'intérêt juridiquement protégé est en effet la définition même du droit subjectif ». Le Centre de droit privé indique que l'on n'aperçoit pas « les motifs impérieux qui justifient de s'écarter sur ce point de la jurisprudence constante de la Cour de cassation²⁵¹ »...

Dans l'esprit des praticiens, qui ont beaucoup de bon sens, l'intérêt juridiquement protégé est un intérêt qui bénéficie d'une protection juridique. En d'autres termes, c'est un intérêt protégé par le droit. Un intérêt juridiquement protégé n'est plus un simple intérêt, il est un droit. On dit « droit subjectif » parce que ce droit appartient à une personne (un sujet de droit).

Dans cette interprétation, l'avant-projet de réforme permet de considérer que de très nombreuses victimes qui subissent en fait un dommage ne pourraient rien demander, au motif qu'il n'y aurait pas lésion « d'un intérêt juridiquement protégé ».

Ce vocabulaire inutile va susciter des débats plus inutiles encore et risque de ramener notre droit à ce qu'il était il y a un siècle.

Pour le progrès et pour la clarté, on peut faire mieux.

C. *La clarification des concepts ?*

182. Les auteurs de l'avant-projet de réforme ne cachent pas leur admiration pour le Code civil allemand (BGB) dont le § 823 « énumère limitativement les intérêts qui méritent protection²⁵² ». Ces auteurs ne contestent pas « la rigidité de l'approche allemande peu réceptive à l'évolution des droits méritant protection²⁵³ ».

Afin de faire croire que la réforme est admissible, l'Exposé des motifs prétend qu'il n'est pas incorrect d'affirmer, comme le fait le § 823 du BGB, que « le dom-

²⁵¹ Centre de droit privé de l'ULB, « Commentaires relatifs à l'avant-projet de loi portant insertion de dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil », 27 avril 2018, disponible sur le site <https://diffusion.ulb.ac.be>.

²⁵² Exposé des motifs, p. 142 ; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 114.
L'article 823 du BGB dispose : « § 1. Quiconque, intentionnellement ou par négligence, porte atteinte directement à la vie, au corps, à la santé, à la liberté, à la propriété ou à tout autre droit d'autrui, est tenu à l'égard de celui-ci à réparer le préjudice qui en résulte.
§ 2. La même obligation incombe à celui qui contrevient à la protection des intérêts d'autrui [...] »
L'article 823 du BGB organise donc l'obligation de réparer uniquement les atteintes à un droit ou à un intérêt protégé.

²⁵³ Exposé des motifs, p. 143.

mage résulte d'une atteinte à un intérêt juridiquement protégé » et cela « sans remettre en cause l'héritage du Code civil²⁵⁴ », alors que le Code civil entend que l'on prenne en considération tous les dommages généralement quelconques.

L'avant-projet énonce une chose et son contraire. Est-ce cela la clarification du droit ?

D. La prévisibilité du droit ?

183. L'avant-projet comporte-t-il simplement un changement de vocabulaire ou a-t-il pour but de modifier le concept de dommage ? La lecture de l'Exposé des motifs ne permet pas de répondre à cette question. Les deux hypothèses sont affirmées et confirmées presque simultanément.

On peut lire :

- « L'approche allemande est restrictive et offre relativement peu de possibilité pour faire évoluer les droits méritant protection [...]. L'article 5.171 s'inspire quand même du § 823 du BGB en précisant que le dommage résulte d'une atteinte à un intérêt juridiquement protégé²⁵⁵. »
- Il est aussi précisé : « Le système du Code civil apparaît donc largement ouvert et perméable. L'article 5.171 ne vise pas à remettre en cause cet acquis²⁵⁶. »
- Plus loin, l'Exposé des motifs expose que la notion d'intérêt juridiquement protégé n'empêche pas, notamment, « chacune des épouses, dans le cadre d'un mariage polygame contracté à l'étranger, de demander réparation du dommage moral subi à la suite du décès du mari ». Il importe peu que, selon l'Exposé des motifs, cet intérêt ne soit pas protégé par l'ordre juridique belge. « Si l'état de polygamie a été légalement constitué à l'étranger²⁵⁷, il est en effet possible de lui attribuer certains effets en Belgique (Ordre public international atténué). » On peut constater qu'il y a « une atteinte au lien d'affection qui les unissait (les épouses) à leur conjoint. Cet intérêt est juridiquement protégé²⁵⁸ ».
- L'Exposé des motifs admet que : « [I]l appartient en définitive au juge de déterminer si l'intérêt en question est protégé par le droit. Il en va ainsi certainement des atteintes aux droits subjectifs, aux droits fondamentaux et libertés mais aussi, *selon les circonstances*, des atteintes à de simples intérêts²⁵⁹ ». Selon les circonstances ? Quelles circonstances ?

Les plaideurs se réjouissent certainement des magnifiques controverses que l'avant-projet va susciter.

²⁵⁴ *Ibid.*

²⁵⁵ H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p.114.

²⁵⁶ Exposé des motifs, p. 143; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 114.

²⁵⁷ Le préjudice d'affection est-il limité à l'institution du mariage, qui a le mérite de créer des « droits » ?

²⁵⁸ Exposé des motifs, p. 146; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 117.

²⁵⁹ Exposé des motifs, pp. 146-147; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 117.

E. Confusion du dommage et du « dommage réparable »

184. L'avant-projet prône cependant l'adoption de la philosophie allemande au motif que tous les dommages constatés en fait « ne sont pas nécessairement réparables en droit ». La logique de l'avant-projet ne paraît pas évidente. On peut lire dans l'Exposé des motifs : « À défaut de définir le dommage et de fixer *ex ante* les conditions de sa réparation, le Code civil actuel pourrait laisser croire que le dommage serait une pure question de fait²⁶⁰. »

Nul n'a jamais soutenu que tous les dommages sont réparables. Le dommage est une notion de fait. Le voleur qui se fait voler subit un dommage. Il n'a droit à aucune réparation. On entre dans le domaine du droit lorsque l'on soutient que la personne préjudiciée a droit à la réparation du dommage.

On voit mal pourquoi, avant de constater un dommage (pure question de fait), il faudrait d'abord définir les conditions de sa réparation. La cohérence du raisonnement voudrait que l'on constate d'abord le dommage en fait pour s'interroger ensuite sur les conditions de sa réparation.

F. Un grand bond en arrière

1° Notre opinion

185. L'avant-projet avoue que son amour pour le droit allemand le conduit à revenir « à l'idée défendue autrefois (avant 1939!) par certains auteurs selon laquelle le dommage, au sens juridique, résulte de la lésion d'un intérêt, mais d'un intérêt qui doit être juridiquement protégé²⁶¹ ».

À l'époque où l'on exigeait que le dommage soit l'atteinte à un intérêt juridiquement protégé, l'orphelin recueilli par son oncle, comme on l'a déjà exposé ci-dessus, ne pouvait rien réclamer en cas de décès accidentel de l'oncle, parce qu'il n'avait aucune créance alimentaire à l'égard de son oncle. Cette conception – assez triste – a été condamnée par l'arrêt de la Cour de cassation du 16 janvier 1939.

En revenant à des conceptions abandonnées depuis quatre-vingts ans, on ne procède pas vraiment à la modernisation du droit.

2° Critique et réplique

186. Dans une tribune libre, il est considéré quelque peu indécent que l'on puisse parler d'un grand bond en arrière²⁶². Il n'est pas contesté que la solution préconisée par l'avant-projet est similaire à la solution que la Cour de cassation

²⁶⁰ Exposé des motifs, p. 143 ; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 114.

²⁶¹ Exposé des motifs, p. 144 ; en ce sens : H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 115.

²⁶² B. DUBUISSON et H. BOCKEN, « La réforme du droit de la responsabilité : un droit commun applicable à tous ». Réponse à M^e Isabelle Lutte, *op. cit.*, p. 730, spéc. p. 731.

condamne depuis son arrêt du 16 janvier 1939. Deux arguments, dont la pertinence n'est pas évidente, sont avancés à l'appui de la solution ainsi préconisée.

a) Les arrêts «Wrongful life»

187. Le premier argument est que l'on devrait déduire des arrêts de la Cour de cassation des 17 octobre 2016 et 13 avril 2018 que celle-ci aurait décidé que le dommage consiste en une atteinte à un intérêt juridiquement protégé.

Ce n'est pas exact. Les arrêts des 17 octobre 2016²⁶³ et 13 avril 2018²⁶⁴ énoncent sans doute que le dommage «consiste en l'atteinte à tout intérêt ou en la perte de tout avantage légitime». Ce qui était en cause était non pas la légitimité, mais l'existence même de l'intérêt d'un fœtus à ce que sa mère sollicite une interruption volontaire de grossesse. Le mot «légitime» est employé en écho aux décisions du juge du fond qui avait déduit, dans le premier arrêt, et refusait de déduire, dans le second arrêt, que l'enfant atteint d'une malformation congénitale non détectée avait un «intérêt certain et légitime» à faire l'objet d'un avortement thérapeutique.

Les deux arrêts de la Cour de cassation précisent que l'ancien article 350 du Code pénal «a pour seul objet de fixer les conditions auxquelles un avortement pratiqué sur une femme qui y a consenti ne constitue pas une infraction». Cette disposition légale a pour but d'abolir uniquement les entraves au droit de la mère à disposer de son corps. Il ne crée aucun droit subjectif ni aucun intérêt quelconque au profit de qui que ce soit d'autre que la mère, peu importe qu'il s'agisse du père²⁶⁵ ou (avec effet rétroactif)²⁶⁶ de l'enfant à naître²⁶⁷.

b) Principes européens de responsabilité

188. Le second argument est présenté avec vigueur: «L'article 2.101 des Principes de droit européen de la responsabilité civile élaborés en 2005 prévoit que «le préjudice consiste dans une atteinte matérielle ou immatérielle à un intérêt protégé». Cette référence montre bien que la notion d'intérêt juridiquement protégé n'a rien d'archaïque mais qu'elle traduit au contraire un consensus au niveau européen. La vision archaïque n'est donc pas du côté que l'on croit.»

²⁶³ Cass., 17 octobre 2016, *JLMB*, 2018, p. 1074, note G. GENICOT; *RGAR*, 2017, n° 15388, note G. HAARSCHER; *Rev. dr. santé*, 2016-17, p. 311, note G. GENICOT.

²⁶⁴ Cass., 13 avril 2018, *JLMB*, 2018, p. 1076, note G. GENICOT. Voy. aussi L. VANDENHOUTEN, «La Cour de cassation confirme son rejet de l'action en wrongful life», *Les Pages*, 2018, n° 41.

²⁶⁵ C.A. n° 39/91, 19 décembre 1991, *JT*, 1992, p. 362, note J. COENRAETS.

²⁶⁶ Pendant la vie intra-utérine, le fœtus fait partie du corps de sa mère. Il devient une personne autonome avec ses intérêts propres à partir de sa naissance (CEDH, 8 juillet 2004, Vo c. France, aff. 53924/00, motif 80).

²⁶⁷ Sur l'ensemble de la question, voy. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, coll. Faculté droit Liège, Bruxelles, Larcier, 2° éd., 2016, pp. 676-694; T. VANSWEEVELT, «Schade wegens de geboorte van een ongewenst of ongepland kind», in T. VANSWEEVELT et F. DEWALLENS (dir.), *Handboek gezondheidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2014, vol. 1, pp. 1394-1404.

189. La thèse ainsi soutenue selon laquelle les Principes européens de responsabilité civile seraient l'expression d'un « consensus au niveau européen » est inexacte.

La diversité des droits européens (b.1) et la méthode d'harmonisation (b.2) expliquent l'échec de celle-ci (b.3).

b.1) La diversité des droits européens

190. Sans même un examen approfondi des droits européens de la responsabilité civile, on s'aperçoit très rapidement de « l'existence d'un véritable fossé qui sépare le système anglais des systèmes continentaux²⁶⁸ ». On doit également constater un autre fossé pour de nombreuses questions « entre bon nombre d'ordres juridiques continentaux d'un côté, et le droit français de l'autre. Ce dernier inclut en effet une protection très étendue des dommages purement économiques et des dommages patrimoniaux²⁶⁹ ». Au droit français, on peut assimiler les droits belges et luxembourgeois, et, dans une certaine mesure, le droit espagnol²⁷⁰.

L'analyse du droit comparé permet de constater que, dans certains cas, c'est seulement dans le cadre du droit français (et des droits qui lui sont assimilés) que la victime peut obtenir la réparation de son dommage²⁷¹.

b.2) Les tentatives d'harmonisation des droits européens

191. Les travaux d'harmonisation du droit privé, et plus particulièrement du droit de la responsabilité, remontent à une résolution du Parlement européen de 1989²⁷².

Deux groupes de travail ont été constitués. Le premier est le *European Group on Tort law* (ou « Groupe de Tilburg Vienne ») qui a élaboré les *Principles of European Tort law* (en abrégé « PETL »). Le second groupe de travail appelé « Commission Von Bar » a établi un projet de cadre commun de référence (*Draft Common Frame of Reference*, en abrégé « DCFR »).

Les deux groupes de travail étaient composés de façon relativement semblable et ont abouti à des solutions assez similaires. Ils étaient l'un et l'autre très fortement inspirés par la culture juridique allemande.

On observera par exemple que le groupe de travail appelé « Commission Von Bar » était présidé par Christian Von Bar, dynamique professeur à l'Univer-

²⁶⁸ T. KADNER GRAZIANO, *La responsabilité délictuelle en droit comparé. Une introduction à la méthode comparative*, Elbing Lichtenhahn-Anthemis, 2019, p. 53, note 3.

²⁶⁹ T. KADNER GRAZIANO, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁷⁰ Les articles 1902 à 1910 du Code civil espagnol reproduisent presque textuellement les articles 1382 et suivants du Code Napoléon.

²⁷¹ T. KADNER GRAZIANO, *op. cit.*, p. 61.

²⁷² Résolution du Parlement européen sur un effort de rapprochement du droit privé des États membres, JOCE, 1989, C-158/400 (26 mai 1989).

sité d'Osnabrück (Allemagne), fondateur et directeur, dans cette université, de l'Institut de droit international privé et de droit comparé. Il avait déjà préparé un projet d'harmonisation du droit de la responsabilité²⁷³. La Commission Von Bar comprenait onze membres, dont quatre éminents professeurs exerçant au sein des universités allemandes, à savoir Messieurs Von Bar (Osnabrück), Basedow (Hambourg), Drobnig (Hambourg), Tilmann (Düsseldorf). Les sept autres membres provenaient de quatre petits pays (Grèce, Pays-Bas, Danemark, Belgique)²⁷⁴.

Compte tenu de la composition de la « Commission Von Bar », il n'est pas étonnant que les conceptions allemandes aient prédominé. Elles l'ont fait d'autant plus facilement que la Commission ne comprenait aucun représentant des autres grands pays de l'Union européenne (Espagne, France, Grande-Bretagne, Italie, Pologne).

Les PETL et les DCFR sont une expression de la culture juridique allemande, affublée d'un masque pseudo-européen.

b.3) *L'échec de l'harmonisation*

192. Une prétendue harmonisation du droit européen, ignorant les effets de la culture juridique française et des droits assimilés, favorable aux victimes, n'était guère satisfaisante. Dès 2003, certains auteurs s'en sont émus. « Face à l'uniformisation en marche, on ne peut ignorer l'ampleur des bouleversements juridiques que projettent ces groupes d'étude, quasi subrepticement, avec l'appui des instances européennes. C'est pourquoi, la résistance et la défense de nos Codes civils s'imposent²⁷⁵. » Ces propos restent d'actualité.

En 2005, lors de la publication des travaux d'harmonisation, ceux-ci ont reçu un accueil mitigé²⁷⁶.

Dès 2007, les premières critiques sont venues de Suède. Un auteur reproche aux PETL les solutions adoptées et le manque de représentativité du groupe de travail²⁷⁷.

En France, dès le début des travaux de réforme du droit de la responsabilité civile, un rapport d'information présenté au Sénat constatait « deux approches différentes du droit français : les modèles anglais et allemand du droit de la res-

²⁷³ C. VON BAR, *The Common European Law of Tort Law*, vol. 1 et 2, Oxford, éd. Clarendon Presse, 1998 et 2000.

²⁷⁴ C. VON BAR, « Le groupe d'études sur un Code civil européen », *RIDC*, 2001, p. 127, note 4.

²⁷⁵ Y. MINATCHY, « Un Code civil pour l'Europe : entre harmonisation et exception », www.droitbelge.be (10 décembre 2003).

²⁷⁶ F. WERRO, « Les principes de droit européen de la responsabilité civile en deux mots : contenu et critique », *Responsabilité et assurances* (revue suisse : *Haftung und Versicherung*, en abrégé *HAVE/REAS*), 2005, pp. 248 et suiv.

²⁷⁷ M. SCHULZ, « Disharmonization: A Swedish Critique of Principles of European Tort law », *European Business Law Review*, 2007, pp. 1305 et suiv.

ponsabilité civile». Le rapport déclarait : « Ces divergences irréductibles rendraient vaine toute tentative de bouleverser les fondements du droit français de la responsabilité civile en y substituant des fondements empruntés aux modèles allemand ou anglais²⁷⁸. »

Dans l'examen des projets européens d'harmonisation, plusieurs auteurs ont insisté sur la nécessité de maintenir les concepts généraux du droit français : « Tout détriment subi par leur victime ayant vocation à constituer un préjudice réparable et tous les préjudices ayant une égale vocation à être réparés²⁷⁹. » Ils s'opposent au modèle allemand selon lequel seuls certains préjudices sont réparables, l'article 823 du BGB faisant du dommage une notion « normative »²⁸⁰.

Dans le cadre des travaux de réforme du Code civil, la doctrine a salué l'article 1235 de l'avant-projet de 2016 qui prévoit que tout préjudice, quelle que soit sa nature, est potentiellement réparable. « Aucune sélection ne se fait selon la nature de l'intérêt lésé. On s'écarte ainsi heureusement des projets européens d'harmonisation de la responsabilité civile²⁸¹. »

Le moins que l'on puisse dire est qu'on est bien loin d'un « consensus au niveau européen ».

§ 2. L'atteinte et ses répercussions

193. La jurisprudence a parfaitement compris que le dommage doit être apprécié *in concreto*, ce qui veut dire qu'on prend en considération non pas la lésion d'un droit, mais les effets concrets de la lésion d'un intérêt.

Dans la jurisprudence actuelle, l'appréciation *in concreto* est une règle non discutée²⁸².

194. L'avant-projet va-t-il faire mieux ?

L'Exposé des motifs déclare ne pas souscrire à « la distinction préconisée par une partie de la doctrine française entre le dommage et le préjudice, le dom-

²⁷⁸ A. ANZIANI et L. BÉTEILLE, « Rapport d'information », présenté au Sénat, le 15 juillet 2009, au nom de la Commission des lois (spéc. pp. 28-32), <https://www.senat.fr>.

²⁷⁹ F. LEDUC, « Le préjudice réparable », in *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation*, Paris, LGDJ, 2012, p. 899.

²⁸⁰ G. VINEY, « Les intérêts protégés par le droit de la responsabilité civile », in *Le droit français de la responsabilité confronté aux projets européens d'harmonisation*, Paris, LGDJ, 2012, p. 149.

²⁸¹ M. BACACHE, « La recodification des principes classiques », in *Avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile*, La semaine juridique, supplément n^{os} 30-35, 25 juillet 2016, pp. 21 et suiv., spéc. p. 23, n^{os} 10-11.

²⁸² Voy. not. Cass., 19 septembre 2007, RGAR, 2008, n^o 14392 ; Cass., 17 février 2012, *Pas.*, 2012, p. 374, concl. T. WERQUIN ; *For. ass.*, 2012, p. 93, note C. MÉLOTTE ; *JLMB*, 2012, p. 683, note T. PAPART ; RGAR, 2013, n^o 14938, note D. DE CALLATAÏ ; Cass., 15 janvier 2014, *Pas.*, 2014, p. 126 ; RGAR, 2014, n^o 15110 ; Cass., 8 janvier 2016, RGAR, 2016, n^o 15291 ; Cass., 22 juin 2017, RGAR, 2017, n^{os} 15405 et 15406 ; *For. ass.*, 2018, p. 4, note J.-L. FAGNART ; Cass., 8 mars 2018, RGDC, 2019, p. 300, note B. VERKEMPINCK ; Cass., RG C.180221.N, 17 mai 2019, CRA, 2019, p. 50. Voy. aussi C.C., n^o 7.2016, 21 janvier 2016, not. motif B.9.1, *For. ass.*, 2016, p. 194, note J. LAFFINEUR ; RGAR, 2016, n^o 15304 ; RGDC, 2017, p. 257, note P. GILLAERTS.

mage consistant dans l'atteinte elle-même et le préjudice dans les conséquences de l'atteinte²⁸³ ».

Tout en contestant la distinction faite en France entre dommage et préjudice, l'avant-projet présente le dommage comme la conséquence d'une atteinte à un intérêt juridiquement protégé. En d'autres termes, l'avant-projet appelle « atteinte » ce qui est le dommage en France, tandis que dans le jargon de l'avant-projet le dommage correspond au préjudice du droit français. Le plaisir des arguties...

Si le dommage est, par définition, une « conséquence » de l'atteinte, il trouve nécessairement sa cause dans l'atteinte. Il suffit donc de prouver le lien causal entre le fait générateur et l'atteinte.

§ 3. La détermination du dommage

195. L'article 5.171, § 1, alinéa 2, énonce que, pour déterminer la nature et l'étendue du dommage, il faudrait procéder à une comparaison de « la situation de fait dans laquelle se trouvait la personne lésée avant l'atteinte et la situation de fait dans laquelle elle se trouve après celle-ci ». La règle ainsi énoncée appelle une observation fondamentale.

196. Le système proposé méconnaît en effet le dynamisme de la vie. Pourquoi faudrait-il se référer à la situation de fait dans laquelle se trouvait la personne lésée avant l'atteinte ? Sans l'atteinte, la personne lésée aurait pu évoluer. Le jeune étudiant en médecine ne serait pas resté étudiant toute sa vie ; s'il n'avait pas été amputé des deux mains, il aurait pu devenir chirurgien. Il faut donc se référer à l'état « qui aurait été celui de la personne lésée » si elle n'avait pas subi le dommage qui est le sien.

Le texte de l'article 5.171, § 1, alinéa 2, est inconciliable avec l'article 5.180, § 1^{er}, qui énonce judicieusement que la réparation des dommages patrimoniaux tend à placer la personne lésée « dans la situation où elle se serait trouvée si le fait générateur de responsabilité n'était pas survenu ».

Section 3

Suggestion

197. Voyez l'article 5.171, § 2.

²⁸³ Exposé des motifs, p. 147 ; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 117.

Analyse de l'article 5.171, § 2

Le dommage illicite

Section 1

L'avant-projet

§ 1. Le texte

198. L'article 5.171, § 2, énonce :

§ 2. Un dommage qui trouve sa source dans un fait ou une activité illicite imputable à la personne lésée n'est pas réparable.

§ 2. Justification

199. Dans l'Exposé des motifs, on peut lire : « [L]a mention selon laquelle le dommage doit résulter de l'atteinte à un intérêt juridiquement protégé ne permet pas de résoudre tous les problèmes liés au caractère licite de ce dommage. L'intérêt juridiquement protégé est le stade de la reconnaissance de l'intérêt et de son besoin de protection dans l'ordre juridique. Le second contrôle porte sur l'existence concrète du dommage et sur son caractère réparable. Les deux alinéas sont donc complémentaires²⁸⁴. »

Section 2

Appréciation

§ 1. Des concepts confus

200. L'Exposé des motifs s'efforce de démontrer que licéité et légitimité seraient des notions distinctes. « La mention selon laquelle le dommage doit résulter de l'atteinte à un intérêt juridiquement protégé ne permet pas de résoudre tous les problèmes liés au caractère licite de ce dommage²⁸⁵. » Cela signifie-t-il qu'il y aurait des intérêts « juridiquement protégés » qui seraient illicites ?

