

3

L'ALTERNATIVE LÉGITIME DANS L'APPRÉCIATION DU LIEN CAUSAL, CORPS ÉTRANGER EN DROIT BELGE DE LA RESPONSABILITÉ ?

Rafaël Jafferalli
chargé de cours à l'U.L.B.
avocat

*« How now, my lord! Why do you keep alone,
Of sorriest fancies your companions making,
Using those thoughts which should indeed have died
With them they think on? Things without all remedy
Should be without regard. What's done is done. »*
— W. SHAKESPEARE, *The Tragedy of Macbeth*, acte III, scène 2.

Sommaire

Introduction	98
Section 1	
Présentation de la théorie	102
Section 2	
Conditions	116
Section 3	
Deux domaines d'application privilégiés	139
Conclusion	161

Introduction

1. Causalité et fiction. La théorie de l'alternative légitime s'est développée en droit de la responsabilité dans le contexte de l'appréciation du lien causal entre la faute et le dommage¹.

On sait qu'à cet égard, de manière générale, le juge est invité à rechercher ce qui se serait passé en l'absence de la faute, de façon à déterminer si le dommage trouve véritablement son origine dans cette faute, ou s'il apparaissait au contraire comme inévitable. Il s'agit là, bien sûr, d'une reconstitution mentale, appelée à se dérouler essentiellement dans l'esprit du juge et des parties soumises à sa décision. Dans le monde réel, en effet, les événements se sont enchaînés avec une force inéluctable et il n'est plus possible d'infléchir leur cours en vérifiant ce qui se serait passé si tel paramètre avait été altéré.

Le juriste – tout comme d'ailleurs l'écrivain² – n'est en revanche pas soumis à de telles contraintes. Dès lors, en effet, que la réparation intégrale consiste à replacer la victime dans la même situation que si la faute n'avait pas été commise³, il est contraint supputer le déroulement fictif des événements si tel facteur avait été différent. Ce faisant, il se rie en

1. Sur la causalité en droit belge, voy. H. BOCKEN et I. BOONE, « Causaliteit in het Belgisch recht », *T.P.R.*, 2002, pp. 1625 et s.; R.O. DALCO, *Les Nouvelles*, t. V, *Traité de la responsabilité civile*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 1962, n^{os} 2333 et s., pp. 95 et s.; J. DE CODT, « L'appréciation de la causalité dans le jugement des actions publiques et civiles », *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, Bruxelles, Éd. Jeune Barreau, 2001, pp. 35 et s.; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, n^{os} 953 et s., pp. 958 et s.; H. DE RODE, « Le lien de causalité », *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, dos. 11, Diegem, Kluwer, 1998; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 321 et s.; B. DUBUISSON, « Jurisprudence de la Cour de cassation sur la relation causale », *J.T.*, 2010, pp. 746 et s.; I. DURANT, « À propos de ce lien qui doit unir la faute au dommage », in *Droit de la responsabilité. Morceaux choisis*, CUP, Bruxelles, Larcier, 2004, vol. 68, pp. 7 et s.; I. DURANT, « La causalité, simple trait d'union ou véritable variable d'ajustement? », in *Droit des obligations: développements récents et pistes nouvelles*, CUP, Liège, Anthemis, 2007, vol. 96, pp. 37 et s.; J.-L. FAGNART, *La causalité*, Waterloo, Kluwer, 2009; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2013, n^{os} 1091 et s., pp. 1607 et s.; M. VAN QUICKENBORNE, *De oorzakelijkheid in het recht van de burgerlijke aansprakelijkheid. Een methodologische en positief-rechtelijke analyse*, Ledeborg et Gand, Erasmus, 1972; M. VAN QUICKENBORNE, « Causaliteit », *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, f. mob., Malines, Kluwer, 2007; M. VAN QUICKENBORNE, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad 2000-2007. Deel I. Oorzakelijk verband », *T.P.R.*, 2010, pp. 283 et s.; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Anvers et Oxford, Intersentia, 2009; cons. égal. la contribution majeure de A.M. HONORÉ, « Causation and Remoteness of Damage », *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, *Torts*, Tübingen, Mohr et The Hague, Boston et Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1969.
2. C'est là d'ailleurs tout le principe des uchronies.
3. Voy. not. Cass., 18 novembre 2011, *Pas.*, 2011, n^o 625, avec concl. av. gén. T. WERQUIN; Cass., 20 février 2009, *Pas.*, 2009, n^o 146.

quelque sorte du cours du temps tenu d'ordinaire pour inexorable, tout comme il n'hésite pas dans certains cas à considérer qu'un acte nul est censé n'avoir jamais été accompli⁴. Les deux hypothèses sont au demeurant plus proches qu'on pourrait le penser: le juge s'efforce en effet à chaque fois de replacer les parties dans la même situation que si telle illégalité (la faute ou l'acte nul) n'avait pas été commise. Sa décision produit ainsi dans les deux cas un effet que l'on peut qualifier de rétroactif, à tout le moins dans un sens non technique⁵.

2. Modes de reconstitution du cours alternatif des événements. La théorie de l'alternative légitime concerne un aspect bien précis de la reconstitution mentale à laquelle le juge doit se livrer pour apprécier le lien de causalité. Elle vise à répondre à la question suivante: en présence d'un comportement fautif, le juge doit-il imaginer ce qui se serait produit si ce comportement n'avait jamais eu lieu (procédure dite d'élimination), ou plutôt si, à la place de ce comportement fautif, un comportement, quant à lui non fautif – une « alternative légitime » –, avait été adopté (procédure dite de substitution)⁶? Et, dans ce second cas, jusqu'où peut-il aller dans l'altération du cours des événements?

Un exemple suffira à illustrer le propos⁷. Supposons ainsi que le conducteur d'un véhicule en excès de vitesse en heurte un second qui n'est pas régulièrement immatriculé. Les deux conducteurs sont clairement en faute, mais faut-il conclure pour autant à un partage de responsabilité? On répondra par l'affirmative en raisonnant par élimination: il

4. Sur l'effet rétroactif de principe de la nullité, voy. Cass., 28 novembre 2013, *Pas.*, 2013, n° 641, pt 10; Cass., 3 septembre 2013, *Pas.*, 2013, n° 413, pt 22; Cass., 22 avril 2013, *Pas.*, 2013, n° 247; Cass., 28 septembre 2012, *Pas.*, 2012, n° 498, pt 6, A.C., 2012, n° 498, avec concl. av. gén. C. VANDEWAL; Cass., 10 mai 2012, *Pas.*, 2012, n° 291, pt 2; Cass., 5 janvier 2012, *Pas.*, 2012, n° 9, pt 3.
5. Sur cette idée, voy. R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat. Étude d'une notion fonctionnelle à la lumière du principe constitutionnel d'égalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, n° 58, p. 107, et n° 240, p. 515; sur les liens entre causalité et rétroactivité, *adde* n° 598, pp. 1230 et s.
6. La terminologie utilisée tout au long de ce rapport – procédure d'élimination ou de substitution – s'inspire de celles utilisées par d'autres auteurs (voy. not. J.-L. FAGNART, *La causalité*, *op. cit.*, n° 119, pp. 54 et s.), mais est utilisée ici dans un sens légèrement différent. Ces auteurs prennent, en effet, la faute pour point de repère. Dans cette perspective, ils considèrent qu'une faute positive est *éliminée* quand on la remplace par un comportement licite, tandis qu'il y a *substitution* d'un comportement licite à une omission fautive. Il me paraît toutefois plus clair de prendre en considération, non la faute, mais le comportement fautif dans son ensemble, de la manière indiquée au texte (dans le même sens, A.M. HONORÉ, « Causation and Remoteness of Damage », *op. cit.*, vol. XI, n°s 7-117, pp. 74 et s.; B.S. MARKESINIS et H. UNBERATH, *The German Law of Torts. A Comparative Treatise*, 4^e éd., Oxford et Portland (Oregon), Hart Publishing, 2002, p. 104). Ce choix permet en outre un approfondissement terminologique, riche en virtualités, consistant – comme on le verra ci-après – à distinguer entre substitution au sens strict et substitution au sens large.
7. Voy., pour plus de détails sur des cas de ce type, *infra*, n° 34.

est interdit de conduire un véhicule non immatriculé, donc si le second conducteur avait respecté la loi, il ne se serait pas trouvé sur la chaussée au moment de l'accident qui ne se serait donc pas produit; sa faute, tout comme celle du premier conducteur, est donc en lien causal avec l'accident. À l'inverse, un raisonnement par substitution conduit à écarter le partage de responsabilité: si le second conducteur avait respecté la loi, c'est-à-dire si son véhicule avait été immatriculé, alors il se serait trouvé au même endroit de la chaussée au moment de l'accident, ce qui montre bien que ce dernier trouve sa cause exclusive dans l'excès de vitesse.

Qu'on raisonne par élimination ou par substitution, les conséquences peuvent donc s'avérer fondamentales en pratique. Dans l'exemple donné, le comportement de substitution (la conduite d'un véhicule immatriculé) était matériellement identique au comportement substitué (la conduite d'un véhicule non immatriculé), sous réserve de son caractère fautif.

On pourrait toutefois imaginer de raisonner autrement. Si, par exemple, l'acte par lequel l'Administration refuse un avantage est annulé à défaut d'avoir respecté une procédure d'avis préalable obligatoire, comment savoir quelle décision substituer à l'acte illégal? Faut-il examiner si une décision identique aurait pu être prise en respectant la procédure d'avis préalable (substitution d'un comportement matériellement identique), ou au contraire envisager qu'éclairée par cette procédure d'avis, la décision de l'Administration eût pu être différente (substitution d'un comportement différent)⁸?

Comme on peut le voir à travers ces deux exemples, plusieurs possibilités s'offrent au juriste chargé de reconstituer ce qui se serait passé si un comportement fautif ne s'était pas produit. Pour la clarté du propos, je suggère sur le plan de la terminologie de distinguer nettement trois hypothèses⁹: (i) la suppression entière du comportement fautif (procédure d'élimination); (ii) le remplacement du comportement fautif par un comportement matériel identique mais licite (procédure de substitution au sens strict); et (iii) le remplacement du comportement fautif par un comportement matériel distinct et licite (procédure de substitution au sens large).

3. Objet de la présente étude. La question du choix entre ces différents modes de raisonnement, on s'en doute, ne date pas d'hier, et remonte même peut-être aux origines du droit de la responsabilité, tant elle paraît indissociable de l'appréciation du lien causal¹⁰.

8. Voy., pour plus de détails à ce propos, *infra*, n^{os} 38 et s.

9. Voy. *supra*, note n^o 6. Comp. A.M. HONORÉ, « Causation and Remoteness of Damage », *op. cit.*, vol. XI, n^{os} 7-117, pp. 74 et s., qui distingue la méthode d'élimination, de substitution totale et de substitution partielle.

10. Voy. ainsi, en droit romain, D., 14, 2, 10, 1, et le comm. de M. KASER et R. KNÜTEL, *Römisches Recht*, 19^e éd., München, C.H. Beck, 2008, § 36, n^o 4, p. 193. Dans ce pas-

Ce qui est neuf, c'est l'attention croissante dont elle fait désormais l'objet en droit belge, depuis un arrêt de la Cour de cassation du 25 mars 1997 rendu en audience plénière qui consacre officiellement la théorie dite de l'alternative légitime¹¹. Si celle-ci a depuis lors fait l'objet de plusieurs études doctrinales¹² et connu certains développements dans la jurisprudence, on ne peut toutefois se défaire du sentiment qu'elle constitue encore, à bien des égards, une *terra incognita*, avec tout le caractère mystérieux, aventureux et parfois même sauvage que cette expression véhicule. La présente contribution n'a d'autre ambition que de contribuer à son défrichement.

À cette fin, et compte tenu des origines germaniques que l'on prête à la théorie de l'alternative légitime¹³, j'aurai recours à certains développements issus de la doctrine et de la jurisprudence d'outre-Rhin. Que le lecteur se rassure: il ne s'agit pas d'offrir ici un panorama complet du droit allemand sur cette question, au demeurant extrêmement foisonnant et nuancé, mais plutôt, dans une optique essentiellement pragmatique, de

sage du Digeste est examinée la question de savoir si le transporteur, qui charge des marchandises sur un navire B alors que son client lui avait intimé de les charger sur un navire A, est responsable si le navire B vient à couler en mer. Labeo répond à cette question par l'affirmative, et on peut supposer que son raisonnement repose sur une procédure d'élimination: si les marchandises n'avaient pas été chargées sur le navire B, elles n'auraient pas péri. Paul objecte cependant qu'il en va autrement si les deux navires, A et B, ont tous deux coulé en mer. Il raisonne, ce faisant, en substituant au comportement fautif un autre comportement licite (si les marchandises avaient été chargées à bord du navire A, elles auraient de toute façon péri). Ce passage du Digeste renvoie également à la problématique de la surdétermination causale (voy. à ce propos *infra*, n° 22).

11. Voy. *infra*, n° 6.
12. Sur la théorie de l'alternative légitime en droit belge, cons. H. BOCKEN et I. BOONE, « Causaliteit in het Belgisch recht », *op. cit.*, *T.P.R.*, 2002, n° 9, p. 1635; H. BOCKEN, « De *conditio sine qua non* et het rechtmatig alternatief », *Justitie: vraagstukken en perspectieven voor morgen*, Bruges, die Keure et Limal, Anthemis, 2013, pp. 109 et s.; J. DE CODT, « L'appréciation de la causalité dans le jugement des actions publiques et civiles », *op. cit.*, n°s 20 et s., pp. 54 et s.; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, *op. cit.*, n°s 395 et s., pp. 329 et s.; B. DUBUISSON, « Jurisprudence de la Cour de cassation sur la relation causale », *op. cit.*, pp. 746 et s., n°s 7 et s., pp. 748 et s.; I. DURANT, « À propos de ce lien qui doit unir la faute au dommage », *op. cit.*, n° 8, pp. 19 et s.; I. DURANT, « La causalité, simple trait d'union ou véritable variable d'ajustement ? », *op. cit.*, n° 26; P.A. FORIERS, « Aspects du dommage et du lien de causalité (Parcours dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation) », *Droit des obligations. Notions et mécanismes en matière de responsabilité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, n°s 7 et s., pp. 12 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, « Le concept de l'alternative légitime en droit de la responsabilité civile », *La Justice: enjeux et perspectives de demain*, Bruges, La Charte et Limal, Anthemis, 2013, pp. 131 et s.; M. VAN QUICKENBORNE, *De oorzakelijkheid in het recht van de burgerlijke aansprakelijkheid*, *op. cit.*, pp. 79 et s.; M. VAN QUICKENBORNE, « Causaliteit », *op. cit.*, n° 39, pp. 31 et s.; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, *op. cit.*, n°s 1239 et s., pp. 778 et s.
13. Voy. à ce propos *infra*, n° 8.

puiser dans le droit comparé des éléments utiles à la réflexion du juriste belge¹⁴. Sans prétention aucune à l'exhaustivité, j'épinglerai à cet égard certaines décisions emblématiques, ou simplement intéressantes, de la Cour de justice fédérale (*Bundesgerichtshof* ou *BGH*) et de la Cour du travail fédérale (*Bundesarbeitsgericht* ou *BAG*)¹⁵.

Dans les lignes qui suivent, je commencerai par faire une présentation des lignes de force de la théorie de l'alternative légitime (*infra*, Section 1). Je tâcherai ensuite d'en préciser les conditions (*infra*, Section 2) et d'en donner un certain nombre d'applications, spécialement dans les domaines des accidents de la circulation et de la responsabilité de l'Administration, où la jurisprudence de la Cour de cassation est la plus abondante (*infra*, Section 3). Je conclurai en m'interrogeant sur la place de cette théorie dans le droit belge de la responsabilité (*infra*, Conclusion).

Section 1

Présentation de la théorie

4. Contexte général: la théorie de l'équivalence des conditions. La théorie de l'alternative légitime s'inscrit dans le contexte, plus large, de la théorie de l'équivalence des conditions. Si la nature exacte des liens entre ces deux théories demande encore à être précisée¹⁶, il est en tout cas certain que la première n'a pas vocation à remplacer entièrement la seconde, mais tout au plus à la nuancer.

Il importe dès lors de rappeler brièvement qu'en droit belge, le lien causal qui, en vertu de l'article 1382 du Code civil, doit unir la faute au dommage pour entraîner l'obligation de réparer ce dernier, s'apprécie, en règle, exclusivement sur la base de la théorie de l'équivalence des conditions. Selon une formule consacrée, le lien de causalité suppose que sans la faute, le dommage n'eût pu se produire tel qu'il s'est produit¹⁷. Réciproquement, l'absence de lien causal n'est pas légalement justifiée lorsqu'il n'apparaît pas que, sans la faute, le dommage se serait également produit de la même manière¹⁸.

Le seul critère admis par la jurisprudence est donc en principe celui du test de la condition *sine qua non*, lequel vaut également en matière contractuelle nonobstant l'impression contraire que le texte des

14. Pour plus de détails sur ce recours pragmatique au droit comparé, voy. R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, op. cit., nos 34 et s., pp. 63 et s. (chapitre également disponible sur <http://bit.ly/introretro>).

15. L'ensemble de ces décisions peuvent être consultées sur www.jurion.de.

16. Voy. à ce propos *infra*, n° 48.

17. Voy. not. Cass., 6 décembre 2013, *Pas.*, 2012, n° 661, avec concl. av. gén. T. WERQUIN; Cass., 31 mai 2013, *Pas.*, 2013, n° 333; Cass., 6 juin 2011, *Pas.*, 2011, n° 377.

18. Voy. not. Cass., 18 juin 2010, *Pas.*, 2010, n° 440; Cass., 18 février 2009, *Pas.*, 2009, n° 133.

articles 1150 et 1151 du Code civil pourrait susciter¹⁹. La situation est donc très différente de la plupart des autres systèmes juridique où la causalité est appréciée sur la base d'un raisonnement en deux temps: après avoir identifié toutes les causes « objectives » du dommage sur la base du test de la condition *sine qua non*, seules les causes les plus pertinentes sont alors retenues sur la base d'un critère plus spécifique (théories de la causalité adéquate, de la causalité efficiente, prise en considération du but de la norme violée, etc.)²⁰.

5. Exceptions à la théorie de l'équivalence des conditions. On se gardera toutefois de croire que même en droit belge, la théorie de l'équivalence des conditions règne en maître incontesté. Quatre exceptions marquantes peuvent à cet égard être pointées, lesquelles laissent augurer de l'admission d'entorses supplémentaires si ou lorsque le besoin s'en fera ressentir. Je les mentionnerai rapidement²¹.

Premièrement, la théorie de l'équivalence des conditions n'intéresse que l'obligation à la dette, à l'exclusion de la *contribution à la dette*. Envers la victime, en effet, tous les auteurs d'une faute sont tenus *in solidum* à la réparation de la totalité du dommage, même si leurs fautes individuelles n'ont chacune contribué qu'à causer partiellement celui-ci²². C'est là une simple application de l'idée canonique selon laquelle, sans qu'il soit requis qu'elle en soit la cause exclusive, la faute oblige à la

19. Sur l'origine et la portée actuelle de ces dispositions, cons. R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, op. cit., n° 385, pp. 879 et s.; L. CORNELIS, « Le sort imprévisible du dommage prévisible », note sous Cass., 11 avril 1986, R.C.J.B., 1990, pp. 81 et s.; J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé. Des atteintes à la bonne foi, en général, et de la fraude, en particulier* (fraus omnia corrumpit), Bruxelles, Bruylant, 2000, nos 216 et s., pp. 433 et s.
20. Pour un aperçu de droit comparé, cons. A.M. HONORÉ, « Causation and Remoteness of Damage », op. cit., vol. XI, nos 7-1 et s., pp. 3 et s.; L. TICHÝ (éd.), *Causation in Law*, Praha, Europaeum et Konrad Adenauer Stiftung, 2007; C. VAN DAM, *European Tort Law*, 2^e éd., Oxford, O.U.P., 2013, pp. 307 et s.; C. VON BAR (éd.), *Principles of European Law. Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another*, Munich, Sellier, Bruxelles, Bruylant, et Berne, Stämpfli, 2009, pp. 747 et s.; B. WINIGER, H. KOZIOL, B.A. KOCH et R. ZIMMERMANN (éd.), *Digest of European Tort Law*, vol. 1, *Essential Cases on Natural Causation*, Wien, Springer, 2007.
21. En revanche, dans la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation, l'interposition d'une cause juridique propre ne suffit plus, en règle, à interrompre le lien causal (voy. à ce propos Cass., 12 janvier 2007, *Pas.*, 2007, n° 20; Cass., 15 novembre 2006, *Pas.*, 2006, n° 561; Cass., 21 mai 2004, R.G.A.R., 2005, n° 13.986, obs. Fr. GLANSDORFF; Cass., 20 mars 2003, *Pas.*, 2003, n° 180; Cass., 20 février 2001, *Pas.*, 2001, n° 102; Cass., 14 février 2001, *Pas.*, 2001, n° 91; comp. cependant Cass., 23 juin 2008, *Pas.*, 2008 n° 389, avec concl. av. gén. dél. P. DE KOSTER).
22. Voy. Cass., 17 octobre 2014, R.G. n° C.13.0452.N, avec concl. av. gén. C. VANDEWAL (arrêt qui précise que cette responsabilité *in solidum* tend à garantir la personne lésée); Cass., 6 décembre 2013, R.G. n° C.11.0503.F, septième moyen, première branche (texte intégral accessible uniquement sur www.juridat.be); Cass., 16 février 2011, *Pas.*, 2011, n° 137, avec concl. av. gén. D. VANDERMEERSCH.

réparation du dommage dès que celui-ci ne se serait pas produit de la même manière en son absence. En revanche, dans les rapports entre co-auteurs, la contribution à la dette s'opère sur la base d'un autre critère, à savoir celui de l'incidence concrète de chacune des fautes sur la réalisation du dommage²³. Or, s'il avait fallu transposer dans ce cadre la théorie de l'équivalence des conditions, on aurait normalement dû tenir chaque faute pour équivalente et, dès lors, condamner chaque co-auteur à supporter une part égale du dommage dans leurs rapports entre eux²⁴.

