

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Vers une réforme du droit de la responsabilité civile ?

George, Florence

Published in:

Les grandes évolutions du droit des obligations

Publication date:

2019

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

George, F 2019, Vers une réforme du droit de la responsabilité civile ? dans F George, B Havet & A Pütz (eds), *Les grandes évolutions du droit des obligations* . 2019 edn, Anthemis, pp. 129-178.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Vers une réforme du droit de la responsabilité civile¹ ?

Florence GEORGE

Chargée de cours à l'UNamur

Avocate

Introduction

1. Nécessité d'une réforme? Les dispositions qui forment le siège du droit de la responsabilité civile extracontractuelle dans le Code civil ne sont pas légion.

L'immutabilité apparente des textes contraste pourtant avec les profondes modifications que le droit de la responsabilité civile subit depuis 1804.

Depuis plusieurs années, la doctrine belge appelle dès lors de ses vœux une modernisation du Code². L'essor des projets européens³ et les tentatives de réforme des pays limitrophes⁴ n'ont fait que renforcer ce besoin de changement.

Le temps était dès lors venu de réformer ce droit essentiellement prétorien peu lisible et prévisible⁵.

¹ La présente contribution s'inspire de nos travaux présentés dans le cadre du Séminaire du GRERCA qui s'est déroulé les 7 et 8 décembre à Bruxelles. Les rapports complets et détaillés de ce séminaire seront publiés chez Bruylant courant de l'année 2019 dans un ouvrage coordonné par le Professeur B. Dubuisson.

² Voy. sur cette question, B. DUBUISSON, « Faut-il réformer le Code civil (II)? Interrogations et propositions concernant la responsabilité extracontractuelle », *J.T.*, 2016, pp. 673-682. Voy. également sur les arguments en faveur et en défaveur d'une révision du Code, R.O. DALCQ, « Une révision législative des articles 1382 à 1386 du Code civil est-elle souhaitable? », in *Liber memorialis François Laurent*, Bruxelles, Story-Scientia, 1989, pp. 473-488.

³ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE et RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Draft common frame of reference*, 2012, http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_fr.pdf; EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principles of European Tort law*, 2005, <http://www.egt.org/>.

⁴ Projet de réforme de la responsabilité civile présenté le 13 mars 2017, par Jean-Jacques URVOAS, garde des Sceaux, ministre de la Justice, suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016, http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf.

⁵ Exposé des motifs de l'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

2. Genèse de la réforme. La réforme du Code civil belge puise ses racines dans l'exposé d'orientation politique du ministre de la Justice Koen Geens de 2014⁶. La volonté de réformer le Code y est clairement exprimée.

Cette idée de réformer le Code civil fait ensuite progressivement son chemin.

Un arrêté ministériel du 30 septembre 2017⁷ portant création des Commissions de réforme du Code civil est tout d'abord adopté. Conformément à l'article 2 de l'arrêté, une commission spécifique est chargée d'élaborer une proposition de réforme du droit de la responsabilité. Elle est présidée par les Professeurs B. Dubuisson et H. Bocken et composée initialement, outre les coprésidents, de 4 experts : J.-L. Fagnart, G. Jocqué, G. Schamps et T. Vansweevelt.

Que l'on ne s'y trompe pas : le projet de recodification ne se limite pas au droit de la responsabilité délictuelle. Il s'inscrit, au départ, dans un cadre beaucoup plus large. Les chantiers entrepris visent également le droit des biens, le droit de la preuve et le droit des obligations.

Chacune des commissions travaille sur le projet qui lui a été confié afin de faire parvenir au ministre un avant-projet de réforme.

3. Évolution du projet de réforme du droit de la responsabilité civile. Fin de l'année 2017, trois des commissions instituées (droit des obligations, droit de la preuve et droit des biens) terminent leur avant-projet de réforme. Une consultation publique est organisée sur le site du SPF Justice jusqu'au 1^{er} février 2018⁸. Même si la commission « droit de la responsabilité civile » accuse un léger retard, la première mouture de son projet⁹ est également soumise à la consultation publique à compter du 29 mars 2018, et ce pour une durée raccourcie d'un mois.

Les différents avant-projets empruntent ensuite des voies séparées. Les avant-projets de réforme du droit des obligations, du droit de la preuve, du droit

des biens sont soumis à l'avis du Conseil d'État¹⁰. Ils connaissent cependant par la suite des sorts différents. Seuls les deux derniers sont en effet déposés à la Chambre fin du mois d'octobre 2018¹¹. Les avant-projets de réforme du droit des obligations et de la responsabilité civile restent sur le carreau¹². L'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité n'a d'ailleurs – au contraire de celui concernant le droit des obligations – toujours pas été soumis à l'avis du Conseil d'État. La réforme du droit de la preuve est finalement la seule rescapée de la législature. La loi du 13 avril 2019 vient en effet tout récemment d'être publiée au *Moniteur*¹³.

4. Opportunité d'analyser l'avant-projet. L'examen de l'avant-projet et de l'exposé des motifs amendés suite à la consultation publique¹⁴ permet, d'ores et déjà, de dégager les lignes directrices de la réforme.

Malgré l'absence de dépôt à la chambre sous la précédente législature de l'avant-projet, il y a fort à parier que ce texte refasse surface lors de l'actuelle législature. Il serait, à notre estime, regrettable que l'immense travail abattu par la commission reste lettre morte.

L'adoption de la réforme du droit de la preuve¹⁵ augure de belles perspectives. Après la création du nouveau Code civil et l'insertion d'un livre 8, il paraît cohérent que ce Code, dans sa version nouvelle, soit rapidement muni de son livre 5.

5. Plan. Dans un premier temps, nous examinerons la nouvelle structure du livre 5 du Code civil (section 1). Les innovations, consolidations et remises en ordre qu'emporte le projet de réforme seront abordées dans un second temps. Nous nous intéresserons, tout d'abord, aux fondements et fonctions du droit de la responsabilité civile dans sa nouvelle mouture (section 2). Ensuite, nous traiterons des modifications afférentes aux faits générateurs de responsabilité (section 3) avant de nous pencher sur celles relatives au lien de causalité

¹⁰ G. FRUY, « Le point sur la réforme du Code civil », *Les pages*, 2018, n° 28, p. 2.

¹¹ Projet de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, *Doc.*, Ch., 2018-2019, n° 3348 et Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc.*, Ch., 2018-2019, n° 3349.

¹² On notera toutefois le dépôt le 3 avril 2019 sous la forme d'une proposition de loi du projet de réforme du droit des obligations (Proposition de loi portant insertion du livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc.*, Ch., 2018-2019, n° 3709).

¹³ Loi du 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et 4 insérant un livre 8 « La preuve », *M.B.*, 14 mai 2019.

¹⁴ 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, version du 6 août 2018, https://justice.belgium.be/sites/default/files/voorontwerp_van_wet_aansprakelijkheidsrecht.pdf.

¹⁵ L'intitulé du projet de loi a été modifié en « Projet de loi portant création d'un Code civil et y insérant un livre 8 « La preuve » » (Amendement n° 1 du Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc.*, Ch., 2018-2019, n° 3349/002, p. 2).

(section 4) et au dommage (section 5). Enfin, un regard plus critique sera porté sur l'ensemble de la réforme (section 6).

Section 1

La structure du Code

6. **Structure plus lisible.** L'un des objectifs de la commission consiste à « proposer une structure plus claire et plus lisible du droit de la responsabilité civile »¹⁶. L'idée est désormais d'articuler la matière autour des éléments essentiels de la responsabilité : fait générateur, lien causal, dommage et réparation. La structure du Code est imprégnée de cette volonté de lisibilité. L'intégration de certains régimes spéciaux de responsabilité participe également de ce souhait¹⁷. Les règles sont, tant que faire se peut, formulées « en termes clairs et précis », mais restent énoncées « de manière générale » afin de concilier deux objectifs : d'une part, la préservation du statut de règles de droit commun et, d'autre part, la compréhension des textes¹⁸.

7. **Structure remodelée.** Dans le livre 5 du Code civil intitulé « Les obligations » doit, en principe, figurer, entre le titre 1^{er} consacré aux dispositions générales et le titre 3 consacré au régime général de l'obligation, un titre 2 dénommé « Sources des obligations ». Ce dernier se décline en deux sous-titres, le premier relatif aux actes juridiques, le second aux faits juridiques. Le chapitre 2 de ce deuxième sous-titre – qui prend place après le chapitre afférent aux quasi-contrats – est dédié à la responsabilité extracontractuelle et comporte 7 sections.

La première section contient une série de dispositions qui règlent l'articulation des actions reposant sur des fondements juridiques distincts. Les faits générateurs de responsabilité, le lien de causalité et le dommage sont ensuite traités successivement dans les sections 2, 3 et 4. La réparation du dommage, en tant qu'effet de la responsabilité, fait l'objet de la section 5. Enfin, les sections 6 et 7 sont consacrées aux recours entre coresponsables ainsi qu'aux régimes spéciaux de responsabilité et clôturent le titre 2.

¹⁶ Exposé des motifs de l'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, version du 22 août 2018, p. 4.

¹⁷ Nous verrons toutefois que, malgré un intérêt marqué de la commission en faveur d'une plus grande lisibilité, le droit de la responsabilité civile reste un droit fragmenté (*infra* n° 66).

¹⁸ Exposé des motifs de l'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, version du 22 août 2018, p. 4.

Section 2

Le droit de la responsabilité civile : fondements, concours et fonctions

8. **Introduction.** Dans une première sous-section, nous reviendrons sur les fondements du droit de la responsabilité civile (sous-section 1). Nous nous focaliserons tout d'abord sur l'instauration d'un nouveau régime de responsabilité à base de risque (§ 1). La volonté marquée de la commission d'intégrer dans le Code civil les régimes spéciaux de responsabilité sera ensuite brièvement analysée (§ 2). Le sort réservé à la sempiternelle question du concours de responsabilités sera ensuite étudié (sous-section 2).

Dans une dernière sous-section, ce sont les fonctions du droit de la responsabilité qui retiendront notre attention. Nous constaterons un renforcement des fonctions indemnitaire et préventive ainsi qu'une (très) légère percée de la fonction punitive (sous-section 3).

Sous-section 1

Fondements du droit de la responsabilité civile

§ 1. Le nouveau régime de responsabilité à base de risque pour activité dangereuse

9. **Contextualisation.** Aux côtés de la responsabilité pour faute se développent progressivement des régimes de responsabilité fondés sur le risque. L'objectif est d'offrir une meilleure protection aux victimes exposées aux risques de nos sociétés modernes. Depuis la révolution industrielle, les aléas liés à l'exercice d'activités dangereuses ne cessent d'augmenter. Les « techniques permettant de faciliter l'indemnisation des dommages causés par la réalisation de certains risques particuliers (on songe principalement à l'interprétation des règles générales inscrites sous les articles 1384 à 1386 du Code civil) »¹⁹ se révèlent toutefois insuffisantes. C'est la raison pour laquelle les rédacteurs de l'avant-projet ont entendu aller un pas plus loin dans la protection des victimes en prévoyant une « clause générale de responsabilité à base de risque pour des activités spécifiquement dangereuses ».

10. **La responsabilité sans faute de l'exploitant d'une activité dangereuse.** Une responsabilité sans faute à charge de l'exploitant d'une activité dangereuse voit dès lors le jour aux articles 5.190 à 5.196. Pour asseoir son

¹⁹ Exposé des motifs de l'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, version du 22 août 2018, p. 198.

choix, la commission de réforme n'a pas manqué de s'appuyer sur les règles de responsabilité sans faute issues du droit comparé²⁰. Sept articles sont consacrés à cette nouvelle responsabilité objective qui prend place juste avant la responsabilité du fait des produits défectueux. L'entrée en vigueur du régime dépendra toutefois de l'adoption d'un arrêté royal identifiant les activités dangereuses auxquelles il est applicable. Les dispositions n'ont donc pas, selon les termes usités dans les travaux préparatoires, d'effet direct²¹.

« 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.

L'exploitant d'activités particulièrement dangereuses est soumis à une règle générale de responsabilité objective. Il est défini comme la personne qui dispose en fait d'un pouvoir de direction et de contrôle de l'activité professionnelle, laquelle doit présenter un danger grave et spécifique. La rédaction de la liste des activités concernées est déléguée au Roi. Dans un souci de faciliter l'indemnisation de la victime, le fardeau de la preuve est également allégé au moyen d'une présomption de causalité réfragable. La preuve de la vraisemblance de l'existence d'un lien causal entre l'activité professionnelle et le dommage suffit à démontrer que le dommage a été causé par cette activité. Des causes d'exonération de la responsabilité sont par ailleurs expressément prévues. Enfin, le dommage réparable est limité au dommage résultant d'une atteinte à l'intégrité physique. Un plafond d'indemnisation pourra par ailleurs être défini par le Roi.

11. Évolution de l'avant-projet et commentaires. Les articles consacrés à cette nouvelle responsabilité objective n'ont guère connu de changements à l'exception du critère de « danger grave et spécifique » visé à l'article 5.192. Celui-ci constituait, dans la première mouture, « la potentialité élevée qu'un dommage de grande ampleur se réalise »²². Il fut jugé plus opportun, dans la version d'août 2018, de renvoyer au « risque significatif qu'un dommage de grande ampleur se réalise ». En outre est ajoutée la possibilité pour le Roi de déterminer si des garanties financières doivent être fournies.

§ 2. L'intégration des régimes spéciaux

12. Rapatriement partiel au sein du Code. Une autre nouveauté du projet de réforme a trait à l'intégration des régimes spéciaux de responsabilité dans le Code civil. Le caractère morcelé du droit de la responsabilité civile est en effet décrié depuis de nombreuses années. L'essor des régimes particuliers a conduit à une fragmentation des règles du droit de la responsabilité civile.

²⁰ Exposé des motifs de l'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, version du 22 août 2018, p. 198.

²¹ *Ibidem*, p. 197.

²² 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, version du 28 mars 2018.

La solution suggérée n'est en réalité qu'un pis-aller. Seuls les régimes de responsabilité sans faute pour activités particulièrement dangereuses et de responsabilité des produits défectueux sont rapatriés au sein du Code. L'intégration suggérée n'est que partielle et le caractère éparé des législations particulières subsiste. Le groupe de travail justifie cette mise à l'écart par le caractère hétéroclite de ces législations et l'impossibilité de les rationaliser²³. De plus, selon la commission, certains régimes d'indemnisation financés par le biais de l'assurance ou de fonds d'indemnisation comportent des particularités propres qui s'accommodent mal d'une intégration dans le Code et dont la nature de véritable régime de responsabilité est discutée²⁴. La commission prend toutefois le soin de préciser, d'une manière qui peut paraître paradoxale, que d'autres législations pourraient venir s'ajouter à l'avenir^{25, 26}.

Sous-section 2

Relations entre responsabilités contractuelle et extracontractuelle : la question du concours de responsabilités

13. Contextualisation. La question du concours de responsabilités²⁷ avait suffisamment fait couler d'encre ces dernières décennies pour que l'on décidât d'en régler le sort une fois pour toutes. L'opportunité de mettre un terme à cette sempiternelle question fut saisie par la commission. Le principe selon lequel, dans les rapports entre parties contractantes, le choix de responsabilité

²³ Exposé des motifs de l'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, version du 22 août 2018, p. 14.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*, p. 6.

²⁶ On songe notamment à la loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité des et pour les membres du personnel au service des personnes publiques (M.B., 27 février 2003), à la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs (M.B., 8 décembre 1989), à la loi du 3 juillet 2005 relative aux droits des volontaires (M.B., 29 août 2005), à la loi du 14 juillet 1961 relative à la réparation des dégâts causés aux champs, fruits et récoltes par le gros gibier (M.B., 28 juillet 1961), à la loi du 31 mars 2010 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé (M.B., 2 avril 2010), à la loi du 22 juillet 1985 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire (M.B., 31 août 1985), à la loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail (M.B., 24 avril 1971), à la loi du 1^{er} août 1985 portant des mesures fiscales et autres (M.B., 6 août 1985), modifiée de multiples reprises, et l'arrêté royal du 18 décembre 1986 relatif à la commission pour l'aide financière aux victimes d'actes intentionnels de violence et aux sauveteurs occasionnels (M.B., 20 février 1987)...