L'Exposé des motifs rappelle opportunément la jurisprudence de la Cour de cassation qui décide, de manière constante, que la lésion d'un intérêt ne peut

²⁸⁴ Exposé des motifs, p. 149 ; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, pp. 119-120.

²⁸⁵ *Ibid.*

donner ouverture à une action en réparation qu'à la condition que cet intérêt soit légitime. D'autres arrêts indiquent qu'il faut que l'intérêt « ne soit pas illicite ».

L'Exposé des motifs prétend qu'il serait difficile de saisir la portée exacte de cette jurisprudence. L'Exposé des motifs en fait cependant une analyse très correcte.

Après cette analyse, l'Exposé des motifs en arrive à admettre qu'il existe certainement « un point d'intersection [...] entre l'atteinte à un intérêt juridiquement protégé d'une part, et l'atteinte à un intérêt légitime d'autre part. Dans l'un et l'autre cas, ces formules laissent toutes deux percevoir que l'Ordre juridique fixe des conditions plus ou moins larges avant d'admettre qu'un dommage est réparable²⁸⁶ ».

201. En d'autres termes, l'intérêt légitime et l'intérêt licite sont deux expressions qui désignent une condition de la réparation du dommage. Vouloir faire la distinction entre les deux ne peut être que source de confusion.

§ 2. Un contrôle ou deux ?

202. L'Exposé des motifs croit utile de se livrer à une étude du régime des pertes résultant d'une activité illicite. Toute cette analyse aboutit à démontrer qu'il n'y a pas de réparation si l'intérêt lésé n'est pas licite. L'Exposé des motifs croit cependant utile de suggérer un contrôle à un double niveau²⁸⁷.

203. Au premier niveau, on vérifie que l'intérêt invoqué est bien « juridiquement protégé ». L'exemple est celui d'un dommage causé à un bien volé : « L'intérêt du voleur n'est évidemment pas protégé puisqu'il n'est titulaire d'aucun droit²⁸⁸ sur la chose²⁸⁹. » Il aurait été plus correct d'écrire que l'intérêt du voleur à la conservation de la chose volée n'est pas un intérêt légitime.

204. Lorsqu'il y a un intérêt juridiquement protégé, « un second contrôle peut être exercé au titre du paragraphe 2, sur le dommage ». L'exemple donné est celui d'un boulanger, victime d'un accident. « 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, car, au sens du paragraphe 2, cette perte résulte d'une activité illicite qui lui est imputable²⁹⁰. »

Depuis quand la fabrication du pain est-elle une activité illicite ? L'Exposé des motifs accumule les confusions. La fabrication du pain est une activité licite.

²⁸⁶ Exposé des motifs, pp. 151-152; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p.121.

²⁸⁷ Exposé des motifs, pp. 152-154; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, pp. 121-122.

²⁸⁸ Faut-il avoir un droit pour bénéficier d'un intérêt juridiquement protégé ? L'Exposé des motifs entretient la confusion.

²⁸⁹ Exposé des motifs, p. 153; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 121.

²⁹⁰ Exposé des motifs, p. 153; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, pp. 121-122.

La dissimulation de revenus provenant d'une activité professionnelle constitue une infraction à la loi fiscale. Elle doit être sanctionnée par application des dispositions du CIR. La situation du boulanger qui ne déclare pas ses revenus n'est pas très différente de l'automobiliste qui exerce une activité légitime en conduisant sa voiture, mais commet une infraction s'il franchit un feu de circulation en sa phase rouge²⁹¹.

Il existe bien entendu des activités illicites : le trafic de la drogue, le trafic d'êtres humains, l'exercice illégal de l'art de guérir, le commerce de produits financiers non autorisés par la FSMA...

205. Il n'est pas nécessaire de faire un contrôle à deux niveaux. Nul n'a un intérêt légitime à acquérir ou à conserver des revenus provenant d'une activité illicite.

Section 3

Suggestion

206. Chacune des critiques énoncées ci-dessus justifie la suppression de l'article 5.171 de l'avant-projet.

Si l'on veut absolument maintenir l'article 5.171, il faudrait en éliminer toutes les considérations inutiles, inopportunes ou qui risquent d'être source de confusion.

L'article 5.171 deviendrait dès lors :

§ 1^{er}. Le dommage est la lésion d'un intérêt.

§ 2. Le dommage n'est pas réparable si l'intérêt lésé est illicite.

²⁹¹ Dans un sens similaire, voy. J. KIRKPATRICK, « Lorsqu'un délit a causé une incapacité de travail, la victime peut-elle obtenir la réparation du dommage résultant de la privation de revenus professionnels non déclarés au fisc? », note sous Cass., 14 mai 2003, *RCJB*, 2004, pp. 149 et suiv.; D. DE CALLATAÏ et N. ESTIENNE, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 2: « Le dommage », Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 22-26.

Analyse de l'article 5.172

Atteinte à un intérêt personnel ou collectif

Section 1

L'avant-projet

§ 1. Le texte

207. L'article 5.172 énonce :

Le dommage doit résulter de l'atteinte à un intérêt personnel juridiquement protégé.

Le dommage résultant de l'atteinte à un intérêt collectif est réparable dans les cas et conditions déterminées [sic] par la loi.

§ 2. Justification

208. L'Exposé des motifs décrit de façon intéressante l'évolution de la jurisprudence²⁹².

L'accent est surtout mis sur les demandes formées par les ASBL. Celles-ci peuvent demander la réparation d'un dommage moral lorsqu'une personne a porté atteinte à un intérêt que l'ASBL s'est donné pour mission de protéger.

L'Exposé des motifs consacre également des développements intéressants aux atteintes à un intérêt collectif. L'Exposé des motifs confirme cependant qu'il appartient au législateur de régler cette question²⁹³.

Section 2

Appréciation

209. Le premier alinéa de l'article 5.172 n'apporte rien par rapport à la jurisprudence qui a parfaitement évolué. Il n'apporte rien par rapport à l'article 17 du Code judiciaire qui prévoit notamment que l'action ne peut être admise si le demandeur n'a pas « qualité » pour la former. Nul n'a, en règle, qualité pour agir dans l'intérêt d'autrui. Il peut agir dans son intérêt personnel.

²⁹² Exposé des motifs, pp. 155-156; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, pp. 123-124.

²⁹³ Exposé des motifs, p. 157; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 124.

L'opportunité de l'alinéa 2 est encore plus discutable. Un avant-projet de loi énonce, à propos d'une question qu'il ne règle pas, que des lois ultérieures pourraient la régler. Est-ce utile?

Section 3

Suggestion

210. L'article 5.172 de l'avant-projet de réforme doit être supprimé.

Analyse de l'article 5.173

Domage certain

Section 1

L'avant-projet

§ 1. Le texte

211. L'article 5.173 énonce :

Seul le dommage certain est réparable.

Le dommage futur est réparable s'il est la conséquence certaine d'une atteinte actuelle à un intérêt juridiquement protégé.

§ 2. Justification

212. L'Exposé des motifs expose que l'article 5.173 reprend le principe selon lequel seul le dommage certain est réparable²⁹⁴, ce qui relève davantage de la question de preuve que d'une question de fond.

Section 2

Appréciation

213. La première question que l'on doit se poser est de savoir s'il est opportun de figer dans un Code des principes qui sont clairs et qui ne font l'objet d'aucune discussion.

La seconde question est de vérifier si l'exigence de certitude relève uniquement de la preuve. Les auteurs de l'avant-projet ne semblent pas avoir aperçu qu'il y a aussi une question de fond.

En effet, la certitude doit porter sur la lésion, tandis que l'intérêt peut être actuel, futur ou simplement probable. Dans ce dernier cas, on parlera de la « perte d'une chance ».

²⁹⁴ Exposé des motifs, p. 159; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 125.

Section 3

Suggestion

214. Si l'on estime opportun de rédiger un article sur la certitude du dommage, il pourrait être rédigé dans les termes suivants :

Le dommage n'existe que si la lésion d'un intérêt est certaine.

Le dommage futur est réparable s'il est la conséquence normalement prévisible d'un dommage actuel.

La perte d'une chance est réparable si elle est la perte certaine d'un avantage probable.

Analyse de l'article 5.174

Dommege patrimonial et extrapatrimonial

Section 1

L'avant-projet

§ 1. Le texte

215. L'article 5.174 énonce :

§ 1^{er}. Le dommege patrimonial comprend toutes les répercussions économiques de l'atteinte. Il inclut les pertes et les dépenses, ainsi que le manque à gagner et la réduction de valeur.

§ 2. Le dommege extrapatrimonial comprend toutes les répercussions non économiques de l'atteinte. Il inclut notamment les douleurs, souffrances et autres troubles psychiques.

§ 2. Justification

216. L'Exposé des motifs indique que l'article 5.174 se borne « à rappeler une distinction fondamentale largement acceptée en droit belge entre les préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux²⁹⁵ ».

Section 2

Appréciation

217. L'article 5.174 appelle trois observations générales et deux observations de détail.

§ 1. Observations générales

A. *La confusion des genres*

218. La loi a pour rôle d'ordonner ou d'interdire.

La loi n'est pas un syllabus pour les étudiants, ni un aide-mémoire pour les juges que l'on croit fatigués.

²⁹⁵ Exposé des motifs, p. 161; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 126.

B. *Un texte inutile*

219. L'inutilité du texte est que, si l'on en croit l'Exposé des motifs, il reprend des concepts largement utilisés (ils sont peut-être un peu dépassés). Actuellement, il est d'usage de se référer aux préjudices économiques et non économiques.

Si les concepts sont largement utilisés et donc bien connus, il est superflu de les figer dans un texte légal.

C. *La confusion des concepts*

220. La confusion des concepts provient d'un vocabulaire inadéquat.

On sait en effet que le patrimoine est généralement défini comme l'ensemble des biens et des obligations d'une même personne, de l'actif et du passif, envisagés comme formant une universalité de droit, comprenant non seulement ses biens présents, mais aussi ses biens à venir²⁹⁶.

Le dommage « patrimonial » est donc nécessairement un dommage aux biens, peu importe qu'il s'agisse d'une dégradation de l'actif ou de la survenance de charges nouvelles grevant le passif.

Dans la mesure cependant où le corps humain ne fait pas partie du patrimoine, tout préjudice corporel est nécessairement « extrapatrimonial » même s'il a des répercussions sur la capacité de travail de l'intéressé, répercussions qui sont donc de nature économique.

On sait qu'une atteinte à l'intégrité physique peut engendrer des préjudices de nature économique (frais médicaux, perte de revenus ou de capacité de travail) et des préjudices non économiques (souffrances physiques ou morales, préjudice esthétique, préjudice d'agrément).

Par ailleurs, la perte ou la détérioration d'une chose matérielle est susceptible, dans certains cas, d'entraîner pour son propriétaire un dommage moral (non économique)²⁹⁷.

De même, une société constituée dans un but patrimonial peut subir, dans certaines circonstances, un dommage moral²⁹⁸.

Il eût été préférable de faire la distinction entre le dommage économique et le dommage non économique.

²⁹⁶ « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir ses engagements sur tous ses biens mobiliers ou immobiliers, présents et à venir » (ancien art. 2092 C. civ., devenu art. 7 de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851).

²⁹⁷ D. DE CALLATAÏ et N. ESTIENNE, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 2 : « Le dommage », *op. cit.*, pp. 475-480.

²⁹⁸ M. COIPEL, « Le préjudice moral des personnes morales et particulièrement des sociétés », *JDSC*, 2009, pp. 6-16; M. ISGOUR, « L'atteinte à l'image de marque des personnes morales », *Auteurs et médias*, 2007, pp. 214-234.

§ 2. Observations particulières

221. La première observation particulière concerne les énumérations que l'article 5.174 croit utile de faire.

Celle de l'article 5.174, § 2, est purement exemplative. Elle indique «notamment» ce qui est inclus dans le dommage extrapatrimonial.

L'énumération de l'article 5.174, § 1^{er}, est-elle exemplative et limitative? Le texte est ambigu. Même si l'on peut raisonnablement penser que cette énumération est exemplative, elle est, en tout cas, contestable en ce qu'elle cite «le manque à gagner». Dès lors que l'on affirme que le dommage consiste dans «les répercussions» d'une atteinte à un intérêt juridiquement protégé, on comprend mal ce que «le manque à gagner» vient faire dans l'énumération des dommages. En cas d'atteinte à l'intégrité physique, une répercussion de celle-ci peut être la réduction de la capacité de travail. Le manque à gagner peut être, dans certains cas, une conséquence de l'atteinte à la capacité de travail. On n'est plus au deuxième, mais déjà au troisième degré.

222. Une autre observation particulière concerne l'Exposé des motifs²⁹⁹ où il est précisé que l'avant-projet de loi «n'entend donc pas se substituer au Tableau indicatif [...]». Ce Tableau indicatif, qui est revu périodiquement, repose sur une nomenclature plus aboutie qui peut être adaptée.

Il convient sans doute de rappeler que le Tableau indicatif est purement «indicatif». Rien n'interdit d'évoquer un dommage qui n'entre pas dans la «nomenclature».

La jurisprudence se montre en effet très prudente à l'égard du Tableau indicatif. Un jugement par exemple décide que l'offre d'indemnisation faite par un assureur est «manifestement insuffisante» au sens des articles 13 et 14 de la loi du 21 novembre 1989 sur l'assurance obligatoire de la responsabilité civile automobile. Le jugement précise que la circonstance que l'entreprise d'assurance se soit basée, pour établir son offre, sur le Tableau indicatif, ne permet pas d'ôter tout caractère manifestement insuffisant à celle-ci³⁰⁰.

Soulignons aussi que la distinction effectuée par l'article 5.174 occulte ce qu'il est convenu d'appeler «le dommage immatériel». Celui-ci est généralement défini comme «tout préjudice pécuniaire résultant de la privation de la jouissance d'un droit, de l'interruption d'un service rendu par une personne ou par un bien meuble ou immeuble ou de la perte d'un bénéfice qu'entraîne directement la survenance de dommages corporels ou matériels³⁰¹».

²⁹⁹ Exposé des motifs, p. 162; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 126.

³⁰⁰ Civ. Bruxelles (73^e ch.), 20 octobre 2009, RGAR, 2012, n° 14861.

³⁰¹ Sur les dommages immatériels, voy. R. HOUBIER, «La couverture des dommages immatériels dans les assurances de responsabilité civile», *Bull. ass.*, 1984, pp. 281-311; J.-M. HAUFERLIN, «Les dommages immatériels», in *Les assurances de l'entreprise*, Bruxelles, Bruylant, 1988, t. I, pp. 161-166; J. ROGGE, «L'assurance

Section 3

Suggestion

223. L'article 5.174 devrait être supprimé.

Si l'on voulait gommer les confusions qu'il génère, on écrirait des évidences :

§ 1^{er}. *Le dommage économique comprend toutes les répercussions économiques de l'atteinte.*

§ 2. *Le dommage non économique comprend toutes les répercussions non économiques de l'atteinte.*

Il nous semble préférable de ne rien écrire du tout.

des risques d'exploitation », in *Les assurances de l'entreprise*, Bruxelles, Bruylant, 1993, t. II, pp. 175 et suiv., spéc. p. 182; J.-L. FAGNART, *L'assurance de la responsabilité de l'entreprise*, t. I, in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Bruxelles, Kluwer, 2000, Dossier 73, pp. 16-17, n^{os} 28-32.

Analyse de l'article 5.175

Domage par ricochet

Section 1

L'avant-projet

§ 1. Le texte

224. L'article 5.175 énonce :

Le dommage par ricochet est un dommage 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 un lien d'affection suffisamment étroit.

Le responsable peut opposer à la personne lésée par ricochet les mêmes moyens de défense au fond que ceux qu'il aurait pu opposer à la victime directe.

§ 2. Justification

225. L'Exposé des motifs contient quelques développements concernant la définition du préjudice par ricochet, telle qu'énoncée à l'alinéa 1^{er}.

L'alinéa 2 du texte énonce que « la faute de la victime directe est opposable à la personne lésée par ricochet ».

Pour justifier cette solution, l'avant-projet se réfère à la jurisprudence de la Cour de cassation, tout en reconnaissant que la justification donnée par la Cour de cassation n'est pas très convaincante³⁰².

L'Exposé des motifs propose alors une justification de principe : « Le droit de la victime par répercussion est certes un droit propre, mais [...] il s'agit aussi d'un droit dérivé, en ce sens que ce droit n'existerait pas si une atteinte n'avait été préalablement portée aux intérêts d'une autre personne³⁰³. »

Une autre justification se veut pragmatique : « Considérer, au contraire, 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 ultérieur exercé par le responsable contre la victime directe si, tout au moins, elle a survécu, ou à sa succession³⁰⁴. »

³⁰² Exposé des motifs, p. 164; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 127.

³⁰³ Exposé des motifs, p. 164; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 128.

³⁰⁴ Exposé des motifs, p. 165; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 128.

Section 2

Appréciation

226. Dans l'analyse de l'article 5.175 en projet, il semble opportun de partir d'un cas concret (§ 1) pour tenter de préciser la notion (§ 2) et rappeler l'état de la question (§ 3). On pourra procéder ensuite à l'examen de l'avant-projet (§ 4), avant de terminer par une brève synthèse (§ 5).

§ 1. Un cas concret

227. Le texte ci-dessous illustre comment est vécu le principe que l'avant-projet voudrait graver dans le marbre de la loi.

Depuis quelques années, je suis veuf. Je vis avec mes deux enfants, dont je suis très fier. Ils ont achevé en même temps leurs études universitaires. Jacques, l'aîné, a obtenu un doctorat en médecine et Françoise, la cadette, un master en droit.

L'université a organisé une grande fête pour les nouveaux diplômés. Pour aller à cette fête, Jacques et Françoise m'ont demandé de leur prêter ma nouvelle Mercedes Coupé SLC que j'ai achetée il y a moins d'une semaine.

Au retour de la soirée, il paraît que Jacques, qui conduisait, n'aurait pas été attentif à une priorité de droite. La voiture a été pulvérisée par un camion qui roulait « à tombeau ouvert ». Mes deux enfants sont morts. Ma vie est finie.

Un tribunal de police a partagé la responsabilité par moitié entre Jacques et le chauffeur de camion.

Pour le décès de ma fille, le jugement qui me considère comme une « victime par ricochet » relève que Françoise n'a commis aucune faute et que j'ai donc droit à la réparation « intégrale » de mon chagrin évalué, conformément à un tableau fait par des juges, à la somme plantureuse de 15 000 euros.

Le jugement poursuit en relevant que Jacques a commis une faute dans la conduite de la voiture et que « donc » je n'ai droit qu'à la moitié de l'indemnité qui me reviendrait, soit 7 500 euros. Je ne comprends pas. On parle de mon chagrin. J'aimais mon fils autant que ma fille. L'inattention qu'il aurait commise ne réduit en rien mon chagrin.

Croyant me consoler, mon avocat m'annonce que pour la voiture, il a pu obtenir, comme je suis une victime directe³⁰⁵, une indemnité égale au prix d'un véhicule neuf (40 000 euros), augmentée d'un petit montant dérisoire pour ce qu'il appelle « le délai de mutation ». Il se croit obligé d'ajouter que l'assureur du camion, compte tenu du contrat-type, pourra difficilement exercer un recours contre mon assureur, mais qu'il pourrait diriger ce recours contre la succession de Jacques.

³⁰⁵ NDLR: La Cour de cassation a effectivement décidé: « En considérant qu'il convient de condamner l'assureur de l'un des conducteurs responsables de l'accident à indemniser la défenderesse de la totalité du dommage causé par son véhicule, aux motifs que celle-ci ne conduisait pas son véhicule lors de l'accident et n'était pas civilement responsable du conducteur, et que le partage de la responsabilité ne lui est, dès lors, pas opposable, les juges d'appel ont légalement justifié leur décision. » (Cass., 25 juin 2004, *Pas.*, 2004, p. 1171; *RDC*, 2005, p. 855, note G. Jocké.)

Les recours de l'assureur du camion, je m'en moque. D'autant plus que, sur les conseils de mon notaire, j'ai renoncé à la succession de mes deux enfants. Ils ne possèdent rien si ce n'est peut-être des dettes qu'ils auraient contractées à mon insu.

En résumé, la vie de mes deux enfants est évaluée à moins de la moitié du prix d'une voiture dont je me moque éperdument.

Cette histoire doit nous conduire à réfléchir au moins à la notion de dommage par ricochet et aux règles qui lui sont applicables.

§ 2. La notion

228. Il existe en doctrine une multitude de définitions du préjudice par répercussion, qui expriment toutes la même idée³⁰⁶. La définition la plus récente

³⁰⁶ Pour la doctrine belge: J. CANIVET, «De la réparation du préjudice des victimes par ricochet», *JT*, 1963, pp. 597 et suiv., et pp. 671 et suiv.; L. CORNELIS, «L'apparence trompeuse du dommage par répercussion», in *L'indemnisation du dommage corporel*, Liège, Jeune Barreau de Liège, 1996, pp. 149 et suiv.; L. CORNELIS et Y. VUILLARD, «Le dommage», in J.-L. FAGNART (dir.), *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Bruxelles, Kluwer, 2000, liv.10, p. 18; J. DABIN, «Les ayants droit de la victime, agissant en réparation de leur dommage corporel, peuvent-ils se voir opposer la faute commise par celle-ci?», *RCJB*, 1962, pp. 175 et suiv.; J. DABIN, «Faute envers soi-même et responsabilité à l'égard des proches», *Ann. dr.*, 1965, pp. 119 et suiv.; R. O. DALCQ, «De l'opposabilité de la faute de la victime à ses ayants cause agissant à titre personnel», *RGAR*, 1963, n° 7092; N. ESTIENNE, «Le préjudice par répercussion en cas de décès ou de blessures», in B. DUBUISSON (dir.), *Le dommage et sa réparation*, Bruxelles, Larcier, 2013, coll. CUP, vol.142, pp. 179-212; J. KIRKPATRICK, «Le nouveau statut des dommages subis par répercussion», *RCJB*, 1964, p. 449; S. D. LINDENBERGH, «Schade van derden door verwonding of overlijden van een naaste», *TPR*, 2002, pp. 1425 et suiv.; B. WEYTS, *De fout van het slachtoffer in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, op. cit., pp. 237-245.

Pour la doctrine française: F. CHABAS, *L'influence de la pluralité des causes sur le droit à la réparation*, op. cit., n° 154, pp. 190 et suiv.; F. CHABAS, «Du lien de parenté ou d'alliance entre la victime et l'auteur du dommage», in *Mélanges dédiés à Gabriel Marti*, Toulouse, Université des sciences sociales, 1978, pp. 293 et suiv.; F. CHABAS, «Remarques sur l'obligation in solidum», *Rev. trim. dr. civ.*, 1967, pp. 310 et suiv.; J. DUPICHOT, *Les préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle*, Paris, LGDJ, 1969; J. FOSSEREAU, «L'incidence de la faute de la victime sur le droit à réparation de ses ayants cause agissant à titre personnel», *Rev. trim. dr. civ.*, 1963, pp. 7 et suiv.; R. MEURISSE, «Les ayants cause agissant à titre personnel peuvent-ils se voir opposer la faute de la victime?», *Dall.*, 1962, Chron., 93; R. SAVATIER, «La veuve et l'orphelin demandant la réparation à l'homme dont la faute a contribué à la mort de leur époux ou de leur père peuvent-ils négliger la part de la faute de cet époux ou de ce père dans l'accident?», *Dall.*, 1964, Chron., 155.