Deuxièmement, la même exception existe dans l'hypothèse d'un *partage de responsabilité*. En effet, lorsque la faute de la victime a contribué au dommage causé par la faute d'un tiers, celui-ci ne peut, en règle, être condamné à réparer la totalité du dommage²⁵. Un tel raisonnement rappelle la théorie de l'équivalence des conditions puisque, sans la faute de la victime, le dommage ne se serait pas produit de la même manière. Il serait toutefois absurde de condamner à la réparation de la totalité du dommage à la fois l'auteur et la victime (cette dernière envers elle-même !) pour permettre ensuite à l'auteur de demander à la victime de supporter sa part dans la réparation ; au lieu de cela, la jurisprudence effectue un raccourci en condamnant directement l'auteur à ne réparer qu'une partie du dommage. Ici également, la faute de l'auteur et de la

23. Ce critère exclut donc désormais le recours à celui de la gravité des fautes (voy. Cass., 19 novembre 2014, R.G. n° P.14.1139.F; C.C., 17 juillet 2014, arrêt n° 111/2014, pt B.3; Cass., 3 mai 2013, *Pas.*, 2013, n° 278; Cass., 16 mai 2011, *Pas.*, 2011, n° 319; Cass., 2 octobre 2009, *Pas.*, 2009, n° 548; mais comp. les concl. de M. le proc. gén. J.-F. LECLERCQ avant Cass., 4 septembre 2014, R.G. n° C.12.0535.F; sur cette question, cons. récemment J. VAN ZUYLEN, « Le critère déterminant la contribution à la dette de chaque (co)auteur », *Les pages*, 2015/1, p. 3).
24. Comme le relève J. KIRKPATRICK, « La maxime *fraus omnia corrumpit* et la réparation du dommage causé par un délit intentionnel en concours avec une faute involontaire de la victime. À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 6 novembre 2002 », *J.T.*, 2003, n° 5, p. 575.
25. Voy. Cass., 13 mars 2013, *Pas.*, 2013, n° 178; Cass., 26 septembre 2012, *Pas.*, 2012, n° 487. Il est toutefois fait exception à ce principe en cas de faute intentionnelle de l'auteur : en ce cas, la simple négligence de la victime ne la prive pas du droit d'obtenir la réparation totale du dommage. Cette solution est fondée par la Cour de cassation sur le principe général du droit *fraus omnia corrumpit* (voy. Cass., 18 mars 2010, *Pas.*, 2010, n° 196, pt 4; Cass., 9 octobre 2007, *Pas.*, 2007, n° 465; Cass., 6 novembre 2002, *Pas.*, 2002, n° 584, avec concl. président SPREUTELS, alors av. gén.); la doctrine demeure toutefois partagée sur le fondement technique de cette solution (voy. et comp. X. DIEUX, « Développements de la maxime *Fraus omnia corrumpit* dans la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », in *Actualité du droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 125 et s.; Fr. GLANSDORFF, « Encore à propos de la causalité : Le concours entre la faute intentionnelle de l'auteur du dommage et la faute involontaire de la victime », note sous Cass., 6 novembre 2002, *R.C.J.B.*, 2004, pp. 272 et s.; J. KIRKPATRICK, « Les limites du champ d'application du principe "fraus omnia corrumpit" », note sous Cass., 3 mars 2011, *R.C.J.B.*, 2012, pp. 25 et s.; J.-Fr. ROMAIN, « La fraude et le dol en vertu du principe *fraus omnia corrumpit* », in *Liber Amicorum François Glansdorff et Pierre Legros*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 319 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, op. cit., n°s 307 et s., pp. 479 et s.).

victime ne sont pas tenues pour équivalentes, mais le partage des responsabilités s'opère en vérifiant concrètement l'incidence causale de la faute de chacun sur le dommage²⁶.

Troisièmement, la théorie de l'équivalence des conditions est tenue en échec en cas de *cumul simultané de causes suffisantes*, c'est-à-dire de concours entre plusieurs fautes dont chacune était apte à causer le dommage indépendamment des autres²⁷. L'exemple classique est celui où, sans se concerter, deux pyromanes mettent simultanément le feu aux deux extrémités d'une même maison. Une application pure et simple de la théorie de l'équivalence des conditions aboutirait à déclarer les deux pyromanes irresponsables. En effet, sans la faute du pyromane A, la maison aurait de toute façon brûlé, de sorte que sa faute n'était pas une cause nécessaire du dommage; mais il en va de même de la faute du pyromane B puisque, même sans celle-ci, la maison aurait également brûlé. Pour écarter cette conclusion absurde, il faut impérativement renoncer dans ce cas à la théorie de l'équivalence des conditions et admettre la responsabilité des deux pyromanes *in solidum*.

Le cas pourrait sembler tellement hypothétique qu'il ne mériterait pas de retenir l'attention. Et pourtant, il renvoie à une hypothèse extrêmement fréquente en pratique: celle de la *résolution d'un contrat aux torts réciproques des parties*. Dans ce cas également, en effet, le manquement de chacune des parties constitue pour le dommage non réparé par la résolution une cause simultanée (puisque la résolution est prononcée au même instant à l'égard des deux parties)²⁸ et suffisante (puisque, par hypothèse, la résolution n'aurait pu être prononcée aux torts de chaque partie si chacune d'elles n'avait pas commis un manquement suffisamment grave pour justifier la résolution)²⁹. Loin de décharger chaque partie

26. Voy. les réf. citées à la note précédente.

27. Voy. à ce propos H. BOCKEN, « De *conditio sine qua non* et het rechtmatig alternatief », *op. cit.*, n° 1, p. 112, note n° 7; I. DURANT, « La causalité, simple trait d'union ou véritable variable d'ajustement ? », *op. cit.*, n° 45; M. VAN QUICKENBORNE, « Causaliteit », *op. cit.*, n° 98, pp. 81 et s.; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, *op. cit.*, n° 1365, p. 873; comp. J.-L. FAGNART, *La causalité*, *op. cit.*, n° 109, p. 51, qui conteste que dans la réalité deux fautes puissent être commises simultanément (mais voy. cependant *infra* au texte l'hypothèse de la résolution aux torts réciproques des parties). Le concours de causes suffisantes s'oppose au concours de fautes nécessaires, où chacune a contribué à causer le dommage mais où aucune n'aurait suffi, à elle seule, à causer le dommage tel qui s'est produit (c'est l'hypothèse ordinaire visée par la théorie de l'équivalence des conditions).

28. Pour être tout à fait précis, les deux manquements ne sont pas nécessairement simultanés dans le temps, mais ils provoquent néanmoins simultanément la résolution du contrat qui intervient au même moment à l'égard des deux parties; c'est cette résolution qui provoque, à son tour, le dommage subi par chaque partie que la résolution ne parvient pas à effacer.

29. Voy., pour plus de précisions, R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, *op. cit.*, n° 412 et s., pp. 934 et s.

de sa responsabilité, la Cour de cassation décide cependant, en dérogeant à la théorie de l'équivalence des conditions, que «Le juge, qui prononce la résolution d'un contrat synallagmatique aux torts des deux parties en application de l'article 1184 du Code civil, est tenu de déterminer le préjudice subi par chacune des parties en raison des manquements de l'autre partie proportionnellement à la gravité des manquements respectifs»³⁰.

Quatrièmement et enfin, on peut voir une dérogation à la théorie de l'équivalence des conditions dans la jurisprudence de la Cour de cassation qui refuse de tenir compte dans l'évaluation du dommage des *événements postérieurs à la faute* considérés comme étant étrangers tant à la faute qu'au dommage³¹. En effet, dans une conception stricte de l'équivalence des conditions, il ne suffirait pas de constater que ces événements postérieurs, qui viennent aggraver ou améliorer la situation de la victime (par exemple, l'hypothèse classique du remariage de la veuve), sont étrangers à la faute et au dommage; pour ne pas en tenir compte, il faudrait en outre constater que, sans ces événements postérieurs, le dommage se serait néanmoins produit de la même manière (or, sans son remariage, la veuve n'aurait pas subi une perte de revenus aussi importante à la suite du décès de son premier mari causé par la faute).

Ces différentes entorses apportées à la théorie de l'équivalence des conditions soulignent les conséquences inopportunes auxquelles une application rigide de celle-ci pourrait parfois mener. On ne s'étonnera dès lors pas que la Cour y ait apporté une nuance supplémentaire en consacrant la théorie de l'alternative légitime.

6. Théorie de l'alternative légitime – Arrêt de principe. Même si elle n'était pas inconnue en droit belge jusqu'alors, la théorie de l'alternative légitime a fait l'objet d'une consécration explicite dans un arrêt de la Cour de cassation rendue en audience plénière le 25 mars 1997³².

30. Voy. Cass., 16 février 2009, *Pas.*, 2009, n° 126, pt 14; Cass., 16 avril 2004, *Pas.*, 2004, n° 202; Cass., 15 novembre 2002, *Pas.*, 2002, n° 606; Cass., 15 avril 1996, *Pas.*, 1996, I, n° 113; Cass., 15 juin 1995, *Pas.*, 1995, I, n° 300; Cass., 5 mai 1993, *Pas.*, 1993, I, n° 128; Cass., 7 novembre 1988, *Pas.*, 1989, I, n° 135 (somm.); Cass., 9 mai 1986, *Pas.*, 1986, I, n° 555; concl. proc. gén. J.-F. LECLERCQ, alors av. gén., avant Cass., 25 février 1991, *Pas.*, 1991, I, n° 345, p. 618. On notera que le critère ici utilisé est celui de la gravité de la faute et non plus celui de l'incidence causale de la faute.
31. Voy. not. Cass., 18 septembre 2014, R.G. n° C.13.0144.F; Cass., 15 février 2011, *Pas.*, 2011, n° 132; Cass., 26 janvier 2007, *Pas.*, 2007, n° 51; Cass., 26 janvier 2007, *Pas.*, 2007, n° 49; Cass., 30 janvier 2004, *Pas.*, 2004, n° 54, rendu sur concl. contr. av. gén. X. DE RIEMAECKER.
32. Cass. (plén.), 25 mars 1997, *Pas.*, 1997, I, n° 161, avec concl. contr. av. gén. X. DE RIEMAECKER, qui retrace les applications de cette théorie dans la jurisprudence antérieure de la Cour. Celle-ci n'apparaissant toutefois pas toujours conciliable avec les principes qui se dégagent de l'arrêt du 25 mars 1997, le présent rapport se concentrera sur la jurisprudence postérieure de la Cour.

Dans cette affaire, le jugement attaqué avait déchargé de toute responsabilité le conducteur d'une Jeep impliquée dans un accident aux motifs « qu'à l'endroit où il s'était stationné, l'arrêt était autorisé; qu'en conséquence, sa faute n'est pas d'avoir été là au lieu de ne pas y être mais d'avoir été en stationnement au lieu d'être à l'arrêt; que s'il avait été à l'arrêt, l'accident se serait produit de la même façon avec les mêmes conséquences »³³.

Pour bien comprendre cette décision, il convient de rappeler la distinction tracée entre arrêt et stationnement par le « Code de la route »³⁴. Le véhicule à l'arrêt désigne en effet « un véhicule immobilisé pendant le temps requis pour l'embarquement ou le débarquement de personnes ou de choses »³⁵. Il est donc essentiellement temporaire. Le stationnement, au contraire, « désigne un véhicule immobilisé au-delà du temps requis pour l'embarquement ou le débarquement de personnes ou de choses »³⁶. Il est donc d'une durée plus longue que l'arrêt et potentiellement illimitée.

En l'occurrence, le propriétaire de la Jeep avait donc commis une faute consistant à être demeuré sur un emplacement de parking au-delà du temps nécessaire à l'embarquement ou au débarquement. Sans nier l'existence de la faute, le juge du fond avait considéré que la présence d'un véhicule à cet endroit de la chaussée n'était pas en soi fautive – puisqu'il était permis de s'y trouver pour un temps limité –, mais que seul était critiquable le fait d'y être demeuré pour une durée excessive. Il en avait déduit que la présence de la Jeep à cet endroit n'était pas l'une des causes de l'accident.

Le pourvoi formé par les parties civiles contre cette décision fut rejeté par la Cour de cassation. Celle-ci s'exprima dans les termes suivants: « Attendu qu'en l'espèce, les juges du fond ont constaté qu'à l'endroit où la voiture d'Alonso-Gonzalez était stationnée, l'arrêt était autorisé; qu'ils ont considéré que le dommage, tel qu'il s'est réalisé, se serait produit de la même manière si la présence du véhicule d'Alonson-Gonzalez avait été conforme au règlement; qu'ainsi, sans modifier les circonstances de l'accident, les juges d'appel ont décidé que *la présence de ce véhicule qui, en elle-même, n'était pas fautive, était sans lien causal nécessaire avec l'accident et ses conséquences dommageables*; que, par ces considérations, les juges d'appel ont légalement justifié leur décision »³⁷.

33. Cité dans les concl. préc. av. gén. X. DE RIEMAECKER, *Pas.*, 1997, I, p. 408.

34. A.R. du 1^{er} décembre 1975 portant règlement général sur la police de la circulation routière et de l'usage de la voie publique.

35. Art. 2.22.

36. Art. 2.23.

37. Je souligne. On notera d'emblée que la référence faite par la Cour au caractère nécessaire du lien causal n'ajoute en réalité rien par rapport aux exigences traditionnelles de la théorie de l'équivalence des conditions (voy. à ce propos J. DE CORT, « L'appréciation de la causalité dans le jugement des actions publiques et civiles », *op. cit.*, n° 4, p. 41;

Cette décision a été interprétée comme consacrant en droit belge la théorie de l'alternative légitime. Elle a dans l'ensemble été bien reçue par la doctrine³⁸.

7. Première approche de la théorie. Les conclusions de M. l'avocat général De Riemaeker précédant cet arrêt offrent une première image de la théorie de l'alternative légitime formulée en des termes plus abstraits³⁹. Elle consiste selon lui « à abstraire le caractère fautif d'un comportement et à constater que le dommage aurait pu se produire de la même manière que la situation sous-tendant le comportement ait été irrégulière ou non »⁴⁰.

D'après la terminologie suggérée en tête de ce rapport⁴¹, la théorie de l'alternative légitime commande donc – et c'est là sa spécificité – d'apprécier le lien de causalité en recourant à une procédure de substitution au sens strict. Plutôt que rechercher ce qui se serait produit en l'absence du comportement fautif (procédure d'élimination : l'accident se serait-il produit de la même manière si la Jeep n'était pas garée à cet endroit ?), le juge doit donc – comme la Cour de cassation l'a précisé depuis lors – remplacer le comportement fautif par son « exécution correcte »⁴² (l'accident se serait-il produit de la même manière si, au lieu d'être stationnée à cet endroit, la Jeep se trouvait momentanément à l'arrêt au même endroit ?). On observera – et la précision est capitale – que si substitution il y a, il s'agit bien de *même comportement matériel* qui est ainsi substitué au comportement fautif, mais dépouillé désormais de tout caractère illégal (la Jeep est envisagée à l'arrêt plutôt qu'en stationnement, mais son emplacement physique demeure identique). Dans la logique adoptée par la Cour de cassation dans cette affaire, il ne s'agit pas, en revanche, de substituer au comportement fautif un *autre* comportement matériel, fût-

B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, *op. cit.*, n° 392, p. 326; M. VAN QUICKENBORNE, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad 2000-2007. Deel I. Oorzakelijk verband », *op. cit.*, n° 6, p. 295.

38. Voy. les réf. citées *supra*, à la note n° 12.
39. On notera qu'il s'agissait en l'occurrence de conclusions contraires, M. l'avocat général divergeant de l'opinion de la Cour non pas quant à la reconnaissance de la théorie de l'alternative légitime en droit belge, mais quant à son application en l'espèce. Voy. à ce propos *infra*, n° 20.
40. Concl. précitées, *Pas.*, 1997, I, p. 410. Pour reprendre les termes d'un arrêt antérieur, « il ne résulte pas nécessairement de la circonstance qu'un accident de roulage s'est produit dans une situation de circulation irrégulière due à une faute humaine que cette situation de circulation irrégulière ni, dès lors, la faute qui l'a causée présentent un lien de causalité avec la réalisation de l'accident et ses conséquences dommageables » (Cass., 5 novembre 1996, *Pas.*, 1996, I, n°s 413-414).
41. Voy. *supra*, n° 2.
42. Voy. Cass., 26 novembre 2008, R.G. n° P.08.1009.F, inédit; Cass., 28 mai 2008, *Pas.*, 2008, n° 324; Cass., 19 décembre 2007, *Pas.*, 2007, n° 646, pt 4; concl. av. gén. X. DE RIEMAECKER avant Cass. (plén.), 25 mars 1997, *Pas.*, 1997, I, n° 161, spéc. p. 410.

il légal (on ne se demande pas, par exemple, si l'accident se serait produit de la même manière si la Jeep avait été régulièrement stationnée à un autre endroit à proximité où le stationnement était autorisé).

Certes, ce dernier type de raisonnement n'est pas entièrement inconnu en droit belge. C'est ainsi, par exemple, que lorsque la faute consiste en une omission (par exemple, un manquement à un devoir d'information), la jurisprudence vérifie généralement ce qui se serait produit en substituant à cette omission un comportement positif correct (par exemple, si l'information avait été donnée). Toutefois, à lire la jurisprudence de la Cour de cassation, il semble que celle-ci ne considère pas que de telles hypothèses relèvent véritablement de la théorie de l'alternative légitime, qui se caractérise plutôt par une procédure de substitution au sens strict⁴³.

Les conditions d'application de la théorie de l'alternative légitime, ainsi comprise, seront examinées ci-après en détail⁴⁴. Cette première approche permet toutefois déjà de s'interroger sur les origines et le fondement de la théorie.

8. Origines – Droit allemand. Dans ses conclusions précédant l'arrêt du 25 mars 1997, le ministère public relevait que la théorie de l'alternative légitime provenait d'Allemagne, et se référait à cet égard à la thèse de doctorat du professeur Van Quickenborne⁴⁵. Ce dernier, en s'appuyant sur la doctrine allemande⁴⁶, défendait effectivement une conception très proche de celle qui sera finalement consacrée par la Cour de cassation⁴⁷.

L'origine allemande de la théorie apparaît d'autant plus aisée à admettre que la théorie de l'équivalence des conditions elle-même est issue du même pays⁴⁸. Les choses apparaissent cependant, à l'analyse, plus complexes.

43. Pour plus de détails à ce sujet, voy. *infra*, n^{os} 12 et s.

44. Voy. *infra*, n^{os} 11 et s.

45. Concl. précitées, *Pas.*, 1997, I, p. 410.

46. Voy. not. M. VAN QUICKENBORNE, *De oorzakelijkheid in het recht van de burgerlijke aansprakelijkheid*, op. cit., n^o 128, p. 79.

47. *Ibid.*, n^o 139, p. 85: « (...) om de oorzakelijkheid van het foutief aspect van een handelswijze te onderzoeken, moet men zich zeker niet afvragen of het gevolg zou wegvallen, indien de handeling zou wegblijven, maar of dit gevolg zou wegvallen, indien het onrechtmatig aspect zou uitblijven. Wil men echter dit onrechtmatig aspect elimineren, zonder de volledige handeling, waarvan dit aspect een specificatie vormt, weg te denken, dan kan men niets anders dan dit onrechtmatig aspect te vervangen door een rechtmatig aspect. Men zal zich dus, om het minde pedant uit te drukken, *de handeling als correct uitgevoerd moeten voorstellen* (...) » (je souligne).

48. La paternité en est généralement attribuée à M. VON BURJ (*Über Causalität und deren Verantwortung*, Leipzig, J.M. Gebhardt's Verlag, 1873, p. 1, souligné par moi: « Unter Causalzusammenhang wird man wohl den Proceß der Entstehung einer Erscheinung begreifen dürfen. Will man den Causalzusammenhang einer concreten Erscheinung ermitteln, so muß man in geordneter Reihenfolge sämtliche Kräfte feststellen, welche für die Entstehung der Erscheinung irgend eine Wirksamkeit geäußert haben. Die ganze Summe dieser Kräfte ist dann als die Ursache der Erscheinung anzusehen.

En effet, si la notion prétorienne d'alternative légitime (*rechtmäßiges Alternativverhalten*) est effectivement bien connue en Allemagne⁴⁹, elle ne constitue pas pour autant une zone stable du droit. Elle s'inscrit, au contraire, dans la problématique plus large de la causalité hypothétique (*hypothetische Kausalität*) dont les auteurs se plaisent à souligner qu'après plus de cent ans de discussions sur le sujet, aucune réponse satisfaisante ne lui a encore été trouvée⁵⁰...

Sans entrer dans les méandres de ces controverses, je voudrais simplement pointer ici que la notion d'alternative légitime, telle qu'elle est entendue en Allemagne, paraît y recevoir une acception beaucoup plus large que celle qu'on lui donne en Belgique. En effet, si, dans les deux ordres juridiques, l'incidence causale de la faute est appréciée sur la base d'une procédure de substitution, nous avons vu qu'en Belgique, il s'agit en principe uniquement de remplacer le comportement fautif par son exécution correcte, étant entendu que le comportement matériel demeure, quant à lui, en principe identique (procédure de substitution au sens strict)⁵¹. En Allemagne, au contraire, il semble que la procédure de substitution soit entendue de manière beaucoup plus large, et permette ainsi de remplacer le comportement par un *autre* comportement entièrement différent (procédure de substitution au sens large). C'est ainsi, par exemple, qu'au titre de l'alternative légitime, la jurisprudence allemande vérifie si le dommage se serait également réalisé si le défendeur avait vendu d'autres produits que les produits contrefaits⁵², si le médecin avait correctement diagnostiqué le problème⁵³, ou encore si le vice de procé-

Mit demselben Rechte läßt sich aber auch jede einzelne dieser Kräfte für sich allein schon als die Ursache der Erscheinung betrachten, denn die Existenz derselben hängt so sehr von jeder Einzelkraft ab, daß, wenn man aus dem Causalzusammenhang auch nur eine einzige Einzelkraft ausscheidet, die Erscheinung selbst zusammenfällt», dont la pensée a ensuite été popularisée par R. DEMOGUE en France (*Traité des obligations en général*, t. IV, Paris, Rousseau, 1924, n° 372, pp. 11 et s.) et H. DE PAGE en Belgique (*Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *op. cit.*, n°s 958 et s., pp. 962 et s.).

49. Voy. not. H. HEINRICH, «Vorb v § 249», *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 65^e éd., München, Beck, 2006, n°s 105 et s., pp. 275 et s.; H. LANGE et G. SCHIEMANN, *Schadensersatz*, 3^e éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, § 4, XII, pp. 199 et s.; D. MEDICUS, «§ 249», *BGB Kommentar* (H. PRÜTTING, G. WEGEN et G. WEINREICH dir.), 4^e éd., Köln, Luchterhand, 2009, n°s 56 et s., p. 389; H. OETKER, «§ 249 Art und Umfang des Schadensersatzes», *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 2, 6^e éd., München, C.H. Beck, 2012, n°s 217 et s.
50. H. LANGE et G. SCHIEMANN, *Schadensersatz*, *op. cit.*, § 4, I, n° 1, p. 181.
51. Un raisonnement par élimination ou par substitution au sens large n'est pas absolument exclu, mais en ce cas, on ne se trouve plus à mon sens dans le cadre de la théorie de l'alternative légitime proprement dite telle que l'envisage la Cour de cassation: voy. *supra*, n° 7 et, pour plus de détails, *infra*, n°s 12 et s.
52. Voy. BGH, 24 juillet 2012, X ZR 51/11, pts 34 et s. (qui écarte cependant ce raisonnement en raison du but de la norme violée).
53. Voy. BGH, 9 décembre 2008, VI ZR 277/07, pt 11.

de la même manière⁵⁴. Il semble en outre que, dans ces différents cas, la causalité puisse être exclue même si le dommage qui serait résulté de la conduite alternative légitime est certes similaire au dommage réellement subi, mais s'en distingue néanmoins du point de vue de l'espace, du temps, ou de la manière exacte dont il s'est produit⁵⁵. On est donc loin du droit belge où le lien causal ne peut être exclu que si, sans la faute, le dommage s'était réalisé (exactement) de la même manière⁵⁶.