²⁷ Voy. sur le concours de responsabilités, B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle », in *Responsabilités – Traité théorique et pratique*, livres 3 et 3bis, vol. 2, Bruxelles, Kluwer, 2003, pp. 20-43, n^{os} 75 et s.; P. WÉRY, « Les rapports entre responsabilité aquilienne et responsabilité contractuelle, ce à la lumière de la jurisprudence récente », R.G.D.C., 1998, pp. 81-108; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 593 et s.; P.A. FORIERS, « Les concours de responsabilités contractuelle et extracontractuelle », in *Les obligations contractuelles en pratique. Questions choisies*, Limal, Anthémis, 2013, pp. 111-126 et s.; P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1190 et s.

civile extracontractuelle n'est permis qu'en présence d'une faute mixte et d'un dommage autre que celui résultant de la mauvaise exécution du contrat est inversé²⁸.

14. Renversement des règles actuelles. L'article 5.143 prévoit que :

« 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 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 physique ».

Les parties peuvent désormais opter pour les règles de la responsabilité délictuelle sans devoir respecter les deux conditions susmentionnées²⁹. Le principe est toutefois assorti de plusieurs exceptions. Ainsi, *primo*, le choix de la responsabilité extracontractuelle peut être exclu par la loi ou par le contrat. *Secundo*, en dépit du choix de la responsabilité aquilienne, les dispositions légales particulières et les clauses contractuelles applicables spécifiquement aux obligations des parties prévalent. Cette primauté est toutefois paralysée en présence d'une action en réparation d'un dommage résultant d'une atteinte à l'intégrité physique. Cette exception est préférée à celle, d'origine jurisprudentielle, qui vise les actions en réparation du dommage résultant d'une infraction³⁰.

15. Évolution de l'avant-projet et commentaires. Dans la première mouture de l'avant-projet³¹, la seconde exception renvoyait aux « dispositions légales particulières applicables au contrat en cause et les clauses contractuelles, qui concernent les conditions et les effets de la responsabilité, la déchéance

²⁸ M. DEFOSSE, « Le concours de responsabilités dans l'avant-projet de réforme : un principe inversé », *Les pages*, 2018/30, p. 1.

²⁹ À savoir une faute mixte et un dommage autre que celui qui résulte de la mauvaise exécution du contrat.

³⁰ Exposé des motifs de l'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, version du 22 août 2018, p. 32 : « L'avant-projet prend également ses distances avec la jurisprudence, selon laquelle une action extracontractuelle est toujours possible lorsque l'inexécution constitue une infraction ou lorsque le dommage est la conséquence d'une infraction. Il n'y a pas de raison technique ou stratégique probante pour toujours écarter dans ce cas des règles de responsabilité d'origine légale ou conventionnelle spécifiques ».

³¹ 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, version du 28 mars 2018.

ou la prescription». L'expression «dispositions particulières» avait toutefois été critiquée lors de la consultation publique dès lors qu'elle était «susceptible de plusieurs interprétations», le mot «particulières» pouvant «être compris dans le sens de «individuelles» sans que ces dispositions ne soient pour autant spécifiques au contrat en cause»³².

La commission n'est pas restée insensible à ces critiques et a jugé utile de compléter l'exposé des motifs afin de lever les incertitudes. Il est désormais précisé que «Les règles auxquelles l'article 5.143, alinéa 2, donne la priorité sont celles qui s'appliquent spécifiquement aux relations contractuelles entre les parties et qui règlent un ou plusieurs aspects de leur responsabilité en cas d'inexécution contractuelle, tels que les conditions et les conséquences de celle-ci, ou la déchéance ou la prescription. La priorité ne s'applique donc pas pour les règles *générales* relatives à la responsabilité pour non-respect des contrats ou engagements en général (en ce compris celles relatives à l'imputabilité de la faute de l'auxiliaire ou l'usage de choses défectueuses) ou les règles générales qui concernent la prescription des actions contractuelles»³³. Il est néanmoins mentionné que les règles de responsabilité spécifiques concernant certaines relations contractuelles³⁴ auront priorité sur la responsabilité extracontractuelle³⁵.

Dans la foulée, il semble également que la commission ait jugé préférable de supprimer la référence aux conditions et effets de la responsabilité ainsi qu'à la déchéance ou la prescription en lui préférant les termes de «clauses contractuelles applicables spécifiquement aux obligations des parties». Il est toutefois toujours fait mention, dans les travaux préparatoires, des règles applicables aux conditions, conséquences, déchéance et prescription³⁶.

L'exception qui concerne les actions en réparation d'un dommage résultant d'une atteinte à l'intégrité physique qui figure au second alinéa de la disposition peut également susciter des interrogations. A-t-elle vocation à s'appliquer uniquement au second alinéa ou s'applique-t-elle également au premier

³² C. BOTMAN, E. DE DUVE, J. HYGEN MEYER, R. JAFFERALI, N. MASSAGER, R. THÜNGEN et A.-C. VAN GYSEL, «Commentaires relatifs à l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil», p. 5, <http://www.ulb.ac.be/newsletters/droit.php?d=2&c=1&nl=38&cat=9>.

³³ Exposé des motifs de l'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, version du 22 août 2018, p. 30.

³⁴ L'exposé des motifs cite, à titre d'exemples, les articles 1642, 1649*quater*, 1735 et 1736, 1891, 1927 et 1928, 1952, 1992... du Code civil.

³⁵ Même si l'exposé des motifs, dans sa dernière mouture, parle de priorité sur les règles de la responsabilité [contractuelle], il s'agit vraisemblablement d'une coquille comme en atteste le paragraphe suivant (p. 30, 3^e §).

³⁶ Exposé des motifs de l'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, version du 22 août 2018, p. 30.

alinéa, ce qui revient à priver d'effet les exclusions contractuelles et légales de la responsabilité extracontractuelle en cas d'action en réparation d'un dommage résultant d'une atteinte à l'intégrité physique? Bien que l'endroit où figure cette exception paraisse corroborer la première solution, la seconde semble plus conforme à la jurisprudence et à la volonté initiale des auteurs de l'avant-projet³⁷. La rédaction de la seconde mouture du projet ne résout toutefois pas la question et laisse planer l'incertitude.

16. Incidence sur la quasi-immunité de l'agent d'exécution. À l'heure actuelle, les conditions dans lesquelles le créancier peut agir en responsabilité délictuelle contre l'agent d'exécution de son cocontractant sont calquées sur celles du concours de responsabilités³⁸. L'absence de possibilité dans le chef du créancier de mettre en cause la responsabilité contractuelle de l'agent d'exécution combinée aux conditions très strictes applicables à la mise en cause de sa responsabilité délictuelle contribuent *de facto* à créer une «quasi-immunité» dans le chef de l'agent d'exécution³⁹. Le bouleversement de régime aura donc un impact significatif sur le sort de celui-ci. L'exposé des motifs précise toutefois que l'agent d'exécution reste «néanmoins protégé par le biais d'une disposition insérée dans le chapitre relatif au contrat, lui permettant d'invoquer certaines clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité figurant dans le contrat principal»⁴⁰.

Sous-section 3

Les fonctions du droit de la responsabilité civile

17. Renforcement de la fonction indemnitaire. La fonction indemnitaire de la responsabilité civile est toujours au centre des préoccupations. En témoigne d'ailleurs l'attention toute particulière dont fait l'objet l'indemnisation du préjudice corporel. On songe notamment aux dispositions relatives au concours de responsabilités (voy. *supra* n^{os} 13 et s.) ainsi qu'à celles afférentes à l'aggravation du dommage (voy. *infra* n^o 58). Tel n'est toutefois pas l'avis de plu-

³⁷ *Ibidem*, p. 30.

³⁸ R.O. DALCQ et C. DALCQ, «Quelques réflexions sur l'immunité de l'agent d'exécution», in *Liber amicorum Jean-Luc Fagnart*, Bruxelles, Anthemis, Bruylant, 2008, pp. 455-464.

³⁹ Voy. sur les inconvénients d'une telle quasi-immunité, l'exposé des motifs de l'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, version du 22 août 2018, p. 23.

⁴⁰ Exposé des motifs de l'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, version du 22 août 2018, p. 10.

sieurs auteurs et praticiens qui refusent de voir dans l'avant-projet un régime plus favorable au besoin d'indemnisation des victimes⁴¹.

18. Mise en avant de la fonction préventive. L'occasion de favoriser davantage la fonction préventive du droit de la responsabilité civile fut saisie au bond par la commission.

Tout d'abord, l'article 5.188 permettra dorénavant au juge d'ordonner une mesure ou d'imposer une interdiction en vue de prévenir le dommage.

Cet article dispose :

« 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 ».

La crainte d'un préjudice futur offrira également au juge la possibilité d'ordonner la cessation du comportement fautif qui risque de le provoquer. Ces nouveaux outils pour le juge ne peuvent toutefois se confondre avec les injonctions et interdictions qui sont prononcées au titre de réparation en nature⁴². L'objectif demeure ici de faire respecter le prescrit de l'article 5.146 (actuel article 1382 du Code civil).

Ensuite, l'article 5.176 permettra à la personne lésée qui a pris des mesures en vue de prévenir ou limiter son dommage d'en postuler le remboursement, peu importe que ces mesures aient finalement atteint le but recherché⁴³. Aux termes de cet article, il est prévu que :

« 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 ».

La charge de ce remboursement incombera non seulement à la personne responsable du dommage mais aussi, lorsque les mesures prises par le demandeur se sont avérées fructueuses, à la personne qui aurait été responsable si le dommage s'était produit⁴⁴.

Aucune obligation de limiter son dommage ne pèse sur la victime⁴⁵ qui reste uniquement tenue au respect du devoir général de prudence qui s'impose à tous. On retrouve toutefois le devoir dans le chef du créancier d'une obligation inexécutée de prendre les mesures raisonnables pour limiter son dommage dans la partie consacrée au régime général de l'obligation à l'article 5.312⁴⁶.

19. Percée timide de la fonction punitive ? Lorsque l'auteur du fait dommageable conserve, malgré le paiement à la victime de dommages et intérêts, un intérêt à transgresser la règle de droit dès lors que sa violation lui confère un bénéfice dont le montant est supérieur à ces dommages et intérêts⁴⁷, on parle généralement de « faute lucrative ». L'article 5.184, § 2, a vocation à enrayer ce genre de comportements :

L'article 5.184, § 2, prévoit :

« 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] ».

L'objectif poursuivi est de permettre au juge de condamner l'auteur d'une fraude à transférer à la victime tout ou partie des profits réalisés illicitement⁴⁸.

⁴¹ Q. ALALUF, T. COPPÉE, A. KAPITA ET I. LUTTE, « Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau code civil. Commentaires », <http://www.droitbelge.be/fiches/Avant-projet%20de%20loi%20portant%20insertion%20des%20dispositions%20relatives%20%C3%A0%20la%20responsabilit%C3%A9%20extracontractuelle%20dans%20le%20nouveau%20code%20civil%20-%20Commentaires.pdf>, 1^{er} mai 2018.

⁴² Exposé des motifs de l'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, version du 22 août 2018, p. 193.

⁴³ Exposé des motifs de l'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, version du 22 août 2018, p. 113.

⁴⁴ Cette idée est également présente aux articles 1344 de l'avant-projet Catala, 1237 du projet de réforme français de 2017 ainsi qu'aux articles 2:104 des PETL et 6:302 du DCFR.

⁴⁵ Exposé des motifs de l'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, version du 22 août 2018, pp. 165-166.

⁴⁶ Article 5.312 de l'avant-projet de loi approuvé, le 30 mars 2018, par le Conseil des ministres, tel que préparé par la Commission de réforme du droit des obligations instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017 et adapté, eu égard aux observations reçues depuis le début de la consultation publique lancée le 7 décembre 2017, <https://justice.belgium.be/fr/bwcc> et proposition de loi portant insertion du livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, Doc., Ch., 2018-2019, n° 3709/001.

⁴⁷ Voy. sur la notion de faute lucrative, P. VÉRON, « Réflexions sur la faute lucrative dans l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile », in L.-F. PIGNARRE (dir.), *La réforme du droit de la responsabilité, Actes du colloque du 25 novembre 2016*, Faculté de droit et de science politique de l'Université de Montpellier, 2017, p. 213.

⁴⁸ *Ibidem*.

Même si la fonction punitive du droit de la responsabilité civile n'est, aux dires des rédacteurs du projet, pas consacrée⁴⁹, l'on peut se demander si une première brèche n'a pas été entrouverte avec l'apparition de l'article 5.184, § 2. La subtilité tiendrait, en réalité, au fait que l'article 5.184, § 2, est envisagé « comme un mode de réparation du dommage et non au titre d'une peine civile »⁵⁰. La sanction s'écarter de l'amende civile à la française. Elle se rapprocherait plutôt des dommages et intérêts restitutoires et répondrait à une fonction dissuasive.

Section 3

Les faits générateurs de responsabilité

20. Introduction. Parmi les différents faits générateurs de responsabilité, c'est la faute qui retiendra, dans un premier temps, notre intérêt (sous-section 1). Nous verrons que tant les dispositions relatives à la notion de faute (§ 1) que celles relatives à la capacité de discernement (§ 2) et aux causes étrangères exonératoires (§ 3) ont subi de substantielles modifications.

Ensuite, notre étude portera sur les innovations relatives aux présomptions de responsabilité du fait d'autrui. Nous aborderons, d'une part, les changements apportés au régime de responsabilité des parents (sous-section 2) et, d'autre part, la nouvelle présomption de responsabilité du fait d'autrui (sous-section 3).

Les nouveautés annoncées dans les régimes de responsabilité du fait des choses seront étudiées dans une section subséquente (sous-section 4).

Enfin, nous consacrerons quelques développements au régime applicable aux personnes morales (sous-section 5) ainsi qu'à l'abrogation de certains régimes de responsabilité (sous-section 6).

Sous-section 1

La faute

§ 1. La définition de la faute

21. Définition de la faute et élément d'appréciation. Une définition de la faute est proposée dans le futur article 5.147 : « La faute est un manquement à une règle de conduite qui résulte de la loi ou à la règle générale de prudence

⁴⁹ Exposé des motifs de l'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, version du 22 août 2018, p. 5.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 12.

qu'il convient de respecter dans les rapports sociaux». L'exposé des motifs confirme que la faute résulte « soit de la violation d'un devoir énoncé par la loi soit de la méconnaissance de la règle générale de prudence qui s'impose à tous dans les rapports sociaux »⁵¹.

Des critères d'appréciation, tributaires de la source de la violation, sont ensuite expressément mentionnés à l'article 5.148 du Code. Ils feront office d'outils destinés à faciliter le travail des juges.

« 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 scientifiques⁵² ;
- les règles de l'art et les bonnes pratiques professionnelles ;
- les principes de bonne administration et de bonne organisation ».

22. Élément subjectif de la faute : position du problème. L'élément subjectif de la faute est actuellement source de confusion⁵³. Le concept d'im-

⁵¹ Exposé des motifs de l'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, version du 22 août 2018, p. 44. Il est précisé que « l'identification de ces deux sources est directement inspirée de la distinction classique effectuée par la Cour de cassation (voy., entre autres, Cass., 22 septembre 1988, *Pas.*, 1989, I, 83 ; Cass. (3^e ch.), 25 novembre 2002, *Pas.*, 2002, 2230 ; Cass., 9 février 2017, n^o C.13.0528.F) ».