On peut consulter également les analyses de la question dans des ouvrages plus généraux: R. O. DALCQ, *Traité*, op. cit., t. II, n°s 2981 et suiv.; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, op. cit., n° 74, p. 362, n° 429; B. DUBUISSON, «Questions diverses: l'application de la loi dans le temps et dans l'espace, le préjudice par répercussion, la situation du conducteur», in *L'indemnisation des usagers faibles de la route*, coll. «Les dossiers du Journal des tribunaux», n° 35, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 156; J.-L. FAGNART, *La causalité*, op. cit., pp. 278-284; Y. LAMBERT-FAIVRE, *Le droit du dommage corporel*, op. cit., 2004, pp. 383 et suiv., n°s 173 et suiv.; H., L. & J. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, Paris, Montchrestien, t. II, 6^e éd., n°s 1469 et suiv., 1872 et suiv.; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité civile*, Paris, LGDJ, 2^e éd., pp. 154 et suiv., n°s 304-327 et 425-427-1; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, op. cit., t. II, p. 1552, n°s 1090, et 1591, n° 1116; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buiten contractueel aansprakelijkheidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2009, pp. 653 et suiv., n°s 1037-1040.

et sans doute la plus simple est celle proposée par Nicolas Estienne : « Le préjudice par répercussion est le préjudice éprouvé à titre personnel par une ou plusieurs personnes du fait du dommage subi personnellement et directement par une autre personne³⁰⁷. » L'auteur souligne que l'essentiel est « qu'un fait générateur de responsabilité porte atteinte de manière directe aux droits ou aux intérêts juridiquement protégés d'une personne (la victime directe ou primaire) et que cette atteinte soit par elle-même la cause d'un préjudice personnel pour au moins une autre personne (la victime indirecte ou par répercussion)³⁰⁸ ».

§ 3. L'autonomie du droit à réparation des victimes par répercussion

229. La particularité du dommage par répercussion est qu'il est subi en raison d'un autre dommage qui est, lui, subi par la victime primaire. Si l'on considère que le préjudice par répercussion est un préjudice autonome, distinct du préjudice souffert par la victime directe du fait dommageable, il doit être indemnisé en tant que tel. La victime par répercussion doit disposer d'une action totalement distincte de celle de la victime primaire. Les indemnités qu'elle peut obtenir ne sont évaluées qu'en fonction de son propre dommage, sans référence aucune aux indemnités revenant à la victime primaire.

En revanche, si l'on considère que le dommage par répercussion est un simple « ricochet » du dommage initial, la victime indirecte apparaît comme un « ayant droit » de la victime directe ; elle ne peut être indemnisée que suivant les critères qui déterminent le dommage de la victime directe.

La jurisprudence et la doctrine, de façon assez unanime, consacrent le principe de l'autonomie du droit à réparation de la victime par répercussion (A). Toutefois, par une étrange inconséquence, plusieurs auteurs, suivis par la Cour de cassation, prétendent déroger à ce principe en cas de faute commise par la victime primaire (B).

A. Le principe de l'autonomie du préjudice par répercussion

1° Justification du principe d'autonomie

230. Le principe d'autonomie de l'action des victimes indirectes est très généralement reconnu par la doctrine³⁰⁹. Même les auteurs qui plaident pour

³⁰⁷ N. ESTIENNE, « Le préjudice par répercussion en cas de décès ou de blessures », *op. cit.*, pp. 179-212, spéc. p. 181, n° 4.

³⁰⁸ N. ESTIENNE, *op. cit.*, *loc. cit.*

³⁰⁹ L. CORNELIS, « L'apparence trompeuse du dommage par répercussion », *op. cit.*, 1996, pp. 149 et suiv. ; L. CORNELIS et Y. VUILLARD, « Le dommage », in J.-L. FAGNART (dir.), *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, *op. cit.*, liv. 10, spéc. p. 18 ; R. O. DALCQ, *Traité*, *op. cit.*, t. II, nos 2943 et suiv. ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, 2^e éd., t. I, n° 423 ; H., L. & J. MAZEAUD, *Traité*, *op. cit.*, t. II, n° 1901 ; G. VINEY, « L'autonomie du droit à réparation de la victime par ricochet par rapport à celui de la victime initiale »,

une grande dépendance du préjudice par répercussion par rapport au dommage initial admettent que le premier est un dommage distinct du second. « Le préjudice par ricochet est de nature ambivalente. Il s'agit en effet d'un dommage subi par répercussion à la suite de celui souffert par la victime directe, mais qui n'en reste pas moins un dommage subi à titre personnel par l'ayant droit³¹⁰. » « Le préjudice par répercussion est donc un préjudice à part entière, distinct du préjudice souffert par la victime directe du fait dommageable [...]. La réparation du préjudice par répercussion peut parfaitement être envisagée de manière autonome par rapport au dommage direct³¹¹. »

L'autonomie du droit à réparation a été reconnue par des arrêts récents de la Cour de cassation à propos du dommage indirectement subi par l'employeur qui doit payer différents montants à la victime initiale de l'accident. « Le recours propre de l'employeur public a nécessairement pour objet un dommage *distinct* de celui subi par la victime de l'accident³¹². » « 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 commun³¹³. »

Si le préjudice par répercussion s'assimilait au dommage subi par la victime initiale et faisait partie du patrimoine de cette dernière, les créanciers de la victime initiale pourraient saisir la créance de réparation du préjudice de répercussion. Chacun comprend qu'une telle situation serait inadmissible.

Les effets de l'autonomie du dommage par répercussion sont très généralement reconnus par la doctrine et la jurisprudence, notamment en ce qui concerne les conditions (2°) et les effets (3°) du droit à réparation.

2° Les conditions du droit à réparation

231. Il est généralement admis que le droit à réparation du dommage peut avoir un fondement différent suivant qu'il s'agit du dommage direct ou du dommage par répercussion. Par exemple, en cas d'accident mortel, les ayants cause de la victime peuvent se prévaloir des dispositions d'un contrat conclu par leur auteur avec le responsable, tel un contrat de transport, lorsque le préjudice subi par le défunt trouve sa cause dans l'inexécution par le transporteur

Dall., 1974, Chron., 3; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, Paris, LGDJ, 2006, pp. 172 et suiv., n°s 322-327; B. WEYTS, *De fout van het slachtoffer in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, *op. cit.*, p. 237, n°s 270 et suiv.

³¹⁰ B. DUBUISSON, « Questions diverses: l'application de la loi dans le temps et dans l'espace, le préjudice par répercussion, la situation du conducteur », *op. cit.*, p. 156.

³¹¹ N. ESTIENNE, « Le préjudice par répercussion en cas de décès ou de blessures », *op. cit.*, pp. 179 et suiv., spéc. p. 182, n° 5.

³¹² Cass., 23 octobre 2013, *Pas.*, 2013, p. 2021; RGAR, 2014, n° 15098.

³¹³ Cass., 14 février 2014, *Bull. ass.*, 2014, p. 161, note E. VAN DEN HOUT.

de ses obligations contractuelles³¹⁴. En revanche, si les personnes lésées agissent, non en leur qualité d'ayants cause, mais bien en nom personnel, elles ne pourront exercer qu'une action en responsabilité extracontractuelle³¹⁵.

232. La réparation du dommage par répercussion peut être demandée de manière autonome par rapport au préjudice initial. On admet notamment que la victime par répercussion peut solliciter et obtenir la réparation de son préjudice alors même que la victime primaire resterait en défaut d'agir pour une raison ou pour une autre³¹⁶.

233. L'action de la victime primaire et l'action de la victime par répercussion ont nécessairement des objets différents. Chaque victime ne peut réclamer que le préjudice qu'elle a personnellement subi³¹⁷.

234. Étant donné que l'action de la victime primaire et l'action des victimes par répercussion ont pour objet la réparation de préjudices différents, la preuve à apporter diffère également.

On comprend aisément que, s'il agit en qualité d'ayant cause, le demandeur doit prouver le dommage subi par son auteur. En revanche, s'il agit en nom personnel, il doit rapporter la preuve du préjudice qu'il a personnellement subi. En outre, l'ayant cause devra établir la qualité en laquelle il agit (par exemple, la preuve de sa qualité d'héritier) alors que la victime qui agit à titre personnel n'a d'autre preuve à apporter que celle de son préjudice personnel³¹⁸.

3° Les effets du droit à réparation

235. L'autonomie du dommage par répercussion se manifeste très clairement en ce qui concerne les effets du droit à réparation.

Tout d'abord, l'évaluation de l'indemnité est faite nécessairement en fonction du dommage dont la réparation est demandée. Le dommage d'une victime grabataire est sans commune mesure avec le chagrin que ses proches peuvent ressentir à la vue des souffrances d'un être cher.

Lorsque l'action est exercée par plusieurs victimes par répercussion, chacune obtiendra une indemnité correspondant au dommage qu'elle a subi personnellement. En revanche, si l'action est exercée par les ayants cause de la victime directe décédée dans l'accident, les héritiers se partageront les dommages-intérêts en proportion de leurs parts successorales³¹⁹.

³¹⁴ R. O. DALCQ, *Traité, op. cit.*, t. II, n° 2952.

³¹⁵ Sur la responsabilité extracontractuelle du contractant à l'égard des tiers : Cass., 12 décembre 1958, *Pas.*, 1959, p. 383 ; *RCJB*, 1960, p. 204, note G. VAN HECKE ; *RGAR*, 1960, n° 6425 ; R. O. DALCQ, *Traité, op. cit.*, t. I, n°s 100 et 101, 399-405.

³¹⁶ N. ESTIENNE, « Le préjudice par répercussion en cas de décès ou de blessures », *op. cit.*, p. 182, n° 5.

³¹⁷ R. O. DALCQ, *Traité, op. cit.*, t. II, n° 2949.

³¹⁸ R. O. DALCQ, *Traité, op. cit.*, t. II, n° 2949.

³¹⁹ H., L. & J. MAZEAUD, *Traité, op. cit.*, t. II, n° 1901.

Les deux actions étant indépendantes, la transaction conclue dans une affaire n'éteint pas l'autre action³²⁰. Le jugement prononcé dans l'une des causes n'a aucune autorité de chose jugée à l'égard de l'autre³²¹.

Les indemnités obtenues par les héritiers en cette qualité constituent un élément du patrimoine du défunt et sont soumises aux droits de succession. Elles ne peuvent être soustraites à l'action éventuelle des créanciers du défunt³²². En revanche, la créance de réparation appartenant aux victimes par ricochet pour leur dommage personnel échappe à l'emprise des créanciers du défunt³²³.

B. La dérogation au principe d'autonomie du dommage par répercussion : la faute de la victime directe

1° L'évolution de la jurisprudence

236. « Pendant longtemps, la jurisprudence de la Cour de cassation a suivi un raisonnement tout à fait logique : le tiers responsable ne pouvait opposer à la victime par répercussion une faute commise par la victime primaire et il devait en conséquence l'indemniser intégralement de son préjudice personnel par répercussion³²⁴. » Bien entendu, le tiers responsable, après avoir indemnisé la victime par répercussion, pouvait exercer une action contributoire contre la victime primaire ou contre ses ayants droit³²⁵.

La logique ne fait pas toujours bon ménage avec les bons sentiments. On s'est ému de constater que l'application de la théorie de l'équivalence des conditions avait pour effet de faire supporter par la victime primaire ou par sa succession, une partie de la réparation du dommage subi par les victimes par répercussion. On a même dit qu'il est contraire « au bon sens et à l'équité » qu'un tiers qui n'a pas commis de faute (la victime par répercussion) soit indemnisé intégralement !

Dans son commentaire des arrêts du 15 mai 1961, le professeur Jean Dabin est parti en guerre contre la jurisprudence classique en élaborant la théorie des « tiers solidaires »³²⁶.

237. La Cour de cassation s'est laissé influencer. Par un arrêt de principe, rendu sur les conclusions conformes de l'avocat général Dumon, elle a décidé

³²⁰ R. O. DALCQ, *Traité*, t. II, n° 2949.

³²¹ H., L. & J. MAZEAUD, *op. cit.*, *loc. cit.*

³²² R. O. DALCQ, *Traité*, t. II, n° 2950.

³²³ H., L. & J. MAZEAUD, *op. cit.*, *loc. cit.*

³²⁴ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, *op. cit.*, t. II, p. 1592. Sur la jurisprudence antérieure à 1962 : Cass., 14 janvier 1957, *Pas.*, 1957, p. 147 ; Cass., 17 juin 1957, *Pas.*, 1957, p. 1243 ; Cass., 1^{er} juillet 1957, *Pas.*, 1957, p. 1307 ; *JT*, 1957, p. 730, note R. O. DALCQ ; *RGAR*, 1958, n° 6171 ; Cass., 15 mai 1961 (2 arr.), *Pas.*, 1961, pp. 986 et 988 ; *RCJB*, 1965, p. 168, note J. DABIN.

³²⁵ J. KIRKPATRICK, « Le nouveau statut des dommages subis par répercussion », *op. cit.*, pp. 449 et suiv., spéc. n°s 2 et suiv.

³²⁶ J. DABIN, « Les ayants droit de la victime agissant en réparation de leur dommage personnel peuvent-ils se voir opposer la faute commise par celle-ci ? », *op. cit.*, p. 168.

« 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 décédée; qu'en raison de ces liens qui fondent le droit à réparation, ce droit est affecté par la responsabilité personnelle de la victime dans toute la mesure où le défendeur aurait pu l'opposer soit à la victime première réclamant elle-même l'indemnisation de son préjudice propre, soit à ses héritiers poursuivant cette réparation *ex haerede*³²⁷ ». Cette jurisprudence a été confirmée par de nombreux arrêts³²⁸.

Un arrêt a même fait application du principe de « l'opposabilité de la faute d'une victime » en décidant que les proches de la victime ne peuvent obtenir de l'assureur de la responsabilité de celle-ci la réparation du dommage qu'ils subissent par répercussion en raison d'une faute de la victime³²⁹. On a exposé ailleurs les réserves que cette jurisprudence appelle³³⁰.

Suivant cette jurisprudence, si un conducteur trouve la mort dans un accident causé par les fautes concurrentes d'un tiers et de lui-même, son épouse, par exemple, ne pourra obtenir pour son préjudice personnel qu'une réparation réduite en proportion de la faute du défunt. En revanche, si le conducteur provoque, par sa faute exclusive, un accident qui cause la mort de son épouse, passagère du véhicule, il pourra obtenir, en vertu de l'article 29*bis*, la réparation intégrale du dommage qu'il subit en sa *qualité d'ayant droit* d'une victime qui n'était pas conducteur³³¹. « La circonstance que l'ayant droit de la victime est le conducteur d'un des véhicules automoteurs impliqués n'y déroge pas³³². »

La jurisprudence favorable à la thèse de « l'opposabilité » ne contribue pas à la cohérence du droit.

La Cour constitutionnelle estime cependant qu'elle n'est pas contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution³³³.

³²⁷ Cass., 19 décembre 1962, *Pas.*, 1963, p. 491; *JT*, 1963, p. 673; *Rev. dr. pén.*, 1962-63, p. 568, concl. avocat général DUMON; *RW*, 1962-63, p. 1235; *RGAR*, 1963, n° 7105; *Rev. trim. dr. civ.*, 1963, 359, note A. TUNC; *Rev. trim. dr. civ.*, 1964, p. 419, n° 13, note E. VIEUJEAN.

³²⁸ Cass., 17 juin 1963, *Pas.*, 1963, p. 1096; *JT*, 1963, p. 710; *RCJB*, 1964, p. 446, note J. KIRKPATRICK; *RGAR*, 1964, n° 7299; *RW*, 1963-64, 963; *Bull. ass.*, 1965, p. 507; Cass., 19 décembre 1967, *Pas.*, 1968, p. 537; Cass., 19 octobre 1976, *Pas.*, 1977, p. 213; Cass., 6 janvier 1981, *Pas.*, 1981, p. 476; Cass., 10 février 1981, *Pas.*, 1981, p. 623; Cass., 14 avril 1981, *Pas.*, 1981, p. 915; Cass., 1^{er} février 1994, *Pas.*, 1994, p. 133; Cass., 5 octobre 1995, *Pas.*, 1995, p. 873; Cass., 5 septembre 2003, *Pas.*, 2003, p. 1360; Cass., 28 juin 2006, *Pas.*, 2006, p. 1534; Cass., 16 février 2011, *Pas.*, 2011, p. 529; *RGAR*, 2012, n° 14814.

³²⁹ Cass., 2 mars 1995, *Bull. ass.*, 1995, p. 572; *JT*, 1995, p. 542; *RGAR*, 1995, n° 12513; *JLMB*, 1996, p. 339 et la note. Voy. aussi Cass., 23 janvier 2012, *Pas.*, 2012, p. 180; *RGAR*, 2012, n° 14930.

³³⁰ J.-L. FAGNART, « L'opposabilité de la faute de la victime à ses ayants droit réclamant réparation du dommage subi par répercussion », *RRD*, 1996, p. 605.

³³¹ Loi du 21 novembre 1989, art. 29*bis*, § 2.

³³² Cass., 28 septembre 2012, *Pas.*, 2012, p. 1787.

³³³ C.C., n° 11/2014, 17 juillet 2014, *For. ass.*, 2014, p. 209, note J.-L. FAGNART.

2° La controverse en droit comparé

238. Un survol du droit comparé permet de constater que la question fait l'objet de débats dans de nombreux pays.

Après bien des hésitations, la Cour de cassation de France a adopté le principe de l'opposabilité de la faute de la victime à ses ayants droit³³⁴, mais cette jurisprudence fait l'objet d'importantes critiques doctrinales³³⁵.

La question est controversée aussi dans d'autres pays, et notamment en Italie³³⁶, en Espagne³³⁷ et au Grand-Duché de Luxembourg³³⁸.

Dans certains pays, la controverse a pris fin. La règle de l'opposabilité est consacrée par le Code civil allemand³³⁹, par le Code civil du Portugal³⁴⁰ et par une loi au Royaume-Uni³⁴¹, tandis que l'inopposabilité de la faute de la victime à ses ayants droit est la règle adoptée par le droit australien et le droit d'Afrique du Sud³⁴².

3° La persistance du débat doctrinal

239. La thèse de « l'opposabilité de la faute de la victime à ses ayants droit » avait été défendue avec force par le professeur Jean Dabin³⁴³, qui a exercé une influence notoire sur l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation.

L'arrêt du 19 décembre 1962, qui a consacré la thèse de Jean Dabin, a été accueilli par la doctrine avec une très nette réticence. Tout en approuvant la solution adoptée, Roger Dalcq a critiqué le raisonnement qui y conduit³⁴⁴. D'autres auteurs ont adressé à la jurisprudence de 1962 des critiques sévères³⁴⁵.

³³⁴ Cass. fr. (ass. plén.), 19 juin 1981, 2 arr., *Dall.*, 1982, 85, concl. J. CABANNES, note F. CHABAS; *JCP*, 1982, II, n° 19172, rapport A. PONSARD; *Rev. trim. dr. civ.*, 1981, p. 857, note G. DURRY.

³³⁵ *Voy. ci-dessous*, note n° 348.

³³⁶ Pour l'autonomie du droit à réparation: Corte d'appello di Milano, 28 novembre 1961, *Giust. civ.*; 1962, I, p. 974; A. DE CUPIS, *Il danno: teoria generale della responsabilita civile*, vol. 1, Milan, éd. A. Giuffrè, 1979, 255. Contre l'autonomie: V. ANDRIOLI, « Colpa della vittima e risarcimento del danno dovuto ai congiunti jure proprio », in *Scritti giuridici in memoria di Marcello Barberia Corsetti*, Milan, éd. Giuffrè, 1965.

³³⁷ R. D. ANGEL YAGÜEZ, *La responsabilidad civil*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1988, pp. 317-318; L. DIEZ-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, t. I, Madrid, 1977, p. 296, n° 123.

³³⁸ En faveur de l'opposabilité: G. RAVARANI, *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, 2^e  d., *Pasicrisie luxembourgeoise*, 2006, 735, n° 948. Contre l'opposabilité: Trib. arr. Diekirch, 11 février 1988, n° 50/88; Cour appel Luxembourg, 22 novembre 1984, n° 6347.

³³⁹ Code civil allemand, § 846.

³⁴⁰ Code civil portugais, art. 496.3.

³⁴¹ Fatal Accidents Act de 1976, art. 5.

³⁴² H. MCGREGOR, « Personal injury and death », in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, Torts, chap. 9, n°s 182 et 183.

³⁴³ J. DABIN, « Les ayants droit de la victime agissant en réparation de leur dommage personnel peuvent-ils se voir opposer la faute commise par celle-ci ? », *op. cit.*, p. 168; J. DABIN, « Faute envers soi-même et responsabilité à l'égard des proches », *Ann. dr.*, 1965, p. 119.

³⁴⁴ R. O. DALCQ, « De l'opposabilité de la faute de la victime à ses ayants cause à titre universel », *op. cit.*, n° 7092.

³⁴⁵ J. CANIVET, « De la réparation du préjudice des victimes par ricochet », *op. cit.*, pp. 597 et suiv. et 671 et suiv.; J. KIRKPATRICK, « Le nouveau statut des dommages subis par répercussion », *op. cit.*, p. 449;

Actuellement, la thèse de « l'opposabilité » est défendue par quelques auteurs³⁴⁶. Elle fait toutefois l'objet de critiques très vives de la part du professeur Cornelis³⁴⁷ et de la grande majorité de la doctrine³⁴⁸.

La doctrine française est sans doute plus divisée que la doctrine belge, mais la plupart des ténors adoptent une position très critique à l'égard de la thèse de l'opposabilité³⁴⁹.

Un raisonnement juridique ne peut se fonder sur la comptabilisation des arrêts ou des auteurs qui se prononcent en faveur d'une thèse ou d'une autre. Ce qui importe, ce sont les arguments invoqués. On doit constater que, si les partisans de la thèse de « l'inopposabilité de la faute de la victime » à ses ayants droit se fondent essentiellement sur la théorie de l'équivalence des conditions, les partisans de la thèse de « l'opposabilité » ont plus d'imagination : ils invoquent la théorie de la dépendance ou encore le respect de la victime directe et de ses héritiers.

a) *La théorie de la dépendance*

240. Certains auteurs se demandent si la justification de la thèse de « l'opposabilité », qu'ils ne remettent pas en cause, « ne réside pas finalement dans la nature même du préjudice par ricochet, qui ne peut se concevoir indépendamment du préjudice subi par la victime directe ». Selon ces auteurs, il serait « normal » que les droits des victimes par répercussion « soient affectés dans les mêmes limites et la même mesure que ceux de la victime directe³⁵⁰ ».

J.-L. FAGNART, *Examen de la jurisprudence concernant la responsabilité civile 1955-1969*, Bruxelles, Larcier, 1971, p. 86, n° 52.

³⁴⁶ B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, *op. cit.*, p. 362, n° 429; N. ESTIENNE, « Le préjudice par répercussion en cas de décès ou de blessures », *op. cit.*, pp. 206 et suiv., n° 49 et suiv.

³⁴⁷ L. CORNELIS, « L'obligation *in solidum* et le recours entre coobligés », *RCJB*, 1986, pp. 684-707; L. CORNELIS, « Actuele tendensen bij de vergoeding van morele schade », in J.-L. FAGNART et A. PIRE (dir.), *Problèmes actuels de la réparation du dommage corporel*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 109-176; L. CORNELIS, « L'apparence trompeuse du dommage par répercussion », *op. cit.*, 1996, pp. 149-188; L. CORNELIS, « Genade-loos met genegenheid: recht of om (te) recht? », in W. PEETERS (dir.), *Le Tableau indicatif revisité*, Bruges, la Charte, 2008, pp. 97-129.