Cette conception large de l'alternative légitime peut s'expliquer par le fait que le droit allemand, à la différence du droit belge, apprécie l'existence du lien causal par un raisonnement en deux étapes⁵⁷. Au premier stade, le juge allemand se contente d'identifier l'ensemble des faits ayant provoqué le dommage, et ce sur la base de la théorie de l'équivalence des conditions (*haftungsbegründende Kausalität*). Il semble qu'à cette étape du raisonnement, le juge procède généralement par élimination en comparant la situation patrimoniale qui s'est produite en présence du fait générateur avec celle qui se présenterait en l'absence de celui-ci⁵⁸. Vient ensuite un second stade au cours duquel le juge sélectionne, parmi les causes identifiées au premier stade, les seules susceptibles d'entraîner juridiquement la responsabilité de leur auteur (*haftungsausfüllende Kausalität*). Ce n'est qu'à cette étape du raisonnement que la notion d'alternative légitime peut intervenir pour écarter la réparation d'un dommage causé par un fait retenu au premier stade⁵⁹.

Ainsi, par exemple, pour apprécier si le débauchage du personnel d'une entreprise rivale constitutif d'un acte de concurrence déloyale a causé à cette entreprise un dommage, il faut vérifier dans un premier temps si les résultats de cette entreprise seraient demeurés les mêmes sans le départ du personnel. Si la réponse à cette question est négative, le lien de causalité est alors en principe établi, sauf à démontrer qu'en cas

54. Voy. BGH, 19 mars 2008, III ZR 49/07, pts 9 et s.

55. Comme l'observe A.M. HONORÉ, « Causation and Remoteness of Damage », *op. cit.*, vol. XI, nos 7-126, p. 80.

56. Sous réserve d'éventuelles différences jugées insignifiantes (voy. *infra*, n° 16).

57. Voy. not. B.S. MARKESINIS et H. UNBERATH, *The German Law of Torts. A Comparative Treatise*, 4^e éd., *op. cit.*, pp. 103 et s.

58. En ce sens, B.S. MARKESINIS et H. UNBERATH, *The German Law of Torts. A Comparative Treatise*, *op. cit.*, p. 104; H. OETKER, « § 249 Art und Umfang des Schadensersatzes », *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 2, *op. cit.*, n° 103; voy. not. BGH, 18 janvier 2011, VI ZR 325/09, pt 8. On notera toutefois qu'en présence d'une omission fautive, le juge allemand raisonne souvent dès ce stade par substitution (voy. en ce sens BGH, 7 février 2012, VI ZR 63/11, pts 9 et s.).

59. Voy. en ce sens BGH, 7 février 2012, VI ZR 63/11, pt 13; BGH, 20 juillet 2006, IX ZR 94/03, pt 22.

d'engagement licite de ce personnel, les résultats de l'entreprise auraient pareillement été affectés⁶⁰.

Par conséquent, si la théorie de l'alternative légitime est certes originaire de l'Allemagne, elle est néanmoins passée par le prisme de la doctrine belge qui en a quelque peu altéré le sens en en réduisant la portée. En effet, nous avons vu qu'en droit belge, ne rentrent en principe dans le cadre de la théorie de l'alternative légitime – au sens où l'entend la Cour de cassation – que des hypothèses de substitution au sens strict, c'est-à-dire des cas dans lesquels est substitué au comportement fautif un comportement licite matériellement identique. Le champ d'application de la théorie se trouve ainsi déformé par rapport à ses origines allemandes.

Ce constat, qui n'a en soi rien de surprenant tant dans le contexte général du droit comparé⁶¹ que dans celui, plus spécifique, de l'étude du phénomène des « greffes juridiques » opérées d'un ordre juridique vers un autre⁶², incite en tout cas à la prudence lorsque l'on se tourne vers le

60. Voy. en ce sens BAG, 26 septembre 2012, 10 AZR 370/10, spéc. pts 18, 21, 23 et 30. Autre exemple : un pouvoir public entame une procédure de marché public pour l'acquisition de basalte, en précisant que les offres alternatives sont interdites. Trois entreprises soumissionnent. L'offre de la troisième est écartée en raison de son incomplétude. La deuxième entreprise remet une offre mais propose alternativement – en violation des conditions du marché – d'autres types de pierre que du basalte qui rencontreraient également les besoins de l'autorité. Le marché lui étant attribué, la première entreprise introduit une action en responsabilité contre l'autorité. La Cour de justice fédérale considère que, puisque l'offre des deuxième et troisième entreprises étaient en réalité irrecevables, la première entreprise démontre l'existence d'un lien de causalité car le marché aurait dû lui être attribué (première étape). Ce n'est qu'ensuite que se pose la question de l'alternative légitime, à savoir la question de savoir si l'autorité aurait renoncé à attribuer le marché s'il n'avait pas été attribué à la deuxième entreprise (deuxième étape) (voy. BGH, 25 novembre 1992, VIII ZR 170/91, spéc. pts 11 et 13).
61. Le comparatiste sait, à cet égard, qu'il ne peut se fier au fait que deux institutions portent une « étiquette » identique dans deux ordres juridiques différents pour pouvoir être entièrement assimilées (voy. sur ce point K. ZWIGERT et H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law* (trad. T. WEIR), 3^e éd., Oxford, O.U.P., 1998, pp. 34 et s.).
62. Sur la problématique des *legal transplants*, voy. not. D. BERKOWITZ, K. PISTOR et J.-F. RICHARD, « The Transplant Effect », *Am. J. Comp. L.*, 2003, vol. 51, pp. 163 et s.; M. GRAZIADEI, « Legal Transplants and the Frontiers of Legal Knowledge », *Theoretical Inquiries in Law*, 2009, vol. 10, pp. 692 et s.; A. WATSON, « Legal Transplants and European Private Law », *Elec. J. Comp. L.*, 2000, vol. 4.4 (www.ejcl.org).
L'un des plus beaux exemples de la transformation des règles importées d'un ordre juridique étranger du fait de leur interaction avec le reste de l'ordre juridique national est sans doute fourni par la réception du Code civil français dans la province du Rhin lors de l'annexion de celle-ci par les armées de Napoléon. C'est ainsi que, pendant près de cent ans – soit jusqu'à l'entrée en vigueur du BGB –, les juristes allemands durent interpréter le droit civil français dans le cadre plus général du droit allemand, et que la construction originale qui en résulta influença en retour les juristes français par le biais de l'œuvre de ZACHARIAE, traduite et adaptée en français par AUBRY et RAU (voy. à ce propos C. BOCQUET, « Traduction juridique et appropriation par le traducteur. L'affaire Zachariae, Aubry et Rau », *La traduction juridique: Histoire, théorie(s) et pratique*, Actes du colloque international organisé par l'École de traduction et interprétation de l'Université de Genève et l'Association suisse des traducteurs, terminologues et inter-

droit allemand pour tenter d'y trouver des développements susceptibles d'éclairer la portée de la théorie de l'alternative légitime en Belgique. En particulier, il nous semble que, dans une perspective fonctionnelle⁶³, la jurisprudence allemande sur l'alternative légitime ne peut être utilement comparée au droit belge que dans la mesure où l'alternative légitime envisagée est un comportement matériellement identique au comportement fautif (procédure de substitution au sens strict), et non un autre comportement (procédure de substitution au sens large). C'est donc sur des cas de ce type que je me concentrerai lorsque la jurisprudence allemande sera encore évoquée dans la suite de ce rapport.

9. Suite – Droit français. Même si la filiation apparaît plus difficile à établir, on peut également émettre l'hypothèse que la théorie belge de l'alternative légitime n'est pas sans lien avec certains développements de la doctrine et de la jurisprudence françaises, dont on connaît l'influence traditionnelle sur le juriste belge.

L'écrit fondateur en la matière semble être la mise à jour du traité d'Aubry et Rau par le professeur Dejean de la Bâtie, qui, plutôt que de faire entièrement abstraction du fait fautif, invitait à vérifier si le dommage a ou non été causé par le caractère défectueux de ce fait. Ainsi, « Lorsque l'on est certain que le fait imputable à une personne a joué un rôle dans la réalisation du dommage, qu'en son absence celui-ci n'aurait pas eu lieu [procédure d'élimination], il n'en résulte pas forcément que le rapport de causalité soit pour cela établi. (...) en réalité, un fait n'est pas retenu comme cause d'un dommage par cela seul qu'il l'a rendu possible; il ne l'est que si c'est sa défectuosité même, prouvée ou présumée, qui peut en fournir, au moins partiellement, l'explication »⁶⁴.

prêtes à l'Université de Genève, les 17, 18 et 19 février 2000, accessible sur <http://bit.ly/17EiQmC>).

La question de savoir si la transformation ainsi subie est d'une intensité telle qu'on ne pourrait jamais parler de l'importation d'une règle étrangère mais nécessairement de la création d'une règle nouvelle – comme le soutient, de manière radicale, P. LEGRAND (« The Impossibility of 'Legal Transplants' », *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, 1997, vol. 4, pp. 111 et s.), à la manière d'Héraclite pour qui on ne pourrait entrer deux fois dans le même fleuve (voy. PLATON, *Cratyle*, 402a) – me paraît en définitive n'être qu'une querelle de mots. Mieux vaut sans doute y voir un processus d'hybridation, la règle importée n'étant ni totalement identique à la règle d'origine, ni cependant une pure création de l'ordre juridique d'accueil (en ce sens, A. JANSSEN et R. SCHULZE, « Legal Cultures and Legal Transplants in Germany », *Rev. eur. dr. priv.*, 2011, pp. 225 et s., spéc. pp. 253 et s.; comp., à propos de la nature du raisonnement juridique, ni pure répétition de la tradition, ni pour autant invention arbitraire, F. OST et M. VAN DE KERCKHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, F.U.S.L., 2002, ch. VII, pp. 385 et s.).

63. Pour une justification de cette approche, voy. R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, *op. cit.*, n° 43, p. 83, et les réf. citées.
64. AUBRY et RAU, *Droit civil français*, t. VI-2, 8^e éd. par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, Paris, Librairies techniques, 1989, § 444ter, n° 72, p. 129.

Parmi les nombreuses illustrations jurisprudentielles citées par cet auteur, on peut retenir le cas où la victime d'un crash aérien s'était introduite à bord de l'appareil en usurpant fautivement une identité. Certes, on pourrait être tenté, en raisonnant par élimination, de considérer que si cette personne ne s'était pas fautivement introduite à bord, elle n'aurait pas péri dans l'accident, de sorte que sa faute se trouve bien en lien causal avec son décès. La Cour de cassation de France approuva cependant la cour d'appel qui avait retenu l'entière responsabilité de l'aéroclub⁶⁵. Cette solution s'inscrit dans la théorie proposée par le professeur Dejean de la Bâtie « parce que ce n'est pas dans cette défectuosité [du comportement de la victime] que l'on peut trouver, même partiellement, l'explication du dommage »⁶⁶.

Cette thèse a reçu un certain écho dans la doctrine française⁶⁷. C'est ainsi, en particulier, que les professeurs Viney, Jourdain et Carval s'y rallient expressément dans leur *Traité* en écrivant de manière synthétique que « ce n'est pas entre le dommage et le fait matériel imputé au défendeur que le rapport de nécessité doit exister, mais entre le dommage et la défectuosité de ce fait »⁶⁸.

Cela étant, la jurisprudence française sur cette question apparaît à ce stade encore « relativement cantonnée » à certains domaines⁶⁹, de sorte qu'on ne peut pas encore parler du même degré de systématisme que celle que la théorie de l'alternative légitime a déjà acquise dans la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique.

10. Fondement juridique. Encore que la question ne présente qu'un intérêt assez théorique, il ne paraît pas inintéressant de s'interroger sur le fondement de la théorie de l'alternative légitime. En d'autres termes, sur quelle base légale le raisonnement consistant à remplacer la faute par

65. Cass. fr., 20 janvier 1970, *Bull.*, 1970, I, n° 27 (deuxième moyen).

66. AUBRY et RAU, *Droit civil français*, t. VI-2, *op. cit.*, § 444ter, n° 72, p. 131. On notera que la théorie du professeur DEJEAN DE LA BÂTIE comprend un second volet, dit de « l'empreinte continue du mal » (*ibid.*, n° 74, pp. 139 et s.). En vertu de celui-ci, « Lorsqu'une série de faits intermédiaires s'intercale entre le fait initial et le dommage, la continuité suppose non seulement que chacun de ces faits présente un aspect défectueux, mais encore que cet aspect s'explique toujours, au moins partiellement, par la défectuosité du fait précédent (...), et ainsi de suite jusqu'au fait initial, lui-même incorrect ou présumé tel ». Cette exigence n'a pas d'équivalent en tant que tel en droit belge qui admet au contraire que l'auteur d'une faute soit responsable de toutes les conséquences, même indirectes, causées par cette faute (voy. not. Cass., 28 mai 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 843; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, *op. cit.*, n°s 401 et s., pp. 338 et s.).

67. Voy. not. la thèse de doctorat de C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2010, spéc. n°s 295 et s., p. 265 et s., et réf. citées.

68. G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Traité de droit civil* (J. GHESTIN dir.), *Les conditions de la responsabilité*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 2013, n° 346-1, p. 250.

69. *Ibid.*, n° 358, p. 263.

son exécution correcte, plutôt que de faire entièrement abstraction du comportement fautif, peut-il s'appuyer ?

La réponse la plus simple consiste bien sûr à n'y voir qu'une *pure application de l'article 1382 du Code civil*, dont la portée véritable serait demeurée voilée aux yeux de l'interprète jusqu'à ce qu'elle soit finalement révélée par l'arrêt de principe du 25 mars 1997. Si une telle approche s'avère possible et dans une certaine mesure pragmatique, elle présente toutefois l'inconvénient de ne rien vraiment expliquer et de ne justifier qu'imparfaitement (puisqu'après tout, une autre lecture de l'article 1382 apparaît possible et avait d'ailleurs été consacrée jusqu'alors)⁷⁰.

Du côté de l'Allemagne, la théorie de l'alternative légitime est explicitement fondée sur le *but de la norme transgressée*⁷¹. L'idée est en effet que, si le dommage s'était également produit de la même manière en cas de respect de cette norme, celle-ci ne peut avoir pour but de permettre la réparation de ce dommage.

Ce raisonnement paraît difficilement pouvoir être transposé tel quel en droit belge. Il paraît en effet être intimement lié à la théorie de la relativité aquilienne (*Schutzzwecklehre*), qui constitue l'une des données de base du droit allemand de la responsabilité. En vertu de cette théorie, sauf lorsqu'une atteinte est portée à certains biens (*Rechtsgüter*) limitativement énumérés par la loi⁷², la violation de la loi n'entraîne l'obligation de réparer le dommage que pour autant que celui-ci soit compris dans le but de protection de la loi violée⁷³. C'est ainsi, par exemple, que le voleur d'un véhicule qui utilise celui-ci méconnaît les articles 242 et 248b du Code pénal allemand, mais, en cas d'accident causé par le voleur, ces dispositions n'ont pas pour but de protéger les autres usagers de la route, mais seulement le propriétaire du véhicule volé⁷⁴.

Un tel raisonnement n'a en principe pas sa place en droit belge, où la théorie de la relativité aquilienne n'a pas cours. La violation d'une norme légale ou réglementaire imposant d'agir de manière déterminée consti-

70. C'est la critique que l'on peut adresser à toute solution *sui generis*, à savoir une explication développée pour résoudre un problème particulier sans s'efforcer de la replacer dans un contexte plus large (voy. à ce propos R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, *op. cit.*, n° 26, I, p. 50).

71. Voy. les réf. citées *supra* à la note n° 49.

72. Le § 823, al. 1^{er}, du BGB vise ainsi la vie, le corps humain, la santé, la liberté, la propriété ou un « droit particulier » (*sonstiges Recht*), énumération qui est toutefois d'interprétation restrictive et exclut ainsi par exemple l'atteinte au patrimoine (D. MEDICUS et S. LORENZ, *Schuldrecht II. Besonderer Teil*, 15^e éd., München, Beck, 2010, § 143, n° 1236, p. 426).

73. Solution s'appuyant sur le § 823, al. 2, du BGB (voy. à ce propos D. MEDICUS et S. LORENZ, *Schuldrecht II. Besonderer Teil*, *op. cit.*, § 149, n°s 1316 et s., pp. 455 et s.). Sur le lien exact entre la *Schutzzwecklehre* et le § 823, al. 2, du BGB, voy. not. D. MEDICUS, « § 249 », *BGB Kommentar*, *op. cit.*, n° 60, p. 389.

74. Voy. BGH, 4 décembre 1956, VI ZR 161/55, pt III, 4.

tue en effet une faute et oblige à réparer le dommage causé par cette faute subi par tout sujet de droit, même si la norme transgressée n'a pas été édictée dans le but de le protéger⁷⁵. Il n'en demeure pas moins que, comme nous le verrons, le but de la norme transgressée pourrait encore présenter un certain intérêt pour tracer une limite à l'application de la théorie de l'alternative légitime⁷⁶.

En définitive, il me semble que la théorie de l'alternative légitime recourt à une démarche proche de celle dictée par le *principe de proportionnalité*, qui a acquis au fil du temps une place tout à fait centrale dans l'ordre juridique belge⁷⁷. En effet, ce serait aller au-delà de ce que commande l'objectif de réparation sur lequel repose le droit de la responsabilité que de condamner l'auteur d'un comportement fautif en l'absence duquel un dommage ne se serait pas produit (procédure d'élimination) à réparer celui-ci, alors que le même dommage se serait néanmoins produit de la même manière si l'auteur avait agi correctement (procédure de substitution). Dans cette mesure, « la théorie de l'alternative légitime détermine, avec une précision chirurgicale, l'acte fautif et procède ensuite classiquement à son élimination ou à sa substitution par un acte licite »⁷⁸. Cette main du juriste-chirurgien, qui se contente d'ôter au comportement son caractère fautif plutôt que de procéder à son ablation complète, me paraît n'être que l'expression du principe de proportionnalité.

Section 2

Conditions

11. Énumération. À la lecture de la jurisprudence de la Cour de cassation, il semble que trois conditions doivent être réunies pour que le défendeur puisse échapper à sa responsabilité en se fondant sur la théorie de l'alternative légitime. Il faut ainsi que le comportement fautif soit mentalement remplacé par son exécution correcte (*infra*, pt A) et qu'il apparaisse que le dommage allégué se serait également produit de la même manière dans ce cas (*infra*, pt B), sans modifier aucune autre circonstance concrète de la cause (*infra*, pt C). Il est par ailleurs permis de se demander si une quatrième condition, tirée de la conformité du raisonnement au but de la loi violée, ne doit pas être prise en considération (*infra*, pt D). On abordera enfin la question de la charge de la preuve (*infra*, pt E).

75. Voy. Cass., 4 novembre 2010, *Pas.*, 2010, n° 654; J.-L. FAGNART, *La causalité*, *op. cit.*, n° 13, p. 9; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *op. cit.*, n° 831, p. 1221.

76. Voy. *infra*, n°s 25 et 49.

77. Voy. not. à ce propos B. FRYDMAN, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2013, n° 217, pp. 464 et s.

78. J.-L. FAGNART, *La causalité*, *op. cit.*, n° 122, p. 56.

A. Remplacement du comportement fautif par son exécution correcte

12. Choix entre l'élimination et la substitution du comportement fautif. La Cour de cassation rappelle régulièrement que, pour apprécier le lien de causalité, il y a lieu de remplacer (mentalement) le comportement fautif par son « exécution correcte »⁷⁹. Ce principe appelle plusieurs observations.

Tout d'abord, on ne peut en principe recourir à une procédure d'élimination, qui supprimerait le comportement fautif dans son entièreté; seuls les aspects fautifs de ce comportement doivent être éliminés en les remplaçant par leur exécution correcte⁸⁰. On se souvient à cet égard du cas de la Jeep demeurée au-delà du temps autorisé sur un emplacement où l'arrêt momentané est néanmoins permis: la question n'est pas de savoir si l'accident se serait également produit en l'absence de la Jeep, mais bien si l'accident se serait également produit si la Jeep s'était légalement trouvée à cet endroit⁸¹.

On ne peut donc en principe entièrement supprimer le comportement fautif, mais on doit se contenter de substituer à celui-ci son exécution correcte. La deuxième question qui se pose est alors de savoir ce qu'il faut entendre exactement par là.

Certains auteurs semblent à cet égard se montrer assez souples, et n'hésitent pas à suggérer de remplacer le comportement fautif par un *autre* comportement matériel, quant à lui licite. Ainsi, par exemple, si la faute du médecin consiste à ne pas avoir informé le patient avant une intervention, il ne faudrait pas se demander ce qui se serait passé en l'absence de l'intervention (procédure d'élimination), mais plutôt ce qu'il serait advenu si l'information avait été donnée au patient (substitution d'un comportement positif à l'omission fautive)⁸². De même, si un médecin se trompe fautivement en prescrivant le médicament X, il ne faudrait pas vérifier ce qui se serait passé s'il n'avait rien prescrit du tout (procédure d'élimination), mais plutôt ce qui se serait produit s'il avait prescrit le bon médicament Y (substitution au comportement fautif d'un autre comportement positif)⁸³.

79. Voy. les réf. citées *supra*, à la note n° 42.

80. M. VAN QUICKENBORNE, *De oorzakelijkheid in het recht van de burgerlijke aansprakelijkheid*, op. cit., n° 139, p. 85; M. VAN QUICKENBORNE, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad 2000-2007. Deel I. Oorzakelijk verband », op. cit., n° 10, p. 303.

81. Voy. *supra*, n° 7.

82. M. VAN QUICKENBORNE, « Causaliteit », op. cit., n° 39, p. 32.

83. H. BOCKEN, « De *conditio sine qua non* et het rechtmatig alternatief », op. cit., n° 9, p. 117.

Si ces solutions apparaissent intuitivement séduisantes, il n'est pas certain, cependant, qu'elles correspondent exactement à la démarche préconisée par la Cour de cassation. Ainsi, pour reprendre l'exemple de la Jeep, le raisonnement validé par la Cour n'a pas consisté à vérifier ce qui se serait produit si celle-ci avait légalement stationné ailleurs (substitution d'un autre comportement au comportement fautif), mais plutôt à examiner si la présence de la Jeep, en soi non fautive puisque l'arrêt momentané était permis à cet endroit, était véritablement la cause du dommage (substitution d'un comportement licite matériellement identique au comportement fautif). On verra du reste dans la suite de ce rapport de nombreux cas où la Cour de cassation raisonne de la sorte en substituant au comportement fautif un comportement licite matériellement identique⁸⁴.

13. Critère proposé. Qu'il me soit ici permis de formuler une hypothèse. Il semble que la jurisprudence de la Cour de cassation puisse s'expliquer par l'idée que, lorsque le comportement reproché au défendeur n'est pas en soi fautif, en ce sens qu'il est en partie admissible, alors la théorie de l'alternative légitime impose, par priorité, de raisonner en remplaçant le comportement fautif par un comportement matériellement identique mais expurgé de sa composante fautive (procédure de substitution au sens strict). Ce n'est que dans le cas où un tel remplacement serait impossible, parce que le comportement s'avérerait en soi fautif, que le lien causal ne pourrait être apprécié qu'en substituant à ce comportement un autre comportement licite (procédure de substitution au sens large). Enfin, si un tel comportement licite alternatif n'était pas envisageable, on ne pourrait alors raisonner qu'en faisant entièrement abstraction du comportement fautif (procédure d'élimination). Ainsi, plus la part illicite du comportement augmente, moins la théorie de l'alternative légitime s'avère utile⁸⁵. Il convient donc, en d'autres termes, d'apporter le minimum de changements possibles aux circonstances concrètes de la cause⁸⁶. Une telle approche graduée pourrait se fonder sur le principe de proportionnalité⁸⁷.