⁵² Dans la première mouture de l'avant-projet étaient distingués, d'une part, le critère des meilleures techniques disponibles à un coût qui n'est pas déraisonnable et, d'autre part, les règles de l'art et les bonnes pratiques professionnelles. Voy. pour une critique du maintien de ces critères, C. BOTMAN, E. DE DUVE, J. HYGEN MEYER, R. JAFFERALI, N. MASSAGER, R. THÜNGEN et A.-C. VAN GYSEL, « Commentaires relatifs à l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil », p. 12, <http://www.ulb.ac.be/newsletters/droit.php?d=2&c=1&nl=38&cat=9>.

⁵³ Voy. F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « Les prestataires intermédiaires de la société de l'information face au droit commun de la responsabilité extracontractuelle », *A&M*, 2017, pp. 208-237.

putabilité⁵⁴ est, tout d'abord, peu clair⁵⁵. Ensuite, une autre difficulté découle du fait que l'élément subjectif ou moral de la faute recouvre deux réalités différentes⁵⁶. *Primo*, l'auteur de la faute doit être doté de discernement⁵⁷ (*schuldbekewaamheid*). Cette capacité de discernement se définit « comme l'aptitude d'une personne à apprécier les conséquences de ses actes »⁵⁸. Les cas envisagés sont les enfants en bas âge, l'inconscience passagère ainsi que les déments et malades mentaux. On se penche sur la capacité de celui qui pose l'acte au regard de la personne ou de la personnalité de l'individu⁵⁹. *Secundo*, la capacité de discernement ne doit pas avoir été « annihilée au moment où le comportement litigieux a été commis (*toerekenbaarheid*) »⁶⁰. Se pose la question de savoir si l'acte peut être « imputé » subjectivement à l'individu comme issu de sa volonté libre et consciente⁶¹. On voit poindre ici la théorie des faits justificatifs.

Actuellement, le maintien de cet élément subjectif de la faute est de plus en plus contesté par une partie de la doctrine⁶². L'arrêt de la Cour de cassation du 9 février 2017⁶³ n'a fait que raviver les discussions⁶⁴. L'attendu

⁵⁴ Bien qu'elle ne figure pas dans l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil, cette notion d'imputabilité se retrouve à l'article 5.299 de l'avant-projet de loi approuvé, le 30 mars 2018, par le Conseil des ministres, tel que préparé par la Commission de réforme du droit des obligations et déposé récemment sous la forme d'une proposition de loi (Proposition de loi portant insertion du livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc.*, Ch., 2018-2019, n° 3709/001).

⁵⁵ Voy. J.-L. Fagnart, « Introduction générale au droit de la responsabilité », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, livre 1, Diegem, Kluwer, 1999, pp. 18-19, n° 34 ; X. Thunis, « Théorie générale de la faute, vol. 3, La faute comme acte imputable à son auteur », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Titre II, livre 20ter, Diegem, Kluwer, 2011, p. 6.

⁵⁶ W. Van Gerven, *Verbintenissenrecht*, Louvain, Acco, 2015, pp. 374 et s.

⁵⁷ Voy. sur la capacité de discernement, X. Dandoy, « Appréciation in abstracto de la faute civile extracontractuelle », *Annales de droit de Louvain*, vol. 70, 2007, n° 2, pp. 123 et s.

⁵⁸ 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*, Les Dossiers du J.T., n° 74, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 35.

⁵⁹ T. Léonard, « Faute extracontractuelle et juridictions commerciales : principes et plaidoyer pour un retour à une vision unitaire de la faute », *R.D.C.*, 2013, p. 958.

⁶⁰ X. Thunis, « Théorie générale de la faute, vol. 3, La faute comme acte imputable à son auteur », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Titre II, livre 20ter, Diegem, Kluwer, 2011, p. 29.

⁶¹ T. Léonard, « Faute extracontractuelle et juridictions commerciales : principes et plaidoyer pour un retour à une vision unitaire de la faute », *R.D.C.*, 2013, p. 958.

⁶² J.-L. Fagnart, « Vers la faute objective », note sous Cass., 9 février 2017, *R.C.J.B.*, 2018, pp. 42-64.

⁶³ Cass., 9 février 2017, *R.C.J.B.*, 2018, p. 211, note J.-L. Fagnart, *For. ass.*, 2017, p. 37, note B. Goffaux.

⁶⁴ L'affaire soumise initialement au juge du fond concernait le placement d'un pylône de transport électrique sur le terrain d'autrui. La société en charge de l'implantation estimait n'avoir commis aucune faute dès lors que la violation de la norme légale ou réglementaire n'était pas libre et consciente. L'argumentation fut suivie par le tribunal de commerce statuant en degré d'appel. Dans son arrêt du 9 février 2017, la Cour casse toutefois le jugement du tribunal de commerce. Elle rappelle tout d'abord que « la transgression matérielle d'une disposition légale ou réglementaire constitue en soi une faute qui entraîne la responsabilité civile de son auteur, à condition que cette transgression soit commise librement et consciemment ». Elle ajoute cependant une précision qui a retenu l'attention des commentateurs : « il n'est pas nécessaire que l'auteur de la transgression ait conscience qu'il la commet ». La Cour conclut enfin que, dans la mesure où les juges n'ont pas examiné

principal de l'arrêt a, en effet, donné lieu à des interprétations sensiblement divergentes^{65, 66}.

23. Disparition de l'élément subjectif de la faute. Les auteurs du projet entendent franchir un cap supplémentaire par rapport à l'arrêt de Cour de cassation du 9 février 2017 en laissant tomber l'élément moral de la faute⁶⁷. L'élément moral est jugé superflu dès lors qu'il est abordé par « d'autres moyens juridiques ». Le principe nouveau est clamé haut et fort : « La faute se réduit donc, en principe, à son élément objectif ou matériel »⁶⁸.

L'élément subjectif sort ainsi par la porte tout en se réservant un droit d'entrée par deux fenêtres. D'une part, plusieurs dispositions viennent régir le cas des personnes privées de discernement (art. 5.153 à 5.155, *infra* n° 25). D'autre part, l'élément moral rejaillit au stade des causes d'exonération. L'agent fautif peut toujours échapper à sa responsabilité en démontrant l'existence d'une erreur invincible, d'un état de nécessité, d'un cas de légitime défense ou de l'ordre de la loi ou de l'autorité.

Les auteurs prennent le soin de préciser dans les travaux préparatoires que l'ignorance de l'existence du droit d'autrui ne suffit pas à écarter l'existence d'une faute⁶⁹.

24. Absence de consécration de la violation d'un droit subjectif comme troisième source de la faute. La commission évite de s'aventurer dans la consécration à l'article 5.147, d'une troisième source de la faute « qui résulterait de la violation d'un droit subjectif »⁷⁰. La commission estime que

l'existence d'une erreur invincible ou d'une autre cause de justification, ils ne pouvaient légalement décider que la violation de la norme n'avait pas été libre et consciente de sorte que l'élément moral nécessaire à la reconnaissance d'une faute faisait défaut.

⁶⁵ Voy. la contribution de B. Goffaux, « Le point sur la faute extracontractuelle et ses éléments constitutifs », publiée dans cet ouvrage.

⁶⁶ Voy. B. Goffaux, « La conscience de l'illégalité de l'acte : acte préalable à une responsabilité civile », note sous Cass., 9 février 2017, *For. Ass.*, 2017, p. 217 qui n'y voit qu'un rappel du caractère strict de l'appréciation de l'erreur invincible. L'arrêt aurait uniquement cette vocation : rappeler que la croyance légitime de la légalité de son action n'est pas un élément déterminant. Comp. avec J.-L. Fagnart, « Vers la faute objective », note sous Cass., 9 février 2017, *R.C.J.B.*, 2018, pp. 42-64 qui considère que l'arrêt marque une avancée significative vers la théorie de la faute objective.

⁶⁷ Exposé des motifs de l'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, version du 22 août 2018, p. 45.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 45.

⁶⁹ Exposé des motifs de l'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, version du 22 août 2018, p. 47.

⁷⁰ Exposé des motifs de l'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, p. 46, <https://justice.belgium.be/fr/bwcc>. Voy. sur cette catégorie de faute, T. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, Bruxelles,

« L'élément matériel de la faute correspond dans ce cas à la violation du devoir de respect issu de l'opposabilité du droit subjectif aux tiers, ce qui équivaut à la violation d'une règle de conduite imposant un comportement déterminé. Il s'agit donc bien d'une hypothèse où la faute trouve sa source dans une règle de conduite déterminée »⁷¹.

§ 2. La capacité de discernement

25. Capacité de discernement des mineurs. L'avant-projet fait le choix de régler dans des dispositions particulières le cas de deux catégories de personnes privées de discernement. Les articles 5.153 et 5.154 traitent des mineurs tandis que l'article 5.155 régit la situation des personnes atteintes d'un trouble mental.

Le système mis en place pour les mineurs est novateur puisqu'il ne requiert plus de vérifier en fait et au cas par cas si le mineur est doté de la capacité de discernement. La commission, dans un but de sécurité juridique, fixe de manière absolue, l'âge à partir duquel le mineur va devoir répondre personnellement de ses actes. C'est l'âge de 12 ans⁷² qui est retenu et qui « correspond à l'âge utilisé dans le droit de la famille pour reconnaître certaines capacités au mineur »⁷³.

Les mineurs qui n'ont pas atteint cet âge pivot ne sont pas tenus responsables de leurs actes (article 5.153) à l'inverse de ceux qui ont atteint ces 12 ans (article 5.154). Dans cette dernière hypothèse, il est toutefois loisible au juge de modérer le montant de l'indemnité en statuant selon l'équité en tenant compte des circonstances de la situation des parties concernées par le dommage (article 5.154, alinéa 2). Une balise est toutefois posée à l'article 5.154, alinéa 3 : « L'indemnité ne peut pas être inférieure au montant pour lequel un assureur couvre effectivement la responsabilité du mineur ».

Larcier, 2005 ; T. LÉONARD, « Atteintes aux droits subjectifs et responsabilité civile : réflexions suite à l'adoption de la loi du 10 mai 2007 relative aux aspects civils de la protection des droits de propriété intellectuelle », in P. WÉRY, *Droit des obligations : développements récents et pistes nouvelles*, coll. CUP, n° 96, Louvain-la-Neuve, Anthemis, p. 216 ; T. LÉONARD, « Faute extracontractuelle et juridictions commerciales : principes et plaidoyer pour un retour à une vision unitaire de la faute », *R.D.C.*, 2013, pp. 951-984.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Dans la première version du projet, c'est l'âge de quatorze ans qui avait été retenu à l'article 5.153 (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, version du 28 mars 2018).

⁷³ *Ibidem*, p. 64. La commission mentionne notamment : « l'article 329bis, § 1^{er}, du Code civil (refus de consentement en matière de reconnaissance), [...] l'article 348-1 du Code civil (consentement en matière d'adoption), [...] l'article 349-2 du Code civil (consentement au changement de prénom de l'adopté) et [...] l'article 1004/1 du Code judiciaire (droit d'audition) ».

On retrouve en filigrane, le régime applicable à l'heure actuelle pour les déments et anormaux à l'article 1386bis du Code civil, lequel est reproduit, dans le cadre de l'avant-projet de réforme, à l'article 5.155.

§ 3. Les causes d'exonération de la responsabilité

26. Ancrage dans le Code de la théorie des faits justificatifs. La théorie des faits justificatifs (erreur invincible, état de nécessité, légitime défense, ordre de la loi ou ordre d'une autorité conforme à la loi) acquiert ses lettres de noblesse à l'article 5.150. Le consentement de la personne lésée⁷⁴ fait par ailleurs son apparition dans la liste. L'appellation « faits justificatifs » est toutefois abandonnée au profit du terme générique de causes exonératoires.

27. Définition de la force majeure. Dans la nouvelle structure du Code, la force majeure est détachée du lien de causalité et est appréhendée parmi les dispositions relatives à la faute.

L'article 5.149 dispose : « 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'événement qui empêche le respect de la règle de conduite ».

La première mouture de l'article 5.149, § 2, a sensiblement évolué. Dans sa version initiale, la force majeure était considérée comme « un événement qui se produit indépendamment de la volonté de celui qui viole la règle de conduite et que celui-ci ne peut ni prévoir ni empêcher »⁷⁵. Cette définition s'écarterait toutefois sensiblement de celle adoptée en matière contractuelle⁷⁶. La conception retenue de la force majeure était, en effet, beaucoup plus stricte. Les critères d'imprévisibilité et d'insurmontabilité ne constituaient pas des éléments d'appréciation de l'existence de la force majeure mais étaient érigés en véritables conditions. La commission rectifie dès lors le tir et justifie l'existence

⁷⁴ Le paragraphe 5 de la disposition précise que « 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 ».

⁷⁵ 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, version du 28 mars 2018.

⁷⁶ L'article 5.300, § 1^{er}, de l'avant-projet de réforme dispose : « Il y a force majeure en cas d'impossibilité pour le débiteur, qui ne lui est pas imputable, d'exécuter son obligation. À cet égard, il est tenu compte du caractère externe, imprévisible et inévitable de l'obstacle à l'exécution. Le débiteur est libéré lorsque l'exécution de l'obligation est devenue définitivement impossible par suite de la force majeure. L'exécution de l'obligation est suspendue pendant la durée de l'impossibilité temporaire ».

d'une disposition propre à la force majeure en ces termes : « dans le droit de la responsabilité extracontractuelle, [la force majeure] porte en effet sur l'événement qui fait naître l'obligation de réparer et non sur les effets de l'obligation ».

28. Sort des traditionnelles causes étrangères exonératoires. Le fait d'un tiers et la faute de la personne lésée, souvent présentés aux côtés de la force majeure comme les deux autres causes étrangères exonératoires, sont traités plus loin dans la partie du Code civil relative au lien de causalité (articles 5.164 à 5.170). C'est au sein même de ces articles que sont désormais réglées expressément les hypothèses de faute commune, de faute collective ainsi que d'aide et d'incitation. L'article 5.165 dispose, concernant cette dernière hypothèse, que « 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 » et décharge la personne lésée de l'obligation d'apporter « la preuve distincte que le dommage ne serait pas né sans l'action de celui qui a aidé ou incité à commettre la faute »⁷⁷.

Sauf lorsque la faute est susceptible d'entraîner une responsabilité pénale, il incombe à la personne qui allègue une cause d'exonération d'en apporter la preuve⁷⁸.

Sous-section 2

Le régime de responsabilité des parents remodelé

29. Contextualisation. Le régime de responsabilité des père et mère prévu à l'actuel article 1384, alinéa 2, du Code civil repose sur une faute présumée qui consiste en une faute dans l'éducation ou dans la surveillance. Conformément à l'alinéa 5 du même article, cette présomption revêt un caractère réfragable.

L'autorité parentale qui constitue la pierre d'angle du régime n'a pourtant cessé de s'étioler sous l'influence des mutations socioculturelles : nouvelles pédagogies et méthodes éducatives, place centrale réservée à l'autonomie de l'enfant, évolution des familles monoparentales et des familles recomposées...⁷⁹. Le déclin de l'autorité parentale est devenu tel que, depuis de nombreuses années, le régime est largement remis en cause. Les tentatives des juridictions de fond de durcir le régime se sont révélées infructueuses et furent

⁷⁷ Exposé des motifs de l'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, version du 22 août 2018, p. 105.

⁷⁸ À notre estime, le commentaire des articles 5.151 et 5.152 reste malheureusement ambigu sur ce point.

⁷⁹ E. MONTERO et A. PÜTZ, « La responsabilité des parents à la croisée des chemins », in G. BENOIT et P. JADOUL (dir.), *La responsabilité civile des parents*, Bruxelles, la Charte, 2006, pp. 39-60, et spéc. pp. 51-60 ; E. MONTERO et A. PÜTZ, « La responsabilité civile des parents : une nouvelle jeunesse ? », *R.G.A.R.*, 2010, n° 14651.

censurées par notre Cour de cassation⁸⁰. Dès la fin des années 1990, l'idée d'une responsabilité sans faute assortie d'une assurance obligatoire commence progressivement à émerger⁸¹.