³⁴⁸ T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, *op. cit.*, pp. 654 et suiv., n° 1039-1040; B. WEYTS, *De fout van het slachtoffer in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, *op. cit.*, pp. 307 et suiv., n° 354 à 356; J.-L. FAGNART, *La causalité*, Waterloo, Kluwer, 2009, pp. 279 et suiv., n° 551 à 560.

³⁴⁹ F. CHABAS, *L'influence de la pluralité de causes sur le droit à réparation*, *op. cit.*, pp. 190 et suiv., spéc. n° 154; F. CHABAS, « Remarques sur l'obligation *in solidum* », *op. cit.*, pp. 310 et suiv.; F. CHABAS, « Du lien de parenté ou d'alliance entre la victime et l'auteur du dommage », *op. cit.*, pp. 291 et suiv.; H. L. & J. MAZEAUD, *Traité*, t. II, *op. cit.*, n° 1877 et 1901; G. VINEY, « L'autonomie du droit à réparation de la victime initiale par rapport à celui de la victime par ricochet », *Dall.*, 1964, *Chron.*, 3; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, Paris, LGDJ, 2006, pp. 174 et suiv., n° 325-327, et 351 et suiv., n° 435-437-1.

³⁵⁰ B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. I, *op. cit.*, p. 362, n° 429. Dans le même sens : N. ESTIENNE, « Le préjudice par répercussion en cas de décès ou de blessures », *op. cit.*, p. 209, n° 54.

Pourquoi serait-il « normal » que la victime par répercussion, qui n'a commis aucune faute et qui subit un dommage propre, n'obtienne qu'une indemnisation partielle ? La réponse donnée est : « C'est parce que le préjudice direct vient s'intercaler dans la relation causale qui unit le fait générateur de responsabilité à ces préjudices par répercussion³⁵¹. »

L'argument est souvent inexact et toujours dénué de pertinence.

241. Il est inexact en cas d'accident mortel. Dans notre conception du droit, subir un dommage est un privilège des vivants. Les morts ne souffrent pas. En cas de décès de la victime primaire, seuls ses proches subissent un dommage. Aucun dommage ne vient « s'interposer » entre le fait générateur et le dommage des proches.

242. L'argument de « l'interposition » est toujours dénué de pertinence. En effet, la circonstance qu'un dommage s'interpose entre la faute et le dommage subi par répercussion, est sans incidence sur le droit de la victime indirecte à l'obtention d'indemnités. Il est de jurisprudence 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 indirectement³⁵² ». Cette jurisprudence est confirmée par la doctrine classique³⁵³.

C'est donc avec raison que le professeur Cornelis a remis en question l'intérêt d'opérer une distinction entre les victimes directes et les victimes indirectes, car ces dernières, comme les autres, subissent un dommage direct et personnel qui est distinct du dommage causé à la victime « directe » de l'accident³⁵⁴.

b) Les intérêts de la victime primaire et de ses héritiers

243. S'il ne peut pas opposer aux victimes par répercussion la faute de la victime directe, le tiers responsable va pouvoir exercer une action contributive contre les héritiers de la victime directe. Ce sont les héritiers qui vont devoir payer, en partie du moins, pour l'indemnisation des victimes par répercussion.

Héritiers et victimes directes ne sont pas toujours les mêmes personnes. Au surplus, certains héritiers pourraient renoncer à la succession et obtenir, en qualité de victimes par répercussion, des indemnités justifiant l'action contributive du tiers responsable contre les autres héritiers. Une des vertus du régime de l'opposabilité de la faute de la victime directe est de réduire l'in-

³⁵¹ N. ESTIENNE, *op. cit.*, *loc. cit.*

³⁵² Cass., 5 mars 1953, *Pas.*, 1953, p. 516; *JT*, 1953, p. 514, note P.M. BOLLAND; *RCJB*, 1955, p. 185, note H. DE PAGE; Cass., 6 janvier 1976, *Pas.*, 1976, p. 515; Cass., 28 mai 1991, *Pas.*, 1991, p. 843.

³⁵³ H. DE PAGE, *Traité*, *op. cit.*, t. II, n° 960; R. O. DALCQ, *Traité*, *op. cit.*, t. II, n° 2475.

³⁵⁴ L. CORNELIS, « L'apparence trompeuse du dommage par répercussion », *op. cit.*, 1996, pp. 149 et suiv.; L. CORNELIS et Y. VUILLARD, « Le dommage », *op. cit.*, liv. 10, p. 18.

demnisation des victimes par répercussion et, par conséquent, la charge contributoire de la victime primaire et de ses héritiers.

N'est-il pas étonnant que l'on mette en balance les intérêts des victimes qui subissent vraiment le dommage (par répercussion) et les intérêts des personnes qui l'ont causé (la victime primaire en faute et le tiers responsable) ?

Cette argumentation étonnante appelle plusieurs objections.

244. La première est que le dommage subi par répercussion a été causé par les fautes concurrentes du tiers responsable et de la victime primaire. Le tiers responsable, s'il indemnise intégralement les victimes par répercussion, dispose normalement, en vertu de la théorie de l'équivalence des conditions, d'un recours contre les coresponsables et notamment contre la victime primaire qui a commis une faute³⁵⁵. On ne voit pas ce qui justifierait en l'espèce une dérogation à la théorie de l'équivalence des conditions.

Les défenseurs de la théorie de « l'opposabilité » s'émeuvent peut-être moins du sort de la victime primaire elle-même que du sort de ses héritiers. Cette émotion – bien sympathique – ne semble pas réellement réfléchie. Alors que nous sommes tous quotidiennement soumis à un tsunami de réglementations tatillonnes, les héritiers peuvent encore se prévaloir d'une liberté – devenue rare de nos jours : ils ont le droit d'accepter la succession purement et simplement, ou sous bénéfice d'inventaire, ou d'y renoncer³⁵⁶. Lorsque les héritiers savent que la succession est exposée au risque d'une action contributoire du tiers responsable, est-il vraiment justifié de s'émouvoir des conséquences que peut avoir la décision qu'ils prendront librement d'accepter ou de refuser la succession ?

245. Au surplus, il faut savoir qu'en ce début du XXI^e siècle, la moitié de la population ne reçoit jamais aucun héritage, tandis que 12 % environ des citoyens perçoivent des héritages qui dépassent la totalité de ce que la moitié de la population la moins favorisée peut gagner en toute une vie, soit en cinquante ans de carrière (retraite comprise)³⁵⁷.

Étant donné que tous les citoyens peuvent devenir des victimes par répercussion, la règle de l'inopposabilité qui les protège est une règle démocratique.

Le régime de l'opposabilité de la faute de la victime ne protège que les héritiers, c'est-à-dire la caste des nantis.

246. Une autre objection à l'argument de l'équité est que, si l'action contributoire du tiers responsable contre les héritiers de la victime primaire paraît

³⁵⁵ B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. I, *op. cit.*, p. 345, n° 412.

³⁵⁶ C. civ., art. 774 et 784.

³⁵⁷ T. PIKETTY, *Le capital au XXI^e siècle*, Paris, Le Seuil, 2013, p. 670.

inacceptable à la majorité de nos concitoyens, il faudrait l'interdire. Il suffirait d'appliquer en faveur du conjoint, des cohabitants, descendants, ascendants et alliés en ligne directe de la personne lésée, le régime organisé en faveur des proches de l'assuré, par les alinéas 4 et 5 de l'article 95 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances³⁵⁸. Une telle adaptation de la loi semble assez simple.

§ 4. Examen de l'avant-projet

A. *L'hostilité mal déguisée*

247. Après avoir donné une définition du dommage par ricochet, l'avant-projet se livre à des considérations qui traduisent – inconsciemment, sans doute – une hostilité que l'on comprend mal à l'égard des victimes par ricochet.

Dans l'Exposé des motifs, on peut lire : « Pour que la personne lésée par répercussion puisse obtenir réparation du dommage qu'elle a subi, elle doit démontrer qu'il existe un lien de droit [...] ou un lien d'affection suffisamment étroit entre elle et la victime directe et que ce lien fait naître dans son chef un intérêt digne de protection. [...]. On songe notamment à des relations affectives qui ne peuvent s'appuyer sur un lien de filiation et dont il appartient au juge de vérifier la réalité³⁵⁹. »

248. Ce texte suscite un malaise. Il va de soi que la personne lésée par répercussion, comme toute victime, doit prouver son dommage. Son dommage implique sans doute un lien de droit ou un lien d'affection avec la victime primaire. Cela fait partie de la notion de « dommage ». Pourquoi faut-il que ce lien soit « suffisamment étroit » ? Va-t-on contester le droit du compagnon de la mère d'un enfant tué dans un accident d'être personnellement affecté par ce décès ?

Ce lien affectif fait-il naître « un intérêt digne de protection » ? Cette question rappelle l'époque où l'on contestait toute indemnité pour les personnes qui vivaient ensemble « hors des liens sacrés du mariage ».

249. L'avant-projet se méfie tout particulièrement « des relations affectives qui ne peuvent s'appuyer sur un lien de filiation ». Le juge doit-il se montrer particulièrement suspicieux pour l'affection (qui ne s'appuie pas sur un lien de filiation) qu'une jeune fille peut avoir pour son fiancé ?

³⁵⁸ L'article 95, alinéas 4 et 5, dispose : « Sauf en cas de malveillance, l'assureur n'a aucun recours contre les descendants, les ascendants, le conjoint et alliés en ligne directe de l'assuré, ni contre les personnes vivant à son foyer, ses hôtes et les membres de son personnel domestique. [...] Toutefois, l'assureur peut exercer un recours contre ces personnes dans la mesure où leur responsabilité est effectivement garantie par un contrat d'assurance. »

³⁵⁹ Exposé des motifs, p. 163 ; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 127.

Une telle question ne se posera pas si un cavalier se plaint de la mort de son cheval, car chacun sait que «l'attachement entre l'homme et l'animal est une donnée incontestable³⁶⁰».

On observera au surplus que la personne qui perd son animal de compagnie favori n'est pas considérée comme une personne lésée par répercussion. Elle est une victime directe. L'avant-projet de loi ne contribue pas à la cohérence du droit.

B. *Les proches du défunt*

250. L'Exposé des motifs rappelle des principes connus : «Le décès constitue une atteinte à la vie, mais la victime décédée ayant définitivement perdu la personnalité juridique, ne peut, selon notre droit, demander réparation d'un quelconque dommage³⁶¹.» De façon plus factuelle, on peut dire que le mort ne souffre d'aucun dommage.

La définition donnée du préjudice par ricochet est qu'il s'agit d'un «dommage propre subi par une personne, résultant d'une atteinte portée préalablement à l'intérêt d'une autre personne» (art. 5.175, al. 1^{er}).

Une atteinte qui n'a pas de répercussion n'est pas un dommage (art. 5.171). Pourquoi devrait-on tenir compte d'une atteinte sans effet juridique ?

L'avant-projet défend cette solution pour faire admettre que les proches de la victime directe subissent un dommage par répercussion. «En cas de décès, la victime perd certes la personnalité juridique, mais cela n'efface pas le fait qu'une atteinte a été portée à son droit à la vie et que cette atteinte constitue la source d'un ou plusieurs préjudices par répercussion³⁶².»

En d'autres termes, un fait dépourvu d'effet juridique confère aux proches de la victime le statut de personne lésée par répercussion. Ce statut qui, dans l'avant-projet, est particulièrement défavorable, prétend être justifié par un événement qui est un néant juridique.

Cela n'est pas très satisfaisant pour l'esprit.

C. *La protection de la victime directe et de sa succession*

251. L'Exposé des motifs reprend un argument classique³⁶³ auquel on a déjà répondu (n^{os} 243-246).

³⁶⁰ Pol. Gand, 30 juin 2000, TGR, 2001, p. 20.

³⁶¹ Exposé des motifs, p. 148.; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 128.

³⁶² Exposé des motifs, pp. 164-165; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 128.

³⁶³ Exposé des motifs, p. 165; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 128.

D. Les moyens de défense du responsable

252. L'article 5.175, alinéa 2, de l'avant-projet énonce :

Le responsable peut opposer à la personne lésée par ricochet les mêmes moyens de défense au fond que ceux qu'il aurait pu opposer à la victime directe.

Quels sont ces moyens de « défense au fond » ?

L'Exposé des motifs répond : « Cela vise certes la faute contributive de la victime directe, mais cela pourrait concerner aussi d'autres moyens de défense [...] »³⁶⁴.

L'Exposé des motifs donne quelques exemples de ces autres moyens de défense.

1° La fraude

253. Le premier exemple donné par l'Exposé des motifs est « la fraude commise par la victime directe ».

On ne voit pas très bien quelle « fraude de la victime directe » pourrait être en relation de cause avec l'accident. Pense-t-on à la fraude du voyageur qui veut importer subrepticement une grande quantité de cigarettes et qui serait abattu par les douaniers ?

Songe-t-on à une fraude à l'assurance ? La Cour de justice de l'Union européenne a eu à connaître d'une affaire dans laquelle l'assureur pouvait invoquer la nullité d'assurance d'un contrat de responsabilité civile automobile en raison de fausses déclarations initiales faites par le preneur d'assurance. Elle a décidé que la nullité du contrat, justifiée par une fraude, est un moyen qui ne peut être opposé aux personnes lésées³⁶⁵. Cet arrêt ne fait pas la distinction entre les victimes directes et indirectes.

2° Le consentement de la victime

254. Le deuxième exemple de défense au fond que le responsable pourrait opposer aux personnes lésées par répercussion est le fait que la victime primaire « aurait consenti au dommage ».

On sait que l'article 5.150, § 5, de l'avant-projet 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.

³⁶⁴ Exposé des motifs, p. 165; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 128.

³⁶⁵ CJUE, n° C-287/16, 20 juillet 2017, « Fidelidade-Companhia de Seguros », *For. ass.*, 2018, p. 53, note J. ACOLTY; RGAR, 2017, n° 15418; *Bull. ass.*, 2018, p. 208. Dans le même sens, voy. Cass. fr., civ., 2°, 29 août 2019, arrêt n° 1094.

On sait aussi que la définition des intérêts dont la personne peut disposer est d'une incertitude absolue.

Cela n'a pas beaucoup d'importance, parce que l'article 5.152 de l'avant-projet dispose que les articles 5.149 à 5.151 (et donc l'article 5.150, § 5) «ne s'appliquent pas lorsque la faute est susceptible d'entraîner une responsabilité pénale».

On connaît bien entendu les infractions d'homicide involontaire et de coups et blessures par défaut de prévoyance et de précaution. Mais il y a aussi d'innombrables infractions au Code de la route, au Code de droit économique, aux multiples lois sociales, aux lois sur la protection des consommateurs et sur la protection de l'environnement. Il est bien difficile d'imaginer une faute non contractuelle qui ne soit pas susceptible d'entraîner une responsabilité pénale. Il s'en déduit nécessairement que l'article 5.150, § 5, sera d'une application non seulement délicate et difficile, mais extrêmement rare.

3° Une clause exonératoire de responsabilité

255. Le troisième exemple de défense au fond que le responsable pourrait opposer aux personnes lésées par répercussion serait une clause exonératoire de responsabilité qui aurait été valablement conclue entre l'auteur du dommage et la victime directe.

Les particuliers n'ont pas l'habitude de conclure entre eux des clauses exonératoires de responsabilité. Celles-ci sont généralement imposées par les entreprises.

L'article VI.83 du Code de droit économique énumère les clauses et conditions qui sont en tout cas considérées comme abusives dans les contrats conclus entre une entreprise et un consommateur. Dans cette énumération, on trouve au point 25 la clause qui a pour objet d' :

exclure ou limiter la responsabilité légale de l'entreprise en cas de mort du consommateur ou de dommages corporels causés à celui-ci et résultant d'un acte ou d'une omission de cette entreprise.

Les clauses exonératoires qui seraient valablement conclues ne concernent en tout cas pas les dommages corporels.

4° Les moyens de défense au fond

256. L'article 5.175 est particulièrement ambigu. L'alinéa 1^{er} énonce que «le dommage par ricochet est un dommage propre subi par une personne». On en déduit, à première vue, que ce dommage est réparable s'il est établi.

L'alinéa 2 de l'article 5.175 énonce que le responsable peut opposer à la personne lésée par ricochet «les mêmes moyens de défense au fond que ceux qu'il

aurait pu opposer à la victime directe ». Cela signifie-t-il que la personne lésée par ricochet n'aurait pas plus de droits que la victime directe ?

De bons esprits l'ont pensé. Dans le cadre du recours de l'employeur public, il a été soutenu, sur la base de l'article 5.175 en projet, que « l'exclusion des charges sociales et fiscales apparaît comme un moyen de défense au fond vis-à-vis de la victime directe qui pourra, par conséquent, être opposé par le responsable ou son assureur³⁶⁶ ».

Cette thèse est insoutenable, car elle perd de vue que le dommage de la personne lésée par ricochet est un « dommage propre » (art. 5.175, al. 1^{er}), ce qui signifie qu'il s'agit d'un dommage différent du dommage propre à la victime directe. Décider le contraire reviendrait à dire que, dans le cas d'un accident mortel, le défunt n'a subi aucun dommage et que dès lors la veuve et les orphelins n'ont droit à aucune indemnité.

257. Certains assureurs se sont déjà emparés de la négation d'autonomie du droit de la personne lésée par ricochet.

Une entreprise d'assurance accorde à une entreprise industrielle la garantie « RC exploitation ». Le contrat d'assurance couvre la responsabilité à l'égard des tiers, de l'entreprise, de ses dirigeants et de ses préposés. Les personnes assurées ne sont pas des tiers.

Un préposé est victime d'un accident du travail mortel dont l'origine se trouve dans la négligence impardonnable des services techniques de l'entreprise. Le directeur technique est poursuivi pour homicide involontaire. Les enfants du défunt sont indemnisés dans le cadre de la loi sur les accidents du travail, mais la compagne du défunt, mère des enfants, est exclue du bénéfice de l'indemnisation-loi. Elle se constitue partie civile contre le directeur technique prévenu d'homicide involontaire.

L'assureur « RC exploitation » intervient et conclut à l'irrecevabilité de la demande au motif que le défunt était un assuré et que sa compagne (qui ne peut avoir plus de droits que le défunt !) ne peut être considérée comme un tiers.

De la part d'une grande entreprise d'assurance, on aurait pu espérer un raisonnement un peu plus rigoureux.

§ 5. Synthèse

258. En 1962, la Cour de cassation a apporté au principe de l'autonomie du droit à réparation des victimes par répercussion une dérogation dont la justification est aujourd'hui largement critiquée.

³⁶⁶ B. FOSSÉPREZ, « Le dommage et sa réparation : quoi de neuf, Maître ? », *op. cit.*, pp. 17 et suiv., spéc. p. 59.

La victime immédiate et la victime par répercussion subissent des dommages distincts, qui n'ont pas la même consistance, ne naissent pas toujours simultanément et peuvent coexister.

Toute dérogation apportée au principe de l'autonomie du droit à réparation des victimes par répercussion a pour effet, en pratique, de donner à l'auteur du dommage et surtout à son assureur, un moyen permettant de réduire l'indemnisation des victimes par répercussion.

L'analyse de l'article 5.175 de l'avant-projet montre qu'une dérogation à l'autonomie du droit des personnes lésées par ricochet conduit à une pente glissante. On passe inexorablement de la discrimination à l'incohérence et de l'incohérence à l'absurdité.

Section 3

Suggestion

259. Même s'il n'est pas d'une clarté parfaite, l'article 5.175, alinéa 1^{er}, peut subsister.

L'article 5.175, alinéa 2, devrait être rédigé dans les termes suivants :

Le droit à réparation de la personne lésée par ricochet est autonome par rapport au droit de la victime directe.

Analyse de l'article 5.177

Vulnérabilité particulière de la personne lésée

Section 1

L'avant-projet

§ 1. Le texte

260. L'article 5.177 dispose que :

La vulnérabilité particulière de la personne lésée qui est une cause du dommage, n'a pas pour effet de réduire son droit à réparation.

§ 2. Justification

261. «La personne lésée peut se trouver dans une situation de vulnérabilité particulière par rapport au dommage qu'elle subit. Elle avait une prédisposition mais, à ce moment, elle se trouvait dans une situation normale parce que cette prédisposition ou cette sensibilité par rapport au dommage ne s'était pas encore manifestée. On entend par là qu'elle n'avait pas encore entraîné une diminution de la capacité de la personne lésée³⁶⁷.»

262. L'Exposé des motifs nous apprend que le texte ambitionne de remédier à ce que «l'influence de cette vulnérabilité préexistante sur la fixation de l'indemnisation est une source de discussion dans la doctrine et la jurisprudence³⁶⁸».

Le choix posé dans l'avant-projet de loi est que, «lors de la fixation du dommage de la personne lésée, il ne peut être tenu compte de sa prédisposition ou de sa sensibilité par rapport au dommage. Le responsable doit donc prendre la personne lésée comme il la trouve avec toutes ses caractéristiques personnelles³⁶⁹».

³⁶⁷ Exposé des motifs, p. 167; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 129.

³⁶⁸ Exposé des motifs, p. 168; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 129.

³⁶⁹ *Ibid.*

Section 2

Appréciation**§ 1. La vulnérabilité particulière de la personne lésée**

263. La notion de vulnérabilité particulière de la personne lésée englobe tant les prédispositions que l'état antérieur latent de la personne lésée.

264. La prédisposition est une caractéristique d'un sujet, très généralement ignorée de celui-ci, n'ayant présenté aucune manifestation (même pas latente) mais qui, lors d'un traumatisme, favorise l'apparition d'une pathologie constatable qui n'existait pas auparavant³⁷⁰.

L'état antérieur latent est un état pathologique mais asymptomatique³⁷¹.

265. La personne lésée, bien que présentant une prédisposition ou un état antérieur latent, était, avant le traumatisme ou le fait générateur du dommage, « dans une situation normale », dans une situation sans « diminution de [sa] capacité »³⁷².

Ainsi, l'approche du dommage telle qu'elle est exprimée dans l'Exposé des motifs est une approche situationnelle, ce que nous approuvons.

§ 2. L'étonnante motivation

266. L'Exposé des motifs entend remédier à une controverse doctrinale et jurisprudentielle.

L'Exposé des motifs ne cite pourtant aucune décision ni aucun auteur qui seraient défavorables à la solution retenue.

Et pour cause, le régime des prédispositions est dépourvu d'ambiguïté. Dès 1981, la Cour de cassation a décidé que, si un acte illicite est la cause d'un dommage, la circonstance que les *prédispositions pathologiques* de la victime ont contribué à causer le dommage n'exclut pas l'obligation d'en réparer l'intégralité, sauf s'il s'agit de conséquences qui seraient, de toute manière, survenues même en l'absence de cette faute³⁷³. La solution est confirmée par des arrêts ultérieurs³⁷⁴. Ces principes ont toujours été appliqués par la jurisprudence³⁷⁵.

³⁷⁰ J.-L. FAGNART, *La causalité*, *op. cit.*, p. 285, n° 562.

³⁷¹ L'ostéoporose de la personne âgée est un exemple d'état antérieur latent.

³⁷² Exposé des motifs, p. 167; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 129.

³⁷³ Cass., 13 octobre 1981, *Pas.*, 1982, p. 223.

³⁷⁴ Cass., 14 juin 1995, *Pas.*, 1995, p. 630; RGAR, 1999, n° 13053; Cass., RG C.18.0377.F, 20 juin 2019, inédit, AXA Belgium c. DDF.