Ainsi, pour reprendre le cas de la Jeep en stationnement illégal, il faudrait examiner ce qui se serait produit si elle était simplement à l'arrêt, car sa présence sur les lieux n'était pas en soi fautive (procédure de substitution au sens strict). Dans le cas du médecin ayant omis d'informer son patient, on devrait plutôt rechercher ce qui se serait produit s'il l'avait dûment informé, car son silence était en soi fautif et ne peut dès lors

84. Voy. *infra*, nos 31 et s.

85. Comp. en ce sens M. VAN QUICKENBORNE, De oorzakelijkheid in het recht van de burgerlijke aansprakelijkheid, *op. cit.*, n° 132, p. 82.

86. Dans le même sens, A.M. HONORÉ, « Causation and Remoteness of Damage », *op. cit.*, vol. XI, nos 7-117, p. 75.

87. Voy. *supra*, n° 10.

qu'être remplacé par un comportement différent (procédure de substitution au sens large). Enfin, si l'on envisage par exemple le cas d'un tueur à gages abattant sa victime de sang-froid, on n'aperçoit pas quel comportement licite pourrait être substitué à son acte; le lien de causalité ne peut dès lors être apprécié qu'en constatant que, sans le coup de revolver, la victime ne serait pas morte (procédure d'élimination⁸⁸).

Cette nouvelle présentation du problème me permet de conclure par deux observations complémentaires.

14. Cas particulier – Comportement fautif dans sa totalité. Premièrement, la théorie de l'alternative légitime ne présente donc de pertinence en droit belge que pour autant que le comportement du défendeur ne soit pas *en soi fautif*, c'est-à-dire que ce comportement ne doive pas être évité dans sa totalité⁸⁹.

Ainsi, par exemple, en présence d'une voie de fait, on n'aperçoit pas *a priori* comment l'exécution correcte du même comportement pourrait être envisagée. Le raisonnement consistera alors généralement à faire purement et simplement abstraction de ce comportement pour en conclure que le dommage ne se serait pas produit de la même manière en son absence.

15. Cas particulier – Omission fautive. Deuxièmement, on enseigne généralement que la théorie de l'alternative légitime ne présenterait d'intérêt que pour les comportements positifs. En présence d'une *omission*, en revanche, celle-ci serait nécessairement fautive dans sa totalité de sorte que la théorie de l'alternative légitime ne pourrait trouver à s'appliquer⁹⁰ et qu'il faudrait plutôt remplacer cette omission par le comportement positif correct qui aurait dû être adopté⁹¹. Ainsi, par exemple, en cas de manquement au devoir d'information, il faudrait imaginer ce qui se serait passé si l'information avait été donnée⁹².

88. Si l'on me permet l'usage d'une telle expression dans un contexte déjà meurtrier!

89. Voy. H. BOCKEN, «De *conditio sine qua non* et het rechtmatig alternatief», *op. cit.*, n° 9, p. 117.

90. Voy. en ce sens M. VAN QUICKENBORNE, *De oorzakelijkheid in het recht van de burgerlijke aansprakelijkheid*, *op. cit.*, n° 136, p. 84.

91. Voy. H. BOCKEN et I. BOONE, «Causaliteit in het Belgisch recht», *op. cit.*, n° 9, p. 1635; H. BOCKEN, «De *conditio sine qua non* et het rechtmatig alternatief», *op. cit.*, n° 9, p. 117; I. DURANT, «À propos de ce lien qui doit unir la faute au dommage», *op. cit.*, n° 9, p. 22; C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 208, p. 18; P. VAN OMMESLAGHE, «Le concept de l'alternative légitime en droit de la responsabilité civile», *op. cit.*, n° 5, p. 135; M. VAN QUICKENBORNE, «Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad 2000-2007. Deel I. Oorzakelijk verband», *op. cit.*, n° 14, p. 311; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, *op. cit.*, n° 1239, p. 778.

92. Voy. I. DURANT, «À propos de ce lien qui doit unir la faute au dommage», *op. cit.*, n° 10, p. 24; pour une application, Cass., 14 mai 2004, *R.G.A.R.*, 2006, n° 14.135.

Si cette opinion correspond sans doute au *quod plerumque fit*, elle me paraît toutefois devoir être nuancée. Il se peut en effet que, dans certaines circonstances, une abstention ne soit pas en soi fautive, mais aurait pu se justifier à certaines conditions. En ce cas, pour apprécier le lien de causalité, il me semble qu'il faut, tout comme en cas d'action fautive, vérifier ce qui se serait passé si l'abstention avait été régulière, c'est-à-dire se contenter d'omettre du comportement négatif son caractère fautif (procédure de substitution au sens strict) plutôt que de remplacer cette abstention par un acte positif (procédure de substitution au sens large). Cette solution se justifie d'autant plus que, comme l'enseigne notamment la problématique des lacunes législatives⁹³, la distinction entre action et omission est souvent difficile à tracer⁹⁴.

Un exemple, tiré de la jurisprudence allemande, permettra d'éclairer le propos. On sait que conformément au droit européen, en droit allemand comme en droit belge, les émetteurs d'instruments financiers admis à la négociation sur un marché réglementé sont tenus de rendre publique immédiatement toute information privilégiée dont ils ont connaissance qui les concerne directement⁹⁵. Ces mêmes dispositions légales autorisent toutefois l'émetteur à différer, sous sa propre responsabilité, la publication d'une information privilégiée lorsqu'il estime que cette publication est susceptible de porter atteinte à ses intérêts légitimes, pour autant que ce report ne risque pas d'induire le marché en erreur et que l'émetteur soit en mesure d'assurer la confidentialité de ladite information. En ce cas, l'émetteur doit informer sans délai de sa décision le régulateur⁹⁶. En l'espèce, il était reproché à une société cotée de ne pas avoir immédiatement averti le marché de la décision du président de son comité de direction de ne pas poursuivre son mandat jusqu'à son terme. La Cour de justice fédérale souligna à cet égard que la responsabilité de l'émetteur envers le public des investisseurs pour le dommage causé par cette abstention doit être appréciée en vérifiant, sur la base de la théorie de l'alternative légitime, si le dommage se serait produit de la même manière en supposant que cette abstention ait fait l'objet d'une décision consciente de l'émetteur⁹⁷. En d'autres termes, la Cour ne vérifie pas ce qui se serait passé si l'information avait été fournie au marché (procédure de subs-

93. Comp. à ce propos R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, op. cit., n° 77, I, pp. 142 et s.

94. Ainsi, p. ex., la faute du médecin consiste-t-elle à ne pas avoir informé son patient avant de l'opérer (omission) ou à effectuer l'opération sans avoir obtenu son consentement éclairé (action) ?

95. Voy., en droit allemand, le § 15 de la Gesetz über den Wertpapierhandel (WpHG) ; en droit belge, l'art. 10, § 1^{er}, de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers.

96. À savoir la FSMA en Belgique ou, en Allemagne, le Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin).

97. BGH, 23 avril 2013, II ZB 7/09, pt 33.

titution au sens large), mais bien si l'information avait été légalement maintenue sous embargo (procédure de substitution au sens strict). Elle considère, en effet, que le but de la norme violée n'exclut pas en l'espèce le recours à la théorie de l'alternative légitime⁹⁸, pour autant du moins que les autres conditions imposées par la loi soient respectées⁹⁹. Un tel raisonnement me paraît tout à fait pouvoir être transposé en droit belge.

B. *Appréciation des conséquences d'une exécution correcte par le défendeur*

16. Principe. Une fois le comportement fautif du défendeur mentalement remplacé par son exécution correcte, il faut ensuite que le juge recherche – de préférence de manière expresse – si le dommage se serait produit en ce cas de la même manière¹⁰⁰.

L'appréciation doit sur ce point demeurer raisonnable: le juge pourra ainsi valablement exclure le lien causal s'il constate qu'en cas d'exécution correcte, le dommage qui se serait produit ne présenterait que des différences insignifiantes par rapport au dommage réellement subi¹⁰¹.

Plusieurs modes de raisonnement, dans le détail desquels je ne rentrerai pas ici, sont par ailleurs à sa disposition pour déterminer ce qui se serait produit en cas d'exécution correcte¹⁰². En tout cas, il ne suffit pas de constater qu'en remplaçant le comportement fautif par son exécution correcte, le même dommage *aurait pu* se produire; pour exclure valablement le lien causal, il faut constater que ce dommage se serait *effectivement* produit de la même manière¹⁰³. Si un doute subsiste sur ce point, le risque de la preuve sera en principe subi par la partie qui en supporte la charge, à savoir le demandeur en réparation¹⁰⁴. Tout au plus celui-ci pourrait-il songer en ce cas à solliciter l'indemnisation de la perte d'une

98. *Ibid.*, pt 34.

99. *Ibid.*, pts 34 et 35 (il s'agit, pour rappel, de l'exigence que le report de la publication ne risque pas d'induire le marché en erreur et que l'émetteur ait été en mesure d'assurer la confidentialité de ladite information).

100. Voy. H. BOCKEN, «De *conditio sine qua non* et het rechtmatig alternatief», *op. cit.*, n^{os} 16 et s., pp. 122 et s.

101. Voy. en ce sens, *ibid.*, n^o 22, p. 128; A.M. HONORÉ, «Causation and Remoteness of Damage», *op. cit.*, vol. XI, n^{os} 7-111, p. 71.

102. Cons. à ce propos H. BOCKEN, «De *conditio sine qua non* et het rechtmatig alternatief», *op. cit.*, n^o 18, pp. 124 et s.

103. Voy. Cass., 29 octobre 2014, R.G. n^o P.14.0820.F, avec concl. av. gén. D. VANDERMEERSCH («Le juge n'a pas à supputer ce qui se serait peut-être passé sans la faute»); J. DE CORDT, «L'appréciation de la causalité dans le jugement des actions publiques et civiles», *op. cit.*, n^o 19, pp. 53 et s.; de même, en droit allemand, BGH, 23 avril 2013, II ZB 7/09, pt 36; BGH, 9 mars 2012, V ZR 156/11, pt 17; H. OETKER, «§ 249 Art und Umfang des Schadensersatzes», *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 2, *op. cit.*, n^o 221.

104. Voy. *infra*, n^o 27.

chance, pour autant du moins que celle-ci soit encore possible en droit positif¹⁰⁵.

17. Illustrations. On évoquera ici deux affaires qui illustrent l'attention avec laquelle la Cour de cassation s'assure que les juges du fond vérifient bien ce qui se serait produit en cas d'exécution correcte de la part du défendeur.

Un piéton traverse une chaussée en violation de l'article 42.4.4 du Code de la route qui lui impose de ne le faire qu'avec prudence et en tenant compte des véhicules qui s'approchent. Le juge du fond considère toutefois que cette imprudence du piéton est sans lien causal avec l'accident dès lors que le conducteur du véhicule qui a heurté le piéton l'avait vu dès le centre du carrefour et qu'il constituait dès lors un obstacle visible et prévisible qu'il aurait dû pouvoir éviter. Un tel raisonnement entraîne cependant la censure de la Cour de cassation dès lors que le juge du fond ne constate pas que, sans la faute de la victime, le dommage se serait néanmoins produit tel qu'il s'est réalisé¹⁰⁶. À mon sens, le lien causal n'aurait pu être valablement exclu sur la base de la théorie de l'alternative légitime qu'en constatant que (i) la présence du piéton sur la chaussée n'était pas en soi fautive (pour autant du moins que les autres conditions de l'article 42.4 du Code de la route aient été respectées¹⁰⁷) et que (ii) cette présence du piéton sur la chaussée, en soi non fautive, ne constituait pas l'une des causes de l'accident dès lors que le conducteur avait vu le piéton en sorte que le dommage se serait produit de la même manière si le piéton n'avait pas fait preuve d'imprudence en traversant.

Une seconde affaire a trait au développement de l'aéroport de Bierset. En substance, il était reproché à la Région wallonne d'avoir violé la réglementation européenne ainsi que le principe de précaution en n'effectuant pas une étude d'incidence. L'arrêt attaqué avait écarté le lien causal entre une éventuelle faute et le dommage des riverains aux motifs qu'une telle étude n'aurait eu aucun impact sur la politique aéroportuaire de la Région wallonne et qu'« il n'est nullement démontré qu'une telle étude l'aurait fait renoncer à ses projets de développer l'activité de fret express par l'arrivée d'un gros intégrateur à Bierset ». La cassation est prononcée parce que, ce faisant, l'arrêt attaqué « n'examine pas si, sans cette faute, le dommage des demandeurs se serait néanmoins produit tel

105. Sur cette question controversée, qui dépasse largement le cadre de ce rapport, cons. récemment P.A. FORIERS, « Aspects du dommage et du lien de causalité (Parcours dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation) », *op. cit.*, n^{os} 21 et s., pp. 24 et s.

106. Cass., 11 septembre 2006, *Pas.*, 2006, n^o 400. Sur la problématique de l'accident dû à la collision avec un obstacle prévisible et évitable, cons., de manière plus générale, B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, *op. cit.*, n^o 398, pp. 333 et s.

107. Ainsi, par exemple, il aurait fallu vérifier qu'il n'existait pas de passage pour piétons à moins de 30 mètres – auquel cas le piéton aurait été tenu de l'emprunter.

qu'il s'est réalisé»¹⁰⁸. En effet, comme l'expose M. l'avocat général dans ses conclusions, le dommage invoqué par les riverains ne se limitait pas au développement de l'aéroport, mais portait également sur l'insuffisance de mesures palliatives destinées à atténuer les effets préjudiciables de l'exploitation; or, l'arrêt attaqué ne constatait pas que, en cas de réalisation d'une étude d'incidence, les mesures palliatives prises auraient été identiques, et ce même si la politique aéroportuaire de la Région wallonne était quant à elle demeurée inchangée¹⁰⁹.

C. Interdiction de modifier les autres circonstances de la cause

18. Principe. Comme nous l'avons vu, pour apprécier l'existence du lien causal, le juge doit donc mentalement ôter au fait dont il est saisi son caractère fautif. En revanche, il ne lui est pas permis de modifier d'autres circonstances de fait ou de droit en formulant des hypothèses étrangères aux circonstances concrètes de la cause¹¹⁰.

Pour que la responsabilité du défendeur soit engagée, il n'est donc pas nécessaire que la faute soit *absolument* nécessaire, en ce sens qu'aucune autre faute n'aurait dans l'absolu pu causer le dommage; il suffit de constater que la faute est relativement nécessaire en ce sens que, dans les circonstances précises de la cause, le dommage ne se serait pas produit de la même manière sans cette faute¹¹¹. C'est pourquoi, « [p]our déclarer une faute en relation causale avec l'accident, il est nécessaire mais suffisant de constater que sans cette faute, le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est réalisé. Le juge du fond n'est pas tenu, en outre, d'exclure qu'en l'absence de la faute reprochée, une autre négligence aurait pu également engendrer le dommage »¹¹².

La tentation est pourtant grande d'aller trop loin dans la reconstruction mentale des faits, et la Cour de cassation se montre sur ce point impitoyable à l'égard des juges du fond.

108. Cass., 14 décembre 2006, *Pas.*, 2006, n° 650, avec concl. av. gén. J.-M. GENICOT.

109. Conclusions précitées, *Pas.*, 2006, p. 2672. Ces conclusions comportent également d'importantes considérations sur l'objectif d'une étude d'incidence qui sont examinées *infra*, n° 44.

110. Voy. H. BOCKEN et I. BOONE, « Causaliteit in het Belgisch recht », *op. cit.*, n° 10, p. 1635; H. BOCKEN, « De *conditio sine qua non* et het rechtmatig alternatief », *op. cit.*, n° 10, p. 117; M. VAN QUICKENBORNE, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad 2000-2007. Deel I. Oorzakelijk verband », *op. cit.*, n° 11, p. 304.

111. Voy. Bruxelles, 26 mars 2012, *R.G.A.R.*, 2012, n° 14.884, p. 2, pt 3.1; H. BOCKEN, « De *conditio sine qua non* et het rechtmatig alternatief », *op. cit.*, n° 11, p. 118; M. VAN QUICKENBORNE, « Causaliteit », *op. cit.*, n° 40, p. 32; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, *op. cit.*, n° 1236, p. 775.

112. Cass., 14 novembre 2012, *Pas.*, 2012, n° 612, spéc. p. 2217.

19. Illustrations. Ainsi, par exemple, un accident de la circulation se produit en un lieu où la vitesse est limitée à 60 km/h. Un camion roulant à vide à 90 km/h provoque à cet endroit un accident. Le juge du fond écarte cependant l'existence du lien causal en considérant que, si le camion avait roulé à 60 km/h *en étant chargé*, il n'aurait pas causé un dommage plus étendu. La cassation est prononcée car, en supposant que le camion aurait été chargé, le juge du fond modifie la situation concrète dont il était saisi¹¹³.

Prenons un cas plus frappant encore. Un détenu s'évade grâce à la distraction fautive de policiers et, une fois dehors, en profite pour voler quelques temps plus tard un véhicule. L'assureur du propriétaire du véhicule agit alors en responsabilité contre l'État. L'arrêt attaqué écarte cependant le lien causal entre la négligence des policiers et le vol, en considérant que ce détenu multipliait les sorties de prison afin d'augmenter ses chances d'évasion et que même sans la faute, il se serait de toute façon évadé avant la date du vol, qu'il aurait donc de toute façon commis! La décision est cassée pour s'être fondée sur une hypothèse étrangère aux circonstances concrètes de la cause¹¹⁴.

Dans le même ordre d'idées, on peut citer le cas où, en raison d'un manque de surveillance d'une enseignante, deux élèves sortent d'un établissement scolaire à un moment non autorisé, en profitent pour voler des feux d'artifice et se blessent en utilisant ceux-ci. Le juge du fond écarte le lien causal entre la faute de l'enseignante et le dommage aux motifs que le vol des élèves constitue une cause juridique propre et que « les faits commis auraient pu l'être à tout moment et notamment lors d'une sortie autorisée, [l'un des élèves] ayant d'ailleurs déjà dérobé ce genre de fusées la veille (...) et l'ayant déjà fait exploser au parc d'Auvelais ». La Cour de cassation casse cependant cette décision en considérant que, ce faisant, l'arrêt attaqué ne constate pas que, sans la faute commise par l'enseignante, le dommage se serait produit tel qu'il s'est réalisé¹¹⁵.

La conclusion paraît donc simple: en appréciant l'existence du lien causal, le juge doit mentalement faire abstraction de la faute, mais rien que de la faute, sans pouvoir altérer en aucune manière les circonstances de la cause. À l'analyse, les choses s'avèrent toutefois plus compliquées qu'il n'y paraît, et ce pour pas moins de trois raisons.

113. Voy. Cass., 15 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1054; voy., de même, Cass., 8 octobre 1996, *Pas.*, 1996, I, n° 363, censurant la décision des juges d'appel ayant fondé « l'absence de lien de causalité entre l'infraction du roulage commise par le défendeur et l'accident sur la constatation que l'accident se serait également produit si la demanderesse avait exécuté une manœuvre qu'en réalité elle n'a pas exécutée ».

114. Cass., 23 septembre 2011, *Pas.*, 2011, n° 496.

115. Cass., 24 mars 2005, *Pas.*, 2005, n° 185.

20. Première nuance – Modification inhérente à la suppression de la faute. Tout d'abord, ôter au comportement du défendeur son caractère fautif implique parfois nécessairement de modifier les circonstances de la cause.

Reprenons ainsi le cas de la Jeep sur lequel la Cour de cassation s'est penchée dans son arrêt de principe du 25 mars 1997¹¹⁶. On se souvient qu'aux yeux de la Cour, le stationnement irrégulier de la Jeep n'était pas l'une des causes de l'accident, dès lors que l'arrêt momentané au même endroit était autorisé. Ainsi, la présence de la Jeep en ce lieu n'était pas en soi fautive et l'accident se serait produit de la même manière si elle s'était simplement trouvée à l'arrêt à cet endroit au moment de l'accident, ce dont découle l'absence de lien causal. Fort bien! Qui ne voit, cependant, qu'en envisageant que la Jeep se soit trouvée à l'arrêt à cet endroit, la Cour admet nécessairement que les circonstances de la cause soient altérées sur le plan temporel: en effet, on raisonne comme si la Jeep venait d'être garée à cet endroit, alors qu'elle s'y trouvait en réalité depuis un temps supérieur à celui requis pour assurer le chargement ou le déchargement. Il n'est dès lors pas surprenant que, dans son avis contraire, le ministère public ait conclu à l'existence du lien causal en considérant qu'un tel raisonnement n'était pas admissible dès lors qu'il impliquait une altération des circonstances de la cause¹¹⁷.

S'il est difficile de tirer des conclusions générales de la jurisprudence de la Cour, il me semble en tout cas qu'on puisse en déduire qu'une certaine altération des circonstances de la cause peut résulter de la suppression du caractère fautif du fait dont le juge est saisi, *pour autant du moins que le comportement matériel envisagé demeure identique*. Il s'agit donc de remplacer mentalement le comportement fautif par un comportement matériellement identique, pour autant que ce dernier ait pu légalement être adopté au même moment et au même lieu.

Ainsi, que l'on envisage l'arrêt ou le stationnement, l'on se trouve toujours face à un véhicule immobilisé, les deux situations ne se distinguant que par le moment à partir duquel cette immobilisation a commencé. De même, nous verrons que la Cour de cassation admet que pour apprécier le lien causal, on envisage ce qui se serait passé si un conducteur avait eu l'âge requis pour prendre un passager, ou si une voiture avait été régulièrement immatriculée, car dans les deux cas le véhicule se serait trouvé

116. Voy. *supra*, n° 6.

117. Voy. concl. av. gén. X. DE RIEMAECKER avant Cass. (plén.), 25 mars 1997, *Pas.*, 1997, I, n° 161, p. 416. Selon le ministère public, le changement apporté aux circonstances de la cause était en l'espèce double. Il portait tant sur (i) les règles de droit applicables, car le stationnement et l'arrêt répondent à des règles différentes même si dans les deux cas il y a immobilisation, que sur (ii) les faits de l'espèce, car la décision attaquée ne constatait pas que l'immobilisation du véhicule venait de se produire.

au même endroit au même moment¹¹⁸. Certes, dans l'un et l'autre cas, les circonstances de fait se trouvent altérées – on suppose que le conducteur aurait été plus âgé qu'il ne l'était vraiment, ou que le véhicule aurait satisfait aux obligations réglementaires pour pouvoir circuler sur la voie publique –, mais cette modification se limite à ce qui est nécessaire pour ôter son caractère fautif au fait qui demeure quant à lui matériellement identique (à savoir la présence du véhicule sur les lieux à ce moment). En revanche, pour reprendre un exemple précité¹¹⁹, supposer qu'un véhicule vide aurait été chargé serait aller trop loin dans l'altération des faits, car ces deux situations ne sont pas matériellement identiques.

21. Deuxième nuance – Reconstitution des événements sans la faute.

Une deuxième nuance doit être apportée au principe selon lequel le juge doit se borner à ôter au fait son caractère fautif sans modifier les autres circonstances de la cause.