30. Responsabilité sans faute des titulaires de l'autorité sur la personne d'un mineur. Cette idée est reprise par la commission qui prévoit, aux termes de l'article 5.156 de l'avant-projet intitulé « Responsabilité des titulaires de l'autorité sur la personne des mineurs », que :

« 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 ».

La responsabilité présumée des parents cède la place à une responsabilité sans faute. Le régime de responsabilité est, par ailleurs, étendu aux tuteurs et accueillants familiaux qui disposent de l'autorité sur la personne du mineur⁸². Le durcissement du régime à l'égard des parents est toutefois atténué par une obligation d'assurance dont les conditions devront être fixées par arrêté royal.

La solution désormais préconisée en Belgique s'inspire largement de celle de nos voisins français⁸³. Le principe de la responsabilité sans faute des

⁸⁰ Cass. (2^e ch.), 12 février 2008, *J.T.*, 2009, p. 613, note E. MONTERO et A. PÜTZ ; Cass. (2^e ch.), 4 mars 2015, *J.T.*, 2015, p. 575, note E. MONTERO.

⁸¹ J.-L. FAGNART, « La responsabilité civile des parents », *J.D.J.*, 1997, pp. 370-371, n° 37 ; B. DUBUSSION, « Autonomie et irresponsabilité du mineur », in *L'autonomie du mineur*, Bruxelles, Publications des FUSL, 1998, pp. 79-159 et spéc. p. 159 qui renvoie à I. MOREAU-MARGRÈVE, « Une règle générale de responsabilité du fait d'autrui en droit belge », in *Mélanges R.O. Dalcq*, Bruxelles, Larcier, 1994, p. 463, n°s 27-28.

⁸² Suite aux remarques formulées sur la portée de cette notion d'autorité (C. BOTMAN, E. DE DUVE, J. HYGEN MEYER, R. JAFFERALI, N. MASSAGER, R. THÜNGEN et A.-C. VAN GYSEL, « Commentaires relatifs à l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil », p. 18 et s., <http://www.ulb.ac.be/newsletters/droit.php?d=2&c=1&nl=38&cat=9>), la dernière mouture de l'exposé des motifs précise que « Afin d'indiquer qui précisément entre dans le champ d'application de cette disposition, ces sujets de droit sont énumérés expressément. Il s'agit des parents, des adoptants, des tuteurs et des accueillants familiaux dans la mesure où ils sont titulaires en tout ou en partie de l'autorité sur la personne du mineur » (Exposé des motifs de l'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, version du 22 août 2018, p. 69). Sont par contre exclus le tuteur officieux, les frères et sœurs, les grands-parents, les beaux-parents, les organismes auxquels un mineur est confié, etc. (*ibidem*, p. 70).

⁸³ Voy. dans l'exposé des motifs : « Pour ces motifs et dans la foulée de la jurisprudence française (Cass. fr., 19 février 1997, D. 1997, jur., 265, note P. JOURDAIN) et du projet de réforme français de 2017, des auteurs belges plaident également pour l'introduction d'une responsabilité sans faute des parents » (Exposé des motifs de l'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, version du 22 août 2018, p. 68).

parents y est admis de longue date en jurisprudence et introduit expressément dans le projet de réforme de 2017⁸⁴. Le principe d'une responsabilité sans faute choisi par les auteurs du projet belge cadre, d'après l'exposé des motifs, également davantage avec le droit européen et, plus spécifiquement, avec le DCFR et les PETL^{85, 86}.

Le virage opéré était nécessaire et offre de nombreux avantages. La démonstration de l'absence de faute dans l'éducation et dans la surveillance qui pesait sur les parents donnait en effet lieu à une jurisprudence particulièrement incohérente voire chaotique⁸⁷. La sécurité juridique est donc renforcée, de même que la protection des victimes. Les retouches opérées entre les deux versions de l'avant-projet doivent également être saluées. « Les parents, adoptants, tuteurs et accueillants familiaux, qui disposent de l'autorité sur la personne d'un mineur » s'accommodent bien mieux aux réalités familiales que la notion de « titulaire de l'autorité sur la personne ».

Il reste toutefois encore du chemin à parcourir dès lors que les conditions de l'assurance obligatoire devront être fixées par arrêté royal. Vu le nombre de personnes qui entrent dans le giron de l'article 5.156, la question de la contribution à la dette mériterait également d'être creusée.

⁸⁴ Voy. article 1246 du projet de réforme de 2017 (Projet de réforme de la responsabilité civile présenté le 13 mars 2017, par Jean-Jacques URVOAS, garde des Sceaux, ministre de la Justice suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016, http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf); article 1356 du projet Catala (P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, remis au garde des Sceaux en 2005 et consultable sur le site du ministère de la Justice: http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf); et article 14 du projet Terré (F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2011. Les deux autres ouvrages publiés par F. Terré concernent la réforme du droit des contrats et la réforme du régime général des obligations. Voy. aussi <https://www.courdecassation.fr/IMG/reforme-droit-RC.pdf>).

⁸⁵ Voy. Exposé des motifs de l'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, version du 22 août 2018, p. 68: « Dans le DCFR et dans les PETL, une responsabilité sans faute des parents est aussi prévue ».

⁸⁶ On notera toutefois que l'article VI. – 3:104 du DCFR (pour les enfants de moins de 14 ans) et l'article 6:101 des PETL instaurent la possibilité pour les parents de s'exonérer en prouvant qu'ils n'ont commis aucune faute dans la surveillance.

⁸⁷ E. MONTERO et A. PÜTZ, « La responsabilité des parents à la croisée des chemins », in G. BENOÎT et P. JADOUL (dir.), *La responsabilité civile des parents*, Bruxelles, la Charte, 2006, pp. 47-50.

Sous-section 3

L'insertion d'une nouvelle présomption de responsabilité du fait d'autrui

31. Contextualisation. L'arrêt Blieck rendu par la Cour de cassation française le 29 mars 1991⁸⁸ fit grand bruit en Belgique. La reconnaissance implicite par la Cour suprême française de l'existence d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui sur la base de l'article 1384, alinéa 1^{er}, n'a d'ailleurs pas tardé à influencer les juridictions belges et plus particulièrement la Cour d'appel de Mons⁸⁹. Même si l'arrêt à l'occasion duquel la cour d'appel a découvert un principe général de responsabilité du fait d'autrui fut censuré par la Cour de cassation, la brèche restait entrouverte et il ne restait pour la commission qu'à s'y infiltrer. L'essor des institutions et établissements auxquels sont confiées des personnes vulnérables ou délinquantes a sans conteste retenu l'attention des auteurs de l'avant-projet⁹⁰.

32. Nouvelle présomption de responsabilité des personnes chargées de la surveillance d'autrui. Un régime de responsabilité des personnes chargées de la surveillance d'autrui fait son entrée en droit belge à l'article 5.159. Aux termes de cet article,

« § 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.

⁸⁸ Cass. fr. (ass. plén.), 29 mars 1991, J.T., 1991, p. 600, J.C.P., G, 1991, II, 21673, préc. concl. du premier avocat général M. D.H. DONTENWILLE et obs. de J. GHESTIN, D., 1991, 324 et note de C. LARROUMET.

⁸⁹ Mons, 27 décembre 1995, J.L.M.B., 1996, p. 510, R.G.A.R., 1996, n° 12578 et obs. Th. DEMESSE, « Le nouveau principe général de responsabilité aquilienne du fait d'autrui ».

⁹⁰ Voy. déjà B. DUBUISSON, « Autonomie et irresponsabilité du mineur », in *L'autonomie du mineur*, Bruxelles, Publications des FUSL, 1998, pp. 137 et s.

§ 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».

Deux nouvelles catégories de personnes chargées de la surveillance d'autrui sont désormais la cible d'une présomption de responsabilité. D'une part, le paragraphe 1^{er} instaure une présomption de responsabilité des personnes physiques ou morales chargées de contrôler de manière globale et durable, le mode de vie d'une autre personne. D'autre part, c'est désormais les établissements d'enseignement, en lieu et place des instituteurs visés à l'actuel article 1384, alinéa 4, du Code civil, qui deviennent responsables des dommages causés par les élèves qu'ils ont sous leur surveillance. La présomption peut être renversée, conformément au paragraphe 3, en rapportant la preuve de l'absence de faute dans la surveillance ou de l'absence de relation causale entre l'exercice de cette surveillance et le dommage. Une nouvelle obligation d'assurance fait son apparition et incombe à ces deux catégories de personnes. La protection de la victime contre une éventuelle insolvabilité du responsable est dès lors renforcée.

D'emblée, on perçoit, derrière la volonté d'extension des cas de responsabilité du fait d'autrui, le souhait des rédacteurs de l'avant-projet de contenir les dérives qu'entraînerait un régime général de responsabilité du fait d'autrui. Le système du *numerus clausus* des cas de responsabilité du fait d'autrui est donc conservé, mais élargi à d'autres catégories limitativement énumérées. Des balises sont également posées afin de limiter le champ d'application de l'article 5.159, § 1^{er}. La personne visée doit, en effet, être chargée d'organiser et contrôler le mode de vie d'une autre personne de manière globale et durable. Cette mission doit, en outre, être de nature légale, réglementaire, judiciaire, administrative ou conventionnelle. Il y a fort à parier que la détermination du caractère conventionnel ou non de la mission nourrira de nouvelles controverses et posera des difficultés pratiques.

33. Évolutions de l'avant-projet et commentaires. L'étendue de l'article 5.159 a sensiblement évolué entre ses différentes versions.

Tout d'abord, l'on ne retrouvait pas dans la version initiale de l'avant-projet la présomption de responsabilité des établissements d'enseignement. La suppression pure et simple de l'actuel article 1384, alinéa 4, conjuguée à l'exclusion des enseignants de l'article 5.159 en projet aurait alors conduit à des situations iniques. La victime se serait retrouvée démunie face à un dommage résultant d'une faute de l'élève lorsqu'aucune faute de l'instituteur en qualité

de préposé ne peut être retenue. L'article 1384, alinéa 3, n'aurait, en effet, été d'aucun secours⁹¹.

Ensuite sont désormais aussi visées les personnes chargées de la surveillance d'autrui sur la base d'une disposition légale ou réglementaire. Tombent désormais sous le champ de la présomption de responsabilité de l'article 5.159 non seulement «les tuteurs "officieux" qui entretiennent un enfant mineur et qui l'élèvent (art. 475bis du Code civil) ; les accueillants familiaux chez qui l'enfant est hébergé et qui prennent toutes les décisions quotidiennes relatives à l'enfant (art. 387quinquies du Code civil), sans que des parties de l'autorité parentale lui aient été déléguées»⁹² mais également les organismes publics (home, pensionnat...) chargés d'une mission de nature non pas contractuelle mais réglementaire⁹³.

Enfin, le libellé de l'article 5.159 fut également toiletté afin d'insister sur le caractère global de la mission de surveillance.

Sous-section 4

Les nouvelles conditions d'application des régimes de responsabilité du fait des choses

34. Aperçu. Les actuels articles 1384, alinéa 1^{er}, *in fine*, et 1385 du Code civil sont souvent critiqués vu les distorsions qu'ils présentent au niveau de leurs conditions d'application. La notion de vice est par ailleurs peu cohérente en droit des obligations. Les auteurs du projet de réforme semblent avoir entendu ces critiques. Les modifications envisagées tendent à un alignement des régimes tandis que la notion de vice est uniformisée.

§ 1. La responsabilité du fait des choses

35. Notion de vice. La notion de vice de la chose est sujette à des interprétations différentes selon qu'elle est employée à l'article 1641 du Code civil (garantie des vices cachés), de l'article 1384, alinéa 1^{er}, *in fine* du Code civil

⁹¹ Voy. sur cette critique, C. BOTMAN, E. DE DUVE, J. HYGEN MEYER, R. JAFFERALI, N. MASSAGER, R. THÜNGEN et A.-C. VAN GYSEL, « Commentaires relatifs à l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil », p. 22, <http://www.ulb.ac.be/newsletters/droit.php?d=2&c=1&nl=38&cat=9>.

⁹² Exposé des motifs de l'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, version du 22 août 2018, p. 81.

⁹³ Voy. en ce sens, C. BOTMAN, E. DE DUVE, J. HYGEN MEYER, R. JAFFERALI, N. MASSAGER, R. THÜNGEN et A.-C. VAN GYSEL, « Commentaires relatifs à l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil », p. 21, <http://www.ulb.ac.be/newsletters/droit.php?d=2&c=1&nl=38&cat=9>.

(responsabilité du fait des choses) ou dans la loi sur les produits défectueux⁹⁴. Une partie de la doctrine plaide dès lors pour une approche plus unitaire de cette notion.

Le projet de réforme s'inscrit dans la droite ligne de ces propositions. Le vice n'est plus abordé comme une caractéristique anormale de la chose mais sous l'angle des attentes légitimes en matière de sécurité. Une conception fonctionnelle du vice ancrée sur celle du défaut d'un produit défectueux se substitue à l'approche traditionnelle. Aux termes de l'article 5.160, alinéa 1^{er}, du Code, « 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 ».

36. Qualité de gardien. L'article 5.160, alinéa 2, définit le gardien comme « 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 ». Cette présomption réfragable n'existe à l'heure actuelle que lorsque l'on se situe dans le cadre de l'article 1385 du Code civil. Ce changement participe donc également à un alignement des régimes de responsabilité du fait des choses et des animaux.

§ 2. La responsabilité du fait des animaux

37. Présomption de gardien dans le chef du propriétaire. Le principe d'une responsabilité sans faute du gardien pour le dommage causé par un animal est maintenu. La règle appliquée majoritairement en doctrine et en jurisprudence selon laquelle le propriétaire de l'animal est présumé, de manière réfragable, en être le gardien est désormais coulée dans le texte de l'article 5.161 du Code civil. Celui-ci renvoie à l'article 5.160, alinéa 2, du Code civil. Il est donc mis fin à la distorsion qui frappe les deux régimes (*supra* n° 36).

38. Causes exonératoires de responsabilité. Même si le texte légal n'en dit mot, la jurisprudence de la Cour de cassation⁹⁵ qui offre au gardien la possibilité de s'exonérer en rapportant la preuve que le fait de l'animal trouve sa source dans un événement qui constitue un cas de force majeure ou a été

causé par le fait d'un tiers et excluant toute faute éventuelle du propriétaire ou du gardien en tant que cause du dommage ne trouvera, en principe, plus à s'appliquer. Ces causes d'exonération sont en effet exclues de manière claire par les travaux préparatoires⁹⁶. Partant, lorsque le fait de l'animal a été causé par un tiers, le gardien sera condamné *in solidum* avec le(s) coresponsable(s) à l'égard de la victime. Par ailleurs, en cas de faute personnelle de la personne lésée, on procédera, conformément aux travaux préparatoires, à un partage de responsabilité⁹⁷. Ces principes s'accommodent davantage au régime applicable en matière de responsabilité du fait des choses.

Sous-section 5

Le régime applicable aux personnes morales

39. Traitement équivalent des personnes morales de droit privé et de droit public ainsi que des personnes physiques. Le projet comble une lacune. L'indigence du Code civil par rapport au sort des personnes morales de droit privé et de droit public était, en effet, déplorée par la doctrine. L'intégration par la jurisprudence de cette catégorie de personnes a suscité des difficultés notamment au regard de la théorie de l'organe. Un traitement équivalent des personnes morales de droit privé et de droit public par rapport aux personnes physiques est dorénavant prévu à l'article 5.144 de l'avant-projet de réforme. La personne morale peut désormais voir sa responsabilité engagée « soit directement sur le fondement d'une faute personnelle soit sur le fondement d'une faute commise par une personne dont elle doit répondre »⁹⁸. Les travaux préparatoires confirment tout de même que « les conditions de la responsabilité des pouvoirs publics pour faute ou illégalité restent [...] les mêmes qu'actuellement »⁹⁹.