³⁷⁵ Bruxelles, 23 février 2005, *Bull. ass.*, 2007, p. 451; Pol. Huy, 28 juin 2005, *JPol.*, 2008, p. 209; Bruxelles, 23 novembre 2010, RGAR, 2011, n° 14714; Gand, 10 novembre 2011, RGAR, 2012, n° 14878; Corr. Huy, 30 mars 2012, CRA, 2013, p. 80; Pol. Bruxelles, 1^{er} décembre 2014, EPC, 2015, liv. 23, III.2.Bruxelles, p. 65; EPC, 2015, liv. 23, III.3.Bruxelles, p. 69; Pol. Vilvorde, 15 octobre 2018, CRA, 2019, p. 51.

§ 3. Une solution convenue

267. Le texte retient donc une solution bien établie et ne fait pas œuvre d'innovation, ce dont il faut se réjouir.

Section 3

Suggestion

268. Nous renvoyons le lecteur au commentaire de l'article 5.178 relatif à l'état antérieur avéré de la personne lésée.

Analyse de l'article 5.178

État antérieur de la personne lésée

Section 1

L'avant-projet

§ 1. Le texte

269. L'article 5.178 dispose que :

Si le fait générateur de la responsabilité a 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.

§ 2. Justification

270. L'Exposé des motifs ne justifie pas le premier alinéa, se limitant à l'expliquer sommairement, indiquant que cet alinéa « traite du cas où au moment de l'accident, la personne lésée était déjà atteinte dans son intégrité physique ou dans sa santé et où le fait générateur de responsabilité a accéléré le processus dommageable qui était déjà en cours à ce moment. La personne lésée présente donc une situation préexistante dont l'atteinte 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. Seule l'anticipation du dommage qui se serait de toute façon réalisé doit être réparée³⁷⁶ ».

271. Le second alinéa n'est pas davantage motivé, puisque l'Exposé des motifs énonce qu'est visée « l'hypothèse où la personne lésée a déjà subi un dommage ou souffrait 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 générateur³⁷⁷ ».

³⁷⁶ Exposé des motifs, p. 168 ; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 130.

³⁷⁷ Exposé des motifs, p. 169 ; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 130.

Section 2

Appréciation

272. L'incidence de l'état antérieur sur l'évaluation du dommage corporel et son indemnisation est une question largement débattue par la doctrine³⁷⁸.

273. Alors que l'article 5.178, § 1^{er}, traite de l'incidence d'un état antérieur évolutif sur l'étendue de la réparation devant être accordée à la personne victime d'un accident, l'article 5.178, § 2, examine l'hypothèse de l'intervention d'un état antérieur stabilisé dans le dommage subi par la personne lésée³⁷⁹.

Dans le cadre de notre commentaire, nous nous intéresserons à la définition du dommage réparable (§ 1) puis aux contours de l'état antérieur stabilisé (§ 2) pour enfin aborder la problématique de l'état antérieur évolutif (§ 3).

³⁷⁸ Y. HANNEQUART, « L'état antérieur et les accidents du travail », *RGAR*, 1967, n° 7929; J.-L. FAGNART, « Les prédispositions de la victime et le droit à la réparation », *RGAR*, 1972, n° 8899; Y. HANNEQUART, « L'état antérieur et les accidents du travail », *RGAR*, 1975, n° 9487; Y. HANNEQUART, « État antérieur et prédispositions morbides », *RGAR*, 1987, n° 11230; Y. HANNEQUART, « État antérieur et prédispositions pathologiques », *RBDC*, 1990, pp. 2-4; M. BOLLAND, « État antérieur et accidents du travail », *RGAR*, 1993, n° 12.113; H. DE PAGE, *Traité, op. cit.*, t. II, n° 961; P. LUCAS, « Accidents du travail et état antérieur », in J.-L. FAGNART (dir.), *1903-2003. Accidents du travail: cent ans d'indemnisation*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 63-132; J.-L. FAGNART, P. LUCAS et E. RIXHON, « Prédisposition et état antérieur », in *Nouvelles approches des préjudices corporels: Évolution! Révolution! Résolutions...*, Jeune Barreau de Liège, Limal, Anthemis, 2009, pp. 358 et suiv.; J.-L. FAGNART, *La causalité, op. cit.*, pp. 285-294; J.-L. FAGNART, « Principes juridiques d'imputabilité du dommage psychique », in P. LUCAS et M. STEHMAN (dir.), *L'évaluation du dommage psychique. De l'imputabilité au taux*, Paris-Limal, LGDJ-Anthemis, 2010, pp. 53-75; J.-L. FAGNART, « Aspects juridiques de l'évaluation du dommage de la personne âgée », in P. LUCAS et M. STEHMAN (dir.), *L'expertise de l'enfant et de la personne âgée. Les deux pôles de la vie*, Paris-Limal, LGDJ-Anthemis, 2011, pp. 365-381; P. LUCAS, « L'expertise de la personne âgée », in P. LUCAS et M. STEHMAN (dir.), *L'expertise de l'enfant et de la personne âgée. Les deux pôles de la vie, op. cit.*, pp. 247-264; B. WEYTS, « Het leerstuk van de voorbeschiktheid tot schade als lourere toepassing van de regel van integrale schadeloostelling », *RW*, 2012-13, liv. 8, pp. 301-330; P. STAQUET, « État antérieur d'une victime: à prendre ou à laisser? », *RGAR*, 2012, n° 14850; J.-L. FAGNART, « L'état antérieur revisité par la Cour de cassation », in I. LUTTE (dir.), *L'évaluation et la réparation du dommage corporel. Questions choisies*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 69-86; A.-M. NAVEAU, « L'indemnisation des dommages corporels futurs: les 7 boules de cristal », in *Liber amicorum Noël Simar. Évaluation du dommage, responsabilité civile et assurances*, Limal, Anthemis, 2013, p. 104; B. CEULEMANS et Th. PAPART, *Vademecum du Tribunal de Police*, Waterloo, Kluwer, 2013, pp. 448-451; J.-C. THIRY et D. COCO, « L'état antérieur: changement ou continuité? », note sous Cass., 2 février 2011, *Consilio*, 2014/1, pp. 43-57; I. LUTTE, « L'état antérieur de la victime: essai de synthèse », note sous Cass., 2 février 2011, *Consilio*, 2014/1, pp. 26-42; P. STAQUET, « Troubles psychiques et état antérieur: question de questions? », in J. DE MOL, *Troubles somatoformes*, Limal, Anthemis, 2014, pp. 137-152; N. SIMAR et B. DEVOS, « Prédispositions pathologiques et état antérieur: une tempête dans un verre d'eau? », *RGAR*, 2015, liv. 2, n° 15150; E. LANGENAKEN, « La question de la prise en compte de l'état antérieur. Une application de la théorie de l'alternative légitime et de l'arrêt de la Cour de cassation du 2 février 2011 », *Consilio*, 2015/1, pp. 43-52. B. FOSSÉPREZ, « L'état antérieur à la croisée des différentes disciplines juridiques: un consensus possible? » in A. CATALDO et A. PÜTZ, *Trois conditions pour une responsabilité civile: sept regards*, Limal, Anthemis, 2016, pp. 81-144; B. DE CONINCK, « L'état antérieur, le lien causal et la réparation intégrale du dommage », note sous Cass., 12 novembre 2019, *JT*, 2019, pp. 891-894; I. LUTTE, « L'état antérieur, le juriste et la malédiction des taux », note sous Cass., 12 novembre 2019, *For. ass.*, 2020, pp. 8-12.

³⁷⁹ Cette classification n'est cependant pas perçue par d'autres auteurs. Voy. B. FOSSÉPREZ, « Le dommage et sa réparation: quoi de neuf, Maître? », *op. cit.*, pp. 60-65.

§ 1. Le dommage réparable

A. Le type de dommage concerné par la disposition

274. Sont uniquement visées par ce texte les conséquences résultant d'une atteinte à l'intégrité physique ou à la santé de la victime, et non pas le dommage aux biens.

B. Le dommage réparable n'est pas l'atteinte lésionnelle

275. L'Exposé des motifs définissant le dommage distingue l'atteinte et ses répercussions³⁸⁰. La distinction entre l'atteinte et le dommage « permet de clarifier le processus qui va de l'atteinte jusqu'au dommage et à sa réparation » de sorte que « l'atteinte [...] ne saurait être confondue avec le dommage. Une atteinte peut exister sans que celle-ci n'entraîne un dommage³⁸¹ ».

Cette définition appliquée au dommage corporel vient confirmer que la lésion (l'atteinte à l'intégrité physique et psychique ou l'atteinte à la vie³⁸² d'une personne) n'est pas le dommage à réparer.

Autrement exprimé, le dommage réparable n'est ni une addition, ni une soustraction d'atteintes ou de lésions corporelles. Plus « concrètement, le dommage consiste dans les conséquences économiques et non économiques de l'atteinte³⁸³ ». Il s'agit d'un élément de pur fait qui consiste dans une diminution d'avoir ou la privation d'un avantage.

C. Le dommage réparable est de nature situationnelle

276. Le dommage réparable est de nature situationnelle : « [L]a nature et l'étendue du dommage se déduisent de la comparaison des deux situations de fait : celle dans laquelle se trouvait la personne lésée avant que l'atteinte se produise et celle dans laquelle elle se trouve³⁸⁴ » ou, plus adéquatement libellé, la différence entre la situation dans laquelle elle aurait dû se trouver en l'absence de l'atteinte (nouvelle) et celle dans laquelle elle se trouve³⁸⁵. Cette définition d'une différence négative est largement accueillie par la doctrine et la Cour de cassation³⁸⁶.

Ainsi, comme déjà souligné dans notre commentaire relatif à l'article 5.177, l'approche du dommage telle qu'elle exprimée dans l'Exposé des motifs est une approche situationnelle, ce que nous approuvons.

³⁸⁰ Voy. article 5.171, § 1^{er}.

³⁸¹ Exposé des motifs, p. 160.

³⁸² Exposé des motifs, p. 148.

³⁸³ Exposé des motifs, p. 147.

³⁸⁴ Exposé des motifs, p. 142 ; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 114.

³⁸⁵ Le libellé de l'article 1258 du projet de loi portant réforme du Code civil français (mars 2017) nous semble plus clair : « La réparation a pour objet de replacer la victime autant qu'il est possible dans la situation où elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu. Il ne doit en résulter pour elle ni perte ni profit. »

³⁸⁶ Voy. aussi Cass., 4 mars 2019, www.juridat.be; Cass., 12 novembre 2019, www.juridat.be; Cass., 12 novembre 2019, *JT*, 2019, p. 891, note B. DE CONINCK; *For. ass.*, 2020, p. 8, note I. LUTTE.

§ 2. L'état antérieur stabilisé (art. 5.178, al. 2)³⁸⁷

A. La définition de l'état antérieur

277. Selon l'avant-projet de loi, une personne lésée présente un état antérieur :

- lorsqu'elle a déjà subi un dommage (art. 5.178, al. 2), à savoir les *répercussions économiques ou non économiques* (art. 5.171, § 1^{er}) d'une atteinte ou lésion corporelle antérieure ;
- lorsqu'elle souffrait d'une *limitation de sa capacité* avant l'accident (art. 5.178, al. 2).

L'état antérieur dont il est question à l'article 5.178, alinéa 2, est un état antérieur avéré (symptomatique).

La définition consacrée par l'article 5.178, alinéa 2, en projet permet d'établir que l'état antérieur n'est pas une liste de pathologies ou d'atteintes corporelles, mais une altération du fonctionnement de la personne lésée se répercutant dans l'interaction avec son environnement³⁸⁸.

B. L'évaluation d'une personne lésée souffrant d'un état antérieur stabilisé

278. Afin de déterminer avec précision le dommage réparable, il importe de bien cerner l'état situationnel avant l'accident et l'état situationnel lié à l'accident.

Prenons l'exemple d'un borgne devenant aveugle.

Il peut être affirmé, sans pouvoir être contredit, que l'œil perdu avant l'accident reste perdu après l'accident et que seule la perte du deuxième œil résulte de l'accident litigieux. La personne lésée présente une aggravation « anatomique ». Toutefois, s'agissant d'une atteinte (anatomique, lésionnelle), elle n'intéressera guère le juge ou le plaideur, et ce même si « un pourcentage » venait à être inadéquatement ou malencontreusement attribué à la perte du premier œil³⁸⁹.

³⁸⁷ Le texte quelque peu modifié de cette section a été publié dans la revue du *Forum de l'assurance* ; I. LUTTE, « L'état antérieur, le juriste et la malédiction des taux », note sous Cass., 12 novembre 2019, *op. cit.*

³⁸⁸ J.-L. FAGNART, « Le dommage corporel, après 2012 », *Tableau indicatif*, 2017, p. 66 :
« 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 socioculturels. »

³⁸⁹ À ce propos, Philippe Pierre, professeur à l'université de Rennes, écrivait : « Il est essentiel de documenter *in concreto* ce qu'était auparavant la vie professionnelle et personnelle de la victime, un taux d'incapacité ne signifiant pas nécessairement un handicap au quotidien. » (Ph. PIERRE, « Le passé de la victime : l'influence de l'état antérieur », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2011, pp. 1297-1302).

Ce qu'il y a lieu de prendre en considération réside dans la différence négative entre les deux situations suivantes : avant l'accident, la personne lésée voyait. À la suite de l'accident, elle a perdu la vue. La fonction visuelle a été abolie. Même borgne, mais sans la survenance de l'accident litigieux, la personne lésée aurait continué à voir.

Considérant la définition du dommage retenue à l'article 5.171, § 1^{er}, il appartient à la personne lésée de préciser en quoi et comment le fait d'être aveugle a des répercussions (économiques et non économiques) dans son existence et limite la capacité dont elle disposait avant l'accident. Il peut s'agir de l'impossibilité de poursuivre une activité professionnelle, de conduire un véhicule automobile, de repasser le linge... autant d'activités que la personne lésée (même borgne) accomplissait auparavant. C'est ce dommage nouveau qui devra être intégralement réparé par le responsable. En revanche, ne sera notamment pas mis à charge du responsable ni le renouvellement de la prothèse visuelle destiné à remplacer le premier œil perdu, ni le préjudice esthétique lié tant à la perte de l'œil qu'au port de cette prothèse.

Interprétée de cette façon, la disposition en projet nous paraît conforme à l'enseignement de la Cour de cassation et à la doctrine majoritaire.

C. *Les difficultés persistantes et les écueils à éviter*

279. Les difficultés persistantes résident dans l'évaluation des répercussions des atteintes ou lésions antérieures par l'expert médecin d'une part et dans la compréhension de celles-ci par les juristes, d'autre part.

Comme le souligne le professeur Philippe Pierre, « l'« état antérieur » vient autant jouer sur les terres du juriste que celles de l'expert médico-légal, et l'on voudrait se persuader que les règles du jeu sont comprises à l'identique par l'un et par l'autre ». Tel n'est pas le cas. L'auteur poursuit en précisant : « [U]n taux d'incapacité ne signifiant pas nécessairement un handicap au quotidien.³⁹⁰ »

Madame Sophie Hocquet-Berg fait le même constat lorsqu'elle écrit : « L'état antérieur fait partie de ces notions qui divergent dans leur approche et les effets, selon qu'on les envisage sur le plan juridique ou médical³⁹¹. »

Alors que le juriste évalue l'état antérieur en termes de répercussions économiques ou non économiques d'une atteinte antérieure, l'expert médico-légal quantifie davantage l'atteinte ou la lésion, ou autrement dit l'amoindrissement anatomique ou physiologique. Ainsi, même si le recours au BOBI est très largement contesté lors de l'évaluation du dommage corporel selon les règles du

³⁹⁰ *Ibid.*

³⁹¹ S. HOCQUET-BERG, « L'incidence de l'état antérieur de la victime sur la réparation du dommage corporel », in Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, Ph. BRUN et L. CLERC-RENAUD (coord.), *Des spécificités de l'indemnisation du dommage corporel* (GRECA), Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 220.

droit commun, la référence à celui-ci reste ancrée dans les usages de l'expertise médicale. Ce barème accorde un taux de 30 à 40 % [sic] pour une personne ayant perdu un rein mais ayant une fonction rénale normale (due à l'intégrité fonctionnelle de l'autre rein). Ce taux élevé est arbitraire et ne correspond à aucune limitation de fonctionnement ou de capacité de la personne lésée.

Faisons la connaissance de Jean. Celui-ci, souffrant d'épilepsie, est, moyennant un traitement médicamenteux, exempt de crise depuis de nombreuses années. Il souffre dès lors d'un état antérieur neurologique patent et stabilisé. Cette personne exerce normalement une activité professionnelle, a une vie sociale et familiale épanouie et conduit son véhicule. Un accident survient et entraîne un traumatisme crânien sévère avec troubles cognitifs et une séquelle d'hémiplégie. L'épilepsie existante avant l'accident est une atteinte qui indubitablement persistera après l'accident. Il appartient à la personne lésée de préciser en quoi et comment le fait d'être épileptique avait ou n'avait pas de répercussions (économiques ou non économiques) dans son existence, limitait ou ne limitait pas la capacité dont elle disposait avant l'accident. Ainsi si, comme dans notre hypothèse, cette atteinte n'a pas limité la capacité de Jean, la diminution ou même la perte de sa capacité économique résulte de l'accident dont il a été victime. Le traitement de l'épilepsie, celle-là même qui existait préalablement à l'accident, ne sera bien évidemment pas pris en charge par l'auteur de l'accident.

Nous pouvons aussi envisager la situation d'une personne paraplégique se trouvant, à la suite d'un accident, amputé du membre supérieur droit.

280. Confronté à des conclusions d'un rapport d'expertise, on observe que le juriste, plaideur ou régleur, a une fâcheuse tendance à entériner les conclusions du médecin expert sans préalablement rechercher si cet état antérieur patent avait déjà généré, dans la vie de la personne lésée, des effets néfastes sous les traits d'une limitation de capacité ou de répercussions économiques ou non économiques. Or, comme le souligne très justement le professeur Lambert-Faivre, «de même qu'existe une présomption d'innocence en matière pénale, on doit admettre une présomption de pleine capacité en matière d'expertise médicale³⁹²».

Autrement exprimé, «il importe de ne pas s'attacher de façon dogmatique à de simples soustractions de taux entre l'état actuel et l'état antérieur³⁹³», taux livrés à l'issue des travaux de l'expert. Ainsi, réfléchissons à nouveau à la situation de la personne ayant un seul rein parfaitement fonctionnel et aucune répercussion dans sa vie professionnelle et privée. Le patient est victime d'un accident de la circulation et souffre d'un traumatisme crânien sévère. L'expert retient un

³⁹² Y. LAMBERT-FAIVRE et S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel*, coll. Précis Dalloz Droit Privé, Paris, Dalloz, 7^e éd., 2012, n° 124.

³⁹³ Ph. PIERRE, «Le passé de la victime: l'influence de l'état antérieur», *op. cit.*, p. 1301. Voy. aussi: Y. LAMBERT-FAIVRE et S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel, systèmes d'indemnisation*, Paris, Dalloz, 2009, 6^e éd., p. 155, n° 81.

taux de 35 % devant représenter l'incapacité personnelle liée à la perte d'un rein (l'atteinte préexistante à l'accident). L'état séquellaire lié au traumatisme crânien est fixé à 80 %. Bien que le calcul de soustraction soit aisé à réaliser, le principe de la réparation intégrale et *in concreto* doit conduire à retenir un taux d'incapacité personnelle de 80 %.

Le rôle tant du plaideur que du régleur est de cerner avec précision la vie antérieure de la victime pour pouvoir répondre, dans la mesure où une atteinte affectait la vie de la personne lésée avant l'accident, aux questions du « comment » et « en quoi ». Cet état des lieux étant dressé, et dans la mesure où l'état antérieur était stabilisé, l'entier dommage résultant de la différence négative entre cet état des lieux et la situation postaccidentelle sera l'objet de la réparation à charge du responsable.

Même si l'arithmétique à la portée de tous se veut rassurante³⁹⁴, seule une description de la vie de la personne lésée avant et après l'accident permet de tendre vers une juste indemnisation.

§ 3. L'état antérieur évolutif et son anticipation (art. 5.178, § 1^{er})

A. L'hypothèse de travail et le principe de la réparation intégrale

281. La personne lésée souffrait d'une affection générant une évolution certaine vers une altération de son état de santé et de sa capacité à interagir avec son environnement. Cette dégradation serait en toute hypothèse survenue à un moment (temps 1). Cette altération est survenue plus précocement (temps 2) en raison de l'effet du traumatisme.

Aussi, lors de la réparation du dommage consécutif au traumatisme, il semble en effet légitime que soit prise en considération au moment de l'évaluation du préjudice, l'évolution normale d'une pathologie antérieure qui, à terme, aurait engendré un préjudice, et ce, indépendamment de l'intervention d'un tiers.

Ainsi, la Cour de cassation a considéré que, s'il est prouvé qu'en raison du caractère évolutif de la démence et indépendamment de l'accident, la victime « aurait nécessairement été atteinte ultérieurement de démence », le juge doit en tenir compte pour déterminer l'étendue de la réparation incombant à l'auteur de l'accident³⁹⁵. En d'autres termes, le juge peut accorder la réparation uniquement du préjudice né de l'anticipation d'un mal qui se serait produit en toute hypothèse. Il s'agit là de la solution adoptée par l'article 5.178, alinéa 1^{er}.

Sur le plan des principes, le raisonnement portant à tenir compte de l'anticipation du dommage est correct, mais uniquement dans la mesure où nous avons une connaissance précise du « temps 1 ».

³⁹⁴ À ce propos : Cass., 12 novembre 2019, www.juridat.be; Cass., 12 novembre 2019, *JT*, 2019, p. 891, note B. DE CONINCK; *For ass.*, 2020, p. 8, note I. LUTTE.

³⁹⁵ Cass., 8 juin 1951, *Pas.*, 1951, I, p. 691.

B. La mesure de l'accélération du dommage et le bon usage de l'expertise

282. Plus délicate demeure la question de la mesure de l'accélération du dommage, c'est-à-dire l'effet de l'accident sur un état antérieur avéré et évolutif.

Une pathologie peut présenter un potentiel évolutif empreint d'une très grande variabilité. Ainsi, il peut s'agir d'une évolution linéaire, par poussées ou encore mixte.

283. Prenons l'exemple d'un type de pathologie à évolution dite « linéaire » : la démence. Le terme « démence » désigne un déclin progressif de l'ensemble des fonctions cognitives (fonctions intellectuelles, mémoire, attention, jugement, capacité de raisonnement...).

Diverses pathologies (Alzheimer, maladie à corps de Lewy, démence vasculaire, démence fronto-temporale...) peuvent conduire au tableau clinique de démence. L'étiologie exacte de la démence, si elle peut être évoquée du vivant du malade, est encore de nos jours confirmée le plus souvent par une étude anatomopathologique du tissu cérébral généralement prélevé *post mortem*, c'est-à-dire lors d'une autopsie³⁹⁶.

Un patient souffrant de démence présente une évolution qui diffère nettement en fonction, d'une part, du type de pathologie générant chez lui la démence et, d'autre part, de la variabilité intrinsèque à la pathologie elle-même.

Le schéma ci-dessous montre une évolution linéaire de la maladie Alzheimer (courbe A) avec une nette altération des capacités du malade sur une période de huit à neuf années. Une anticipation pourrait-elle être évaluée ?