Dès lors que le juge doit en principe remplacer mentalement le comportement fautif par un comportement licite matériellement identique, la reconstitution de l'enchaînement causal en est quelque peu simplifiée. En effet, il ne s'agit pas dans ce cas d'imaginer les conséquences de faits qui ne se sont jamais produits (que se serait-il passé si la Jeep avait été garée ailleurs?), mais seulement de vérifier le pouvoir causal de faits existants (la présence de la Jeep sur les lieux, en soi non fautive, a-t-elle influencé le déroulement de l'accident?).

Nous avons vu, cependant, que le juge est parfois contraint, dans certaines circonstances – et spécialement en cas d'omission fautive –, d'envisager plutôt un comportement licite matériellement différent du comportement fautif (procédure de substitution au sens large), voire même de supprimer entièrement ce dernier comportement (procédure d'élimination)¹²⁰. Dans ces deux derniers cas, le juge devra ensuite vérifier si le dommage se serait également produit dans ce scénario de la même manière. Or, pour effectuer une telle vérification, le juge doit nécessairement supputer le cours d'événements qui, par définition ne se sont jamais produits dans la réalité des choses¹²¹. Il doit dès lors se montrer extrêmement attentif, ce faisant, à ne pas altérer les circonstances concrètes de la cause au-delà de ce que requiert la suppression de la faute.

Reprenons ainsi un cas envisagé plus tôt¹²²: par la négligence de la police, un détenu s'évade et dérobe une voiture, mais le juge du fond

118. Voy. *infra*, n^{os} 33 et 34.

119. Voy. *supra*, n^o 19.

120. Voy. *supra*, n^{os} 13 et s.

121. Dans le même sens, M. VAN QUICKENBORNE, «Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad 2000-2007. Deel I. Oorzakelijk verband», *op. cit.*, n^o 11, p. 305.

122. Voy. *supra*, n^o 19.

exclut le lien causal entre la négligence et le vol en considérant que, même sans cette négligence, le détenu aurait de toute façon fini par s'évader et par dérober cette même voiture. On sent bien qu'en raisonnant de la sorte, le juge du fond ne se contente pas d'imaginer ce qui se serait produit en l'absence de la négligence; non seulement, en effet, considérer que le détenu se serait finalement évadé est une supposition qui confine au cynisme, mais en outre, imaginer qu'en cas d'évasion ultérieure il aurait fini par voler *exactement la même voiture* apparaît pour le moins improbable. On ne s'étonnera pas, dès lors, de voir la Cour de cassation censurer une telle décision. La même observation vaut pour le cas où le juge du fond avait considéré que, même s'ils n'avaient pas échappé à la surveillance de leur enseignante, les élèves se seraient de toute façon blessés *de la même manière* en jouant avec des feux d'artifice à la sortie de l'école plutôt que pendant les heures de cours.

Il arrive toutefois que le juge puisse considérer, avec une certitude raisonnable, que même en cas d'exécution correcte du comportement, le cours des événements n'aurait en définitive pas été différent. Il exclut en ce cas légalement l'existence du lien causal.

On pense notamment à l'affaire *Assubel*. Dans celle-ci, la prévention finalement retenue à charge des prévenus consistait, non pas à avoir octroyé une aide à une société apparentée, mais seulement à avoir « omis de faire apparaître distinctement, dans les comptes annuels de la société anonyme Assubel-Vie clôturés au dernier jour des années 1979 à 1988, les aides consenties par elle à une société apparentée »¹²³. Les assurés s'étant plaints d'une diminution des participations bénéficiaires auxquels ils auraient pu prétendre, « les juges d'appel ont constaté que si les aides avaient été renseignées distinctement dans les comptes annuels, les participations bénéficiaires allouées aux assurés n'auraient pas été supérieures aux montants qui leur furent distribués à ce titre. L'arrêt précise que les comptes eussent été approuvés de la même manière et que le souci d'éviter la faillite de la société apparentée, grâce aux transferts opérés en sa faveur, aurait de toute manière prévalu, quelle que soit la manière, visible ou cachée, de comptabiliser ceux-ci »¹²⁴. Les juges d'appel ont donc substitué au comportement fautif (la dissimulation de l'aide dans les comptes) un autre comportement correct (l'indication claire de l'aide dans les comptes) mais ont constaté que ce dernier n'aurait pas permis pour autant d'éviter le dommage. Ils ont, ce faisant, légalement justifié leur décision¹²⁵.

123. Cass., 3 janvier 2007, *Pas.*, 2007, n° 2, pt 2, avec concl. av. gén. J.-M. GENICOT.

124. *Ibid.*, pt 4.

125. *Ibid.*, pts 10 à 12. Comp. égal. Anvers, 1^{er} février 2011, *F.J.F.*, 2011/243 (le contribuable ne prouve pas avec certitude que, si l'Administration de la T.V.A. l'avait informé plus tôt qu'il n'était pas assujéti à la T.V.A., il aurait pu récupérer le coût de la T.V.A. due sur les prestations de ses sous-traitants indépendants en les engageant dans les liens

Dans un ordre d'idées voisin, on peut citer le cas où un secrétariat social conseille erronément à une entreprise de réduire la cotisation de l'employeur alors que cette réduction ne pouvait être appliquée. Certes, sans la faute du secrétariat social, l'entreprise n'aurait pas pris la décision de réduire le montant des cotisations payées. Il n'en demeure pas moins que ces cotisations auraient de toute façon dû, par l'effet de la loi, être payées à l'O.N.S.S. Il n'existe donc pas de lien causal entre la faute du secrétariat social et le paiement de ces cotisations que l'entreprise aurait dû payer à l'O.N.S.S. même sans la faute du secrétariat social¹²⁶.

22. Troisième nuance – Surdétermination causale. Dans les cas visés au paragraphe précédent, le comportement fautif est donc supprimé ou remplacé par un autre comportement, mais il appert cependant que, dans la reconstitution fictive des événements qui se seraient produits ensuite de cette exécution correcte, celle-ci n'aurait pas suffi à éviter le dommage.

Des cas de ce type doivent être distingués d'autres, conceptuellement il est vrai assez proches, où le dommage aurait pu en apparence être évité, mais se serait finalement tout de même réalisé par l'effet d'une cause étrangère¹²⁷. Un tel événement *n'est pas hypothétique*, il s'est au contraire véritablement produit. Il aurait en outre pu causer le dommage, si cependant ses effets n'avaient pas été, en tout ou en partie, soit anticipés, soit arrêtés par le comportement fautif, qui a pour ainsi dire pris de cours les effets de la cause étrangère¹²⁸.

Le cas le plus clair est sans doute celui visé par l'article 1302, alinéa 2, du Code civil¹²⁹. On sait que cette disposition, par exception au principe selon lequel le débiteur en demeure de livrer la chose n'est pas libéré par sa perte par cas fortuit, prévoit que « Lors même que le débiteur est en demeure, et s'il ne s'est pas chargé des cas fortuits, l'obligation est éteinte dans le cas où la chose fut également périée chez le créancier si elle

d'un contrat de travail et en déduisant le précompte professionnel; la cour estime en outre que les charges sociales dues en raison de la conclusion d'un tel contrat de travail auraient excédé le montant de la T.V.A. qui n'a pas pu être récupérée).

126. Voy. Cass., 21 septembre 2009, *Pas.*, 2009, n° 514.

127. On notera que la cause étrangère, qui se situe sur le plan du lien causal, ne doit pas être confondue avec la cause de justification, qui ôte au comportement du défendeur son caractère fautif. Sur cette distinction cardinale, voy. not. H. BOCKEN et I. BOONE, « Causaliteit in het Belgisch recht », *op. cit.*, n° 12, p. 1637; F. CHABAS et F. GRÉAU, « Force majeure », *Rép. civ. Dalloz*, Paris, Dalloz, 2013, nos 11 et s., p. 6; H. DE RODE, « Le lien de causalité », *op. cit.*, n° 30, p. 20; J. VAN ZUYLEN, « Du fait justificatif à la force majeure: les visages contrastés de l'exonération de la responsabilité », *Liber Amicorum Noël Simar. Évaluation du dommage, responsabilité civile et assurances*, Limal, Anthemis, 2013, n° 2, pp. 264 et s.

128. Voy. en ce sens A.M. HONORÉ, « Causation and Remoteness of Damage », *op. cit.*, vol. XI, nos 7-130, p. 83.

129. Sur ce que cette disposition constitue une application des règles de la responsabilité civile, voy. R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, t. II, Paris, Siffrein, 1821, n° 664, p. 132.

lui eût été livrée». Si, par exemple, je suis en demeure de vous livrer un tableau et qu'il est volé par un tiers, je suis responsable de sa perte, sauf s'il peut être démontré que le tableau aurait de toute façon péri entre vos mains, par exemple parce que vous l'auriez accroché à votre domicile qui a peu de temps après l'expiration du délai de livraison été détruit par un incendie provoqué par la foudre. Dans un tel cas de figure, l'incendie – on ne peut plus réel – n'a certes pas, dans les faits, causé la destruction du tableau, parce que sa perte avait déjà été causée par le vol facilité par mon retard à vous le livrer; ma faute n'est cependant pas en lien causal avec la perte car, même en cas de livraison en temps et en heure, cette perte serait quand même survenue.

Le droit belge n'offre pas de terminologie claire pour appréhender ce genre de raisonnement¹³⁰. En s'inspirant du vocabulaire utilisé à l'étranger, je suggère de parler de «surdétermination causale»¹³¹ ou de «causalité dépassante»¹³² (*überholende Kausalität*¹³³), parce que la première cause (le manquement à l'obligation de livrer les clefs) est «surdéterminée» ou «dépassée» par la seconde (la foudre qui anéantit l'immeuble)¹³⁴.

D. *Prise en compte du but de la norme violée?*

23. Dangers d'une application extensive de la théorie de l'alternative légitime. La théorie de l'alternative légitime a à l'origine été consacrée par la Cour de cassation dans le contexte nettement délimité du droit de la circulation routière¹³⁵. Si, depuis lors, les applications de cette théorie se sont multipliées dans d'autres cadres¹³⁶, il est permis de penser, cependant, qu'à ce stade, doctrine et jurisprudence n'ont peut-être pas encore pris la pleine mesure de cette théorie et des dangers qu'elle recèle, si son application dépendait exclusivement des trois conditions examinées précédemment. Je voudrais à cet égard illustrer mon propos par quelques exemples.

130. En particulier, les mots «cause étrangère» ont une portée beaucoup plus large puisqu'ils incluent le fait d'un tiers ou de la victime (voy. p. ex. J.-L. FAGNART, *La causalité*, op. cit., n°s 347 et s., p. 178).

131. Voy. C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, op. cit., n° 33, pp. 37 et s.

132. Voy. J.-L. FAGNART, *La causalité*, op. cit., n° 43, p. 20.

133. Encore que la doctrine allemande contemporaine préfère l'expression de *Reserveursache*, parce que la cause en question est tenue «en réserve», prête à sortir ses effets si la faute n'avait pas eu lieu (voy. à ce propos H. LANGE et G. SCHIEMANN, *Schadensersatz*, op. cit., § 4, I, n° 1, pp. 180 et s.).

134. Voy. égal. sur cette question T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, op. cit., n°s 1252 et s., pp. 786 et s.

135. Voy. *supra*, n° 6.

136. Voy. *infra*, n°s 31 et s.

On sait que la jurisprudence belge reconnaît depuis plusieurs décennies le principe de la responsabilité du banquier dispensateur de crédit, auquel il peut être reproché de fautivement conférer une apparence de solvabilité à une entreprise en raison des conditions dans lesquelles un crédit lui est accordé ou maintenu¹³⁷. Pourtant, nul ne contestera que le fait d'accorder ou de maintenir un crédit n'est pas, pour une banque, en soi illicite. Il paraît donc possible *a priori* de remplacer le comportement fautif par un comportement licite matériellement identique et de constater ainsi que le dommage se serait pourtant produit de la même manière¹³⁸.

De même, la conclusion d'un contrat n'est en principe pas en soi fautive. Dès lors, on pourrait être tenté de considérer que, même lorsque la conclusion du contrat est déterminée par un dol principal imputable à l'un des cocontractants¹³⁹, la faute de celui-ci n'est pas en lien causal avec le dommage parce, même si l'on envisageait un comportement matériellement identique mais licite de sa part – à savoir la conclusion du contrat –, le dommage serait survenu de la même manière.

Selon l'article 12, alinéa 3, de la Constitution, hors le cas de flagrant délit, nul ne peut être arrêté qu'en vertu de l'ordonnance motivée du juge, qui doit être signifiée au moment de l'arrestation, ou au plus tard dans les vingt-quatre heures. Imaginons qu'une personne soit arrêtée mais que le juge d'instruction ne délivre un mandat d'arrêt que quarante-huit heures après l'arrestation. Dira-t-on que cette illégalité n'est pas en lien causal avec le dommage subi par la victime de cette arrestation arbitraire, au motif qu'un mandat d'arrêt n'est pas, en soi, illicite et que s'il avait été délivré plus tôt¹⁴⁰, le dommage se serait produit de la même manière¹⁴¹ ? On peut citer, dans le même ordre d'idées, le cas d'une expropriation par l'autorité sans juste et préalable indemnité¹⁴².

137. Voy. not. à ce propos D. BLOMMAERT et C. ALTER, « La responsabilité du banquier dispensateur de crédit. Principes généraux et premier commentaire de la loi relative au financement des P.M.E. », *Les responsabilités en matière commerciale. Actualités et perspectives*, Limal, Anthemis, 2014, pp. 33 et s. ; X. DIEUX et D. WILLERMAIN, « La responsabilité civile et pénale du banquier dispensateur de crédits – Développements récents », *Legal Tracks II. Essays on international and domestic contracts and torts*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 645 et s. ; J. LINSMEAU, « Les responsabilités du banquier », *Traité pratique de droit commercial*, t. 5, Waterloo, Kluwer, 2007, pp. 431 et s.

138. Comp. la démarche suivie par la Cour de cassation dans son arrêt de principe du 25 mars 1997, *supra*, n° 6.

139. Art. 1116 du C. civ.

140. Comp. à nouveau l'arrêt du 25 mars 1997, *supra*, n° 6, où la différence entre un véhicule à l'arrêt et un véhicule en stationnement réside précisément dans la durée de l'immobilisation.

141. Il est vrai que, dans ce cas précis, le refus d'une indemnisation paraîtrait contraire à l'art. 5.5 de la Convention européenne des droits de l'homme.

142. Comp. art. 16 de la Constitution.

Prenons un cas plus radical encore. Un homme en abat un autre de sang-froid. Est-il envisageable de soutenir que le décès de la victime n'a pas pour cause la faute du tueur, parce que tuer un autre être humain n'est pas fautif en soi, ainsi qu'en témoigne la reconnaissance de la légitime défense¹⁴³ ?

Enfin, en raisonnant de la sorte, on finirait par admettre qu'aucune faute ne se trouve jamais en lien causal avec le dommage, pour la bonne et simple raison qu'il est toujours possible d'envisager l'existence d'une cause de justification démontrant que le comportement reproché au défendeur n'est pas, en soi, fautif.

24. Insuffisance des trois conditions précitées. Ces exemples font bien saisir, il me semble, toute l'absurdité qu'il y aurait à admettre l'application de la théorie de l'alternative légitime dans de tels cas de figure. Et pourtant, les trois conditions d'application qui se dégagent de la jurisprudence de la Cour de cassation ne permettent que malaisément de justifier le refus d'appliquer dans ces différents cas la théorie de l'alternative légitime.

Certes, on pourrait être tenté d'écarter l'application de la théorie en considérant qu'il y a, dans chacun des exemples donnés, une modification des circonstances concrètes de la cause¹⁴⁴. Ainsi, en supposant que le banquier se serait trouvé dans des conditions qui auraient pu justifier l'octroi du crédit, ou que le contrat aurait été conclu sans le dol principal reproché au défendeur, ou encore que l'auteur de la faute aurait pu se prévaloir d'un cas de légitime défense ou de toute autre cause de justification, n'altère-t-on pas illégalement les circonstances concrètes de la cause ?

L'argument est à première vue séduisant, et il a déjà été avancé¹⁴⁵. Il me paraît toutefois difficilement conciliable avec la jurisprudence bien établie de la Cour de cassation qui, en considérant qu'il faut ôter au comportement reproché au défendeur son caractère fautif pour vérifier ce qui se serait produit en ce cas, accepte nécessairement, ce faisant, une certaine transformation des circonstances de la cause¹⁴⁶.

143. Voy. les art. 416 et 417 du C. pén.

144. Troisième condition examinée *supra*, n° 18.

145. La doctrine enseigne ainsi qu'il n'est pas permis de supposer que le fait fautif soit justifié par un cas de force majeure qui n'existe pas dans les circonstances concrètes de la cause (voy. en ce sens M. VAN QUICKENBORNE, *De oorzakelijkheid in het recht van de burgerlijke aansprakelijkheid*, op. cit., n° 142, p. 87) ni qu'un acte de violence soit justifié par un cas de légitime défense (voy. H. BOCKEN, « *De conditio sine qua non* et het rechtmatig alternatief », op. cit., n° 11, p. 118) car, dans l'un et l'autre cas, on irait trop loin dans l'altération des faits et l'on pourrait même, à la rigueur, justifier la réalisation de n'importe quel dommage.

146. Voy. *supra*, n° 20.

Ainsi, pour reprendre l'exemple de la Jeep¹⁴⁷, il est acquis que celle-ci était garée à l'endroit litigieux depuis un temps supérieur à celui nécessaire pour procéder au chargement ou au déchargement du véhicule. À s'en tenir aux circonstances précises de la cause, substituer un arrêt régulier au stationnement irrégulier semblait donc impossible (et telle était d'ailleurs l'opinion du ministère public). La Cour n'en a cependant pas jugé ainsi et, en recherchant si la présence de la Jeep sur les lieux était *en soi* fautive, a nécessairement admis une certaine altération des circonstances temporelles de la cause (puisqu'on admet ainsi de faire comme si la Jeep n'était garée sur place que depuis peu de temps)¹⁴⁸.

Le problème pourrait dès lors être reformulé comme suit. D'une part, la jurisprudence de la Cour de cassation enseigne que pour apprécier l'existence du lien causal, il est interdit au juge d'altérer les circonstances concrètes de la cause. Mais, d'autre part, il est néanmoins contraint de vérifier ce qui se serait produit si le même comportement matériel reproché au défendeur avait été licitement accompli, ce qui – pour rendre ce comportement licite – suppose nécessairement une certaine modification des circonstances concrètes de la cause. Comment tracer la limite entre ces deux règles pour éviter de tomber dans les solutions absurdes évoquées au paragraphe précédent ?

25. Solution proposée. La doctrine a déjà eu l'occasion de souligner que l'appréciation de l'existence du lien causal n'est pas un processus purement mécanique ou objectif. La manière dont on décide de supprimer la faute dans la reconstitution mentale des événements procède au contraire nécessairement d'un *jugement de valeur*¹⁴⁹, qui imprègne d'ailleurs toute la problématique de la causalité¹⁵⁰.

Reconnaître l'existence d'un tel jugement de valeur n'équivaut cependant pas à se résoudre à admettre l'arbitraire des solutions¹⁵¹. Sans pouvoir garantir une objectivité absolue de la démarche – mais qui le pourrait, s'agissant d'une discipline aussi évanescence que le droit ? –, il me semble en effet que ce jugement de valeur peut être balisé et orienté

147. Voy. *supra*, n° 6.

148. Pour d'autres exemples, notamment quant à un changement de l'âge du conducteur, voy. *supra*, n° 20.

149. C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 209, p. 182.

150. P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, Paris, Dalloz, 2012, n° 1713, p. 652; C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 227, p. 198; G. WAGNER, « § 823 Schandensatzpflicht », *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 5, 5^e éd., München, C.H. Beck, n° 310; comp. de même, sur la problématique de la perte d'une chance, P.A. FORIERS, « Aspects du dommage et du lien de causalité (Parcours dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation) », *op. cit.*, n° 23, pp. 30 et s.

151. Cons. sur ce point R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, *op. cit.*, n°s 28 et s., pp. 54 et s.

par le recours à un critère relativement précis, à savoir le *but de la norme violée*.

Telle est d'ailleurs la voie empruntée en droit allemand où le but de la norme violée sert précisément de garde-fou à une application déraisonnable de la théorie de l'alternative légitime¹⁵². On considère ainsi que, dans le cas de la méconnaissance de normes fondamentales de comportement, le recours à la théorie de l'alternative légitime n'est pas admissible parce qu'il aboutirait à priver de toute sanction, sur le plan civil, la violation de cette norme¹⁵³. Le cas de l'emprisonnement ou de l'expropriation arbitraires est à cet égard expressément cité¹⁵⁴, de même que celui de la violation de règles fondamentales de procédure.

Le recours au but de la norme violée pourrait donc offrir une soupape de sécurité, qui permettrait par exemple d'exclure l'existence du lien causal entre un stationnement irrégulier et le dommage subi lorsque l'arrêt au même endroit était autorisé, mais imposerait en revanche l'admission d'un lien entre une détention arbitraire justifiée par un mandat d'arrêt tardif et le dommage subi par le détenu, compte tenu de la prééminence de la liberté individuelle dans notre ordre juridique.

26. Critiques et réfutation. Certes, la prise en considération du but de la norme violée apparaît plus facile à justifier en droit allemand, qui repose à la différence du droit belge sur la théorie de la relativité aquilienne¹⁵⁵. En outre, ce n'est pas la première fois que l'on tente d'introduire en droit belge la prise en considération du but de la norme violée dans l'appréciation du lien de causalité¹⁵⁶, tentatives qui ont dans l'ensemble été accueillies jusqu'à présent avec méfiance, compte tenu de l'insécurité juridique qu'elles menaceraient de générer¹⁵⁷.

152. Voy. BGH, 23 avril 2013, II ZB 7/09, pt 34; BGH, 9 mars 2012, V ZR 156/11, pt 17; H. HEINRICH, «Vorb v § 249», *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, op. cit.*, n° 106, p. 275; H. LANGE et G. SCHIEMANN, *Schadensersatz, op. cit.*, § 4, XII, n° 5, a), pp. 205 et s.; en Belgique, comp. égal. H. BOCKEN, «De *conditio sine qua non* et het rechtmatig alternatief», *op. cit.*, n°s 12 et s., pp. 119 et s.

153. H. HEINRICH, «Vorb v § 249», *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, op. cit.*, n° 106, p. 276; D. MEDICUS, «§ 249», *BGB Kommentar, op. cit.*, n° 58, p. 389; voy. égal. A.M. HONORÉ, «Causation and Remoteness of Damage», *op. cit.*, vol. XI, n°s 7-127, p. 81; *contra*: H. OETKER, «§ 249 Art und Umfang des Schadensersatzes», *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 2, *op. cit.*, n° 223, qui estime que raisonner de la sorte excède la mission du droit de la responsabilité civile.

154. H. LANGE et G. SCHIEMANN, *Schadensersatz, op. cit.*, § 4, XII, n° 5, e), p. 208.

155. Voy. *supra*, n° 10.

156. Voy. ainsi I. DURANT, «La causalité, simple trait d'union ou véritable variable d'ajustement?», *op. cit.*, n° 51; B. DUBUISSON, «Jurisprudence de la Cour de cassation sur la relation causale», *op. cit.*, n° 2, p. 746; M. VAN QUICKENBORNE, *De oorzakelijkheid in het recht van de burgerlijke aansprakelijkheid, op. cit.*, n°s 149 et s., pp. 92 et s.