Sous-section 6

La disparition de deux régimes de responsabilité

40. Présomption de responsabilité des instituteurs. La présomption de responsabilité des instituteurs qui figure à l'actuel article 1384, alinéa 4, est abrogée. D'une part, les auteurs de la réforme soulignent qu'elle a perdu de

⁹⁴ Voy. B. DUBUISSON, « Développements récents concernant les responsabilités du fait des choses (choses, animaux, bâtiments) », R.G.A.R., 1997, n° 12729, n° 25 et s.; R. MARCHETTI, « Quelques considérations à l'égard de la notion de vice et de l'exigence causale dans le cadre de la responsabilité du fait des choses vicieuse », R.G.D.C., 2005, pp. 340-341.

⁹⁵ Cass. (1^{re} ch.), 20 mai 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 1061; Cass., 12 octobre 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 220; Cass., 26 février 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 772, R.G.A.R., 1988, n° 11424; Cass., 16 septembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 54 et obs., R.W., 1989-1990, p. 466; Cass., 19 janvier 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 87.

⁹⁶ Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extra-contractuelle 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, version du 22 août 2018, p. 88.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 88.

⁹⁸ Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extra-contractuelle 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, version du 22 août 2018, p. 7.

⁹⁹ *Ibidem*.

son intérêt dès lors que «la plupart des instituteurs sont des préposés de l'établissement d'enseignement ou des agents subordonnés des pouvoirs publics»¹⁰⁰. D'autre part, le critère de la fonction d'enseignement ne paraît plus en phase avec la société moderne. Elle ne disparaît pas totalement du paysage juridique puisqu'elle réapparaît à l'article 5.159, § 2, sous la forme d'une présomption de responsabilité à charge des établissements d'enseignement (voy. *supra* n° 32).

41. Responsabilité du propriétaire du fait de la ruine des bâtiments. Au rang des disparus, on pointe également la responsabilité du propriétaire du fait de la ruine des bâtiments. Bien qu'abrogée, cette responsabilité du propriétaire peut aisément être appréhendée sous le prisme de la responsabilité générale du fait des choses vicieuses.

Section 4

Le lien de causalité

42. Introduction. Le lien de causalité n'a également pas échappé à la plume des auteurs du projet de réforme. Plusieurs aménagements sont proposés par la commission. Ils visent notamment la théorie de l'équivalence des conditions (sous-section 1), les hypothèses de causalité multiple et de causalité suffisante (sous-section 2) ainsi que la théorie de la perte d'une chance (sous-section 3).

Sous-section 1

Le maintien aménagé de la théorie de l'équivalence des conditions

43. Contextualisation. La théorie de l'équivalence des conditions privilégiée par notre Cour suprême a montré ses limites. De nombreuses décisions rendues par les cours et tribunaux n'apparaissent souvent plus justifiables au regard de cette seule théorie. Même si elle offre à la victime la possibilité d'agir contre un plus grand nombre de responsables, une application à la lettre du test de la *conditio sine qua non*¹⁰¹ aboutit à des solutions parfois injustes. Il n'est

¹⁰⁰ Voy. pour un critique de cet argument, C. BOTMAN, E. DE DUVE, J. HYGEN MEYER, R. JAFFERALLI, N. MASSAGER, R. THÜNGEN et A.-C. VAN GYSEL, «Commentaires relatifs à l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil», p. 22, <http://www.ulb.ac.be/newsletters/droit.php?d=2&c=1&nl=38&cat=9>.

¹⁰¹ «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» (Voy. Cass. 12 octobre 2005, *Pas.*, 2005, I, p. 442; Cass. 12 mai 2006, *J.T.*, 2006, p. 491; Cass. 3 janvier 2007, *Pas.*, 2007, p. 4, concl. J. GENICOT; Cass. 4 février 2008, *Pas.*, 2008, p. 239, *R.W.*, 2009-2010, p. 1561, note B. WEYTS; Cass. 21 septembre 2009, *Pas.*, 2009, p. 1952; Cass. 18 juin 2010, RG C.08.0211.F, www.cass.be; Cass. 17 décembre 2009, *R.D.C.*, 2010, p. 278; Cass. 19 septembre 2011, *Pas.*, 2011, p. 1994; Cass. 9 novembre 2012, RG C.11.0563.N, www.cass.be, concl. G. DUBRULLE; Cass. 14 novembre 2012, RG P.11.1611.F, www.cass.be; Cass. 31 mai 2013, RG C.12.0399.N, www.cass.be).

dès lors pas rare de voir certaines décisions s'en écarter en privilégiant d'autres théories sans nécessairement subir les foudres de la Cour de cassation¹⁰². Ce constat est relayé par les auteurs du projet qui considèrent que «cette méthode de raisonnement n'apparaît plus comme le moyen unique permettant de déterminer l'existence de la relation causale»¹⁰³. On observe, de surcroît, que «plus aucune distinction n'est donc faite en fonction du caractère direct ou indirect du lien avec le dommage ou de l'importance respective des différents facteurs de causalité dans la survenance du dommage»¹⁰⁴. Les auteurs du projet entendent dès lors y remédier.

44. Théorie de l'équivalence des conditions revue et corrigée. Le lien de causalité est abordé dans la section 3 du chapitre consacré à la responsabilité délictuelle. L'article 5.162 dispose que :

«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».

L'article 5.162, alinéa 1^{er}, maintient l'exigence d'un lien de causalité et confirme le principe du test de la *conditio sine qua non*. La théorie de l'équivalence des conditions demeure la référence tandis que la jurisprudence selon laquelle l'existence du lien de causalité peut être déduite de la constatation qu'une faute ou un autre fait générateur de responsabilité est la seule explication possible du dommage est entérinée.

www.cass.be; Cass. 7 mars 2013, RG C.10.0741.F, www.cass.be; Cass. 12 juin 2017 AR C.16.0428N/2; Cass. 8 janvier 2018, AR C. 17.0075.F/1; Cass. 28 juin 2018, AR C.17.0696.N/1 cité dans l'exposé des motifs pp. 89-90.

¹⁰² Cass., 14 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 280, note D. PHILIPPE. Voy. sur cette question, la contribution de A. CATALDO et A. PÜTZ publiée dans le présent ouvrage.

¹⁰³ Exposé des motifs de l'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, version du 22 août 2018, p. 8.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 96.

Un premier mécanisme correctif¹⁰⁵ est toutefois apporté dans le second alinéa.

Lorsque le lien qui existe entre le fait générateur de responsabilité et le dommage est à ce point distendu que l'on ne peut de manière raisonnable conclure à la responsabilité, aucune responsabilité ne peut être retenue¹⁰⁶. Deux critères d'appréciation spécifiques complètent le régime échafaudé par les auteurs du projet. Il s'agit du « caractère imprévisible du dommage à la lumière des effets normaux du fait générateur de responsabilité » et de « la circonstance que ce fait n'a pas augmenté de manière significative le risque de la survenance du dommage, ou, en d'autres termes, lorsqu'il n'a pas contribué de manière significative à la survenance du dommage »¹⁰⁷. Le régime suggéré s'inspire des écrits de H. Bocken¹⁰⁸, M. Van Quickenborne¹⁰⁹ ainsi que W. Van Gerven et A. Van Oevelen¹¹⁰. Les rédacteurs du projet prennent le soin de préciser, dans les travaux préparatoires, que « Contrairement à ce qui est d'application aux Pays-Bas et à ce qui est proposé par les Principes de droit européen de la responsabilité, le fondement de la responsabilité et la nature du dommage ne sont pas pris en considération dans l'appréciation du lien de causalité »¹¹¹.

Un second tempérament – même si certains y voient plutôt un prolongement de la théorie de l'équivalence des conditions qu'une théorie à part entière¹¹² – ressort de l'exposé des motifs, lequel avalise le recours à la théorie de l'alternative légitime¹¹³.

La mise en œuvre de cette théorie est clairement explicitée, « Pour vérifier si un lien causal existe ou non, il faut donc construire la situation hypo-

thétique dans laquelle le fait générateur de responsabilité ne serait pas survenu, en partant du principe que les autres éléments factuels faisant partie de l'historique du dommage restent inchangés. On vérifie alors si le dommage tel qu'il s'est produit concrètement se serait également produit dans cette situation hypothétique. Dans la négative, le fait générateur de responsabilité est alors une condition nécessaire de la survenance du dommage. Dans l'affirmative, il faut conclure que les autres éléments de l'historique du dommage étaient suffisants pour occasionner le dommage et que le fait générateur de responsabilité n'a joué aucun rôle causal »¹¹⁴. Partant, en présence d'une responsabilité pour faute, il convient de remplacer la faute du défendeur par l'alternative légitime à savoir la manière dont ce dernier aurait dû se comporter pour agir licitement^{115, 116}.

45. Évolution de l'avant-projet et commentaires. L'exigence de caractère « distendu » du lien entre le fait générateur de responsabilité et le dommage fut finalement préférée à celle de caractère « étendu »¹¹⁷.

Quant à la théorie de l'alternative légitime, elle ne ressort pas clairement du libellé de l'article 5:162. Lors de la consultation publique, l'une des suggestions formulées par le milieu académique consistait à insérer entre le premier et le second alinéa la phrase « Pour déterminer ce qui se serait produit en l'absence de la faute, celle-ci est remplacée par le comportement licite le plus proche possible »¹¹⁸. Elle n'a toutefois pas reçu d'écho, le texte final restant inchangé.

¹⁰⁵ Voy. pour une analyse de droit comparé des correctifs apportés à la théorie de l'équivalence des conditions, Exposé des motifs de l'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, version du 22 août 2018, p. 97 et s. Les critères et facteurs utilisés dans le DCFR et les PETL sont notamment détaillés.

¹⁰⁶ Exposé des motifs de l'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, version du 22 août 2018, p. 99.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 100.

¹⁰⁸ H. BOCKEN, « Toerekening van de aansprakelijkheid op grond van de equivalentielee », in B. TILLEMANS et I. CLAEYS (eds.), *Buitencontractuele aansprakelijkheid in Recht en onderneming*, Bruges, die Keure, 2004, p. 245.

¹⁰⁹ M. VAN QUICKENBORNE, « Oorzakelijk verband tussen onrechtmatige daad en schade », in *Recht en Praktijk*, n° 47, Mechelen, Kluwer, 2007, p. 27.

¹¹⁰ W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Louvain, Acco, 2015, p. 449.

¹¹¹ Exposé des motifs de l'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, version du 22 août 2018, p. 100.

¹¹² On note en effet que la théorie de l'alternative légitime n'est pas présentée par la commission comme un tempérament à la théorie de l'équivalence des conditions mais plutôt comme le prolongement de celle-ci.

¹¹³ Voy. sur cette théorie, R. JAFFERALI, « L'alternative légitime dans l'appréciation du lien causal, corps étranger en droit de la responsabilité ? », in F. GLANSDORFF (dir.), *Droit de la responsabilité. Questions choisies*, CUP, vol. 157, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 97-164.

¹¹⁴ Exposé des motifs de l'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, version du 22 août 2018, p. 93.

¹¹⁵ Voy. Cass., 12 juin 2017, C.16.0428.N et Cass., 28 juin 2018, C.17.0696.N/1 : « Il n'y a pas de lien de causalité lorsque le dommage se serait également produit si le défendeur avait adopté un comportement correct au lieu de celui qui lui est reproché. Le juge doit ainsi déterminer ce que le défendeur aurait dû faire pour agir licitement. Il doit faire abstraction de l'élément fautif dans l'historique du sinistre, sans en modifier les autres circonstances, et vérifier si le dommage se serait également produit dans ce cas », cités dans l'exposé des motifs, p. 93.

¹¹⁶ Pour les cas de responsabilité sans faute, le raisonnement à adopter consiste à faire abstraction du fait générateur.

¹¹⁷ Ce dernier avait, en effet, suscité des réactions et son caractère inadéquat souligné (voy. sur cette critique, C. BOTMAN, E. DE DUVE, J. HYGEN MEYER, R. JAFFERALI, N. MASSAGER, R. THÜNGEN et A.-C. VAN GYSEL, « Commentaires relatifs à l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil », pp. 23-24, <http://www.ulb.ac.be/newsletters/droit.php?d=2&c=1&n=38&cat=9>).

¹¹⁸ C. BOTMAN, E. DE DUVE, J. HYGEN MEYER, R. JAFFERALI, N. MASSAGER, R. THÜNGEN et A.-C. VAN GYSEL, « Commentaires relatifs à l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil », p. 24.

Sous-section 2

Les causes suffisantes et les hypothèses de pluralité de causes

46. Causes suffisantes. Le projet de réforme traite également du concours de causes suffisantes. Cette problématique est illustrée dans l'exposé des motifs par l'exemple suivant : « Un acheteur acquiert auprès de deux fournisseurs des matières premières et une machine pour les transformer. Les deux fournisseurs ne respectent pas leur engagement. Même si la machine avait été livrée à temps, il y aurait de toute façon eu une perte de production due au manque de matières premières. L'inexécution par le fournisseur de la machine n'est pas une condition nécessaire du dommage ; il en est de même en ce qui concerne la livraison des matières premières si la machine n'est pas disponible »¹¹⁹. L'application rigoureuse de la théorie de l'équivalence des conditions peut offrir à celui qui est responsable d'un fait générateur le moyen d'échapper à sa responsabilité, ce qui n'est guère acceptable, pour les rédacteurs du projet, d'un point de vue politique. La commission prend dès lors le parti, dans ces situations, de « déroger à la règle qui veut que la faute soit une condition nécessaire du dommage »¹²⁰. L'article 5.163 prévoit que :

« 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 ».

47. Causalités multiples. Les articles 5.164 à 5.167 abordent la question de la pluralité de causes et, plus spécifiquement, le régime applicable aux fautes concurrentes, communes et collectives ainsi que l'aide et l'incitation¹²¹.

Sous-section 3

La perte d'une chance

48. Contextualisation. Une autre modification concerne l'introduction en droit belge d'une responsabilité proportionnelle. L'exigence de certitude du lien de causalité est considérée à l'heure actuelle comme trop rigide. La jurisprudence pallie les difficultés au moyen d'expédients tels que la théorie de la perte d'une chance. Initialement créée pour obvier aux difficultés liées

¹¹⁹ Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extra-contractuelle 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, version du 22 août 2018, p. 101.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ Voy. sur l'aide et l'incitation, *supra* n° 28.

à l'absence de certitude du dommage, cette théorie est en effet sortie de son carcan pour s'étendre aux hypothèses où la victime a perdu la chance d'éviter la survenance d'un risque. Cette conception dite « extensive » est critiquée par de nombreux auteurs¹²² qui n'y voient qu'un artifice tandis qu'elle donne lieu à une jurisprudence particulièrement discordante de la Cour de cassation¹²³.

49. Responsabilité proportionnelle. Les articles 5.168 et 5.169 prévoient désormais deux catégories de responsabilité proportionnelle. La première remplace la théorie de la perte d'une chance tandis que la seconde concerne les cas d'incertitudes liées à l'identité du responsable.

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. »

Dans la première hypothèse, la responsabilité est proportionnelle à la probabilité que le fait générateur de responsabilité ait causé le préjudice¹²⁴. « L'avant-projet vise à 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 ainsi d'éviter l'écueil lié à la création de ce préju-

¹²² Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extra-contractuelle 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, version du 22 août 2018, p. 113.