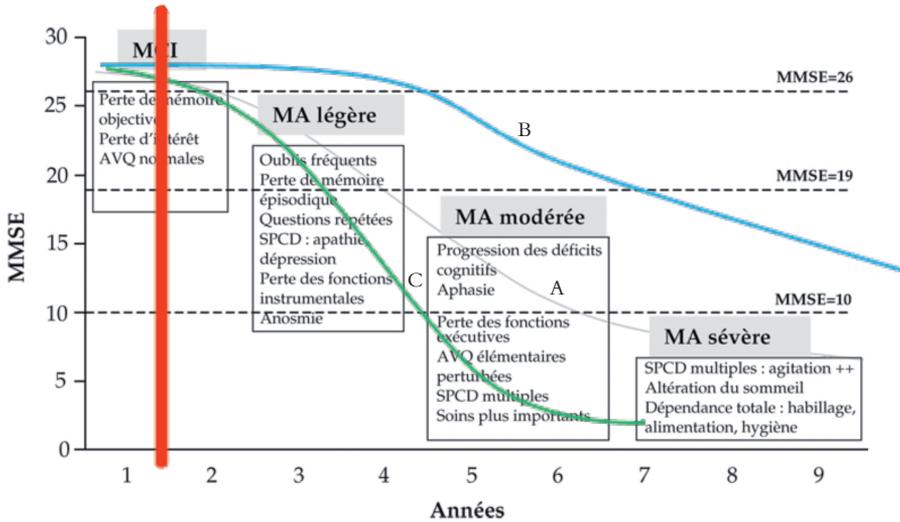
Relevons que, malgré ce schéma établi de manière statistique, les cliniciens constatent une grande variabilité d'évolution chez leurs patients (par exemple selon la courbe B ou selon la courbe C), de sorte qu'il est en réalité, au niveau de l'individu, impossible de prévoir l'évolution de la maladie.

Imaginons qu'un accident survient (trait vertical) et précipite la personne lésée dans un état de dépendance totale, état qui, sans l'accident, serait survenu à un moment donné (le temps 1). Toutefois, ce temps 1 ne peut être défini précisément.

³⁹⁶ Il n'existe plus aucune indication de faire une biopsie cérébrale en cas de suspicion de démence dégénérative. Les seules indications d'un tel examen restent les pathologies inflammatoires/infectieuses diffuses ou la pathologie tumorale diffuse (gliomatose, lymphomatose) qui se présenteraient avec des tableaux de démence. Pour les démences dégénératives, le diagnostic anatomopathologique s'établit généralement sur l'ensemble du cerveau (*post mortem*), car la pathologie se caractérise par des « plaques séniles » contenant des dépôts d'amyloïde qu'une biopsie pourrait facilement « rater ». Observons que chacun a, avec l'âge avançant, un peu d'amyloïde. Le diagnostic anatomopathologique entre un sujet sain et un sujet dément réside dans la quantité et la localisation des lésions, ce qui requiert un examen complet du cerveau. Notons que certaines modifications cérébrales peuvent être révélées par des biomarqueurs dosés au niveau du liquide céphalo-rachidien. Les biomarqueurs permettraient de diagnostiquer la maladie d'Alzheimer à un stade précoce et de la différencier d'autres démences.

ment, puisqu'il dépend de l'évolution suivie par le patient, laquelle est impossible à prévoir.

Progression des symptômes de la maladie d'Alzheimer (d'après Feldman et Woodward, 2005)³⁹⁷



Par ailleurs, les patients souffrant d'une autre démence (moins connue) appelée « maladie à corps de Lewy » ont une évolution (encore plus) variable en termes d'espérance de vie. Celle-ci serait située entre deux et vingt ans à partir du diagnostic. Le « temps 1 » est-il de deux, quinze ou vingt ans ? Comment déterminer l'anticipation du décès d'un patient souffrant de cette maladie si ce patient venait à décéder à la suite d'un accident de la circulation ?

284. Envisageons à présent une pathologie à évolution par poussées ou à évolution mixte.

Affectés par une maladie quelque peu capricieuse (sclérose en plaques), certains malades ne souffrent que d'une seule, deux ou trois poussées dans leur vie (forme bénigne), d'autres d'une succession plus ou moins ininterrompue de poussées entrant dans une progression très rapide (forme grave), d'autres encore d'une forme d'emblée progressive³⁹⁸ (c'est-à-dire de manière linéaire, sans poussées).

³⁹⁷ H. H. FELDMAN et M. WOORWARD, « The staging and assessment of moderate to severe Alzheimer disease », *Neurology* 65 (Issue 6, Supplement 3) : S10-S17, septembre 2005.

³⁹⁸ R. NICHOLAS et W. RASHID, « Multiple sclerosis », *Am Fam Physician*, 2013, 87(10):712-714.

Rien ne permet de prévoir l'évolution qui se fait sur plusieurs décennies. Pourtant, tous ces patients sont « étiquetés » comme souffrants d'une sclérose en plaques.

Variabilité de l'évolution de la sclérose en plaques³⁹⁹

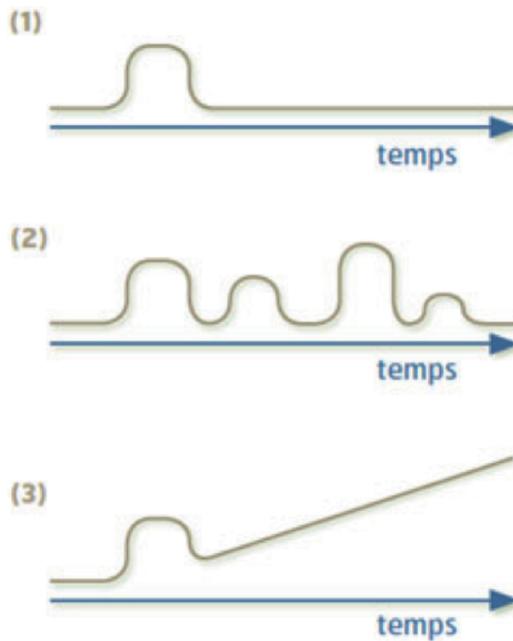


Prenons le schéma ci-dessus et considérons que l'événement traumatique survient au à un moment identifié par le trait vertical. Comment l'expert peut-il déterminer le « temps 1 »? Comment déterminer quelle aurait été l'évolution du patient? Soulignons encore que, même si l'évolution de la maladie est habituellement représentée sous différents schémas (A à G), chaque patient est un cas particulier avec une expression et une évolution de la maladie qui lui sont propres.

³⁹⁹ J. CAMBIER, M. MASSON et H. DEHEN, *Neurologie (Abrégés)*, Paris, éd. Masson, 1989, p. 313.

285. La Cour d'appel de Bruxelles a eu à connaître de la triste situation d'une enfant âgée de dix ans souffrant d'une maladie génétique grave, conduisant au décès car dépourvue de tout traitement. La sœur aînée de cette enfant avait souffert de la même maladie et était décédée à l'âge de douze ans. Dans le cadre d'une procédure en responsabilité médicale, l'affaire devait être fixée pour être plaidée. La famille sollicita une fixation rapprochée, compte tenu de la dégradation de l'état de santé de l'enfant. La Cour d'appel de Bruxelles examina l'urgence invoquée au regard d'un article scientifique (versé au débat par la famille) faisant état – tout au moins à l'époque de sa publication – d'une espérance de vie moyenne limitée à la fin de la deuxième décennie, bien que certaines personnes vivent plus de cinquante ans. La Cour d'appel tempéra la prétendue urgence et l'affaire fut remise à une date quelque peu lointaine. L'enfant décéda quelque mois plus tard... avant l'audience de plaidoiries. Dans ce cas précis, quel était le « temps 1 » pour cet enfant : douze ans (âge du décès de sa sœur), vingt ans (âge moyen de la littérature), cinquante ans (âge de décès de certains patients souffrant de la même maladie) ou... dix ans (étant aussi le « temps 2 » correspondant à l'âge auquel elle décéda) ?

286. La polyarthrite rhumatoïde est un autre exemple de pathologie à évolution variable⁴⁰⁰.



⁴⁰⁰ <http://www.arthrites.be>.

287. Le rôle du médecin expert est de dire si l'évolution naturelle aurait conduit l'intéressé à un état identique à son état post-traumatique et, dans l'affirmative, dans quel délai. S'il y a des incertitudes, il convient de les mentionner⁴⁰¹.

L'expert ne peut être ni oracle ni devin. Le juge ne peut l'être davantage. Le juge ne peut non plus demander à l'expert d'assumer un tel rôle. Au demeurant, ayant à apprécier la force probante du rapport d'expertise, le juge doit écarter les conclusions de l'expert qui aurait spontanément joué ce rôle⁴⁰².

C. L'évaluation du dommage réparable d'une personne lésée présentant un état antérieur évolutif

288. Rappelons deux principes essentiels relatifs à la réparation du dommage corporel subi par une victime :

- D'une part, si le dommage donne lieu à une constatation par le biais de l'expertise médico-légale, sa réparation relève tout entière de l'office du juge, indépendant de l'expert. Ce dernier n'est en aucune manière le substitut du juge.
- D'autre part, le principe de la réparation intégrale et *in concreto* requiert l'adéquation entre la réparation et le dommage éprouvé par la victime.

Mais, « alors que le principe même de la réparation intégrale présente un contenu juridique précis » et est aisément compréhensible pour chacun, l'évaluation du dommage à réparer, « qui en est la condition nécessaire, apparaît fuyante et rebelle à l'appréhension du droit⁴⁰³ ».

Il en est ainsi dans notre hypothèse de travail, puisque dans de très nombreux cas, l'état actuel de la science ne permet pas de déterminer avec précision le « temps 1 », le temps de la dégradation de la personne lésée.

289. Prenons l'exemple suivant : une personne a présenté deux poussées de sclérose en plaques dont elle n'a gardé aucune séquelle incapacitante. La dernière poussée remonte à trois ans. À la suite d'un accident de la circulation, cette personne se retrouve tétraplégique. Quel est le dommage réparable ?

Notre réflexion se décline en quatre étapes :

- Premièrement : le juge ne peut pas demander à l'expert d'être devin. L'expert ne peut vider la question de l'évolution attendue d'un état antérieur si la science médicale ne peut y répondre. Il fera part de ses incertitudes au juge et aux parties.

⁴⁰¹ J.-L. FAGNART, *La causalité*, op. cit., p. 294, n° 584. Voy. aussi : I. LUTTE, « L'état antérieur de la victime : vraie question ou faux débat ? », in I. LUTTE (dir.), *Droit médical et dommage corporel – état des lieux et perspectives*, Limal, Anthemis, 2014, pp.199-200.

⁴⁰² Cass., 15 octobre 2019, www.juridat.be.

⁴⁰³ D. LE PRADO, *Équité et effectivité du droit de la réparation*, <https://www.courdecassation.fr>.

- Deuxièmement : les éléments pouvant être considérés comme incontestablement établis sont, d'une part, la situation dans laquelle la personne lésée se trouvait juste avant la survenance de l'accident et, d'autre part, celle dans laquelle elle se trouve après l'accident.
- Troisièmement : la situation de la victime dans laquelle elle se trouve après l'accident trouve sa cause dans l'accident litigieux.
- Quatrièmement : la victime ayant perdu toute capacité économique, personnelle et ménagère à la suite de l'accident litigieux ne pourra plus les perdre à nouveau du fait d'une évolution inconnue d'une maladie antérieure.

Nous concluons dès lors à une obligation, dans le chef du responsable, à réparer l'intégralité du dommage consistant à la perte de toute capacité, sans égard à une évolution indéterminable d'un état antérieur, évolution qui ne pourrait plus avoir d'effet incapacitant compte tenu de l'accident litigieux.

L'auteur de l'accident a la charge de prouver que l'état de la victime aurait nécessairement évolué vers un état aussi grave dans un délai qu'il peut déterminer. Si des incertitudes persistent, il conviendra alors de retenir que le responsable ne prouve pas que la réparation doit être limitée à la seule anticipation du dommage.

290. Ce raisonnement, par ailleurs conforme à l'enseignement de la Cour de cassation, est également suivi par les juges du fond.

291. Dans un arrêt du 28 mai 2014, la Cour suprême cassa un arrêt rendu par la Cour d'appel de Bruxelles et précisa qu'«écartant toute responsabilité de l'auteur de la faute au motif que le dommage aurait pu se produire sans cette faute et en déduisant d'une hypothèse l'absence de lien causal, l'arrêt ne tient pas compte des circonstances concrètes de la cause⁴⁰⁴».

292. La Cour d'appel de Liège a eu à connaître d'un litige permettant d'illustrer notre propos.

Le jour de l'accident survenu le 28 octobre 1983, la victime (H.V.) a déclaré n'être pas blessée. Il s'est cependant rendu le soir même dans une clinique au Luxembourg où des radiographies se sont révélées négatives. Le 11 décembre 1983, la victime est hospitalisée à la suite d'une thrombose du tronc cérébral qui a conduit au décès le 7 janvier 1984. Une autopsie fut pratiquée le 9 janvier 1984.

Dans son rapport, l'expert rappelle que la victime souffrait d'une hypertension importante, d'athérosclérose⁴⁰⁵, avait présenté un infarctus myocardique en

⁴⁰⁴ Cass. (2^e ch.), RG P.13.1014.F, 28 mai 2014, *Arr. Cass.*, 2014, liv. 5, 1355; <http://www.cass.be> (29 juin 2014); *Pas.* 2014, liv. 5, p. 1330.

⁴⁰⁵ L'athérosclérose est une maladie artérielle chronique caractérisée par des dépôts (plaques) essentiellement composés de lipides sur la paroi des artères. Au fil du temps, ces plaques peuvent entraîner la lésion

1979, présentait une athérosclérose sténosante de l'artère basilaire et des artères vertébrales confirmée par les examens *post mortem*.

Quarante-cinq jours après l'accident, s'est installée une symptomatologie d'atteinte du tronc cérébral dont la victime décéda.

Pour l'expert, le mécanisme de l'accident, l'athérosclérose sténosante de l'artère basilaire et des artères vertébrales et l'hypertension artérielle labile sont autant de facteurs combinés ayant conduit au développement progressif d'une thrombose de l'artère basilaire, qui a entraîné la nécrose ischémique du tronc cérébral et le décès. La situation médicale antérieure à l'accident a été influencée par celui-ci, par le choc postéro-latéral qui a entraîné un mouvement de déflexion-rotation de la tête et par le stress qui a résulté de cet accident.

Ainsi, la victime présente un état antérieur avéré évolutif (athérosclérose) sur lequel vient se greffer un traumatisme.

L'expert conclut que cet accident a été une des causes du décès de la victime survenu le 7 janvier 1984 et qu'il « a entraîné prématurément ce décès. La mesure de cette anticipation est scientifiquement impossible à démontrer⁴⁰⁶ ».

Il ajouta que « compte tenu de l'état pathologique antérieur de la victime, [...] elle avait donc une large diminution de son potentiel vital mais je ne peux donner d'indication quant à sa survie, car elle était soignée, suivie médicalement. Elle aurait pu vivre encore longtemps, mais moins qu'une personne en bonne santé, mais je ne peux pas faire de pronostic. Il y avait plus de risque pour V. de mourir qu'une autre personne⁴⁰⁷ ».

Autrement dit, l'expert est dans l'impossibilité de définir le « temps 1 », de sorte que l'accélération du dommage ne peut être déterminée.

Dans l'arrêt prononcé en cette affaire le 27 avril 2007, la cour d'appel de Liège considéra ce qu'il suit :

Il résulte également de cette expertise que H. V. présentait un état antérieur caractérisé par la préexistence d'une situation anormale de sa physiologie créant dans son chef une pathologie avérée. Le processus d'invalidation déjà en cours s'est conjugué avec l'accident pour créer un dommage plus grave que celui que le traumatisme aurait déterminé chez un individu sain. L'intimée [NDLR : l'assureur du responsable] en déduit que seule une partie du dommage devrait être indemnisée.

L'expert exprime objectivement ne pas pouvoir donner d'indication précise sur les chances de survie de H. V., sans la survenance de l'accident. Ce faisant, il répond à

de la paroi artérielle (sclérose), conduire à l'obstruction du vaisseau provoquant un infarctus de la zone irriguée. La plaque d'athérome est parfois friable, de sorte qu'une partie peut s'en détacher et migrer plus loin dans le réseau artériel d'aval. Il s'agit d'un embolie. Lorsque ce caillot s'arrête car bloqué dans une artère plus petite, il crée aussi un infarctus de la zone irriguée.

⁴⁰⁶ Liège, 27 avril 2007, RGAR, 2009, n° 14501.

⁴⁰⁷ *Ibid.*

la mission qui lui était confiée et il n'y a pas lieu à la désignation d'un nouvel expert, comme le demande l'intimée.

Les données médicales ne permettent en conséquence pas de retenir qu'il existait avec certitude chez H. V. un processus irréversible que l'accident n'aurait fait qu'accélérer et que, sans l'accident, et bien qu'il fût suivi médicalement et soigné, il serait certainement décédé prématurément dans un délai déterminé, sans avoir atteint le seuil de l'espérance de vie moyenne.

Il ne peut dans ces conditions, être tenu compte, comme le voudrait l'intimée, d'une réduction du montant de l'indemnisation, sur la base de l'état antérieur à l'accident de H. V.⁴⁰⁸.

Section 3

Suggestion

293. L'article 5.178 peut être maintenu dans la mesure où le praticien du droit recourra à une lecture combinée de cette disposition et de l'article 5.171, § 1^{er}.

Toutefois, le libellé de l'alinéa 1 sera utilement complété afin d'éviter la construction d'hypothèses.

*Si le fait générateur de la responsabilité a pour conséquence d'anticiper la survenance d'un dommage qui serait, même sans ce fait, nécessairement survenu, **dans des circonstances de temps et de lieu connues**, 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.

⁴⁰⁸ *Ibid.*

Analyse de l'article 5.184

Versements et avantages reçus par la personne lésée ou par le responsable

Section 1

L'avant-projet

§ 1. Le texte

294. L'article 5.184, § 1^{er} énonce :

Les versements et avantages que la personne lésée n'auraient [sic] pas reçus en l'absence du fait générateur de responsabilité et qui ont pour objet de réparer le dommage causé par le responsable, viennent en déduction du montant de l'indemnité.

§ 2. Justification

295. L'Exposé des motifs rappelle la jurisprudence bien connue de la Cour de cassation qui serait critiquée par la doctrine car elle ne fournit pas de critères précis⁴⁰⁹.

L'article 5.184, § 1^{er} aurait pour objectif d'offrir une plus grande sécurité en ce qui concerne la prise en compte d'avantages financiers ou en nature que la victime reçoit après l'accident.

Section 2

Appréciation

296. On ne peut pas dire que l'article 5.184, § 1^{er} apporte des critères précis.

Il indique sans doute que seuls peuvent venir en déduction les versements et avantages qui ont pour objet de réparer le dommage. Ce critère peut parfois susciter des discussions.

L'article 5.184, § 1^{er} ajoute : « Ce qui est visé, ce sont les versements et avantages que la personne lésée n'aurait pas reçus en l'absence du fait générateur de res-

⁴⁰⁹ Exposé des motifs, pp. 181 et suiv.; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, pp. 136-137.

ponsabilité.» Cela paraît une tautologie dans la mesure où les versements et avantages qui ont pour objet de réparer le dommage n'auraient évidemment pas été reçus si le dommage n'existait pas et donc s'il n'y avait pas eu un fait générateur de responsabilité.

Le critère précis qui devrait être retenu est l'existence d'une subrogation (légale ou conventionnelle) dans les droits de la personne lésée.

Section 3

Suggestion

297. L'article 5.184, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, pourrait être rédigé dans les termes suivants :

Lorsque la victime reçoit d'un tiers un avantage qui a pour objet de réparer le dommage, cet avantage vient en déduction du montant de l'indemnité lorsque le tiers est subrogé dans les droits de la personne lésée contre le responsable.

Analyse de l'article 5.185

Évaluation distincte des dommages

Section 1

L'avant-projet

§ 1. Le texte

298. L'article 5.185 énonce :

Sans préjudice de l'article 3, le juge évalue distinctement chacun des dommages dont il accorde réparation.

Le juge peut procéder à une estimation du dommage lorsqu'il serait trop difficile ou trop coûteux de déterminer précisément l'étendue.

Lorsque l'étendue du dommage ne peut être déterminée d'aucune manière, le juge peut accorder une indemnité en équité.

§ 2. Justification

299. L'Exposé des motifs justifie le premier alinéa en soulignant que la ventilation des postes du préjudice réparable favorise la transparence⁴¹⁰.

Pour justifier l'alinéa 2, l'Exposé des motifs donne assez curieusement l'exemple de « l'évaluation d'un préjudice économique et financier résultant de pertes de marché, de bénéfices ou de clientèle, qui requièrent parfois de recourir à des modèles économiques ou à des projections ». Selon l'Exposé des motifs, « le juge qui approche [*sic*] ainsi le montant du dommage, peut recourir à une méthode forfaitaire, mais il ne statue pas pour autant en équité [*sic*]⁴¹¹ ».

L'Exposé des motifs souligne que le troisième alinéa « pose clairement le principe de la subsidiarité de l'évaluation en équité ou *ex aequo et bono*. Le juge ne peut y avoir recours que s'il était impossible d'évaluer le dommage d'une autre manière⁴¹² ».

⁴¹⁰ Exposé des motifs, p. 185; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 138.

⁴¹¹ Exposé des motifs, p. 186; H. BOCKEN, B. DUBUISSON et coll., *op. cit.*, p. 138.

⁴¹² *Ibid.*

Section 2

Appréciation

300. Le premier alinéa n'appelle qu'une observation de forme. Au lieu d'indiquer que le juge évalue « chacun des dommages », le texte devrait énoncer que le juge évalue distinctement « chacun des éléments du dommage ». Le texte sera ainsi plus conforme au texte néerlandais qui mentionne « elke schadepost ».

301. Le deuxième alinéa de l'article en projet est étonnant. Il imagine l'hypothèse selon laquelle « il serait trop difficile ou trop coûteux de déterminer précisément l'étendue (du dommage) ». L'avant-projet perd de vue qu'il appartient à chacune des parties d'établir les faits qu'elle allègue. Le principe est énoncé par l'article 870 du Code judiciaire et confirmé par l'article 8.4 de la loi du 13 avril 2019 instituant un nouveau Code civil.

La personne lésée a donc l'obligation d'établir l'étendue du dommage dont elle demande la réparation. Le défendeur a le droit de contester et d'alléguer d'autres faits dont il doit rapporter la preuve.

Si une des parties ne réussit pas à apporter la preuve dont elle a la charge, le moyen qu'elle invoque doit être rejeté.

Dans certains cas, le juge doit sans doute recourir à une mesure d'instruction. Il ne peut le faire que si elle est nécessaire à la solution du litige. En outre, l'article 875*bis* du Code judiciaire dispose déjà : « Le juge limite le choix de la mesure d'instruction et le contenu de cette mesure à ce qui est suffisant pour la solution du litige, à la lumière de la proportionnalité entre les coûts attendus de la mesure et l'enjeu du litige, et en privilégiant la mesure la plus simple, la plus rapide et la moins onéreuse. »

L'article 5.185, alinéa 2, de l'avant-projet reprend, en des termes bien imprécis, le principe déjà consacré par l'article 875*bis* du Code judiciaire.

302. L'alinéa 3 de l'article en projet énonce un principe raisonnable, mais il le fait dans un style qui manque de rigueur et de clarté.

Section 3

Suggestion

303. Le deuxième alinéa du texte doit être supprimé.

Le premier et le troisième alinéas pourraient être formulés de la façon suivante :

Le juge évalue distinctement chacun des éléments du dommage dont il accorde réparation.

Le juge ne peut procéder à une évaluation en équité que s'il est impossible de déterminer autrement l'étendue du dommage.