157. Voy. J.-L. FAGNART, *La causalité, op. cit.*, n° 81, p. 37; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht, op. cit.*, n° 1235, p. 774.

Pour répondre à ces critiques, on avancera trois arguments.

Premièrement, on aurait tort de croire que l'examen du but de la norme violée serait radicalement incompatible avec les principes du droit belge.

Ainsi, en cas d'illicéité d'une clause d'un contrat, le but de la norme violée constitue bien l'un des facteurs devant être pris en considération pour décider s'il y a lieu de prononcer la nullité totale ou partielle du contrat¹⁵⁸, comme la Cour de cassation l'a tout récemment décidé en termes exprès¹⁵⁹.

De même, le but de la norme peut être pris en considération pour apprécier si l'auteur d'un droit s'est rendu coupable d'un détournement de pouvoir et a, à ce titre, commis un abus de droit¹⁶⁰.

Mieux encore, en droit de la responsabilité, la Cour considère désormais de manière constante que, pour apprécier si l'obligation légale ou réglementaire pour un tiers d'indemniser la victime exclut l'existence d'un dommage subi par ce tiers, il faut avoir égard au contenu et à la portée de cette loi ou de ce règlement pour déterminer si les dépenses ou prestations à supporter par ce tiers doivent ou non rester définitivement à sa charge¹⁶¹.

Si, dans chacun de ces cas, la prise en compte du but de la norme introduit il est vrai une certaine dose de souplesse et donc d'incertitude, il n'apparaît pas pour autant que la prévisibilité des solutions en soit fondamentalement compromise.

Enfin, sans se prononcer sur l'opportunité de la solution retenue, la récente décision de la Cour de cassation excluant l'existence d'un dommage réparable dans le chef de l'enfant né handicapé (*wrongful life*),

158. Cons. à ce propos R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, op. cit., n° 311, IV, p. 716 et les réf. citées.

159. Voy. Cass., 23 janvier 2015, R.G. n° C.13.0579.N, pt 3: « Indien een overeenkomst of een beding strijdig is met een bepaling van openbare orde en bijgevolg nietig is, kan de rechter indien een partiële nietigheid mogelijk is, de nietigheid, *behoudens de wet zulks verbiedt*, beperken tot het met deze bepaling strijdig gedeelte van de overeenkomst of beding op voorwaarde dat het voortbestaan van de gedeeltelijk vernietigde overeenkomst of beding beantwoordt aan de partijbedoeling » (je souligne).

160. Voy. Cass., 13 janvier 2012, *Pas.*, 2012, n° 37; Cass., 24 septembre 2001, *Pas.*, 2001, n° 490, avec concl. prem. av. gén. J.-F. LECLERCQ.

161. Voy. récemment Cass., 4 février 2014, *Pas.*, 2014, n° 92; Cass., 23 octobre 2013, *Pas.*, 2013, n° 543; Cass., 24 janvier, 2013, *Pas.*, 2013, n° 59, avec concl. av. gén. T. WERQUIN. Toujours en droit de la responsabilité, comp. également Cass., 10 avril 2014, *Pas.*, 2014, n° 282, pt 2: « Il appartient au juge d'apprécier si l'inobservation d'un délai, imposé par le législateur sans toutefois qu'y soit attachée une sanction, constitue en soi un acte illicite en raison de la nature et du but dudit délai, en tenant compte notamment des termes dans lesquels l'obligation est imposée, de son étendue et de son objectif ».

derrière ses motifs emprunts de logique formelle¹⁶², traduit également – ainsi que cela ressort des conclusions du ministère public et comme la doctrine n'a pas manqué de le relever – l'existence d'un jugement de valeur, en l'occurrence sur les mérites respectifs d'une vie gravement altérée et d'une absence de vie, posé à la lumière des objectifs de la loi sur l'avortement¹⁶³.

Deuxièmement, il faut bien être conscient que la prise en considération du but de la norme violée est ici suggérée, non comme critère principal d'appréciation du lien de causalité, mais comme simple correctif de celle-ci. Son rôle demeurerait donc marginal¹⁶⁴. Ce correctif n'en apparaît pas moins indispensable pour éviter les solutions absurdes auxquelles une application aveugle de la théorie de l'alternative légitime pourrait mener¹⁶⁵.

Troisièmement et enfin, nous verrons que, même si la Cour de cassation ne s'est pas référée expressément à ce critère, le but de la norme violée me paraît être la meilleure manière d'expliquer les raisons pour lesquelles elle s'est refusée à faire application de la théorie de l'alternative légitime dans certains cas de responsabilité de l'Administration¹⁶⁶.

E. Charge de la preuve

27. Principe. La question de la charge de la preuve du lien de causalité présente une importance pratique considérable en raison des difficultés à l'établir. On sait, en effet, que la partie sur qui repose la charge de la preuve supporte surtout le *risque* de celle-ci. En d'autres termes, s'il subsiste un doute ou une incertitude après que chaque partie a administré les éléments de preuve en sa possession, la question de l'existence du fait allégué sera tranchée en défaveur de la partie qui avait la charge de le prouver¹⁶⁷.

162. La Cour décide, en effet, qu'« Il n'existe pas de dommage indemnisable au sens des dispositions légales précitées lorsqu'il faut comparer la situation de l'existence d'une personne avec un handicap avec sa non-existence » (pt 7). Quoique formulée sous l'angle du dommage, ce motif, qui invite à rechercher ce qui se serait produit en l'absence de la faute, paraît intimement lié à la question du lien causal.

163. Voy. Cass. (plén.), 14 novembre 2014, R.G. n° C.13.0441.N, avec concl. av. gén. VAN INGELGEM, *J.L.M.B.*, 2015, p. 264, obs. G. GENICOT et Y.-H. LELEU, *J.T.*, 2015, p. 221, et le comm. de B. DUBUISSON, pp. 209 et s., spéc. n° 13, p. 214.

164. Comp., à propos de l'influence réelle mais limitée des jugements de valeur dans le raisonnement juridique, R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat, op. cit.*, n° 31, pp. 59 et s.

165. Voy. *supra*, n° 23.

166. Voy. *infra*, n°s 42 et s.

167. Voy. à ce propos Cass., 20 mars 2006, *Pas.*, 2006, n° 159; Cass., 17 septembre 1999, *Pas.*, 1999, I, n° 467.

De manière générale, la preuve du lien de causalité entre la faute et le dommage incombe en principe au demandeur en réparation¹⁶⁸. Cette solution apparaît logique. En effet, le demandeur en réparation se prétendant être le créancier du défendeur en responsabilité, il lui incombe normalement d'établir la réunion des conditions nécessaires à la naissance de l'obligation dont il demande l'exécution (art. 1315, al. 1^{er}, C. civ.), à savoir la faute, le dommage et le lien de causalité.

Plusieurs éléments viennent cependant nuancer cette solution de principe.

28. Nuances et exceptions. Tout d'abord, on a fait observer à juste titre que le lien causal est en soi un *fait négatif*, puisqu'il s'agit de démontrer que, sans la faute, le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est réalisé¹⁶⁹. Or, on sait que, sans aller jusqu'à inverser la charge de la preuve, la preuve d'un fait négatif peut être admise avec plus de souplesse par le juge¹⁷⁰.

Ensuite, en matière de *responsabilité médicale*, des tentatives ont été faites pour essayer d'alléger le fardeau qui pèse sur les épaules de la victime. Ainsi, en cas de défaut d'information du patient, celui-ci se trouve souvent bien en peine d'établir que si tous les risques lui avaient été communiqués en amont par le médecin, il aurait refusé de se soumettre au traitement qui s'est avéré dommageable. Ces tentatives ont cependant été condamnées par la Cour de cassation, qui continue dans ce cas à faire peser intégralement la charge de la preuve du lien causal sur le patient¹⁷¹.

En revanche, dans l'hypothèse de l'administration d'un traitement inadéquat, on croit percevoir dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation des frémissements visant à assouplir l'appréciation du lien causal en se référant au cours normal des choses. Le lien causal a ainsi été reconnu établi lorsque le traitement fautivement inappliqué, dont l'efficacité est reconnue, devait normalement permettre d'éviter le dommage,

168. Cass. (ch. réunies), 1^{er} avril 2004, *Pas.*, 2004, n° 174, avec concl. av. gén. T. WERQUIN; Cass., 6 décembre 2013, *Pas.*, 2013, n° 661, avec concl. av. gén. T. WERQUIN; H. BOCKEN et I. BOONE, « Causaliteit in het Belgisch recht », *op. cit.*, n° 39, p. 1663; H. DE RODE, « Le lien de causalité », *op. cit.*, n° 9, p. 9; B. DUBUISSON, « Jurisprudence de la Cour de cassation sur la relation causale », *op. cit.*, n° 10, p. 749; M. VAN QUICKENBORNE, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad 2000-2007. Deel I. Oorzakelijk verband », *op. cit.*, n° 15, p. 313.

169. Voy. J.-L. FAGNART, *La causalité*, *op. cit.*, n° 177, p. 85; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 503.

170. Voy. Cass., 18 novembre 2011, *Pas.*, 2011, n° 627; Cass., 26 novembre 2010, *Pas.*, 2010, n° 696; Cass., 16 décembre 2004, *Pas.*, 2004, n° 616.

171. Voy. Cass., 11 juin 2009, *Pas.*, 2009, n° 397, avec concl. av. gén. dél. P. DE KOSTER; Cass., 12 mai 2006, *Pas.*, 2006, n° 270, avec concl. av. gén. dél. P. DE KOSTER; Cass., 16 décembre 2004, *Pas.*, 2004, n° 616.

et ce même si aucune certitude n'existe sur le fait que le patient se serait en ce cas rétabli¹⁷².

Enfin, plusieurs dispositions du Code civil font peser sur le débiteur la charge de prouver que le dommage trouve son origine dans une cause étrangère¹⁷³. Ce raisonnement est généralement tenu en présence d'une *obligation de résultat*. En ce cas, en effet, le fait que le résultat promis n'ait pas été atteint fait présumer non seulement la faute du débiteur, mais bien souvent également le lien de causalité entre cette faute et le dommage consistant dans la non-obtention de ce résultat¹⁷⁴. Si, par exemple, le vendeur d'un immeuble est tenu d'en livrer les clefs pour telle date et que l'immeuble vient à périr alors qu'il était en demeure de s'exécuter, on présumera que la perte de la chose trouve sa cause dans ce retard, sauf pour le vendeur à prouver que la chose aurait de toute façon péri même en cas d'exécution ponctuelle de son obligation (par exemple, parce que la cause de la perte est une catastrophe naturelle).

29. Suite – Surdétermination causale. À mon sens, ce renversement de la charge de la preuve sur la tête du défendeur à l'action en responsa-

172. Voy. à ce propos Cass., 29 octobre 2014, R.G. n° P.14.0820.F, avec concl. av. gén. D. VAN-
DERMEERSCH: pour exclure valablement l'existence du lien causal entre le défaut d'ad-
ministration d'un traitement antibiotique et le décès du patient, il ne suffit pas de
constater que ce traitement aurait « peut-être » sauvé le patient; au contraire, il incom-
bait aux juges d'appel de vérifier *in concreto* « si l'abstention fautive d'administration
en temps utile d'un traitement adéquat apparaissait déterminante dans le dévelop-
pement du processus morbide ». Dans ses conclusions, le ministère public, après avoir
estimé que l'accès aux soins constitue un droit fondamental, considérait que « La faute
médicale créant un danger évident pour la santé et la sécurité du patient, si ce danger
se réalise, dès lors qu'il est dans l'ordre des choses qu'une déficience dans les soins
administrés fasse obstacle à la guérison ou même provoque une aggravation de la
maladie, le lien de causalité doit être déclaré certain (...) Ainsi, pour constater l'exis-
tence d'un lien de causalité entre la faute établie et le dommage, il revient au juge de
vérifier *in concreto* si l'administration du traitement avait des chances suffisantes de
succès. Il existe un lien de causalité entre la faute et le dommage lorsque l'abstention
coupable de ne pas administrer, en temps utile, un traitement adéquat dont l'efficacité
est reconnue, apparaît comme un élément déterminant dans le développement du
processus morbide, dès lors que ce traitement pouvait le contrer ».
173. Voy. not. les art. 1147 et 1302, al. 3, du C. civ.; Cass., 7 mars 2008, *Pas.*, 2008, n° 160 (res-
ponsabilité du dépositaire); Cass., 26 septembre 2002, *Pas.*, 2002, n° 486 (responsabilité
du gardien d'une chose vicieuse); Cass., 5 janvier 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 17 (responsabi-
lité du transporteur); J.-L. FAGNART, *La causalité, op. cit.*, n° 185, p. 89; G. GENICOT, *Droit
médical et biomédical, op. cit.*, pp. 504 et s.
174. La doctrine est partagée sur la question de savoir si le lien causal fait ainsi l'objet d'une
véritable présomption de droit (en ce sens, B. DUBUISSON, « Questions choisies en droit
de la responsabilité contractuelle », *La théorie générale des obligations*, CUP, vol. 11,
Liège, 1998, p. 104; J. VAN ZUYLEN, « La force majeure en matière contractuelle: un
concept unifié? Réflexions à partir des droits belge, français et hollandais », *R.G.D.C.*,
2013, n°s 21 et s., pp. 416 et s.) ou d'une simple présomption de l'homme (en ce sens,
G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabi-
lité, op. cit.*, n° 367, p. 276; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du
contrat*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, n° 559, pp. 536 et s.).

bilité vaut non seulement dans l'hypothèse d'une obligation de résultat au sens strict, mais aussi, plus largement, toutes les fois où le défendeur tente d'échapper à sa responsabilité en apparence établie en invoquant un cas de surdétermination causale¹⁷⁵.

Deux hypothèses assez proches devraient donc être soigneusement distinguées.

Dans la première¹⁷⁶, le défendeur fait valoir que, sans la faute, le dommage se serait néanmoins produit de la même manière, soit parce qu'il aurait pu adopter licitement un comportement matériellement identique (procédure de substitution au sens strict), soit parce que, même s'il avait agi autrement (procédure de substitution au sens large ou d'élimination), la victime se serait néanmoins placée dans la même situation et aurait ainsi subi le dommage de la même manière. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Assubel* précitée, même si les comptes avaient été rédigés plus clairement, l'assemblée générale aurait néanmoins approuvé ceux-ci. Dans des cas de ce type, la charge de la preuve que le dommage ne se serait pas produit – ou, du moins, pas de la même manière – incombe, conformément au droit commun, à la victime, c'est-à-dire au demandeur en réparation.

Deuxième hypothèse¹⁷⁷ : le défendeur en réparation ne conteste pas que, sans sa faute, il semblerait à première vue que le dommage n'aurait pas été subi, mais prétend cependant que ce dommage se serait en fait de toute façon produit de la même manière par l'effet d'une cause étrangère, dont les effets ont été arrêtés ou anticipés par la faute. Ainsi, dans le cas de l'article 1302, alinéa 2, du Code civil, la chose livrée à temps n'aurait pas péri entre les mains du débiteur, mais elle aurait de toute façon péri entre celles du créancier. En ce cas, c'est sur le défendeur que repose la charge de la preuve de cette cause étrangère.

La jurisprudence allemande est à cet égard intéressante parce qu'elle distingue clairement les deux hypothèses.

Ainsi, lorsque le médecin s'abstient d'informer dûment son patient, la preuve que le patient dûment informé n'aurait pas opté pour le même traitement incombe – comme en droit belge¹⁷⁸ – au patient¹⁷⁹. En revanche, lorsque le médecin commet une erreur de diagnostic et adopte dès lors un traitement inapproprié, on admet aisément que le lien causal entre la faute et le dommage est établi (car sans l'erreur de diagnostic et le traitement inapproprié, l'incapacité de travail ne serait pas survenue),

175. Sur cette notion, voy. *supra*, n° 22.

176. Voy. *supra*, n° 21.

177. Voy. *supra*, n° 22.

178. Voy. *supra*, n° 28.

179. Voy. BGH, 7 février 2012, VI ZR 63/11, pts 9 et s.

sauf pour le *médecin* à établir ensuite que, même en cas de traitement approprié, le même dommage serait de toute façon survenu¹⁸⁰.

30. Application en matière d'alternative légitime. De manière générale, la théorie de l'alternative légitime ne bouleverse donc pas la répartition de la charge de la preuve. La preuve du lien causal continue ainsi à peser sur le demandeur en réparation, sauf dans le cas où le défendeur se prévaut d'une cause étrangère impliquant une surdétermination causale.

Ce dernier cas de figure ne relève toutefois pas de la théorie de l'alternative légitime telle qu'elle est entendue en droit belge. En effet, celle-ci suppose en principe, comme nous l'avons vu, qu'un comportement licite matériellement identique soit substitué à la faute¹⁸¹; or, il n'y a alors normalement pas de place pour un raisonnement basé sur la cause étrangère, puisque l'enchaînement des faits demeure en ce cas identique¹⁸².

On notera qu'il en va autrement en droit allemand qui, comme nous l'avons vu, développe une conception différente de la théorie de l'alternative légitime en admettant beaucoup plus largement qu'il soit substitué au comportement fautif un comportement licite matériellement distinct¹⁸³. Dans ce contexte, l'alternative légitime se rapproche de la cause étrangère¹⁸⁴ et il n'est dès lors pas surprenant que la charge de la preuve pèse intégralement sur le défendeur en réparation¹⁸⁵.

Section 3

Deux domaines d'application privilégiés

31. Portée de cette section. M'étant efforcé d'identifier les grands traits de la théorie de l'alternative légitime telle qu'elle existe en droit positif belge, je voudrais maintenant illustrer la manière dont cette théorie peut être appliquée de manière concrète dans deux domaines particuliers.

À cet égard, il faut être conscient que la théorie de l'alternative légitime a une *portée tout à fait générale*. Elle paraît ainsi pouvoir être invoquée pour fixer le montant des dommages-intérêts complémentaires à

180. Voy. BGH, 9 décembre 2008, VI ZR 277/07, pt 5.

181. Voy. *supra*, n° 7.

182. Voy. *supra*, n° 21.

183. Voy. *supra*, n° 8.

184. Sur le lien – controversé – entre les deux problématiques, cons. H. LANGE et G. SCHIEMANN, *Schadensersatz*, *op. cit.*, § 4, XII, n° 1, pp. 199 et s.

185. Voy. BGH, 14 mai 2013, II ZR 76/12, pt 15; BGH, 15 janvier 2012, II ZR 90/11, pt 14; BGH, 4 décembre 2012, VI ZR 378/11, pt 14; BGH, 7 février 2012, VI ZR 63/11, pt 14; BGH, 5 mai 2011, IX ZR 144/10, pt 47; BGH, 15 juillet 2010, III ZR 336/08, pt 30; BGH, 8 octobre 2009, III ZR 207/07, pt 19; BGH, 16 octobre 2007, VI ZR 229/06, pt 14; BGH, 14 mars 2006, X ZR 46/04, pt 16.

la nullité ou à la résolution d'un contrat en vue de réclamer, à certaines conditions, la réparation de « l'intérêt positif » (à savoir le bénéfice qui serait résulté de l'exécution d'un contrat valable) plutôt que de devoir se contenter de la réparation de « l'intérêt négatif » (à savoir le fait d'être replacé dans la même situation que si le contrat n'avait pas été conclu)¹⁸⁶. On pourrait également songer à en faire application à des questions aussi variées que, par exemple, la rupture des fiançailles¹⁸⁷, la résiliation d'un contrat à durée indéterminée¹⁸⁸, le droit financier¹⁸⁹ ou encore le droit de la concurrence déloyale¹⁹⁰.

Cela étant, il faut bien reconnaître, que bien que l'arrêt de principe de la Cour de cassation ait aujourd'hui plus de 18 ans, la théorie de l'alternative légitime demeure dans l'ensemble peu connue des plaideurs et des juges du fond. Il me paraît dès lors plus intéressant de me concentrer sur les deux matières où elle est désormais régulièrement appliquée par la Cour de cassation. Il s'agit, d'une part, du domaine des accidents de la circulation, auquel se rattache d'ailleurs l'arrêt de principe du 25 mars 1997 (*infra*, pt A), et, d'autre part, du terrain, sans doute à ce stade moins bien balisé, de la responsabilité de l'Administration (*infra*, pt B). Ce sera également l'occasion de mettre à l'épreuve les différentes conditions d'application de la théorie que j'ai tenté de dégager¹⁹¹.

A. *Accidents de la circulation*

32. Stationnement irrégulier d'un véhicule. On rappellera tout d'abord l'arrêt de principe de la Cour de cassation du 25 mars 1997 : lorsqu'un véhicule en stationnement irrégulier se trouve impliqué dans un accident, le conducteur de ce véhicule n'a pas commis de faute en lien

186. Cons., pour plus de détails, R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, *op. cit.*, n°s 344 et s., pp. 799 et s., et n°s 381 et s., pp. 874 et s.

187. La théorie de l'alternative légitime permet en effet de justifier la solution classique selon laquelle la rupture des fiançailles n'est pas, en soi, fautive, seules les circonstances particulières entourant cette rupture pouvant se trouver en lien causal avec le dommage subi, lequel ne peut dès lors consister en la rupture elle-même (voy. not. à ce propos A.-C. VAN GYSEL, *Précis de droit des personnes et de la famille*, Limal, Anthemis, 2013, p. 123).

188. Ici également, la résiliation n'est pas fautive en soi, la faute consistant plutôt à ne pas assortir la rupture du respect d'un préavis raisonnable (voy. en ce sens Cass., 7 juin 2012, *Pas.*, 2012, n° 370, pt 3; comp. égal. H. LANGE et G. SCHIEMANN, *Schadensersatz*, *op. cit.*, § 4, XII, n° 5, p. 205).

189. Sur la non-divulgaration immédiate d'une information privilégiée par une société cotée, voy. *supra*, n° 15.

190. Ainsi, lorsque le personnel d'une entreprise rencontrant des problèmes de solvabilité et ultérieurement déclarée en faillite est débauché par un acte de concurrence déloyale, l'entreprise ne peut pas réclamer réparation de son dommage lorsqu'il apparaît que son know-how aurait également été perdu si ce personnel avait été licitement sollicité par le concurrent (voy. BAG, 26 septembre 2012, 10 AZR 370/10, pt 30).

191. Voy. *supra*, n°s 11 et s.

causal avec le dommage dès lors qu'il était légalement permis de laisser ce véhicule momentanément à l'arrêt à cet endroit. Dans une telle hypothèse, en effet, l'accident n'a pas pour cause le stationnement – qui ne devient fautif qu'en raison de la durée de l'immobilisation du véhicule –, mais bien la présence, en soi non fautive, du véhicule à cet endroit¹⁹².