¹²³ Voy. en faveur d'un rejet de la conception extensive de la perte d'une chance : Cass., 1^{er} avril 2004, *J.D.J.*, 2004, liv. 239, p. 44, note, *R.W.*, 2004-2005, p. 106, note I. BOONE, *J.T.*, 2005, p. 357, note N. ESTIENNE, *R.G.D.C.*, 2005, p. 368, note C. EYBEN, *N.J.W.*, 2005, p. 628, note S. LIERMAN, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1076, note E. MONTERO et A. PÜTZ ; Cass., 12 octobre 2005, *Pas.*, 2005, p. 1913 ; Cass., 6 décembre 2013, C.10.0204.F, *Arr. Cass.*, 2013, p. 2640, *Pas.*, 2013, p. 2457, concl. T. WERQUIN. Voy. en faveur de l'admission de cette conception extensive : Cass., 5 juin 2008, *Pas.*, 2008, n° 350, *J.T.*, 2009, p. 28 et note A. PÜTZ ; Cass., 26 juin 2008, *Pas.*, 2008, II, n° 406 ; Cass., 17 décembre 2009, *Pas.*, 2009, III, n° 757 ; Cass., 15 mars 2010, *Pas.*, 2010, I, n° 182 ; Cass., 23 septembre 2013, C.12.0559.N, *J.T.T.*, 2013, p. 493, *Pas.*, 2013, p. 1755, *R.G.A.R.*, 2014, n° 15106, *R.W.*, 2013-2014, p. 940.

¹²⁴ Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extra-contractuelle 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, version du 22 août 2018, p. 113.

dice distinct mais souvent artificiel»¹²⁵. Dans la seconde hypothèse, on vise la situation où «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 pouvoir déterminer précisément qui l'a causé ; «Chacune d'elles est responsable en proportion de la probabilité qu'elle ait causé ce dommage»¹²⁶. La proportionnalité se détermine par la probabilité que la personne qui a exposé la victime à un risque ait causé le dommage.

Section 5

Le dommage et sa réparation

50. Introduction. De nombreuses modifications terminologiques et taxinomiques émaillent les nouvelles dispositions relatives *sensu lato* au dommage et à sa réparation. Dans un premier temps, nous revenons sur la notion de dommage et la nouvelle *summa divisio* qui la traverse (sous-section 1). Le second volet de cette section est, quant à lui, consacré aux principes qui régissent la réparation du dommage que les auteurs du projet regroupent sous l'appellation «les effets de la responsabilité» (sous-section 2).

Sous-section 1

Le dommage

51. Aperçu. Les retouches concernant le dommage sont nombreuses. On voit tout d'abord poindre une nouvelle *summa divisio* entre atteinte et dommage. La définition du dommage comme lésion d'un intérêt (stable et) légitime est donc abandonnée. Par ailleurs, une condition de licéité du dommage fait son apparition. Enfin, un premier pas est réalisé en faveur de l'indemnisation des atteintes à un intérêt collectif. Ces modifications plus ciblées sont traitées aux articles 5.170 à 5.172 sur lesquels nous revenons dans les développements qui suivent. Bien qu'ils traitent également du dommage, les articles 5.173 à 5.175 ne seront pas abordés dès lors qu'ils n'emportent pas de grandes nouveautés. Le caractère personnel et certain du dommage est ainsi rappelé tandis que le préjudice par répercussion fait l'objet de clarifications.

52. Distinction entre atteinte et dommage. Une vision «plus structurante et dynamique»¹²⁷ du dommage est proposée. Elle dérive, selon les

¹²⁵ *Ibidem*, p. 127.

¹²⁶ *Ibidem*, pp. 135-136.

¹²⁷ Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extra-contractuelle 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, version du 22 août 2018, p. 5.

auteurs de l'avant-projet, non d'un bouleversement mais d'une «volonté de clarification et de remise en ordre»¹²⁸. On distingue, d'une part, l'atteinte à un intérêt juridiquement protégé et, d'autre part, les répercussions de cette atteinte. L'atteinte vise notamment l'atteinte à l'intégrité physique, à la santé, à la vie, à un bien dont on est propriétaire, à un droit intellectuel ou à un droit de la personnalité, atteinte à une liberté...¹²⁹ Le dommage réside, par contre, conformément à l'article 5.171, § 1^{er}, dans «les répercussions économiques ou non économiques d'une atteinte à un intérêt juridiquement protégé».

Cette vision duale n'est pas neuve. Elle avait déjà été prônée en 2015 par B. Dubuisson et P. Colson¹³⁰ comme «point d'entrée de la nomenclature des préjudices».

Cette approche n'est pas sans conséquences. Ainsi, l'existence d'une atteinte n'entraîne pas nécessairement avec elle de dommage¹³¹. En outre, la preuve du lien de causalité sera double : elle concernera tant la causalité entre le fait générateur et l'atteinte que la causalité entre l'atteinte et le dommage. On notera aussi qu'un même fait générateur peut entraîner plusieurs atteintes¹³².

Le raisonnement ne s'arrête toutefois pas là. Une fois l'atteinte et ses répercussions déterminées, une troisième étape consistera à fixer l'étendue du dommage et le mode de réparation adéquat. C'est à la section 5 consacrée aux conséquences de la responsabilité qu'il conviendra alors de se référer (articles 5.179 et s.). Cette distinction entre atteinte, résultats de l'atteinte et modes de réparation devrait, selon le vœu de la commission, «permettre de mieux sérier les problèmes»¹³³.

53. Atteinte à un intérêt juridiquement protégé. Plutôt que d'entériner la définition du dommage comme la lésion d'un intérêt stable et légitime¹³⁴, l'avant-projet fait sienne l'idée selon laquelle le dommage résulte de la lésion d'un intérêt juridiquement protégé. L'intérêt juridiquement protégé s'entend d'un «intérêt reconnu et protégé par le droit»¹³⁵. La même approche

¹²⁸ *Ibidem*, p. 141.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 142.

¹³⁰ B. DUBUISSON et P. COLSON, «Nomenclature des préjudices réparables», *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle*, Bruxelles, Bruylant, p. 604.

¹³¹ Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extra-contractuelle 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, version du 22 août 2018, p. 142.

¹³² *Ibidem*, p. 148.

¹³³ *Ibidem*, p. 147.

¹³⁴ Voy. sur cette notion et les critiques y relatives, P. COLSON, «La définition du dommage comme lésion d'un intérêt stable et légitime?», in R. ROBAYE (dir.), *Questions spéciales relatives à la réparation du dommage*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 27 et s.

¹³⁵ Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extra-contractuelle 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, version du 22 août 2018, p. 146.

est adoptée par l'article 823 du BGB allemand sous la réserve importante que, contrairement au droit allemand, l'avant-projet belge n'énumère pas les intérêts dignes de protection. Le droit belge se veut plus ouvert et n'impose aucun filtre à l'entrée en « fonction de la nature de l'importance sociale des intérêts à protéger »¹³⁶. Il incombera dès lors au juge de déterminer si l'atteinte est protégée par le droit.

54. Répercussions économiques ou non économiques de l'atteinte.

Au-delà de la question de l'atteinte qui constitue la porte d'entrée du dommage¹³⁷ se pose la question des répercussions économiques et non économiques de celle-ci. En vertu de l'article 5.171, § 1^{er}, alinéa 2, la nature et l'étendue du dommage 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-ci ». On observera que l'avant-projet ne comporte pas de nomenclature des dommages¹³⁸. La commission se contente de rappeler à l'article 5.174 la distinction fondamentale entre les préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux¹³⁹.

55. Licéité du dommage. L'article 5.171, § 2, énonce que : « Le dommage qui trouve sa source dans un fait ou une activité illicite imputable à la personne lésée n'est pas réparable ». Que l'on ne s'y trompe pourtant pas, cette condition de licéité du dommage ne se confond pas avec celle actuelle d'intérêt légitime¹⁴⁰. Le contrôle porte ici « sur l'existence concrète du dommage et sur son caractère réparable »¹⁴¹ : s'il existe un lien suffisamment étroit entre la situation ou l'activité illicite et le dommage, ce dernier ne sera pas réparable. Il convient de vérifier si le dommage est ou non la conséquence directe de la situation illicite¹⁴². Partant, comme le précisent les travaux préparatoires, n'est ainsi pas exclue « l'indemnisation d'un passager blessé lors d'un accident de chemin de fer qui n'avait pas de titre de transport au moment de l'accident ou d'une personne en séjour irrégulier blessée dans un accident de voiture »¹⁴³. Encore est-il précisé que le droit à réparation est exclu si la situation illicite est

¹³⁶ *Ibidem*, p. 142.

¹³⁷ Exposé des motifs de l'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, version du 22 août 2018, p. 161.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 162. Il est renvoyé au tableau indicatif.

¹³⁹ Elle s'inspire pour ce faire des définitions reprises à l'article VI. – 2:101 du DCFR.

¹⁴⁰ Voy. sur la question délicate de la portée de cette notion, R. JAFFERALI, « L'intérêt légitime à agir en réparation – Une exigence... illégitime? », *J.T.*, 2012, pp. 253-264.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 149.

¹⁴² *Ibidem*, p. 154.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 154. La règle s'inspire de l'article 2:103 des Principles of European Tort Law (PETL).

personnellement imputable à la personne lésée afin de conforter, sur ce point, la jurisprudence de la Cour de cassation¹⁴⁴.

56. Atteinte à un intérêt collectif. L'article 5.172, énonce que :

« 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 ».

Sous l'influence de la jurisprudence de la Cour de cassation¹⁴⁵, du Conseil d'État¹⁴⁶ et de la Cour constitutionnelle¹⁴⁷, la commission ouvre désormais la porte à ce qu'une association ou une collectivité publique puisse diligenter une action en réparation lorsque le dommage résulte d'une atteinte à un intérêt collectif. Le travail reste toutefois inachevé puisqu'il incombe, en réalité, « au législateur d'organiser la réparation des dommages résultant d'une atteinte à un intérêt collectif en déterminant qui peut en demander réparation et sous quelles formes »¹⁴⁸.

La commission belge fait ainsi preuve d'une extrême prudence. Elle veille à supprimer les éventuels obstacles à la reconnaissance de dommages résultant d'une atteinte à un intérêt collectif et renvoie, pour le surplus, la balle au législateur.

¹⁴⁴ Cass., 16 juin 2014, n° C.12.0402.F/1, *J.T.T.*, 2014, p. 360, *Pas.*, 2014, p. 1556, *R.G.A.R.*, 2015, n° 15173 (cas de pertes de rémunérations liées à un emploi public obtenu illégalement) cité dans Exposé des motifs de l'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, version du 22 août 2018, p. 154.

¹⁴⁵ Cass., 11 juin 2013, *T.M.R.*, 2013/4, p. 393, note P. LEFRANC. Voy. aussi, X. THUNIS, « La responsabilité environnementale en droit européen : matière à intégration(s) », in *D'urbanisme et d'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 828-829; X. THUNIS, « Les préjudices écologiques. Rapport belge : encore du chemin à faire », in P. JOURDAIN, *La responsabilité environnementale*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 231 et s.

¹⁴⁶ C.E., n° 237.118 du 24 janvier 2017, *Amén.*, 2017, p. 300, *A.P.T.*, 2017, p. 271. Voy. sur cet arrêt, X. THUNIS, « Les préjudices écologiques. Rapport belge : encore du chemin à faire », in P. JOURDAIN, *La responsabilité environnementale*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 237 et s.

¹⁴⁷ C.C., n° 7/2016, 21 janvier 2016, *For. ass.*, 2016, p. 194, note J. LAFFINEUR, *R.G.A.R.*, 2016, n° 15304, *R.W.*, 2016-2017, p. 1377, note S. SOMERS, *R.G.D.C.*, 2017, p. 257, note P. GILLAERTS. Voy. sur cet arrêt, X. THUNIS, « Les préjudices écologiques. Rapport belge : encore du chemin à faire », in P. JOURDAIN, *La responsabilité environnementale*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 236 et s.

¹⁴⁸ Exposé des motifs de l'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, version du 22 août 2018, p. 157.

Sous-section 2

Les effets de la responsabilité

57. Aperçu. La commission de réforme prend la peine de couler dans le livre 5 les grands principes qui gouvernent la réparation du dommage. Ainsi, un régime particulièrement favorable est mis en place en ce qui concerne l'indemnisation des dommages qui résultent d'une atteinte à l'intégrité physique (*infra* n° 58). Les controverses relatives à l'état antérieur de la victime sont tranchées (*infra* n° 59). Les principes de réparation intégrale et en nature sont consacrés expressément (*infra* n° 60 et 61). De nouvelles dispositions codifient le sort des versements et avantages reçus par la personne lésée (*infra* n° 62) tandis que les principes d'évaluation distincte des dommages et de libre disposition de l'indemnité sont prônés (*infra* n° 63). Les recours après indemnisation font également l'objet de dispositions spécifiques (*infra* n° 64).

58. Effets de la responsabilité: aggravation des dommages. L'indemnisation des dommages qui résultent d'une atteinte à l'intégrité physique a retenu l'attention toute particulière de la commission (voy. *supra* n° 17). Les dispositions relatives au dommage nouveau et à l'aggravation du dommage en constituent une nouvelle illustration.

L'article 5.186 ouvre le droit pour la personne lésée ayant été indemnisée d'un dommage résultant d'une atteinte à l'intégrité physique de postuler le bénéfice d'une indemnité complémentaire en présence d'un dommage nouveau¹⁴⁹ ou d'une aggravation¹⁵⁰ imprévisible au moment de l'indemnisation initiale. La solution prévaut même en l'absence de réserves judiciaires et s'inspire de l'article 1262 du projet de réforme français¹⁵¹. L'article 5.186 ajoute toutefois une condition supplémentaire: le nouveau dommage ou l'aggravation du dommage préexistant doivent être imprévisibles au moment de l'indemnisation initiale.

¹⁴⁹ On vise ici « un dommage qui n'a pas été pris en compte, dans son principe, lors d'une évaluation précédente et qui était imprévisible à ce moment » (Exposé des motifs de l'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, version du 22 août 2018, p. 188).

¹⁵⁰ Il s'agit d'un « dommage déjà indemnisé mais dont les conséquences se sont alourdies à la suite de circonstances imprévisibles au moment de l'évaluation antérieure » (Exposé des motifs de l'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, version du 22 août 2018, p. 188).

¹⁵¹ Il s'agit ici d'une nouveauté. L'article énonce que « En cas d'aggravation du dommage postérieurement au jugement, la victime peut demander un complément d'indemnité pour le préjudice qui en résulte. En cas de dommage corporel, elle peut également réclamer une indemnité complémentaire pour tout chef de préjudice préexistant non inclus dans la demande initiale ».

L'article 5.186 prohibe les transactions qui impliqueraient, dans le chef de la victime de lésions corporelles, une renonciation à se prévaloir des droits conférés par l'article 5.186, alinéa 1^{er}. Même si la conclusion d'une transaction reste possible, la victime ne peut donc plus transiger sur son droit d'obtenir une indemnité complémentaire dans les deux hypothèses susvisées¹⁵².

59. Effets de la responsabilité: état antérieur et prédisposition. Les controverses liées à la prise en considération de l'état antérieur de la victime ont battu leur plein suite à l'arrêt de la Cour de cassation du 2 février 2011¹⁵³. La doctrine restait depuis lors divisée sur la question de savoir si l'appréciation du préjudice était tributaire de l'état antérieur de la victime¹⁵⁴. La commission tranche définitivement cette controverse.

Lorsque la personne lésée est déjà atteinte dans son intégrité physique et que l'atteinte « a accéléré le processus dommageable », l'article 5.178, alinéa 1^{er}, prévoit que le responsable ne sera tenu de supporter que les conséquences dommageables liées à cette accélération¹⁵⁵.

Lorsque « la personne lésée a déjà subi un dommage ou souffrait d'une limitation de sa capacité avant l'accident », le responsable ne devra réparer que le dommage nouveau ou l'aggravation du dommage préexistant conformément à l'article 5.178, alinéa 2.

Comme le précisent les travaux préparatoires, « la disposition implique donc que le juge doit prendre en considération l'état préexistant de la personne lésée dans la mesure où le dommage aurait existé même sans le fait générateur »¹⁵⁶.