Conclusion

«Lorsqu'il n'est pas nécessaire de légiférer, il est nécessaire de ne pas légiférer.» Il importe peu que ce sage précepte ait été enseigné par Montesquieu ou par Benjamin Franklin. Ce qui importe est de savoir s'il est nécessaire de réformer le droit de la responsabilité civile.

Sans doute, le législateur de 1804 concevait la responsabilité civile d'une façon assez semblable à ce qu'elle était au Néolithique. «Chacun doit supporter les dommages qu'il subit, sauf s'il prouve que le dommage a été causé par la faute d'un tiers.» Règle somme toute simple et compréhensible par tous.

Depuis le Code Napoléon, le monde a connu d'importantes révolutions technologiques : celle de la machine à vapeur, celle de l'électricité, celle du moteur à essence, celle de l'informatique. Le miracle de l'évolution du droit au cours des deux siècles écoulés vient de la sobriété des textes adoptés en 1804. La jurisprudence a pu façonner un droit sans cesse adapté aux réalités nouvelles. Pendant qu'elle inventait des responsabilités sans faute, le législateur organisait l'assurance de la responsabilité. C'est ainsi que, dans la pratique actuelle, le droit de la responsabilité civile est globalement satisfaisant.

Une réforme est-elle nécessaire, voire urgente ?

Le problème d'aujourd'hui n'est pas celui de la responsabilité civile. Il est celui de l'inflation législative.

Comme on l'a fort bien écrit : «Nos politiques paniquent. Ils ont brisé le jouet. Ils ont trop et mal légiféré. Légiférer est devenu leur drogue. Ils le savent, le reconnaissent publiquement. Pour se calmer, ils créent des offices parlementaires d'évaluation de la législation ; pour se désintoxiquer, ils font confiance à des Commissions de codification et de simplification du droit ; ils commandent des *Études*, publient des *Guides* pour l'élaboration des textes législatifs, font des lois de simplification du droit⁴¹³.»

Les pages qui précèdent ont montré que les textes de l'avant-projet de réforme sont exposés à de nombreuses interprétations et peuvent conduire à des applications incertaines. Il serait sans doute injuste d'accorder une importance majeure à ces défauts d'ordre technique. Le droit, par nature, est d'une grande complexité. Il doit arbitrer des valeurs concurrentes, sinon inconciliables. Il

⁴¹³ J. KRINEN, « Bien légiférer aujourd'hui », in E. BOUSMAR, P. DESMETTE et N. SIMON (dir.), *Légiférer, gouverner et juger*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2016, pp. 527 et suiv.

doit s'exprimer, pour être précis, en des termes techniques. Le premier reproche que l'on peut faire est en réalité un regret. Il est vain de justifier une réforme douteuse par une critique du manque de lisibilité et de prévisibilité du droit actuel⁴¹⁴. Si l'avant-projet devait être un jour adopté, le droit nouveau ne serait ni plus lisible ni plus prévisible que le droit d'aujourd'hui.

Le deuxième reproche que l'on peut adresser à l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile est fondamental.

Au-delà des questions d'ordre technique, toute réforme du droit devrait tendre à l'organisation de plus de justice dans la société. Mais qu'est-ce que la justice⁴¹⁵? De Platon à John Rawls⁴¹⁶, la question a divisé philosophes et juristes. Le droit a-t-il pour objectif le bonheur des citoyens, le service de Dieu, le service du Prince, le principe d'égalité, le règne de la liberté, la paix sociale...?

Lorsque les experts se disputent, il faut parfois écouter les poètes ou les hommes d'intuition. Dans *Le Médecin de campagne*, Balzac a écrit qu'il faudrait toujours «peindre les pauvres au pied de la Justice; elle n'a été inventée que pour eux». La réflexion semble pertinente.

Le droit de la responsabilité civile, en raison de sa fonction réparatrice, doit être construit en faveur des abîmés de la vie, que l'on appelle les victimes.

Il serait assurément contraire à la vérité d'affirmer que l'avant-projet ne contient aucune mesure en faveur des victimes.

Nous approuvons certaines initiatives adoptées par l'avant-projet de réforme, dont la reconnaissance (timide) de la faute objective (art. 5.147), l'organisation d'une assurance obligatoire de la responsabilité civile des parents et des enfants mineurs (art. 5156), le fait que ni l'autorité de la chose jugée, ni la transaction ne peuvent faire obstacle à la réparation des dommages nouveaux ou des dommages aggravés inconnus à l'époque du jugement ou de la convention⁴¹⁷ (art. 5.186).

À côté de ces avancées incontestables, l'avant-projet adopte des dispositions ayant pour objet ou pour effet de réduire les droits de la personne lésée ou de restreindre ses possibilités d'indemnisation. Il s'agit là d'un choix politique. Reste à savoir si le monde politique a conscience du choix ainsi posé dans l'avant-projet.

Ainsi, au niveau du fait générateur de responsabilité, l'article 5.148 de l'avant-projet se complaît dans l'énumération de critères d'appréciation de la faute,

⁴¹⁴ B. DUBUISSON et H. BOCKEN, «La réforme du droit de la responsabilité: un droit commun applicable à tous», Réponse à M^e Isabelle Lutte, *op. cit.*, p. 729.

⁴¹⁵ H. KELSEN, *Qu'est-ce que la justice?*, Genève, Marcus Haler, 2012.

⁴¹⁶ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, trad. Catherine Autard, Paris, Le Seuil, 1987.

⁴¹⁷ J.-L. FAGNART, «L'aggravation du dommage corporel», in *États généraux du droit médical et du dommage corporel*, *op. cit.*, pp. 261-308.

d'une façon telle qu'il est de plus en plus difficile de qualifier de fautif un comportement déterminé. De façon encore plus curieuse, dans le domaine de la responsabilité sans faute, qui par principe ne requiert aucun discernement, l'avant-projet accorde aux mineurs de moins de douze ans une immunité absolue et permet au juge de modérer l'indemnité en faveur de la personne atteinte d'un trouble mental (art. 5.153 et 5.155).

Au niveau du lien de causalité, la personne lésée ne peut espérer une indemnisation que si le lien causal est suffisamment étroit (art. 5.162, al. 2).

De façon inattendue, l'article 570, § 1^{er} étend le régime de réduction de l'indemnité en raison de la faute de la victime, aux cas où il y aurait aussi, en plus de la faute du tiers responsable, la faute d'une personne dont la victime doit répondre.

Au niveau du dommage, l'avant-projet pose question.

Bien que les termes employés soient assez confus, l'article 5.171 de l'avant-projet semble réduire le dommage réparable à une atteinte à un « intérêt juridiquement protégé », ce qui, au niveau du principe, voudrait dire une atteinte à un droit subjectif. Consacrant une conception clanique de la responsabilité, l'article 5.175 veut figer la jurisprudence qui fait subir par la personne lésée par répercussion la faute de la victime directe dont pourtant elle ne répond pas.

Lorsque l'on additionne toutes les petites mesures funestes pour les personnes lésées, il nous semble que le bilan est préoccupant. Notre jurisprudence, avec ses qualités et ses défauts, se montrait dans l'ensemble favorable à la plus juste réparation possible des personnes lésées.

L'élaboration d'un beau projet de réforme, dans la mesure où il s'avère nécessaire, prend du temps, demande beaucoup de réflexion et requiert la recherche d'un consensus ou, à tout le moins, d'une adhésion du plus grand nombre. L'avant-projet actuel ne nous semble pas réunir ces qualités. Voilà pourquoi un véritable débat s'avère indispensable.

Annexe

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

Rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée
par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017

Présidents

Prof. dr. Hubert Bocken

Prof. dr. Bernard Dubuisson

Représentant du SPF Justice

M. Biagio Zammitto

Experts

Prof. dr. Geert Jocqué

Prof. dr. Geneviève Schamps Prof. dr. Thierry Vanswevelt

Expert invité

Prof. dr. Jeroen Delvoie

Version 06.08.18

Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil

PHILIPPE, Roi des Belges,

À tous, présents et à venir, Salut.

Sur la proposition du Ministre de la Justice,

NOUS AVONS ARRÊTÉ ET ARRÊTONS :

Le Ministre de la Justice est chargé de présenter en notre nom et de déposer à la Chambre des représentants le projet de loi dont la teneur suit :

Chapitre 1^{er}. Disposition générale

Article 1^{er}

La présente loi règle une matière visée à l'article 74 de la Constitution.

Chapitre 2. Modifications du Code civil

Art. 2

Dans le livre 5, titre 2, sous-titre 2, chapitre 2 du Code civil créé par l'article 2 de la loi du XX portant création d'un Code civil et y insérant un Livre 5 « Les obligations », les dispositions suivantes sont insérées :

« Section 1^{re}. Dispositions introductives

Sous-section 1^{re}. Concours d'actions

Art. 5.141. Responsabilité extracontractuelle et autres fondements juridiques

Une demande sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle n'empêche pas une demande basée sur un autre fondement juridique, à moins que le contraire ne résulte de la loi ou d'un contrat.

Art. 5.142. Pluralité de fondements juridiques relatifs à la responsabilité extracontractuelle

Une demande sur la base d'une des dispositions du présent chapitre n'empêche pas une demande basée sur d'autres dispositions de ce même chapitre, à moins que le contraire ne résulte de la loi ou d'un contrat.

Art. 5.143. Responsabilité contractuelle et extracontractuelle

La personne lésée peut invoquer à l'égard d'un cocontractant les règles de la responsabilité extracontractuelle, à moins que cette possibilité ne soit exclue par la loi ou un contrat.

Toutefois, si elle demande réparation d'un dommage qui trouve sa cause dans l'inexécution d'une obligation contractuelle, les dispositions légales parti-

culières et les clauses contractuelles applicables spécifiquement aux obligations des parties prévalent sur les règles de la responsabilité extracontractuelle. Cette primauté n'est pas d'Application pour les actions en réparation d'un dommage résultant d'une atteinte à l'intégrité physique.

Sous-section 2. Personnes morales

Art. 5.144. Égalité de traitement des personnes morales et physiques

Les dispositions du présent chapitre s'appliquent tant aux personnes morales, privées et publiques, qu'aux personnes physiques, à moins que le contraire ne découle de la loi ou que cette application ne soit incompatible avec la nature de la personne morale.

Sous-section 3. Lois particulières

Art. 5.145. Lois particulières relatives à la responsabilité

Les dispositions du présent chapitre ne portent pas préjudice aux règles de responsabilité spécifiques prévues par des lois particulières.

Section 2. Fondements de la responsabilité extracontractuelle

Sous-section 1^{re}. Responsabilité pour faute

§ 1^{er}. Faute

Art. 5.146. Principe

Toute personne qui, par sa faute, cause un dommage à autrui est tenu de le réparer.

Art. 5.147. Définition

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

Art. 5.148. Critères d'appréciation

§ 1^{er}. Si la règle de conduite impose un comportement déterminé, la faute se déduit de la violation de cette règle.

§ 2. Si la règle de conduite n'impose pas un comportement déterminé, le manquement s'apprécie par rapport au comportement qu'aurait eu une personne prudente et raisonnable dans les mêmes circonstances.

À cet effet, peuvent notamment être pris en considération :

- la nature et l'étendue des conséquences raisonnablement prévisibles ;
- les coûts et efforts nécessaires pour éviter le dommage ;

- l'état des techniques et des connaissances scientifiques ;
- les règles de l'art et les bonnes pratiques professionnelles ;
- les principes de bonne administration et de bonne organisation.

§ 2. Causes d'exonération de la responsabilité

Art. 5.149. Force majeure

Il n'y a pas de responsabilité pour faute lorsqu'un cas de force majeure empêche la personne qui viole la règle de conduite de respecter celle-ci.

Dans l'appréciation de la force majeure, il est tenu compte du caractère imprévisible ou inévitable de l'évènement qui empêche le respect de la règle de conduite.

Art. 5.150. Autres causes d'exonération de la responsabilité

§ 1^{er}. 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,
- dans un état de nécessité,
- dans un état de légitime défense,
- sur la base d'un ordre de la loi ou d'un ordre d'une autorité conforme à la loi,
- avec le consentement de la personne lésée.

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

§ 3. Elle se trouve dans un état de nécessité lorsqu'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.

§ 4. La légitime défense suppose qu'une atteinte à l'intégrité physique ou une crainte sérieuse d'une telle atteinte impose l'usage de moyens de défense. Ces moyens de défense doivent être proportionnés à cette atteinte ou cette crainte.

§ 5. 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.

Art. 5.151. Charge de la preuve

Celui qui se prévaut d'une cause d'exonération de responsabilité doit en apporter la preuve.

Art. 5.152. Infraction pénale

Les articles 5.149 à 5.151 ne s'appliquent pas lorsque la faute est susceptible d'entraîner une responsabilité pénale.

Sous-section 2. Responsabilité des mineurs et malades mentaux

Art. 5.153. Mineurs de moins de douze ans

Le mineur de moins de douze ans n'est pas responsable du dommage causé par sa faute ou par tout autre fait générateur de responsabilité.

Art. 5.154. Mineurs de douze ans ou plus

Le mineur de douze ans ou plus est responsable du dommage causé par sa faute ou par tout autre fait générateur de responsabilité.

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 du mineur.

Art. 5.155. Personnes atteintes d'un trouble mental

La personne atteinte d'un trouble mental qui abolit ou altère gravement sa capacité de discernement ou de contrôle de ses actes est responsable du dommage causé par sa faute ou par tout autre fait générateur de responsabilité.

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

Sous-section 3. Responsabilité du fait d'autrui

§ 1^{er}. Responsabilité sans faute

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

Les parents, adoptants, tuteurs et accueillants familiaux, qui disposent de l'autorité sur la personne d'un mineur, sont responsables du dommage pour lequel ce dernier doit lui-même répondre ou devrait répondre s'il avait plus de douze ans.

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

Art. 5.157. Responsabilité du commettant

Le commettant est responsable du dommage causé par son préposé pendant et à l'occasion de l'exercice de sa fonction, et dont ce dernier doit lui-même répondre ou devrait répondre si sa responsabilité n'était pas limitée ou exclue par la loi.

Art. 5.158. Responsabilité des personnes morales pour les membres des organes de gestion

La personne morale est responsable du dommage causé par la personne qui exerce une fonction de gestion non subordonnée, dans les mêmes conditions que le commettant l'est pour son préposé.

§ 2. Présomption réfragable de responsabilité

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

§ 1^{er}. La personne qui est chargée, sur la base d'une disposition légale ou réglementaire, d'une décision judiciaire ou administrative ou d'un contrat, d'organiser et de contrôler de manière globale et durable le mode de vie d'une autre personne est responsable du dommage dont cette dernière doit répondre ou devrait répondre si sa responsabilité n'était pas limitée ou exclue par la loi.

§ 2. Un établissement d'enseignement est responsable du dommage causé par les élèves pendant qu'ils sont sous sa surveillance, et dont ces derniers doivent répondre ou devraient répondre si leur responsabilité n'était pas limitée ou exclue par la loi.

§ 3. Les personnes visées aux paragraphes 1^{er} et 2 ne sont pas responsables si elles démontrent qu'elles n'ont 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.

§ 4. Quiconque peut voir sa responsabilité engagée sur la base du paragraphe 1^{er} ou 2 est tenu d'assurer cette responsabilité. Le Roi fixe les conditions de cette assurance.

Sous-section 4. Responsabilité sans faute du fait des choses et des animaux

Art. 5.160. Responsabilité pour les choses affectées d'un vice

Le gardien d'une chose est responsable du dommage causé par un vice de cette chose.

Le gardien est la personne qui, pour son propre compte, dispose du pouvoir de direction et de contrôle sur la chose. Le propriétaire est présumé gardien de la chose, à moins qu'il ne prouve qu'une autre personne en exerce la garde.

Une chose est affectée d'un vice si, en raison d'une de ses caractéristiques, elle ne répond pas à la sécurité qu'on peut légitimement en attendre compte tenu des circonstances.

Art. 5.161. Responsabilité pour les animaux

Le gardien d'un animal est responsable du dommage causé par cet animal.

L'article 5.160, alinéa 2, s'applique à cette responsabilité.

Section 3. Lien de causalité

Sous-section 1^{re}. Règles de base

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 ce fait et le dommage est à ce point distendu qu'il serait manifestement déraisonnable d'imputer ce dommage à celui auquel la réparation est demandée. Dans cette appréciation, il est 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 augmenté de manière significative le risque de survenance du dommage.

Art. 5.163. Concours avec des causes suffisantes

Un fait générateur de responsabilité qui serait une cause du dommage si un ou plusieurs autres faits qui constituent eux-mêmes une cause suffisante du dommage n'étaient pas survenus, est considéré comme une cause de celui-ci.

Sous-section 2. Pluralité de causes. Responsabilité pour le tout

Art. 5.164. Faits générateurs de responsabilité concurrents

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

Art. 5.165. Aide et incitation

Quiconque incite une autre personne à commettre une faute ou lui apporte son aide à cette fin, est responsable *in solidum* avec cette personne du dommage causé par cette faute.

Art. 5.166. Faute commune

Lorsque plusieurs personnes collaborent sciemment dans le but de causer un dommage, elles sont solidairement responsables du dommage causé par cette faute commune.

Art. 5.167. Causalité alternative. Faute collective

Lorsque plusieurs personnes participent à une même activité fautive et que l'une ou plusieurs d'entre elles causent un dommage à cette occasion, mais qu'on ne peut pas déterminer qui l'a causé, toutes sont responsables *in solidum*. Celle qui prouve qu'elle n'a pas causé le dommage n'est toutefois pas responsable.

Sous-section 3. Pluralité de causes. Responsabilité proportionnelle

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 avait une chance réelle que le dommage ne se fût pas produit, la partie lésée a droit à réparation de son dommage en proportion de la probabilité que le dommage ait été causé par ce fait.

Art. 5.169. Causalité alternative. Faits distincts.

Lorsque plusieurs personnes, par des faits générateurs de responsabilité distincts, ont exposé la personne lésée à un risque de survenance du dommage qui s'est réalisé, sans que l'on puisse déterminer précisément qui l'a causé, chacune d'elles est responsable en proportion de la probabilité qu'elle ait causé ce dommage. Celle qui prouve qu'elle n'a pas causé le dommage n'est toutefois pas responsable.

Art. 5.170. Faute de la personne lésée

§ 1^{er}. Si une faute de la personne lésée ou d'une personne dont elle répond est une des causes du dommage, la responsabilité est réduite dans la mesure où cette faute a contribué à la survenance de ce dommage.

§ 2. La responsabilité n'est pas réduite lorsque le dommage est la conséquence d'une faute du responsable commise avec l'intention de causer un dommage.

§ 3. La personne lésée n'a pas droit à réparation si le dommage subi a été causé par sa propre faute commise avec l'intention de causer un dommage.

§ 4. La responsabilité n'est ni limitée ni exclue quand la personne lésée a moins de douze ans.

Section 4. Dommage

Art. 5.171. Dommage et intérêt juridiquement protégé

§ 1^{er}. Le dommage consiste dans les répercussions économiques ou non-économiques d'une atteinte à un intérêt juridiquement protégé.

Sa nature et son étendue se déterminent en comparant la situation de fait dans laquelle se trouvait la personne lésée avant l'atteinte et la situation de fait dans laquelle elle se trouve après celle-ci.

§ 2. Un dommage qui trouve sa source dans un fait ou une activité illicite imputable à la personne lésée n'est pas réparable.

Art. 5.172. Atteinte à un intérêt personnel ou collectif

Le dommage doit résulter de l'atteinte à un intérêt personnel juridiquement protégé.

Le dommage résultant de l'atteinte à un intérêt collectif est réparable dans les cas et conditions déterminées par la loi.

Art. 5.173. Dommage certain

Seul le dommage certain est réparable.

Le dommage futur est réparable s'il est la conséquence certaine d'une atteinte actuelle à un intérêt juridiquement protégé.

Art. 5.174. Dommage patrimonial et extrapatrimonial

§ 1^{er}. Le dommage patrimonial comprend toutes les répercussions économiques de l'atteinte. Il inclut les pertes et les dépenses ainsi que le manque à gagner et la réduction de valeur.

§ 2. Le dommage extrapatrimonial comprend toutes les répercussions non-économiques de l'atteinte. Il inclut notamment les douleurs, souffrances et autres troubles psychiques.

Le dommage par ricochet est un dommage 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 un lien d'affection suffisamment étroit.

Le responsable peut opposer à la personne lésée par ricochet les mêmes moyens de défense au fond que ceux qu'il aurait pu opposer à la victime directe.

Art. 5.176. Coût des mesures de prévention

Le coût des mesures urgentes et 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.

Art. 5.177. Vulnérabilité particulière de la personne lésée

La vulnérabilité particulière de la personne lésée qui est une des causes du dommage, n'a pas pour effet de réduire son droit à réparation.

Art. 5.178. État 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.

Section 5. Conséquences de la responsabilité

Sous-section 1^{re}. Règles de base

Art. 5.179. Réparation intégrale

Les dommages sont réparés intégralement en tenant compte de la situation concrète de la personne lésée.

Art. 5.180. Objectifs et modes de la réparation des dommages

§ 1^{er}. La réparation des dommages patrimoniaux tend à placer la personne lésée dans la situation où elle se serait trouvée si le fait générateur de responsabilité n'était pas survenu.

La réparation des dommages extrapatrimoniaux vise à accorder à la personne lésée une juste et adéquate compensation des douleurs, souffrances et autres troubles psychiques subis par elle.

§ 2. La réparation a lieu en nature ou sous forme de dommages et intérêts.

Ces différents modes de réparation peuvent être appliqués simultanément si cela est nécessaire pour assurer la réparation intégrale du dommage.

Art. 5.181. Moment de la détermination de l'étendue du dommage

L'étendue du dommage est déterminée à la date la plus proche du moment où celui-ci sera effectivement réparé.

Sous-section 2. Réparation en nature

Art. 5.182. Réparation en nature

§ 1^{er}. La réparation en nature tend à supprimer.

À cet effet, le juge peut modifier la situation juridique des parties ou ordonner que des mesures soient prises par le responsable lui-même ou à ses propres frais. La personne lésée peut aussi se faire autoriser à prendre ces mesures en lieu et place du responsable.

Si la personne lésée la demande, la réparation en nature est accordée, sauf si elle est impossible, si elle constitue un abus de droit, si elle requiert le recours à la contrainte sur la personne du débiteur ou si elle est contraire à la dignité humaine.

Le responsable peut proposer de réparer le dommage en nature. La personne lésée peut néanmoins refuser cette offre si elle peut se prévaloir de justes motifs.

Sous-section 3. Dommages et intérêts

Art. 5.183. Capital ou rente

Le dommage futur résultant d'une atteinte à l'intégrité physique est réparé sous la forme d'un capital ou d'une rente selon ce qui convient, eu égard notamment à la situation des parties et aux intérêts de la personne lésée.

Le juge peut imposer la rente même si celle-ci n'est pas demandée, lorsque des motifs impérieux liés à la protection de la personne lésée le justifient.

Art. 5.184. Versements et avantages reçus par la personne lésée ou par le responsable.

§ 1^{er}. Les versements et avantages que la personne lésée n'auraient pas reçus en l'absence du fait générateur de responsabilité et qui ont pour objet de réparer le dommage causé par le responsable viennent en déduction du montant de l'indemnité.

Les versements et avantages accordés en vue de gratifier la personne lésée ne sont pas déduits du montant de l'indemnité.

§ 2. Lorsque le responsable, dans le but de réaliser un profit, a intentionnellement violé un droit de la personnalité de la personne lésée ou a intentionnellement porté atteinte à son honneur ou à sa réputation, le juge peut évaluer le dommage sur la base du montant des profits ou d'une partie de ceux-ci [si ce montant excède manifestement celui qui serait accordé pour la réparation du dommage patrimonial ou extrapatrimonial].