Dans une autre affaire, un véhicule stationnait de manière irrégulière sur un passage pour piétons. Le jugement attaqué avait écarté l'existence du lien causal entre cette faute et le dommage au motif que « si, à ce même emplacement, s'était trouvé, par exemple, une cabane ou une tente pour des travaux, la visibilité aurait également été réduite et il importait également que les automobilistes redoublent de prudence ». La cassation est prononcée dès lors que les juges du fond se réfèrent ainsi à « une hypothèse qui est étrangère aux circonstances concrètes de la cause dont ils étaient saisis »¹⁹³. La cassation était inévitable, car le jugement attaqué ne s'est pas contenté de retrancher aux circonstances leur caractère fautif, il a véritablement imaginé des circonstances entièrement différentes de la réalité (à savoir la présence sur les lieux d'une cabane ou d'une tente de chantier)¹⁹⁴. Au demeurant, dès lors que l'immobilisation sur un passage pour piétons est en soi fautive tant à l'arrêt qu'au stationnement¹⁹⁵, il ne paraissait possible d'éliminer la faute qu'en la remplaçant par un comportement matériellement distinct (à savoir, parquer ailleurs son véhicule)¹⁹⁶.

33. Interdiction du transport d'un passager. En vertu de l'article 8.2, 3°, a), du Code de la route, la conduite d'un cyclomoteur est permise à partir de l'âge de 16 ans pour autant que le véhicule ne transporte pas d'autres personnes que le conducteur; sinon, l'âge minimal requis est de 18 ans. En l'occurrence, un passager était monté à l'arrière d'un vélomoteur dont le conducteur n'était âgé que de 16 ans et avait été blessé dans un accident causé par un automobiliste coupable d'un refus de priorité. La Cour de cassation a considéré, à l'instar du juge du fond, qu'il n'existait aucun lien causal entre la faute d'imprudence du passager, qui consiste à avoir pris place sur le vélomoteur alors qu'il savait que le conducteur ne pouvait le transporter, et l'accident subi, dès lors qu'il est par ailleurs établi en fait que ni le fait du transport d'un passager, ni l'inexpérience du jeune conducteur n'ont influé sur l'accident¹⁹⁷.

192. Voy. *supra*, n° 6.

193. Cass., 28 mars 2001, *Pas.*, 2001, n° 174.

194. Voy. *supra*, n° 18.

195. Art. 24, 4°, du Code de la route.

196. Voy. *supra*, n° 14.

197. Cass., 10 juin 2003, *Pas.*, 2003, n° 341. Voy. de même, à propos de la prise en charge d'un passager par le titulaire d'un permis de conduire provisoire en violation de l'art. 6, 2°, b), de l'arrêté royal du 23 mars 1998 relatif au permis de conduire, Cass., 26 novembre 2011, R.G. n° P.08.1009.F (inédit): « si le juge qui apprécie le lien causal entre la faute et le dommage ne peut modifier les conditions dans lesquelles celui-ci est survenu, c'est

Si cette décision a été critiquée¹⁹⁸, elle me paraît toutefois constituer une application exacte de la théorie de l'alternative légitime. Tout au plus peut-on observer que celle-ci fait l'objet en l'espèce d'une interprétation extensive. En effet, le comportement matériel problématique était, au premier chef, imputable au conducteur, puisque c'est lui qui avait pris en selle un passager sans avoir l'âge requis. La faute du passager ne s'était quant à elle que greffée sur cette première faute, puisqu'elle consistait à avoir su que le conducteur violait ainsi la loi. En excluant l'existence du lien causal, la Cour de cassation fait une application de la théorie de l'alternative légitime en quelque sorte au second degré, puisqu'elle commence par estimer que le comportement du *conducteur* n'est pas une cause du dommage (puisque l'accident se serait produit de la même manière s'il avait eu 18 ans ou avait roulé sans passager) pour en déduire ensuite que celui du *passager* n'est pas non plus en lien causal avec le dommage.

34. Mise en circulation irrégulière d'un véhicule. Un véhicule non assuré est mis en circulation sur la voie publique en violation de l'article 2 de la loi du 21 novembre 1989. Un conducteur en état d'ivresse effectuait par ailleurs une marche arrière aux termes de laquelle il emboutit le véhicule non assuré. Le juge du fond, approuvé par la Cour de cassation, rejette tout lien causal entre le défaut d'assurance et l'accident, dès lors que celui-ci se serait réalisé de la même manière si le véhicule embouti avait été assuré. Ce faisant, le juge du fond justifie légalement sa décision « sans modifier les circonstances concrètes de l'accident (...) en remplaçant le caractère fautif de la mise en circulation du véhicule par son exécution correcte »¹⁹⁹. Il est intéressant de relever qu'au passage, la Cour rejette expressément la thèse du demandeur selon lequel il aurait fallu vérifier ce qui se serait passé, non si le véhicule embouti avait été assuré, mais si ce véhicule ne s'était pas trouvé du tout sur la voie publique. Ceci confirme qu'en remplaçant la faute par son exécution correcte, il faut effectuer le moins de changement possible aux circonstances concrètes de la cause²⁰⁰.

sous la réserve de l'omission de la faute elle-même. Il lui est donc loisible de remplacer le caractère fautif de la prise en charge d'un passager sur la moto par son exécution correcte et d'en déduire que cette faute est ou n'est pas causale selon qu'en son absence, le dommage ne se serait pas ou se serait produit. Les juges d'appel pouvaient, dès lors, sans modifier les circonstances concrètes de la cause, examiner si le dommage se serait également produit, dans l'hypothèse où la présence de la passagère sur la moto du demandeur eût été réglementaire. À défaut de l'avoir fait et en décidant qu'ils ne le pouvaient pas, les juges d'appel n'ont pas légalement justifié leur décision ».

198. Voy. H. BOCKEN, « De *conditio sine qua non* et het rechtmatig alternatief », *op. cit.*, n° 14, p. 120 (qui estime que si la loi avait été respectée, le passager ne serait pas monté sur la moto et donc il n'aurait pas été blessé); I. DURANT, « La causalité, simple trait d'union ou véritable variable d'ajustement ? », *op. cit.*, n°s 28 et s. (qui considère que la Cour vérifie ici si l'accident – et non le dommage – se serait produit de la même manière).

199. Cass., 19 décembre 2007, *Pas.*, 2007, n° 645.

200. Voy. *supra*, n° 13.

Un autre cas, plus radical encore, peut être cité. Une collision se produit entre plusieurs véhicules dont l'un d'eux est une voiture en défaut d'assurance, d'immatriculation et de contrôle technique, dont le conducteur est en outre en état d'imprégnation alcoolique. Le juge du fond retient le lien causal entre les fautes multiples de ce conducteur et le dommage, en estimant que la collision n'aurait pas eu lieu si le véhicule n'avait pas été mis en circulation sur la voie publique. La cassation est toutefois prononcée dans les termes suivants: « si le juge qui apprécie le lien causal entre la faute et le dommage ne peut modifier les conditions dans lesquelles celui-ci est survenu, c'est sous la réserve de l'omission de la faute elle-même. Il lui est donc loisible de remplacer le caractère fautif de la mise en circulation du véhicule par son exécution correcte et d'en déduire que cette faute est ou n'est pas causale selon qu'en son absence, le dommage ne se serait pas ou se serait produit ». Les juges d'appel auraient donc dû, « sans modifier les circonstances concrètes de l'accident, se demander si celui-ci se serait également produit tel qu'il s'est réalisé, dans l'hypothèse où le conducteur eût été à jeun et son véhicule admissible à la circulation »²⁰¹.

On rattachera également à cette jurisprudence les cas où il est reproché au défendeur d'avoir conduit sans permis alors qu'il n'est pas établi par ailleurs que l'accident soit dû à son inexpérience de conducteur²⁰².

35. Délit de fuite. Un conducteur cause un premier accident, commet un délit de fuite en quittant immédiatement les lieux²⁰³ et se trouve ensuite impliqué dans un second accident survenu quelques minutes plus tard. La seule faute établie à son égard dans le cadre du second accident est le délit de fuite précité. Les juges du fond ayant écarté l'existence d'un lien causal entre cette faute et le dommage subi par la victime du second accident, la Cour de cassation rejette le pourvoi de cette dernière en des termes très didactiques: « Le moyen repose sur l'affirmation qu'un conducteur en fuite doit être tenu pour responsable, fût-ce partiellement, de tout nouvel accident dans lequel il est impliqué alors qu'il s'éloigne illégalement des lieux de l'accident précédent. Cette affirmation est déduite de ce que le deuxième sinistre ne se serait pas produit si ce conducteur avait respecté son obligation de rester sur les lieux du premier. Mais l'article 1382 du Code civil n'interdit pas au juge du fond, à condition de ne pas modifier les circonstances de l'accident, de constater que le dommage

201. Cass., 28 mai 2008, *Pas.*, 2008, n° 324.

202. M. VAN QUICKENBORNE, *De oorzakelijkheid in het recht van de burgerlijke aansprakelijkheid*, op. cit., n° 159, pp. 97 et s., et réf. citées.

203. Violation de l'art. 33 de la loi du 16 mars 1968 relative à la police de la circulation routière.

se serait produit de la même manière et avec les mêmes conséquences si le conducteur ne s'était pas trouvé en situation de délit de fuite»²⁰⁴.

Ici encore, la Cour raisonne donc en ôtant à la situation litigieuse (à savoir la présence du conducteur sur les lieux) son caractère fautif (à savoir le fait que cette présence résultait d'un délit de fuite). Dès lors que la situation ainsi envisagée n'aurait pas produit un résultat différent (c'est-à-dire que le conducteur aurait été impliqué dans l'accident de la même manière s'il n'avait pas été en état de fuite), le lien causal n'est pas établi.

Cette décision confirme donc qu'en appréciant le lien causal, le juge du fond peut apporter aux circonstances concrètes de la cause des modifications d'ordre à la fois temporel et spatial dans la mesure où celles-ci sont commandées par la suppression du caractère fautif du comportement reproché au défendeur²⁰⁵. En effet, si le conducteur n'avait pas commis de délit de fuite après le premier accident, il serait resté sur les lieux sans doute une bonne demi-heure pour dresser un constat, et ne serait parvenu sur les lieux du second accident que bien après l'heure à laquelle celui-ci s'est réellement produit. Qu'importe: l'application de la théorie de l'alternative légitime impose au juge de raisonner ainsi.

36. Dépassement par la gauche. Un conducteur dépasse par la gauche un autre conducteur à la hauteur d'un carrefour prioritaire, ce qui constitue une violation de l'article 17.2, 2°, a), du Code de la route. L'arrêt attaqué considère que cette infraction est sans lien causal avec l'accident au motif que l'accident se serait également produit si la priorité de droite n'avait pas été applicable au carrefour. Il est vrai que le dépassement par la gauche n'est pas interdit en soi, mais seulement dans les cas visés à l'article 17 du Code (visibilité insuffisante, à l'approche du sommet d'une côte, etc.). Il est toutefois toujours interdit par la même disposition au niveau d'un carrefour prioritaire. La cassation est dès lors prononcée au motif que l'arrêt attaqué a écarté le lien causal « en prenant en considération d'autres règles de circulation que celles applicables en l'espèce »²⁰⁶.

On voit par cette décision que les frontières encadrant le pouvoir du juge de reconstituer les événements sont subtiles: il peut en effet ôter à la faute son caractère fautif, quitte à admettre ce faisant les modifications inhérentes à ce raisonnement, mais sans pouvoir néanmoins toucher aux autres circonstances de la cause²⁰⁷.

204. Cass., 23 janvier 2013, *Pas.*, 2013, n° 50.

205. *Voy. supra*, n° 20.

206. Cass., 21 janvier 2000, *Pas.*, 2000, n° 57.

207. *Voy. supra*, nos 18 et s.

37. Excès de vitesse. Un conducteur, quittant un emplacement de stationnement, ne veille pas à céder le passage²⁰⁸. Une collision se produit avec un autre véhicule qui roule quant à lui 10 km/h au-dessus de la vitesse autorisée. Le juge du fond conclut à un partage de responsabilité. L'assureur du conducteur en excès de vitesse se pourvoit en cassation en contestant l'existence du lien causal. Le pourvoi est cependant rejeté. La Cour décide à cet égard que «La faute étant d'avoir roulé trop vite, il appartenait au tribunal d'examiner si, sans cet excès, les dégâts auraient eu la même ampleur», vérification qui a bien été effectuée en l'espèce par le juge du fond²⁰⁹.

On voit donc que, dans cette affaire, la Cour ne recourt pas à la théorie de l'alternative légitime (procédure de substitution au sens strict), mais vérifie ce qui se serait produit si le conducteur avait adopté un autre comportement matériel, à savoir rouler à la vitesse légale (procédure de substitution au sens large). Cette démarche me paraît se justifier par le fait que, par définition, rouler à une vitesse excessive est en soi fautif ; il serait donc impossible de remplacer le comportement fautif par un comportement licite matériellement identique²¹⁰.

B. Droit administratif

38. Contexte général. Appliquée dans le domaine du droit administratif²¹¹, la théorie de l'alternative légitime paraît signifier, en première analyse, qu'une décision illégale de l'Administration n'entraîne néanmoins pas sa responsabilité pour le dommage causé par cette décision lorsqu'il apparaît que celle-ci n'était pas en soi fautive ou que, en d'autres

208. Violation de l'art. 12.4 du Code de la route.

209. Cass., 8 novembre 2006, *Pas.*, 2006, n° 546. La Cour ajoute qu'«une faute sans laquelle l'accident se serait tout de même produit peut néanmoins entraîner la responsabilité de son auteur s'il apparaît que, sans cette faute, les conséquences dommageables dudit accident eussent été moins importantes. Pour que la vitesse illégale d'un véhicule entré en collision avec un objet quelconque puisse être mise en relation causale avec lesdites conséquences dommageables, il ne faut pas que la vitesse du véhicule en cause ait eu en outre pour effet de rendre sa survenance imprévisible». Voy. de même Cass., 28 mai 2008, *Pas.*, 2008, n° 324 : «De la circonstance qu'une faute, telle que la vitesse inadaptée qu'un conducteur a imprimée à son véhicule, est étrangère à la survenance de l'accident, il ne saurait se déduire que cette faute n'a pu en aggraver les conséquences et, comme telle, engager au moins en partie la responsabilité de son auteur.».

210. Voy. *supra*, n° 13 ; comp. égal. M. VAN QUICKENBORNE, *De oorzakelijkheid in het recht van de burgerlijke aansprakelijkheid*, op. cit., n° 160, p. 98.

211. Sur la responsabilité de l'Administration en général, cons. not. D. RENDERS, T. BOMBOIS, B. GORS, C. THIEBAUT et L. VANSNICK, *Droit administratif*, t. III, *Le contrôle de l'administration*, Bruxelles, Larcier, 2010, n°s 349 et s., pp. 180 et s. ; J. SOHIER, «La responsabilité des pouvoirs publics», *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, dos. 21, Waterloo, Kluwer, 2010 ; P. VAN OMMESLAGHE, «La responsabilité des pouvoirs publics et, en particulier, du pouvoir exécutif : bilan en 2014», *Actualités en droit public et administratif. La responsabilité des pouvoirs publics*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 7 et s.

termes, même si l'illégalité n'avait pas été commise, une décision licite identique aurait pu être prise, causant ainsi le même dommage à l'administré²¹².

Ainsi comprise, la théorie de l'alternative légitime évoque immédiatement une tendance forte du droit administratif contemporain à limiter les conséquences attachées à une violation de la loi par l'Administration, ainsi qu'en témoigne la récente réforme des lois coordonnées sur le Conseil d'État²¹³.

D'une part, en effet, consacrant la théorie de l'intérêt au moyen, le nouvel article 14, § 1^{er}, alinéa 2, des lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'État dispose désormais que « Les irrégularités visées à l'alinéa 1^{er} ne donnent lieu à une annulation que si elles ont été susceptibles d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise, ont privé les intéressés d'une garantie ou ont pour effet d'affecter la compétence de l'auteur de l'acte »²¹⁴. À cet égard, la doctrine souligne que, pour apprécier l'influence du non-respect d'une formalité sur le sens de la décision prise, il est souhaitable que le Conseil d'État fonde son appréciation sur des éléments objectifs tirés du dossier administratif²¹⁵. Il semble en outre que cette disposition ne puisse être appliquée en présence d'une illégalité d'ordre public²¹⁶.

D'autre part, le nouvel article 38 des mêmes lois instaure le mécanisme dit de la « boucle administrative », qui permet, à certaines conditions, à l'Administration de « corriger ou de faire corriger un vice dans l'acte ou le règlement attaqué », et ce en vue d'éviter l'annulation de l'acte²¹⁷. Le texte précise à cet égard que « La correction de ces vices ne peut avoir une incidence sur le contenu de l'acte ou du règlement ».

Il ne saurait être question, dans cette contribution centrée sur le droit civil, de se livrer à une analyse même superficielle de ces dispositions, dont la portée doit au demeurant encore être précisée par la jurisprudence administrative. La question ne recoupe en outre pas exactement celle de l'alternative légitime : alors que cette dernière tient pour acquise l'existence de la

212. Comp. *supra*, n° 7.

213. Sur cette réforme, cons. not. G. DEBERSAQUES et F. EGGERMONT, « De hervorming van de Raad van State 2014: een eerste analyse van de voornaamste nieuwigheden », *R.W.*, 2013-2014, pp. 1403 et s.; F. PETILLON (dir.), « Actualia », *R.A.B.G.*, 2014, pp. 473 et s.

214. Sur cette disposition, cons. not. P. LEWALLE, « Le lien entre l'arrêt *Danthony* et le Conseil d'État belge », *A.P.T.*, 2014, pp. 360 et s.

215. P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2015 (à paraître), v° *Formes (théorie des -)*, n° 5.

216. Voy. en ce sens P. LEWALLE, « Le lien entre l'arrêt *Danthony* et le Conseil d'État belge », *op. cit.*, 2014, n° 3, pp. 364 et s.

217. Sur ce mécanisme, cons. not. C.C., 8 mai 2014, arrêt n° 74/2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1193, obs. D. RENDERS, *J.T.*, 2014, p. 479, obs. F. BELLEFLAMME et J. BOURTEMBOURG; L. LOSSEAU, « L'introduction de la boucle administrative au sein des lois coordonnées sur le Conseil d'État », *A.D.L.*, 2013, pp. 523 et s.

faute et régit exclusivement la question de l'incidence causale de celle-ci, les dispositions précitées, au contraire, agissent en amont, puisqu'elles visent à empêcher l'annulation d'un acte administratif et, ainsi, compliquent l'établissement d'une faute dans le chef de l'Administration²¹⁸.

Cela étant dit, il n'en demeure pas moins qu'en prenant les choses avec un peu de recul, la tendance consiste à chaque fois à libérer l'Administration des conséquences d'une illégalité jugée vénielle et/ou indifférente sur le sens de sa décision, et ce que cette libération intervienne sur le plan administratif (rejet du recours en annulation) ou civil (rejet d'une demande en réparation). C'est ainsi que, lorsque le Conseil d'État déclarera irrecevable un moyen à défaut d'intérêt ou qu'il y aura réfection de l'acte dans le cadre de la boucle administrative, il sera relativement aisé pour l'Administration de démontrer ensuite devant le juge judiciaire que le lien de causalité n'existe pas²¹⁹.

La question du lien de causalité pourra au demeurant désormais également se poser directement devant le juge administratif, puisqu'on sait qu'il est à présent habilité à octroyer une « indemnité réparatrice » au requérant en annulation²²⁰ et qu'il semble qu'il doive dans ce cas, tout comme le juge judiciaire, faire application de la théorie de l'équivalence des conditions²²¹. À cet égard, indépendamment de la question de savoir

218. Sans pour autant l'empêcher entièrement: on sait en effet qu'un arrêt de rejet du Conseil d'État est dépourvu de l'autorité de la chose jugée à l'égard du juge judiciaire (cons. à cet égard Cass., 9 janvier 1997, *R.C.J.B.*, 2000, p. 257, note D. LAGASSE).
219. Comme le relèvent F. BELLEFLAMME et J. SOHIER, « Incidence de la réforme du Conseil d'État sur la responsabilité des pouvoirs publics », *Actualités en droit public et administratif. La responsabilité des pouvoirs publics*, Bruxelles, Bruylant, 2014, n° 30, pp. 83 et s. Voy. égal. l'avis de la section de législation du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 5-2233/2, n° 10, p. 8: « Il n'est pas exclu que l'exécution éventuelle de la réparation de l'illégalité puisse avoir une influence sur l'existence ou l'ampleur du préjudice subi par une partie concernée ou sur la présence d'un lien de causalité entre l'illégalité et le préjudice ».
220. Art. 11bis des lois coordonnées précitées; voy. not. à ce propos F. BELLEFLAMME et J. SOHIER, « Incidence de la réforme du Conseil d'État sur la responsabilité des pouvoirs publics », *op. cit.*, pp. 39 et s.; H. BOCKEN, « Beter een vogel in de hand dan tien in de lucht? De wijziging van art. 144 Grondwet en de bevoegdheid van de Raad van State om de schadevergoeding toe te kennen », *T.O.O.*, 2013, pp. 428 et s.; Fr. GLANSDORFF, « L'indemnité réparatrice: une nouvelle compétence du Conseil d'État vue par un civiliste », *J.T.*, 2014, pp. 474 et s.; M. PÂQUES, « Le juge de l'annulation et de l'indemnisation », *A.P.T.*, 2012, pp. 232 et s.; J. SOHIER, « L'action en responsabilité contre des pouvoirs publics: à porter devant les juridictions judiciaires ou, depuis 2014, devant le Conseil d'État? », *R.G.A.R.*, 2015, n° 15.138.
221. Voy. H. BOCKEN, « Beter een vogel in de hand dan tien in de lucht? De wijziging van art. 144 Grondwet en de bevoegdheid van de Raad van State om de schadevergoeding toe te kennen », *op. cit.*, n° 15, p. 434; Fr. GLANSDORFF, « L'indemnité réparatrice: une nouvelle compétence du Conseil d'État vue par un civiliste », *op. cit.*, n° 14, p. 476. Comp. cependant le passage suivant de l'avis de la section de législation du Conseil d'État – repéré par H. Bocken – qui semble plutôt évoquer la théorie de la causalité adéquate: « Lorsque l'illégalité constatée par le Conseil d'État provient d'une faute

si la théorie de l'alternative légitime constitue une pure application de la théorie de l'équivalence des conditions ou une entorse à celle-ci²²², il me paraît en tout cas que les deux doivent désormais aller de pair.

Par conséquent, il pourra être utile, en examinant dans les lignes qui suivent l'application de la théorie de l'alternative légitime en droit administratif, de s'inspirer des réflexions émises dans le contexte voisin de l'intérêt au moyen et de la boucle administrative.

39. Compétence liée. Le cas d'application le plus évident de la théorie de l'alternative légitime est celui où la décision de l'Administration, quoique entachée d'un vice la rendant illégale, n'aurait cependant pas pu être différente en raison d'une compétence liée²²³. En effet, dans un tel cas de figure, il n'est pas difficile de considérer que la décision prise par l'Administration n'était pas, en soi, fautive. L'illégalité n'est acquise qu'en raison d'un vice de procédure périphérique, mais, en raison du caractère lié de la compétence, on peut aisément considérer que même en l'absence de cette illégalité, la décision serait demeurée identique, et le dommage aurait donc été subi de la même manière. De telles considérations pourront donc facilement justifier le rejet de la demande en réparation en raison de l'inexistence du lien causal.