Les prédispositions de la victime sont, quant à elles, abordées à l'article 5.177 qui s'intitule « vulnérabilité particulière de la personne lésée ». Cet article n'appelle guère de commentaire: la vulnérabilité ne peut avoir pour

¹⁵² Exposé des motifs de l'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, version du 22 août 2018, p. 188.

¹⁵³ Cass., 2 février 2011, P.10.1601.F/2, *Pas.*, 2011, p. 394, R.G.A.R., 2011, n° 14801, R.W., 2012-2013, p. 300.

¹⁵⁴ Voy. pour une réponse positive: J.-C. THIRY et D. COCO, « L'état antérieur: changement ou continuité? », obs. sous Cass., 2 février 2011, *Revue belge du dommage corporel et de médecine légale*, 2014, pp. 55-57; N. SIMAR et B. DEVOS, « Prédispositions pathologiques et état antérieur: une tempête dans un verre d'eau? », R.G.A.R., 2016, n° 15150; B. FOSSEPREZ, « L'état antérieur à la croisée de différentes disciplines juridiques: un consensus possible? », in A. CATALDO et A. PÜTZ (dir.), *Trois conditions pour une responsabilité. Sept regards*, Limal, Anthemis, 2016, pp. 87-97. Voy. pour une réponse négative, P. STAQUET, « État antérieur d'une victime: à prendre ou à laisser? », R.G.A.R., 2012, n° 14850; J.-L. FAGNART, « L'état antérieur revisité par la Cour de cassation », in *L'évaluation et la réparation du dommage corporel. Questions choisies*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 83 et s.

¹⁵⁵ *Ibidem*, pp. 168-169.

¹⁵⁶ Exposé des motifs de l'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, version du 22 août 2018, p. 169.

effet de réduire l'indemnité de la personne lésée conformément à la jurisprudence constante¹⁵⁷.

60. Effets de la responsabilité: principe de la réparation intégrale.

Le principe de la réparation intégrale est consacré à l'article 5.179 de l'avant-projet et s'applique tant aux dommages patrimoniaux qu'aux dommages extrapatrimoniaux. Les méthodes préconisées à l'article 5.180 tendent à rencontrer ce principe.

Pour les dommages patrimoniaux, on applique la règle de la différence négative qui « vise à placer la personne lésée dans la situation où elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu » (art. 5.180, § 1^{er}, alinéa 1^{er}). La règle permet uniquement, selon les rédacteurs de l'avant-projet, de déterminer l'étendue du dommage et non son existence^{158, 159}. Cette approche s'inscrit en faux par rapport à la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de *wrongful life*¹⁶⁰.

En matière de dommages extrapatrimoniaux, la règle de la différence négative est, par contre, écartée vu son inadéquation au profit d'une juste et adéquate compensation (art. 5.180, § 1^{er}, alinéa 2).

61. Effets de la responsabilité: principe de la réparation en nature.

Le droit de la personne lésée d'obtenir la réparation en nature de son dommage est coulé dans un texte. L'article 5.182, § 2, vient toutefois encadrer le recours à cette forme de réparation, et ce conformément aux principes applicables actuellement en droit belge. Le principe de la réparation en nature doit en effet céder la place à des dommages et intérêts dans plusieurs hypothèses délimitées par la loi. Tout d'abord, la réparation en nature est rejetée lorsqu'elle est matériellement impossible. Elle est également exclue si elle constitue un abus de droit. Enfin, elle est écartée lorsqu'elle requiert le recours à la contrainte sur la personne du débiteur ou si elle est contraire à la dignité humaine¹⁶¹. Dans

¹⁵⁷ Cass., 8 juin 1951, *Pas.*, 1951, p. 691; Cass., 14 juin 1995, *Arr. Cass.*, 1995, p. 605, *Bull.*, 1995, p. 627, *Pas.*, 1995, I, p. 627, n° 296, *Dr. circ.*, 1996, p. 22.

¹⁵⁸ Voy. en ce sens, B. DUBUISSON, « L'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable. L'être ou le néant: l'alternative illégitime », *J.T.*, 2015, p. 209.

¹⁵⁹ Notons toutefois qu'en précisant à l'article 5.171, § 1^{er}, alinéa 2, que la nature du dommage se déduit 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-ci », la nouvelle mouture du projet peut prêter à discussion.

¹⁶⁰ Cass. (ch. réunies), 14 novembre 2014, *J.T.*, 2015, p. 221. Dans son rapport, l'UNAMUR regrette d'ailleurs que l'avant-projet ne prenne pas plus clairement position sur les actions en *wrongful life*.

¹⁶¹ Voy. pour une critique de cet article et les distinctions entre condamnation à la réparation en nature et exécution forcée de la condamnation à la réparation en nature, C. BOTMAN, E. DE DUVE, J. HYGEN MEYER, R. JAFFERALI, N. MASSAGER, R. THÜNGEN et A.-C. VAN GYSEL, « Commentaires relatifs à l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil », p. 34, <http://www.ulb.ac.be/newsletters/droit.php?id=2&c=1&n=38&cat=9>.

l'hypothèse inverse, si c'est le responsable qui offre d'exécuter la réparation en nature, la personne lésée ne peut s'y opposer à moins qu'elle ne puisse se prévaloir de justes motifs. Si la réparation intégrale du dommage requiert, outre une réparation en nature, le paiement de dommages et intérêts, le cumul de ces deux formes de réparation est autorisé.

62. Effets de la responsabilité: sort des versements et avantages reçus par la personne lésée.

Afin de garantir la sécurité juridique, le sort des versements et avantages que reçoit la victime après l'accident est réglé à l'article 5.148, § 1^{er}, qui codifie la jurisprudence de notre Cour suprême. La commission part tout d'abord du principe que les avantages perçus par la victime après l'accident doivent être imputés sur le montant de l'indemnité¹⁶². La victime ne peut en effet s'enrichir du fait de l'accident. L'imputation des avantages reste toutefois soumise à plusieurs conditions. D'une part, il doit exister un lien de causalité entre l'avantage perçu et le fait générateur du dommage¹⁶³. Lorsque sans l'acte illicite, la victime aurait tout de même obtenu cet avantage, il n'y aura pas d'imputation. D'autre part, l'octroi de l'avantage doit répondre à un objectif de réparation du dommage. Pour trancher cette question, on aura notamment égard à « l'intention des parties lorsque le paiement est effectué en exécution d'une convention », à « l'intention du législateur si la prestation est la conséquence d'une obligation légale » ou au caractère indemnitaire ou forfaitaire de l'assurance si le paiement est effectué sur cette base^{164, 165}. La prestation doit évidemment porter « sur le même dommage que celui pour lequel la personne responsable doit réparation »¹⁶⁶.

Lorsque c'est le responsable qui tire profit de la faute, c'est l'article 5.184, § 2, qui trouvera à s'appliquer (voy. *supra* n° 19).

63. Effets de la responsabilité: évaluation distincte des dommages et libre disposition de l'indemnité.

Dans une optique de transparence, la commission a estimé utile, conformément à l'article 5.185, alinéa 1^{er}, d'imposer au juge d'identifier chacun des postes de dommage pour lequel il accorde

¹⁶² Exposé des motifs de l'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, version du 22 août 2018, p. 182.

¹⁶³ Cass., 1^{er} février 2013, *Pas.*, 2013, 300, *R.W.*, 2013-2014, p. 1533, note.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ Il s'agit ici d'une marche arrière par rapport à la première mouture du projet qui réglait le sort de la pension de survie.

¹⁶⁶ Cass., 7 septembre 2004, *R.A.B.G.*, 2005, p. 1105, *R.G.A.R.*, 2006, n° 14108, *R.W.*, 2006-2007, p. 1757; Cass., 15 février 2011, *Pas.*, 2011, p. 517 cités par Exposé des motifs de l'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, version du 22 août 2018, p. 183.

réparation. Cette évaluation distincte des préjudices permettra de favoriser la réparation ultérieure de dommages nouveaux et la détermination de l'étendue des recours après indemnisation¹⁶⁷. La solution est calquée sur celle applicable aux quittances pour solde de tout compte dans les assurances de responsabilité qui figure à l'article 148, alinéa 2, de la loi du 4 avril 2014¹⁶⁸.

Le principe souffre néanmoins une exception « Lorsque l'étendue du dommage ne peut être déterminée d'aucune autre manière, le juge peut accorder une indemnité en équité » (article 5.185, alinéa 3). Cette évaluation en équité ou *ex aequo et bono* reste toutefois, conformément à une jurisprudence constante, subsidiaire¹⁶⁹.

Un calcul approximatif du dommage est, par ailleurs, autorisé par l'article 5.185, alinéa 2, « lorsqu'il serait trop difficile ou trop coûteux de déterminer précisément l'étendue ». La commission songe notamment au « préjudice économique et financier résultant de pertes de marchés, de bénéfices ou de clientèle, qui requiert parfois de recourir à des modèles économiques ou à des projections »¹⁷⁰.

Les liens avec le domaine des assurances de la responsabilité civile ne s'arrêtent toutefois pas là. L'article 5.187 intègre, en droit de la responsabilité civile, le principe de la libre disposition de l'indemnité prévu à l'article 147 de la loi relative aux assurances du 4 avril 2014¹⁷¹. Il est dès lors loisible à la victime de ne pas affecter l'indemnité à la réparation effective de son dommage.

64. Recours après indemnisation. En l'état actuel du droit belge, les recours après indemnisation ne font l'objet d'aucune disposition. On enseigne cependant de manière constante que le responsable qui a indemnisé la personne lésée peut exercer un recours contributoire contre les coresponsables. La matière est désormais régie à l'article 5.189 dont la nature est supplétive.

La portée du recours contributoire est tout d'abord clarifiée. La part de responsabilité qui incombe à chacun des coresponsables dépend du critère de l'incidence causale. Conformément à l'alinéa 2 de l'article 5.189, c'est « la contribution de chacun des faits générateurs de responsabilité à la survenance du dommage » qui constitue la clé de répartition. Le critère de la gravité

des fautes jadis retenu n'a plus voix au chapitre¹⁷². Par contre, lorsqu'il est impossible de déterminer la contribution causale de chacun des faits générateurs, le critère du partage par parts viriles est privilégié. Ensuite, l'alinéa 3 de l'article 5.189 traite de la faute de la personne lésée. Il confirme la règle selon laquelle lorsque le tiers responsable a commis une faute intentionnelle, l'adage *Fraus omnia corrumpit* fait obstacle à un partage de responsabilité. Malgré une jurisprudence en sens contraire de la Cour de cassation¹⁷³, l'avant-projet étend le principe à la « répartition de la charge du dommage entre les coresponsables »¹⁷⁴. Enfin, sous réserve de toute disposition légale ou conventionnelle en sens contraire, la solution admise en doctrine et en jurisprudence¹⁷⁵, qui prévoit que la personne qui a indemnisé la personne lésée sur la base d'une responsabilité sans faute peut exercer un recours pour l'intégralité des montants contre celui dont la faute a constitué une des causes du dommage, est entérinée à l'alinéa 4 de l'article 5.189.

On aurait pu s'attendre à ce que la sempiternelle question du fondement du recours soit définitivement tranchée. Tel n'est toutefois pas le cas. La commission se contente d'affirmer que « la personne lésée peut également fonder son recours sur la subrogation légale ou un autre fondement juridique disponible »¹⁷⁶.

Section 6 Regard critique sur le projet de réforme : les lacunes et les regrets

65. Introduction. La commission le concède sans ambages, le projet est perfectible et ne résout pas toutes les questions¹⁷⁷.

¹⁶⁷ Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extra-contractuelle 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, version du 22 août 2018, p. 185.

¹⁶⁸ Loi du 4 avril 2014 relative aux assurances, M.B., 30 avril 2014.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 186.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ Loi du 4 avril 2014 relatives aux assurances, M.B., 30 avril 2014.

¹⁷² Voy. en faveur du critère de la gravité des fautes, Cass., 18 janvier 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 574; Cass., 27 janvier 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 553; Cass., 11 juin 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 1159; Cass., 11 mars 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 383; Cass., 29 janvier 1988, *Pas.*, 1988, p. 627, R.C.J.B., 1993, p. 317 et note L. CORNELIS, « Le partage des responsabilités en matière aquilienne »; Cass., 8 octobre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1124, et les conclusions de l'avocat général PIRET; Cass., 29 novembre 1995, *Pas.*, I, 1995, p. 1087.

¹⁷³ Cass. 2 octobre 2009, *Pas.*, 2009, p. 2110, J.T., 2010, p. 538, note A. LENAERTS, *NjW*, 2010, p. 318, note I. BOONE, R.A.B.G., 2010, p. 1287, R.W., 2010-2011, p. 487, note S. GUILLIAMS.

¹⁷⁴ Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extra-contractuelle 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, version du 22 août 2018, p. 196.

¹⁷⁵ Cass. 14 février 2013, C. 11.0793.F, *Pas.*, 2013, p. 429, R.G.A.R., 2014, n° 15054; Cass., 24 mars 2016, C.13.0279.N/36, R.W., 2017-2018, p. 380.

¹⁷⁶ Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extra-contractuelle 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, version du 22 août 2018, pp. 194-195.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 13.

Au rang des regrets et lacunes, la commission épingle l'intégration partielle des régimes particuliers du Code civil et la fragmentation du droit de la responsabilité qui en résulte (*infra* n° 66), l'absence de prise en considération du préjudice écologique (*infra* n° 67) ainsi que la non-réorganisation du régime des recours des tiers payeurs (*infra* n° 68).

On peut ajouter à cette énumération l'absence de liens plus étroits entre les projets de réforme du droit des obligations et du droit de la responsabilité civile (*infra* n° 69). De même, l'essor des nouvelles technologies de l'information et, plus spécifiquement le développement de l'intelligence artificielle et du *big data*, auraient mérité que l'on s'y attarde davantage (*infra* n° 70). Enfin, on peut encore déplorer le maintien de certaines controverses lancinantes auxquelles il aurait pu être fait un sort (*infra* n° 71).

Reconnaissons cependant que la mission confiée par le ministre était colossale et le délai pratiquement intenable : « À l'impossible, nul n'est tenu ». Les innovations voulues par la commission dans des matières sensibles n'ont pas accéléré le processus. Par ailleurs, la commission a dû composer avec de nombreuses questions épineuses au sujet desquelles la jurisprudence et la doctrine s'étaient montrées particulièrement divisées.

66. Fragmentation du droit de la responsabilité civile. La fragmentation du droit de la responsabilité civile a souvent été dénoncée. Le droit de la responsabilité civile débordait largement des quelques dispositions qu'y consacre le Code. Les nombreuses législations particulières qui gravitent autour du Code civil sont souvent oubliées voire inconnues du praticien. L'idée de les rassembler et les rationaliser au sein d'un seul corpus de règles était donc tout à fait louable et souhaitable.

Le caractère hétéroclite et les particularités propres à chacune de ces législations ont toutefois freiné la commission dans la concrétisation de ce projet de rationalisation. Le sort des régimes d'indemnisation sans responsabilité qui ne coïncident pas avec le cadre strict de la responsabilité a aussi posé question¹⁷⁸. Face à ces difficultés, les rédacteurs de l'avant-projet ont préféré opter pour une intégration très partielle des régimes spécifiques. Il en résulte une certaine insatisfaction, le travail restant inachevé. Le caractère fragmenté du droit de la responsabilité subsistera donc au grand dam des praticiens et des citoyens.

¹⁷⁸ Dans son rapport, l'UNamur avait d'ailleurs souligné que « L'argument selon lequel les régimes assurantiels devraient être maintenus hors du Code ne tient guère si l'on prend en considération les nouvelles obligations d'assurances consacrées par la réforme et intégrées dans le Code civil ».

67. Préjudice écologique. La réparation du préjudice écologique est également le grand absent de la réforme¹⁷⁹. Le projet se contente, en effet, uniquement de prévoir à l'article 5.172 que les dommages qui résultent de l'atteinte à un intérêt collectif sont réparables dans les conditions et modalités fixées par le législateur. L'avancée est timide... d'autant que la France a déjà franchi le Rubicon¹⁸⁰.