Art. 5.185. Évaluation distincte des dommages

Sans préjudice de l'alinéa 3, le juge évalue distinctement chacun des dommages dont il accorde réparation.

Le juge peut procéder à une estimation du dommage lorsqu'il serait trop difficile ou trop coûteux de déterminer précisément l'étendue.

Lorsque l'étendue du dommage ne peut être déterminée d'aucune autre manière, le juge peut accorder une indemnité en équité.

Art. 5.186. Aggravation des dommages

La personne lésée qui a obtenu une indemnité concernant des dommages résultant d'une atteinte à son intégrité physique peut obtenir une indemnité complémentaire pour des dommages ou une aggravation des dommages résultant de la même atteinte mais qui n'ont pas encore été pris en compte et dont elle ne pouvait raisonnablement avoir connaissance au moment de la décision du juge ou du règlement extrajudiciaire.

La personne lésée ne peut pas renoncer à ce droit.

Art. 5.187. Libre disposition des indemnités

Le montant de l'indemnité ne peut varier en fonction de l'usage qu'en fera la personne lésée. Elle dispose librement de cette indemnité.

Sous-section 4. Ordre ou interdiction

Art. 5.188. Ordre ou interdiction

Sans préjudice du droit à la réparation du dommage, le juge peut adresser un ordre ou une interdiction à toute personne qui risque par sa faute de causer un dommage à autrui afin de prévenir l'acte fautif ou empêcher sa répétition ou sa continuation.

Section 6. Actions en remboursement

Art. 5.189. Entre coresponsables

À moins que le contraire ne résulte de la loi ou d'un contrat, les règles suivantes sont applicables aux actions en remboursement entre coresponsables.

Lorsque plusieurs personnes sont tenues à réparation sur le fondement d'une responsabilité résultant du présent chapitre, celui qui a indemnisé la personne lésée peut exercer un recours contre les autres responsables dans la mesure de la contribution du fait générateur de responsabilité imputable à ceux-ci à la survenance du dommage.

Celui qui est responsable sur le fondement d'une faute qui a été commise avec l'intention de causer un dommage ne peut pas exercer un recours contre un coresponsable qui n'a pas agi avec la même intention.

Celui qui est responsable sans faute peut exercer un recours pour l'intégralité de l'indemnité à laquelle il est tenu contre celui qui, par sa faute, a permis la réunion des conditions de cette responsabilité.

Section 7. Régimes particuliers de responsabilité

Sous-section 1^{re}. Responsabilité sans faute pour activités particulièrement dangereuses

Art. 5.190. Principe

L'exploitant d'une activité professionnelle qui présente un danger grave et spécifique est tenu de réparer le dommage causé par cette activité, lorsque ce danger se réalise.

Art. 5.191. Exploitant

L'exploitant est la personne qui dispose du pouvoir de direction et de contrôle sur l'activité.

Art. 5.192. Danger grave et spécifique

Constitue un danger grave et spécifique, le risque significatif qu'un dommage de grande ampleur se réalise.

Art. 5.193. Liste des activités concernées

Le Roi établit la liste des activités auxquelles la présente sous-section s'applique.

Art. 5.194. Présomption de causalité

Lorsque la personne lésée établit la vraisemblance du lien causal entre l'activité professionnelle qui présente un danger spécifique de nature grave et le dommage, il est présumé que le dommage a été causé par cette activité. L'exploitant peut en apporter la preuve contraire.

Art. 5.195. Causes d'exonération de la responsabilité

L'exploitant n'est pas responsable s'il prouve que le dommage a été causé par la faute intentionnelle de la personne lésée ou d'un tiers, un acte de terrorisme, un acte de guerre ou une catastrophe naturelle, pour autant que les mesures de sécurité adéquates aient été prises.

Art. 5.196. Dommage réparable

Est seul réparable, le dommage qui résulte d'une atteinte à la vie ou à l'intégrité physique d'une personne.

Le Roi peut établir un montant maximal d'indemnisation à concurrence duquel la responsabilité de l'exploitant peut être engagée et déterminer si des garanties financières doivent être fournies par celui-ci.

Sous-section 2. Responsabilité du fait des produits

Art. 5.197. Principe

Le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit.

Art. 5.198. Produit

On entend par « produit » tout bien meuble corporel, même incorporé à un autre bien meuble ou immeuble, ou devenu immeuble par destination.

L'électricité est considérée comme un produit.

Art. 5.199. Producteur

On entend par « producteur » le fabricant d'un produit fini, le fabricant d'une partie composante d'un produit fini ou le producteur d'une matière première, et toute personne qui se présente comme fabricant ou producteur en apposant sur le produit son nom, sa marque ou un autre signe distinctif.

Art. 5.200. Autres personnes considérées comme producteur

§ 1^{er}. Sans préjudice de la responsabilité du producteur, toute personne qui, dans le cadre de son activité économique, importe dans l'Union européenne un produit dans le but de le vendre ou d'en transférer l'usage à un tiers, est considérée comme producteur de celui-ci et est responsable au même titre que le producteur.

§ 2. Le fournisseur du produit ayant causé le dommage est considéré comme producteur lorsque :

1° dans le cas d'un produit fabriqué sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne, le producteur ne peut être identifié, à moins que le fournisseur n'indique à la personne lésée, dans un délai raisonnable, l'identité du producteur ou de celui qui lui a fourni le produit ;

2° dans le cas d'un produit importé dans l'Union européenne, l'importateur ne peut être identifié, même si le nom du producteur est indiqué, à moins que le fournisseur n'indique à la personne lésée, dans un délai raisonnable, l'identité de l'importateur ou de celui qui lui a fourni le produit.

Art. 5.201. Produit défectueux

Un produit est défectueux lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre compte tenu de toutes les circonstances et notamment :

- a) de la présentation du produit ;
- b) de l'usage normal ou raisonnablement prévisible du produit ;
- c) du moment auquel le produit a été mis en circulation.

Un produit ne peut être considéré comme défectueux par le seul fait qu'un produit plus perfectionné a été mis en circulation ultérieurement.

Art. 5.202. Mise en circulation

Au sens de la présente sous-section, on entend par « mise en circulation » le premier acte matérialisant l'intention du producteur de donner au produit l'affectation à laquelle il le destine par transfert à un tiers ou utilisation au profit de celui-ci.

Art. 5.203. Charge de la preuve

La preuve du défaut, du dommage et du lien de causalité entre le défaut et le dommage incombe à la personne lésée.

Art. 5.204. Causes d'exonération de la responsabilité

Le producteur n'est pas responsable en application de la présente sous-section s'il prouve :

- a) qu'il n'avait pas mis le produit en circulation ;

- b) que, compte tenu des circonstances, il y a lieu d'estimer que le défaut ayant causé le dommage n'existait pas au moment où le produit a été mis en circulation par lui ou que ce défaut est né postérieurement ;
- c) que le produit n'a été ni fabriqué pour la vente ou pour toute autre forme de distribution dans un but économique du producteur, ni fabriqué ou distribué dans le cadre de son activité professionnelle ;
- d) que le défaut est dû à la conformité du produit avec des règles impératives émanant des pouvoirs publics ;
- e) que l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment de la mise en circulation du produit par lui ne permettait pas de déceler l'existence du défaut ;
- f) s'agissant du producteur d'une partie composante ou du producteur d'une matière première, que le défaut est imputable à la conception du produit dans lequel la partie composante ou la matière première a été incorporée ou aux instructions données par le producteur de ce produit.

Art. 5.205. Responsabilité solidaire

Lorsqu'en application de la présente sous-section, plusieurs personnes sont responsables du même dommage, leur responsabilité est solidaire, sans préjudice des droits de recours.

Art. 5.206. Clauses limitatives de responsabilité

§ 1^{er}. La responsabilité du producteur ne peut être limitée ou écartée à l'égard de la personne lésée 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 personne lésée ou d'une personne dont la personne lésée est responsable.

Sans préjudice des droits de recours, elle n'est pas limitée ou écartée à l'égard de la personne lésée lorsque le dommage est causé conjointement par un défaut du produit et par l'intervention d'un tiers.

Art. 5.207. Dommage réparable

§ 1^{er}. L'indemnisation qui peut être obtenue en application de la présente sous-section couvre les dommages causés aux personnes, y compris les dommages moraux et, sous réserve des dispositions qui suivent, les dommages causés aux biens.

§ 2. Les dommages causés aux biens ne donnent lieu à indemnisation que s'ils concernent des biens qui sont d'un type normalement destiné à l'usage ou à la

consommation privés et ont été utilisés par la personne lésée principalement pour son usage ou sa consommation privés.

Les dommages causés au produit défectueux lui-même ne donnent pas lieu à indemnisation.

L'indemnisation des dommages causés aux biens n'est due que sous déduction d'une franchise de 500 EUR.

§ 3. Le Roi peut modifier le montant prévu au paragraphe 2 afin de le rendre conforme aux décisions prises par le Conseil, en application de l'article 18.2, de la directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux.

Art. 5.208. Délais de déchéance et de prescription

§ 1^{er}. Sans préjudice de l'article 2277^{ter} du Code civil, le droit de la personne lésée d'obtenir du producteur la réparation de son dommage sur le fondement de la présente sous-section s'éteint à l'expiration d'un délai de dix ans à compter de la date à laquelle celui-ci a mis le produit en circulation, à moins que durant cette période la personne lésée n'ait engagé une procédure judiciaire fondée sur la présente sous-section.

§ 2. Sans préjudice de l'article 2277^{ter} du Code civil, l'action fondée sur la présente sous-section se prescrit par trois ans à compter du jour où la personne lésée aurait dû raisonnablement en avoir connaissance.

Les dispositions du Code civil relatives à l'interruption et à la suspension de la prescription sont applicables à cette action.

Art. 5.209. Concours avec d'autres fondements de responsabilité

La présente sous-section ne porte pas préjudice aux droits dont la personne lésée peut se prévaloir par ailleurs au titre du droit de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle.

Art. 5.210. Concours avec des régimes de sécurité sociale

Les bénéficiaires d'un régime de sécurité sociale ou de réparation des accidents du travail ou des maladies professionnelles restent soumis, même pour l'indemnisation d'un dommage couvert par la présente sous-section, à la législation organisant ce régime.

Dans la mesure où ce dommage n'est pas réparé en application d'un des régimes visés à l'alinéa premier, et pour autant qu'une action de droit commun contre le responsable leur soit ouverte, ces bénéficiaires ont le droit de demander réparation de leur dommage conformément à la présente sous-section.

Les personnes ou organismes qui, en vertu des régimes visés à l'alinéa premier, ont fourni des prestations aux personnes lésées d'un dommage couvert par la

présente sous-section ou à leurs ayants droit peuvent exercer contre le producteur, conformément à la présente sous-section, les droits de recours que leur confèrent ces régimes.

Art. 5.211. Énergie nucléaire

La présente sous-section n'est pas applicable à la réparation des dommages couverts par la loi du 22 juillet 1985 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire et par les arrêtés pris en exécution de celle-ci.».

Chapitre 3. Autres modifications

Art. 3

À l'article 13, alinéa 3, de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations, modifié par la loi du 29 avril 1999, les modifications suivantes sont apportées :

- 1° les mots « tenu à réparation des » sont remplacés par les mots « responsable sans faute pour les » ;
- 2° les mots « ainsi qu'à l'indemnisation des » sont remplacés par les mots « ainsi que pour les ».

Art. 4

À l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, les modifications suivantes sont apportées :

- 1° l'alinéa 1^{er} est remplacé par ce qui suit :

« En cas de dommages causés par le travailleur à l'employeur ou à des tiers dans l'exécution de son contrat, le travailleur n'engage sa responsabilité qu'en cas de faute intentionnelle ou de faute lourde. » ;

- 2° l'alinéa 2 est abrogé ;

- 3° dans l'ancien alinéa 3, devenant l'alinéa 2, les mots « aux alinéas 1^{er} et 2 » sont remplacés par les mots « à l'alinéa 1^{er} ».

L'article 2 de la loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité des et pour les membres du personnel au service des personnes publiques est remplacé par ce qui suit :

« Art. 2. Le membre du personnel au service d'une personne publique, dont la situation est réglée statutairement, qui cause un dommage dans l'exercice de sa fonction à la personne publique ou à des tiers, n'engage sa responsabilité qu'en cas de faute intentionnelle ou de faute lourde. »

Art. 6

Dans l'article 5, alinéa 1^{er}, de la loi du 3 juillet 2005 relative aux droits des volontaires, remplacé par la loi du 19 juillet 2006, les mots «Sauf en cas de dol, de faute grave ou de faute légère présentant dans le chef du volontaire un caractère habituel plutôt qu'accidentel, celui-ci n'est pas, sauf s'il s'agit de dommages qu'il s'occasionne à lui-même, civilement» sont remplacés par les mots «Sauf en cas de faute intentionnelle ou de faute grave, le volontaire n'est pas».

Chapitre 4. Dispositions abrogatoires

Art. 7

Les articles 1382 à 1386*bis* de l'ancien Code civil sont abrogés.

Art. 8

La loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux est abrogée.

Par le Roi : Le Ministre de la Justice,

Koen GEENS

Table des matières

Avant-propos	7
Avertissement	9
Introduction	11
Section 1. Lisibilité et prévisibilité	13
§ 1. Lisibilité	13
§ 2. Prévisibilité	15
Section 2. La consolidation de la jurisprudence	17
§ 1. L'opportunité	17
§ 2. La réalisation	18
Section 3. Innovations	19
§ 1. Innovations sans intérêt	19
§ 2. Innovations inopportunes	20
§ 3. Innovations opportunes	21
Section 4. Les choix de l'avant-projet, un sujet de controverse	21
Section 5. Conclusion	23
Analyse de l'article 5.147 – Définition de la faute	25
Section 1. L'avant-projet	25
§ 1. Le texte	25
§ 2. Justification	25
Section 2. Appréciation	25
Analyse de l'article 5.148 – Faute : critères d'appréciation	27
Section 1. L'avant-projet	27
§ 1. Le texte	27
§ 2. Justification	27
ANTHEMIS	171

Section 2. Appréciation	28
§ 1. La règle générale de prudence et le critère de la normalité	28
§ 2. À propos de la possibilité d'anticiper le dommage	28
§ 3. À propos des coûts et efforts nécessaires pour éviter le dommage	30
A. L'approche principalement économique de la responsabilité n'est pas admissible	31
B. Les conséquences de l'inadéquation du jugement économique de l'agent sont supportées par la personne lésée	33
§ 4. À propos de l'état des techniques et des connaissances scientifiques	33
§ 5. À propos des règles de l'art et des bonnes pratiques professionnelles	35
Section 3. Suggestion	36
Analyse de l'article 5.150 – Autres causes d'exonération de la responsabilité	37
Section 1. L'avant-projet	37
§ 1. Le texte	37
§ 2. Justification	38
Section 2. Appréciation	38
§ 1. Le risque d'incohérence	38
§ 2. Des emprunts inutiles au droit pénal	39
§ 3. Le consentement de la personne lésée	40
Section 3. Suggestion	40
Analyse de l'article 5.151 – Charge de la preuve	42
Section 1. L'avant-projet	42
§ 1. Le texte	42
§ 2. Justification	42
Section 2. Appréciation	42
Section 3. Suggestion	43

Analyse des articles 5.153, 5.154 et 5.156 – Mineurs de moins de douze ans – Mineurs de douze ans ou plus – Responsabilité des titulaires de l'autorité sur la personne des mineurs	44
Section 1. L'avant-projet	44
§ 1. Le texte	44
§ 2. Justification	45
Section 2. Appréciation	45
§ 1. Quant à l'âge de responsabilité	45
§ 2. Quant à la modération du montant de l'indemnité	46
§ 3. Le seuil d'indemnisation lié à la garantie d'assurance : un problème de rédaction ?	47
§ 4. L'indemnisation pour un dommage lié à « tout autre fait donnant lieu à responsabilité » : la genèse d'une discrimination	47
Section 3. Suggestion	48
Analyse de l'article 5.155 – Responsabilité des personnes atteintes d'un trouble mental	49
Section 1. L'avant-projet	49
§ 1. Le texte	49
§ 2. Justification	49
Section 2. Appréciation	49
§ 1. Observations générales	49
§ 2. L'indemnisation pour un dommage lié à « tout autre fait donnant lieu à responsabilité » : la genèse d'une discrimination	50
§ 3. Quant à la modération du montant de l'indemnité et à l'utilité d'une assurance RC vie privée à charge de tout ménage	50
Section 3. Suggestion	51
Analyse de l'article 5.162, alinéa 1^{er} – Lien de causalité : principe général	52
Section 1. L'avant-projet	52
§ 1. Le texte	52
§ 2. Justification	52
Section 2. Appréciation	52

§ 1. Le principe général	52
§ 2. La preuve de la causalité	54
Section 3. Suggestion	55
Analyse de l'article 5.162, alinéa 2 – Lien de causalité distendu	56
Section 1. L'avant-projet	56
§ 1. Le texte	56
§ 2. Justification	56
Section 2. Appréciation	57
§ 1. La tentative de justification	57
§ 2. La tentative d'encadrement	58
A. L'imprévisibilité du dommage	58
B. Le rôle causal anodin	59
Section 3. Suggestion	60
Analyse de l'article 5.165 – Aide et incitation	61
Section 1. L'avant-projet	61
§ 1. Le texte	61
§ 2. La justification	61
Section 2. Appréciation	61
Section 3. Suggestion	63
Analyse de l'article 5.168 – Perte d'une chance	64
Section 1. L'avant-projet	64
§ 1. Le texte	64
§ 2. Justification	64
Section 2. Appréciation	65
§ 1. La perte d'une chance en droit positif	65
A. La perte d'un avantage (conception restrictive)	66
B. La perte d'une chance d'éviter un préjudice (conception extensive)	66
C. L'arrêt des Chambres réunies	67
D. Les divergences des Chambres de la Cour de cassation	68

§ 2. Examen de l'avant-projet	70
A. Le déplacement de la perte d'une chance du dommage réparable vers le lien causal	70
B. Le dommage réel et la perte d'une chance	72
§ 3. Réflexion critique concernant la jurisprudence et l'avant-projet	73
A. La chance et le risque	73
B. La causalité et le risque	75
Section 3. Suggestion	76
Analyse de l'article 5.169 – Causalité alternative : faits distincts	77
Section 1. L'avant-projet	77
§ 1. Le texte	77
§ 2. Justification	77
Section 2. Appréciation	77
§ 1. La responsabilité est présumée	77
§ 2. La responsabilité proportionnelle est un choix contestable	78
Section 3. Suggestion	80
Analyse de l'article 5.170 – Faute de la personne lésée	81
Section 1. L'avant-projet	81
§ 1. Le texte	81
§ 2. Justification	81
Section 2. Appréciation	82
§ 1. La consolidation du principe de la réparation partielle du dommage de la victime	82
§ 2. L'extension du principe de la réparation partielle du dommage de la victime	82
§ 3. <i>Quid</i> de la personne lésée souffrant d'un trouble mental ayant commis une faute?	84
§ 4. La consécration du critère de l'incidence causale	85
Section 3. Suggestion	86

Analyse de l'article 5.171, § 1^{er} – Dommage et intérêt juridiquement protégé	87
Section 1. L'avant-projet	87
§ 1. Le texte	87
§ 2. Justification	87
Section 2. Appréciation	88
§ 1. L'intérêt «juridiquement protégé»	88
A. Opportunité d'une définition?	88
B. Le vrai sens des mots	89
C. La clarification des concepts?	89
D. La prévisibilité du droit?	90
E. Confusion du dommage et du «dommage réparable»	91
F. Un grand bond en arrière	91
§ 2. L'atteinte et ses répercussions	95
§ 3. La détermination du dommage	96
Section 3. Suggestion	96
Analyse de l'article 5.171, § 2 – Le dommage illicite	97
Section 1. L'avant-projet	97
§ 1. Le texte	97
§ 2. Justification	97
Section 2. Appréciation	97
§ 1. Des concepts confus	97
§ 2. Un contrôle ou deux?	98
Section 3. Suggestion	99
Analyse de l'article 5.172 – Atteinte à un intérêt personnel ou collectif	100
Section 1. L'avant-projet	100
§ 1. Le texte	100
§ 2. Justification	100
Section 2. Appréciation	100
Section 3. Suggestion	101

Analyse de l'article 5.173 – Dommage certain	102
Section 1. L'avant-projet	102
§ 1. Le texte	102
§ 2. Justification	102
Section 2. Appréciation	102
Section 3. Suggestion	103
Analyse de l'article 5.174 – Dommage patrimonial et extrapatrimonial	104
Section 1. L'avant-projet	104
§ 1. Le texte	104
§ 2. Justification	104
Section 2. Appréciation	104
§ 1. Observations générales	104
A. La confusion des genres	104
B. Un texte inutile	105
C. La confusion des concepts	105
§ 2. Observations particulières	106
Section 3. Suggestion	107
Analyse de l'article 5.175 – Dommage par ricochet	108
Section 1. L'avant-projet	108
§ 1. Le texte	108
§ 2. Justification	108
Section 2. Appréciation	109
§ 1. Un cas concret	109
§ 2. La notion	110
§ 3. L'autonomie du droit à réparation des victimes par répercussion	111
A. Le principe de l'autonomie du préjudice par répercussion	111
B. La dérogation au principe d'autonomie du dommage par répercussion: la faute de la victime directe	114
§ 4. Examen de l'avant-projet	120
ANTHEMIS	177

A. L'hostilité mal déguisée	120
B. Les proches du défunt	121
C. La protection de la victime directe et de sa succession	121
D. Les moyens de défense du responsable	122
§ 5. Synthèse	124
Section 3. Suggestion	125
Analyse de l'article 5.177 – Vulnérabilité particulière de la personne lésée	126
Section 1. L'avant-projet	126
§ 1. Le texte	126
§ 2. Justification	126
Section 2. Appréciation	127
§ 1. La vulnérabilité particulière de la personne lésée	127
§ 2. L'étonnante motivation	127
§ 3. Une solution convenue	128
Section 3. Suggestion	128
Analyse de l'article 5.178 – État antérieur de la personne lésée	129
Section 1. L'avant-projet	129
§ 1. Le texte	129
§ 2. Justification	129
Section 2. Appréciation	130
§ 1. Le dommage réparable	131
A. Le type de dommage concerné par la disposition	131
B. Le dommage réparable n'est pas l'atteinte lésionnelle	131
C. Le dommage réparable est de nature situationnelle	131
§ 2. L'état antérieur stabilisé (art. 5.178, al. 2)	132
A. La définition de l'état antérieur	132
B. L'évaluation d'une personne lésée souffrant d'un état antérieur stabilisé	132
C. Les difficultés persistantes et les écueils à éviter	133
§ 3. L'état antérieur évolutif et son anticipation (art. 5.178, § 1 ^{er})	135

A. L'hypothèse de travail et le principe de la réparation intégrale	135
B. La mesure de l'accélération du dommage et le bon usage de l'expertise	136
C. L'évaluation du dommage réparable d'une personne lésée présentant un état antérieur évolutif	140
Section 3. Suggestion	143
Analyse de l'article 5.184 – Versements et avantages reçus par la personne lésée ou par le responsable	144
Section 1. L'avant-projet	144
§ 1. Le texte	144
§ 2. Justification	144
Section 2. Appréciation	144
Section 3. Suggestion	145
Analyse de l'article 5.185 – Évaluation distincte des dommages	146
Section 1. L'avant-projet	146
§ 1. Le texte	146
§ 2. Justification	146
Section 2. Appréciation	147
Section 3. Suggestion	147
Conclusion	149
Annexe	153