Pour s'en défendre, la commission belge s'est notamment retranchée derrière les règles de « répartition des compétences entre l'État fédéral et les entités fédérées » ainsi que la difficulté du choix des « instruments juridiques appropriés »¹⁸¹. Elle ajoute que ni la jurisprudence de la Cour de cassation, ni celle de la Cour constitutionnelle, ni même la loi du 12 janvier 1993¹⁸² ne permettent aux associations, à l'heure actuelle, d'obtenir l'indemnisation d'un préjudice écologique pur¹⁸³. Quant à la directive du 21 avril 2004¹⁸⁴ et la loi du 20 janvier 1999¹⁸⁵, elles prévoient la réparation du préjudice écologique ou du dommage environnemental dans des matières spécifiques par l'intermédiaire d'une autorité publique indépendante et via la voie de polices administratives.

Certes, les arguments sont pertinents. Ils ne sont néanmoins, à l'analyse, nullement dirimants.

Partant, un collectif s'est formé pour militer en faveur de l'inscription d'un régime de responsabilité environnementale dans le Code civil. Une déclaration commune fut publiée en ce sens le 30 avril 2018¹⁸⁶,¹⁸⁷. Pour le collectif, « la présente réforme du Code civil [...] est une occasion historique d'organiser

¹⁷⁹ Voy. sur le préjudice écologique, X. THUNIS, « Les préjudices écologiques. Rapport belge : encore du chemin à faire », in P. JOURDAIN, *La responsabilité environnementale*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 227-239.

¹⁸⁰ L. NEYRET, « La consécration du préjudice écologique dans le Code civil », *T.O.O.*, 2018, pp. 178-186.

¹⁸¹ Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extra-contractuelle 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, version du 22 août 2018, p. 15.

¹⁸² Loi du 12 janvier 1993 concernant un droit d'action en matière de protection de l'environnement, *M.B.*, 12 février 1993.

¹⁸³ Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extra-contractuelle 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, version du 22 août 2018, pp. 158-159.

¹⁸⁴ Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, *J.O.*, L 143, 30 avril 2004, pp. 56-75.

¹⁸⁵ Loi du 20 janvier 1999 visant la protection du milieu marin (et l'organisation de l'aménagement des) espaces marins sous juridiction de la Belgique, *M.B.*, 12 mars 1999.

¹⁸⁶ <https://cdn.uclouvain.be/groups/cms-editors-seres/D%C3%A9claration%20commune%20-%20r%C3%A9gime%20RC%20environnementale%202018.pdf>.

¹⁸⁷ Voy. également les cartes blanches publiées dans *Le Soir*, « Inscrire le préjudice écologique dans le nouveau Code civil : un enjeu de société » et *De Standaard*, « Geen milieuschade in het nieuwe Burgerlijk Wetboek? Dommage! ».

un régime subsidiaire, compréhensible et opérationnel, de responsabilité civile en cas de préjudice écologique ».

Le collectif, dans cette déclaration commune¹⁸⁸, tente de démontrer que les craintes formulées à l'encontre de l'inscription d'un régime de responsabilité environnementale sont injustifiées, et combat les fausses idées reçues. Sur la base des travaux de Y. Lejeune¹⁸⁹, l'obstacle des règles de répartition de compétences est également surmonté. Les grandes lignes d'un régime de responsabilité civile environnementale sont ensuite tracées tandis qu'un projet concret de dispositions législatives largement inspirées du droit français est transmis à la commission suite à la consultation publique.

Il n'y a dès lors plus qu'à espérer que la commission réponde à l'appel d'une partie de la doctrine et de la société civile...

68. Recours des tiers payeurs. «Vu la complexité de la tâche, la multiplicité des acteurs concernés (assureurs, mutuelles, C.P.A.S.,...) et la diversité des enjeux et des compétences, l'idée de remettre de l'ordre dans cette matière a finalement été abandonnée dans le cadre de ce projet»¹⁹⁰.

Tels sont les mots employés par la commission pour justifier l'abandon à contrecœur d'une réorganisation complète des recours des tiers payeurs.

La tâche était évidemment ardue vu la multiplication des recours directs issus de législations particulières, des recours subrogatoires ainsi que des recours fondés sur l'article 1382 du Code civil¹⁹¹.

À l'heure actuelle, les difficultés se cristallisent à plusieurs endroits. Tout d'abord, au niveau de l'identification des droits dans lesquels le tiers payeur est subrogé, les textes légaux applicables sont jugés trop restrictifs notamment dans le cas de l'assureur privé et de l'assureur-loi¹⁹². Le recours à la subrogation de droit commun pourrait sur ce point constituer un palliatif. Au demeurant, l'étendue du recours des tiers payeurs est également sujette à de nombreuses

¹⁸⁸ <https://cdn.uclouvain.be/groups/cms-editors-seres/D%C3%A9claration%20commune%20-%20%C3%A9gime%20RC%20environnementale%202018.pdf>.

¹⁸⁹ Voy. la note de Y. LEJEUNE publiée sur le site <https://cdn.uclouvain.be/groups/cms-editors-seres/Y%20Lejeune%20RC%3%A9partition%20des%20comp%C3%A9tences%20et%20responsabilit%C3%A9%20civile%20environnementale%20avril%202018.pdf>. Voy. également Y. LEJEUNE, « La répartition des compétences législatives en matière de responsabilité résultant d'un préjudice environnemental », *Amén.*, 2018, pp. 209-214.

¹⁹⁰ Exposé des motifs de l'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, version du 22 août 2018, p. 15.

¹⁹¹ Voy. sur cette question, B. FOSSEPREZ, « Les recours des tiers payeurs : approche transversale », in F. GEORGE et X. THUNIS, *Métamorphoses de la subrogation*, Limal, Anthemis, 2018, pp. 101-158.

¹⁹² B. FOSSEPREZ, « Les recours des tiers payeurs : approche transversale », in F. GEORGE et X. THUNIS, *Métamorphoses de la subrogation*, Limal, Anthemis, 2018, p. 157, n° 87. Voy. aussi sur le recours des tiers payeurs, N. SIMAR, « L'incidence des recours de tiers payeurs », in *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Études de droit comparé*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 761-779.

difficultés notamment lorsqu'il s'agit d'identifier les postes relevant de l'objet et de l'assiette du recours. C'est la raison pour laquelle B. Fosséprez s'est montrée favorable à une détermination précise de « l'étendue des recours des tiers payeurs sous le prisme d'une évaluation poste par poste et d'une nomenclature précise des chefs de préjudices réparables, accompagnée d'une table de concordance entre les prestations versées par les tiers payeurs et les postes de préjudice sur lesquels ils peuvent s'imputer »¹⁹³. Enfin, le recours direct de l'employeur public gagnerait en cohérence s'il n'était pas « contaminé par la reconnaissance d'un droit propre mais circonscrit aux limites de la subrogation. En effet, seule cette dernière base permet d'assurer le respect du principe indemnitaire et de son corollaire, le transfert de la charge du dommage sur les épaules du tiers responsable »¹⁹⁴.

Au regard des critiques formulées et des ébauches de solutions envisagées, nous pensons qu'il s'agit d'une occasion manquée de la commission.

69. Absence de liens étroits avec le projet de réforme du droit des obligations. La mise en parallèle des deux avant-projets de réforme laisse transparaitre, sur certains aspects, un manque de concertation. Les liens entre les matières restent fort limités¹⁹⁵ et les régimes parfois asymétriques¹⁹⁶.

Tout d'abord, comme l'a souligné l'ULB dans son rapport, certaines définitions, notamment celle relative à la force majeure, auraient gagné à être davantage uniformisées dans les deux avant-projets¹⁹⁷.

Ensuite, on peut regretter que les avant-projets n'abordent pas les notions de faute lourde, faute intentionnelle et dol¹⁹⁸.

De surcroît, l'arsenal des sanctions aurait pu être, un tant soit peu, harmonisé. Des liens avec l'avant-projet de réforme du droit des obligations auraient, par exemple, été souhaitables¹⁹⁹.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 157, n° 88 qui se rallie à la position de B. DUBUISSON, « L'inflation des recours directs fondés sur l'article 1382 du Code civil ou la transfiguration des tiers payeurs », in *La rupture du lien causal ou l'avènement de l'action directe et le déclin du recours subrogatoire* ?, Liège, Éditions du Jeune Barreau de Liège, 2007, p. 254.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 157, n° 88.

¹⁹⁵ On songe notamment à l'article 5.311, alinéa 2 qui dispose que « Les articles 5.141 et suivants relatifs à la responsabilité extracontractuelle sont d'application conforme à moins que leur nature et leur portée ne soient incompatibles avec une telle application ».

¹⁹⁶ Voy. *supra* les notes de bas de page n° 43 (obligation de limiter le dommage) et n° 53 (notion d'imputabilité).

¹⁹⁷ C. BOTMAN, E. DE DUVE, J. HYGEN MEYER, R. JAFFERALI, N. MASSAGER, R. THÜNGEN et A.-C. VAN GYSEL, « Commentaires relatifs à l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil », p. 12, <http://www.ulb.ac.be/newsletters/droit.php?d=2&c=1&nl=38&cat=9>. Cette critique valait principalement dans le cadre de la première mouture de l'avant-projet pour la définition de la force majeure.

¹⁹⁸ C. BOTMAN, E. DE DUVE, J. HYGEN MEYER, R. JAFFERALI, N. MASSAGER, R. THÜNGEN et A.-C. VAN GYSEL, « Commentaires relatifs à l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil », p. 9, <http://www.ulb.ac.be/newsletters/droit.php?d=2&c=1&nl=38&cat=9>.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 34, <http://www.ulb.ac.be/newsletters/droit.php?d=2&c=1&nl=38&cat=9>.

Les distinctions entre exécution en nature et réparation en nature ainsi qu'entre condamnation et exécution forcée de cette condamnation mériteraient, par ailleurs, d'être éclaircies.

En outre, malgré les nombreuses controverses qui existent à l'heure actuelle sur la question du fondement du recours contributoire, cette dernière ne semble pas trouver son dénouement dans la réforme²⁰⁰. La question de l'articulation de l'article 5.146 (actuel article 1382) et des articles 5.291 et s. (actuels articles 1250 et s.) consacrés à la subrogation reste entière. La réforme du droit de la responsabilité civile n'apporte pas de nouveaux éclairages...

Enfin, même si cela ne dépendra plus des commissions de réforme, il serait heureux que les deux avant-projets soient étudiés concomitamment à la Chambre des représentants. Une date commune d'entrée en vigueur pourrait en outre faciliter le travail des praticiens. Il faudra également composer avec l'entrée en vigueur du livre 8 relatif au droit de la preuve²⁰¹.

70. Nouvelles technologies de la société de l'information, l'intelligence artificielle et le big data. L'apparition de nouvelles technologies conjuguée au phénomène du *big data* aurait également pu être appréhendée, même à la marge, par le Code civil.

Il règne, par exemple, toujours un certain flou sur le sort à réserver aux choses incorporelles telles que les logiciels. Ces dernières tombent-elles sous le champ du régime de responsabilité du fait des choses et/ou du régime de responsabilité des produits défectueux²⁰²? Comment démontrer le vice en matière d'intelligence artificielle lorsque la transparence et l'explicabilité des algorithmes posent problème? Qui revêt la qualité de gardien entre le concepteur, l'intégrateur ou l'exploitant d'un programme d'ordinateur²⁰³? L'imputabilité des actes d'un robot constitue également un « enjeu crucial »²⁰⁴ pour la société de demain. Les travaux préparatoires n'en disent mot. Il s'agit pourtant de questions d'une actualité brûlante qui auraient sans conteste mérité l'attention de la commission.

²⁰⁰ F. GEORGE et X. THUNIS, « Le futur de la subrogation : une évolution sans révolution », in F. GEORGE et X. THUNIS, *Métamorphoses de la subrogation*, Limal, Anthemis, 2018, p. 174.

²⁰¹ Voy. loi du 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un livre 8 « La preuve », M.B., 14 mai 2019.

²⁰² Voy. sur ces questions, J.-B. HUBIN, « La responsabilité du fait des robots : le droit de la responsabilité à l'ère de la révolution numérique », in *Responsabilités et numérique*, Limal, Anthemis, 2018, pp. 264 et s.; J.-B. HUBIN, A. CRUQUENAIRE et V. ROUARD, « Le big data : responsabilités et solutions pratiques pour un encadrement contractuel », R.D.T.I., 2018, pp. 97 et s.

²⁰³ Voy. sur ces questions, J.-B. HUBIN, A. CRUQUENAIRE et V. ROUARD, « Le big data : responsabilités et solutions pratiques pour un encadrement contractuel », R.D.T.I., 2018, pp. 103-104.

²⁰⁴ J.-B. HUBIN, « La responsabilité du fait des robots : le droit de la responsabilité à l'ère de la révolution numérique », in *Responsabilités et numérique*, Limal, Anthemis, 2018, p. 264.

71. Controverses non réglées. Des controverses plus traditionnelles demeurent également non résolues.

Il est notamment toujours permis de se demander si la présomption de responsabilité du commettant s'applique en présence d'un acte objectivement illicite de son préposé. De même, on peut légitimement s'interroger sur la possibilité de reconnaître à un mineur de moins de 12 ans la qualité de gardien au sens des articles 5.160 et 5.161²⁰⁵. La possibilité pour le tiers responsable qui a indemnisé intégralement la victime de soulever, en sa qualité de subrogé dans les droits de la victime, une présomption de responsabilité afin d'obtenir de la personne présumée responsable sa part de responsabilité alors même qu'il ne pourra, lorsque le recours contributoire est exercé par le présumé responsable, lui opposer la présomption comme moyen de défense heurte encore le bon sens. Les conditions du recours contributoire doivent-elles véritablement être tributaires de la qualité de la personne qui l'exerce²⁰⁶? Il est permis d'en douter.

Doit-on y voir autant d'occasions manquées de la commission ou est-il préférable de laisser le soin à la jurisprudence de trancher ces questions? La question n'appelle pas, à notre sens, de réponse univoque.

72. Conclusions. Le droit de la responsabilité civile avait manifestement besoin d'une cure de jouvence. Le travail abattu par la commission est remarquable tant les controverses qui jalonnent depuis 1804 la matière sont nombreuses et parfois insolubles. Les rédacteurs du projet n'ont pas hésité à les saisir à bras-le-corps. L'avant-projet de la commission est ambitieux. Au-delà d'un travail de pure codification, les auteurs ont voulu moderniser le Code au risque de buter sur des pierres d'achoppement et d'être soumis aux critiques. La fonction indemnitaire du droit de la responsabilité civile reste au centre des préoccupations tandis qu'une dynamique préventive émerge de plus en plus au sein des dispositions du Code. À l'instar de tout projet novateur, l'avant-projet de réforme charrie de nombreuses incertitudes et de nouvelles interrogations. N'est-ce toutefois pas de bon augure dès lors que l'évolution du droit est souvent le fruit de discussions croisées entre la doctrine et la jurisprudence? Gageons que le texte soumis à notre analyse ne sera pas purement et simplement jeté aux oubliettes pour de vaines querelles politiques.

²⁰⁵ E. MONTERO et V. RONNEAU, « La notion de garde d'un animal », R.C.J.B., 2016, pp. 248 et s.

²⁰⁶ J.-L. FAGNART et M. DENÈVE, « Chronique de jurisprudence. La responsabilité civile (1976-1984) », J.T., 1985, p. 470; L. CORNELIS, « L'obligation *in solidum* et le recours entre coobligés », note sous Cass. (1^{re} ch.), 17 juin 1982, R.C.J.B., 1986, pp. 702-704, n^{os} 15 et 16; L. CORNELIS « Le partage des responsabilités en matière aquilienne », note sous Cass. (1^{re} ch.), 29 janvier 1988, R.C.J.B., 1993, pp. 327-331, n^{os} 11 à 14.