Une affaire célèbre dans la jurisprudence allemande fournit à cet égard une illustration frappante du propos. Pendant la seconde guerre mondiale, afin d'assurer la sécurité de la population en cas d'attaque aérienne, les autorités allemandes décident de ménager dans la ville des routes de secours en démolissant d'urgence un ensemble de bâtiments. Un plan global est adopté à cet effet et est ensuite mis en œuvre par des ordonnances de police. Dans le plan annexé à l'une de ces ordonnances figurent deux maisons, l'une à front de rue, l'autre plus en retrait, appartenant à une même personne. Seule la maison à front de rue est visée pour démolition dans le plan. Malgré cela, les deux maisons sont néanmoins démolies. Après la fin de la guerre, le propriétaire des maisons se

ou erreur commise par le bénéficiaire de l'acte (renseignements erronés transmis à l'autorité administrative, par exemple), la circonstance que l'autorité a agi de bonne foi, en faisant preuve de la prudence requise, mais a été abusée par des informations erronées, s'apparente à l'hypothèse de la responsabilité sans faute. Il appartiendra au Conseil d'État d'apprécier au cas par cas si un lien de causalité peut être établi entre l'acte illégal et le préjudice, autrement dit *si celui-ci est bien directement imputable à l'acte illégal*, quitte à ce que l'administration se retourne, devant les cours et tribunaux, contre le bénéficiaire de l'acte qui l'a induite en erreur» (*Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 5-2233/2, pt 3.2, pp. 6-7; je souligne).

222. Voy. à ce propos *infra*, n° 48.

223. Sur la notion de compétence liée, voy. récemment Cass., 24 janvier 2014, *Pas.*, 2014, n° 63, avec concl. av. gén. T. WERQUIN; Cass., 24 janvier 2014, *Pas.*, 2014, n° 64, avec concl. av. gén. T. WERQUIN; Cass., 10 janvier 2014, *Pas.*, 2014, n° 16, avec concl. av. gén. A. HENKES; Cass., 15 novembre 2013, *Pas.*, 2013, n° 606, avec concl. av. gén. T. WERQUIN; Cass. (ch. réunies), 8 mars 2013, *Pas.*, 2013, n° 159, avec concl. av. gén. T. WERQUIN.

plaint d'une destruction de la maison située en retrait. La Cour de justice fédérale conclut toutefois à l'absence de lien de causal entre l'illégalité commise (consistant à avoir démoli une maison non visée par l'ordonnance de police) et le dommage dès lors que, compte tenu du plan global préalablement adopté, il est certain que la maison en retrait aurait également dû être démolie²²⁴.

40. Compétence discrétionnaire – Principe. Les choses se corsent lorsque l'Administration disposait d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation. Est-il, dans ce cas, permis au juge de considérer que même si la faute n'avait pas été commise, la décision de l'Administration serait demeurée identique? N'empiète-t-il pas, ce faisant, sur les prérogatives de l'Administration? Deux arrêts de la Cour de cassation fournissent à cet égard des éléments de réponse.

Le premier arrêt date de 1990, soit bien avant le prononcé de l'arrêt de principe relatif à la théorie de l'alternative légitime²²⁵. Un fonctionnaire faisant l'objet de poursuites disciplinaires est suspendu dans l'intérêt du service. Un arrêté ministériel lui interdit en outre de prendre part à une procédure de promotion. Cet arrêté ministériel est cependant annulé par le Conseil d'État pour violation d'une formalité substantielle (en l'absence de consultation de la chambre de recours départementale). Le fonctionnaire demande dès lors à l'État belge la réparation du dommage consistant en l'absence de promotion. Le juge du fond, approuvé par la Cour de cassation, rejette cependant sa demande en considérant que le dommage consistait tout au plus en la perte d'une chance d'obtenir la promotion et que, compte tenu de la gravité des faits reprochés, cette chance était en l'espèce nulle, de sorte que le lien de causalité entre la faute établie par l'arrêt du Conseil d'État et le dommage n'est pas établi²²⁶.

On remarquera que cette décision n'adopte pas encore le schéma d'un raisonnement fondé sur la théorie de l'alternative légitime. Celui-ci aurait, en effet, consisté à vérifier si l'arrêté ministériel interdisant au fonctionnaire de prendre part à la promotion aurait été adopté même en cas de consultation régulière de la chambre départementale de recours. Pour exclure le lien causal avec le dommage, le juge préfère plutôt en l'espèce admettre que cet arrêté a été annulé, mais vérifie si le fonctionnaire aurait néanmoins dans ce cas obtenu la promotion. D'un point de vue technique, il élimine donc entièrement le comportement fautif (à savoir l'adoption de l'arrêté illégal) plutôt que de le remplacer par son

224. Voy. BGH, 19 avril 1956, III ZR 26/55, pt V.

225. Voy. *supra*, n° 6.

226. Cass., 21 juin 1990, *Pas.*, 1990, I, n° 614; solution approuvée par J.-L. FAGNART, *La causalité*, *op. cit.*, n° 132, p. 60.

exécution correcte (à savoir envisager son adoption dans le respect de la procédure applicable)²²⁷.

Une seconde affaire s'avère plus proche de nos préoccupations. Dans celle-ci, une société sollicite un permis d'environnement, qui lui est refusé en degré d'appel par la députation permanente. Le recours en annulation de la société au Conseil d'État est rejeté à défaut d'intérêt (l'entreprise ayant depuis lors déplacé son siège d'exploitation). Dans l'intervalle, elle avait cependant également demandé un permis d'urbanisme, refusé par le collège des bourgmestre et échevins, son recours étant rejeté par la députation permanente. Cette fois, cependant, l'entreprise obtient l'annulation de la décision de la députation permanente, le Conseil d'État considérant que celle-ci ne pouvait fonder son refus ni sur un plan d'aménagement non encore adopté même à titre provisoire, ni sur le refus du permis d'environnement. L'entreprise saisit alors le juge judiciaire mais celui-ci décide, en degré d'appel, que « la demanderesse ne démontre pas que s'il y avait eu une décision et une motivation adéquate lors de l'examen des demandes de permis, elle aurait obtenu une décision favorable pour les deux permis demandés ». L'entreprise se pourvoit en cassation en invoquant la violation du principe de la séparation des pouvoirs et reproche en substance au juge de s'être substitué à l'Administration pour décider si les permis auraient été octroyés en l'absence des illégalités retenues par le Conseil d'État. Le pourvoi est rejeté au motif que les juges d'appel ont pu légalement constater l'absence de lien causal et ce, « sans priver l'administration de sa liberté d'action »²²⁸.

Les conclusions du ministère public éclairent utilement cette seconde décision. Il considère en effet que, de la même manière que le pouvoir discrétionnaire de l'Administration n'empêche pas le juge judiciaire de néanmoins vérifier si son action n'est pas fautive²²⁹, il ne l'empêche pas non plus d'apprécier l'existence d'un lien causal entre la faute de l'Administration et le dommage allégué. Plus précisément, la liberté de choix de l'Administration n'empêche pas le juge de considérer que, dans les circonstances concrètes de la cause, en l'absence de la faute, l'Administration aurait agi de telle manière plutôt que de telle autre²³⁰. Encore

227. Comp. *supra*, n° 12.

228. Cass., 9 novembre 2012, *Pas.*, 2012, n° 604, A.C., 2012, n° 604, avec concl. av. gén. G. DUBRULLE.

229. Voy. not. Cass., 24 janvier 2014, *Pas.*, 2014, n° 64, avec concl. av. gén. T. WERQUIN.

230. Concl. précitées, pt 6.1: « Dat het bestuur in theorie verschillende beslissingen had kunnen nemen, sluit niet uit dat de rechter overtuigd kan zijn dat, rekening houdend met de concrete omstandigheden, een zorgvuldig handelend bestuur slechts een welbepaalde beslissing zou hebben genomen. Hierdoor ontnemt de rechter aan het bestuur zijn beleidsvrijheid niet. Hij gaat slechts na wat een zorgvuldig handelend bestuur zou hebben gedaan in het licht van de concrete omstandigheden, om vervolgens te beoordelen of de schade ook zou zijn ontstaan in de hypothese dat het bestuur op die wijze had gehandeld. ».

doit-il veiller ce faisant à ne pas substituer son appréciation personnelle aux critères qui auraient légalement dû guider l'Administration²³¹. Enfin, le ministère public va même jusqu'à considérer que, si le juge judiciaire ne parvient pas à déterminer quelle décision l'Administration aurait prise parmi les différentes possibilités légalement admissibles et que l'une d'entre elles aurait suffi à causer le dommage, alors le demandeur peut tout au plus se plaindre de la perte d'une chance d'éviter celui-ci²³².

41. Suite – Analyse. Que déduire de cette dernière décision ?

D'abord, que le fait qu'une faute de l'Administration soit en cause et que cette faute s'inscrive dans le cadre de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire n'empêche pas, en soi, le juge de s'interroger sur la décision qui aurait été prise par l'Administration en l'absence de la faute, et de constater le cas échéant que la décision prise serait dans ce cas demeurée identique²³³.

Pour le reste, il me semble que l'on puisse relever un décalage entre le raisonnement suggéré dans les conclusions du ministère public et la théorie de l'alternative légitime telle qu'elle se dégage des arrêts de la Cour de cassation rendus principalement en matière d'accidents de la circulation²³⁴.

Nous avons vu en effet qu'en principe, la théorie de l'alternative légitime commande, lorsque cela est possible, de remplacer le comportement fautif par un comportement licite matériellement identique. Il importe peu, à cet égard, que plusieurs comportements licites auraient été envi-

231. *Ibid.* : «De beleidsvrijheid van het bestuur moet de rechter daarbij wel tot terug houdendheid brengen. Zo mag hij bij het construeren van het zogenaamd "rechtmatig alternatief" niet naar eigen opvatting andere criteria in de plaats stellen van de (rechtmatig aangewende) criteria die de beleidskeuze van de overheid mee hebben bepaald. ».

232. *Ibid.* : «Vaak zal een rechtmatig handelend bestuur op grond van zijn discretionaire bevoegdheid verschillende beslissingen kunnen nemen. Indien het niet zeker is dat de schade niet zou zijn ontstaan zonder de fout, omdat het bestuur mogelijk tot dezelfde beslissing was gekomen indien het rechtmatig had gehandeld, dan moet de rechter de vordering tot schadevergoeding in beginsel afwijzen wegens een gebrek aan oorzakelijk verband. Hoogstens kan er dan een vergoeding worden toegekend voor het verlies van een kans, indien er een reële kans was dat de eiser aan de schade was ontkomen zonder de fout van het bestuur (m.a.w. indien er een reële kans was dat het bestuur een andere voor de eiser gunstige beslissing had genomen) ». Dans le même sens, F. BELLEFLAMME et J. SOHIER, « Incidence de la réforme du Conseil d'État sur la responsabilité des pouvoirs publics », *op. cit.*, n° 30, p. 82, note n° 113.

233. La situation peut être rapprochée du problème de la responsabilité du médecin en cas d'information insuffisante donnée au patient (voy. *supra*, n° 28). En effet, le patient, tout comme l'Administration, dispose d'une sphère souveraine de décision, fondée non sur le principe de séparation des pouvoirs mais sur sa liberté individuelle. Il n'en demeure pas moins que, dans ce cas également, la jurisprudence se reconnaît le pouvoir de supputer quelle décision aurait été prise par le patient s'il avait été correctement informé.

234. Voy. *supra*, nos 32 et s.

sageables: le minimum de changement possible doit être apporté aux circonstances concrètes de la cause. Ainsi, pour reprendre l'exemple de la Jeep, on ne se demande pas ce qui se serait produit si elle avait été garée ailleurs sur un emplacement où le stationnement est autorisé (procédure de substitution au sens large), mais plutôt ce qui se serait produit si la Jeep s'était trouvée au même emplacement mais seulement à l'arrêt (procédure de substitution au sens strict)²³⁵.

En revanche, dans ses conclusions, le ministère public semble considérer que, même si la décision avait pu légalement être prise, cela ne suffit pas en soi à exclure l'existence de tout dommage réparable. En effet, dès que plusieurs solutions auraient été légalement admissibles, la victime demeure encore libre de prouver qu'une décision plus favorable aurait pu être adoptée, et réclamer à ce titre la réparation de la *perte d'une chance* d'obtenir un tel avantage. Encore faut-il pour cela qu'une telle perte de chance soit considérée comme réparable en droit positif, ce qui apparaît discutable eu égard à la jurisprudence actuelle des chambres françaises de la Cour de cassation qui s'inscrit plutôt dans une logique du tout ou rien²³⁶.

42. Suite – Limites. Comme on le voit, cette jurisprudence est fort sévère à l'égard des administrés. Elle revient en pratique à considérer qu'en présence d'une décision illégale de l'Administration suivie d'un dommage, l'administré ne peut obtenir réparation de (l'intégralité de) son dommage qu'à condition de démontrer que, quelle que soit la décision qui aurait pu être légalement prise par l'Administration à la place de la décision illégale, le dommage ne se serait pas produit de la même manière.

Cette solution est certes conforme à l'idée selon laquelle la charge de la preuve du lien causal repose sur le demandeur en réparation²³⁷. En d'autres termes, dès que la même décision aurait pu légalement être prise au terme d'une procédure régulière – même si cette hypothèse ne présente aucune certitude –, alors le lien causal avec le dommage (du moins dans sa totalité) est exclu. Il en résulterait notamment que, chaque fois que l'irrégularité qui entache l'acte administratif est de pure forme, le lien causal serait exclu²³⁸.

235. Voy. *supra*, n° 13.

236. Sur cette question hautement controversée dans la jurisprudence de la Cour de cassation, cons. récemment P.A. FORIERS, « Aspects du dommage et du lien de causalité (Parcours dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation) », *op. cit.*, n°s 21 et s., pp. 24 et s.

237. Voy. *supra*, n° 27.

238. En ce sens, J.-L. FAGNART, *La causalité*, *op. cit.*, n° 132, p. 60; D. RENDERS, T. BOMBOIS, B. GORS, C. THIEBAUT et L. VANSNICK, *Droit administratif*, t. III, *op. cit.*, n° 388, p. 199.

Deux limites paraissent cependant devoir être apportées à cette implication de la théorie de l'alternative légitime.

Premièrement, quelle que soit l'optique retenue, il est certain que la théorie de l'alternative légitime ne peut venir au secours de l'Administration que pour autant que la décision prise n'ait pas été *en soi fautive*. Si, par exemple, sa décision est illégale en raison d'une incompétence de l'auteur de l'acte, ou d'un dépassement des délais de rigueur, ou encore de violation du principe d'égalité²³⁹, alors, pour apprécier l'existence du lien causal, le juge ne pourra logiquement raisonner en supposant que la même décision aurait été prise; une telle alternative serait en effet illégitime²⁴⁰.

Deuxièmement, la théorie de l'alternative légitime peut aboutir à conférer à l'Administration un véritable blanc-seing – du moins sur le plan civil – pour violer la loi sans devoir en craindre les conséquences. Une telle jurisprudence risquerait, à terme, de priver d'efficacité la plupart des règles de procédure imposées à l'Administration, et ce d'autant que le risque d'annulation de ses décisions est déjà fort diminué par la théorie de l'intérêt au moyen et le mécanisme de la boucle administrative²⁴¹.

Il est toutefois permis de se demander si une telle conclusion est bien raisonnable. Au contraire, il me semble que le recours à la théorie de l'alternative légitime doit être écarté lorsque l'application de celle-ci heurterait le *but de la norme violée*²⁴². À cet égard, les limites que le législateur a lui-même apportées à la théorie de l'intérêt au moyen et au mécanisme de la boucle administrative peuvent utilement servir de source d'inspiration.

Dans les lignes qui suivent, je testerai cette hypothèse à la lumière de quelques causes d'illégalités abordées dans la jurisprudence de la Cour de cassation.

43. Méconnaissance des prescriptions urbanistiques. En vue de l'organisation de l'Euro 2000, la ville de Charleroi se voit délivrer deux permis de bâtir en 1998. Ceux-ci sont annulés sur le recours des riverains par

239. Pour le premier exemple cité, comp. l'art. 14, § 1^{er}, al. 3, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, qui exclut l'application de la théorie de l'intérêt au moyen en cas d'illégalité affectant la compétence de l'auteur de l'acte. Pour les deux derniers exemples cités, voy. F. BELLEFLAMME et J. SOHIER, « Incidence de la réforme du Conseil d'État sur la responsabilité des pouvoirs publics », *op. cit.*, n° 30, p. 82, note n° 113; D. RENDERS, T. BOMBOIS, B. GORS, C. THIEBAUT et L. VANSNICK, *Droit administratif*, t. III, *op. cit.*, n° 388, p. 200, qui visent de manière plus générale toutes les irrégularités entachant l'acte administratif pour un motif de fond.

240. Voy. *supra*, n° 14.

241. Voy. *supra*, n° 38.

242. Sur cette idée, voy. *supra*, n° 25. Comp. d'ailleurs l'obligation faite au Conseil d'État par l'art. 11bis des lois coordonnées de tenir compte « des intérêts publics et privés en présence ».

le Conseil d'État en 2003 pour violation des normes urbanistiques applicables. Les riverains saisissent alors le juge judiciaire d'une action en réparation mais le juge du fond écarte tout lien causal entre les permis illicites et le préjudice subi aux motifs que « Les [demandeurs] ne rapportent pas la preuve de ce que le stade critiqué n'aurait pu être réalisé tel qu'il a été réalisé sur la base de permis respectant les prescriptions urbanistiques applicables lors des faits. Il n'est pas contestable cependant qu'un nouveau permis d'urbanisme a été délivré le 28 octobre 2004 et dès lors c'est à juste titre que les parties appelantes considèrent que le lien de cause à effet entre la faute et le dommage n'est pas démontré: en l'absence du fait fautif invoqué (permis illégaux), le dommage vanté se serait produit tel qu'il s'est produit *in concreto* ». L'arrêt est cependant cassé au motif que, par ces considérations, il « compare la situation concrète dont il est saisi à une situation hypothétique, à savoir celle dans laquelle la défenderesse aurait délivré des permis d'urbanisme conformes à la loi », et dès lors « n'exclut pas légalement l'existence d'un lien de causalité entre la faute commise par la défenderesse et le dommage des demandeurs »²⁴³.

La portée de cet arrêt de cassation doit être bien comprise. Ce qui est reproché aux juges d'appels, c'est de s'être exclusivement fondés sur les permis délivrés en 2004 pour en déduire qu'ils auraient pu l'être également dès 1998. S'ils avaient au contraire examiné concrètement la situation existant en 1998, il semble qu'ils auraient dès lors pu valablement exclure l'existence du lien causal²⁴⁴. Ainsi compris, l'arrêt s'inscrit donc dans la droite ligne de la théorie de l'alternative légitime.

44. Absence d'étude d'incidence. On aura également égard à une très intéressante affaire relative à la construction de l'aéroport de Bierset.

Des riverains avaient attaqué en justice la Région wallonne en lui reprochant diverses illégalités en rapport avec la construction de cet aéroport, dont l'absence d'études d'incidence préalables. Les juges d'appel avaient toutefois écarté l'existence de tout lien causal en considérant, que, si ces études avaient eu lieu, « il n'est nullement établi que (...) la Région wallonne n'aurait pas eu exactement la même appréciation quant à la politique aéroportuaire à suivre ».

243. Cass., 18 décembre 2008, *Pas.*, 2008, n° 741, *J.L.M.B.*, 2010, p. 2006, obs. C. PARMENTIER.

244. Voy. en ce sens les obs. précitées de M. le président de section émérite C. PARMENTIER, qui présidait la chambre ayant rendu l'arrêt, p. 2011: « Suivant la cour d'appel de Liège, les plaignants n'établissaient pas que le stade n'aurait pu être réalisé pareillement sur la base de permis respectant les prescriptions urbanistiques applicables lors des faits, ce qui eut lieu en 2004. Ainsi, au lieu de se placer dans les circonstances qui existaient en 1998, au moment où les travaux avaient été entamés sur la base des permis illégaux, les juges d'appel ont justifié l'absence de lien causal en s'appuyant sur des faits, postérieurs, à savoir la délivrance ultérieure de permis d'urbanisme conformes à la loi. Leur décision devait être cassée ».

Les riverains se pourvurent en cassation et firent valoir, dans la deuxième branche de leur deuxième moyen de cassation, que le juge d'appel avait illégalement apprécié l'existence du lien causal. En substance, ils considéraient que le juge d'appel ne pouvait, sans méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs, supputer ce que la Région wallonne aurait décidé sur la base d'une étude d'incidence, et qu'à tout le moins, la réalisation d'une telle étude aurait conduit à l'imposition de conditions drastiques d'exploitation de l'aéroport.

Sans aborder spécifiquement la question de la séparation des pouvoirs²⁴⁵, la Cour déclare le grief fondé au motif que l'arrêt attaqué « n'examine pas si, sans cette faute, le dommage des demandeurs se serait néanmoins produit tel qu'il s'est réalisé »²⁴⁶.

Ici également, les conclusions du ministère public se révèlent riches en enseignements. Il considère en effet, en substance, que le raisonnement de l'arrêt attaqué, qui consistait à dire que la politique aéroportuaire de la Région wallonne serait demeurée identique en cas d'étude d'incidence, n'est pas admissible dès lors que la faute reprochée à la Région consistait, précisément, à ne pas avoir effectué d'étude d'incidence et, ainsi, d'en avoir négligé l'apport²⁴⁷. Et de conclure: « Si l'erreur est humaine jamais son obstination par la même personne ne peut avoir pour effet de rompre la relation causale reliant sa faute originelle au dommage »²⁴⁸.

Ce raisonnement me semble extrêmement intéressant. En effet, par définition, l'étude d'incidence a pour objectif d'éclairer l'Administration et de la contraindre à prendre en considération – même si elle demeure en définitive libre de sa décision finale – les résultats de cette étude. Dès lors, il me semble qu'il serait contraire au but même des normes qui imposent la réalisation d'une telle étude de considérer que, même en l'absence de celle-ci, la décision aurait nécessairement été identique. En d'autres termes, le but de la norme violée impose en l'espèce d'écarter l'applica-

245. On sait toutefois que la Cour n'est guère sensible à cet argument dans le contexte de l'appréciation du lien causal: voy. *supra*, n° 40.

246. Cass., 14 décembre 2006, *Pas.*, 2006, n° 650, avec concl. av. gén. J.-M. GENICOT.

247. Concl. précitées, *Pas.*, 2006, n° 650, p. 2673: « l'arrêt envisage ici expressément l'hypothèse où l'absence d'étude préalable eut pu résulter d'une faute pour erreur d'appréciation de l'impact environnemental par la Région. Comment en ce cas, l'arrêt pourrait-il dès lors justifier que la seule persistance du mépris fautif pour cette étude pût constituer une rupture du lien causal: on ne peut en effet pas affirmer, dans ce cas de figure, que sans la faute le dommage se serait produit tel qu'il s'est réalisé, puisqu'il ne pourrait en tout état de cause en être ainsi que par la grâce, si je puis dire, de la persistance d'une faute de même nature par le même auteur qui consisterait précisément à s'obstiner à faire fi d'une étude d'incidence préalable, qu'il se trouvait déjà en faute d'avoir négligé ab initio » (je souligne).

248. *Ibid.*

tion de la théorie de l'alternative légitime, et de raisonner plutôt par voie de substitution au sens large ou d'élimination²⁴⁹.

À l'appui de cette opinion, on peut avancer, outre les conclusions précitées du ministère public, la théorie de l'intérêt au moyen, qui commande de déclarer le moyen recevable chaque fois que les irrégularités commises «ont été susceptibles d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise [ou] ont privé les intéressés d'une garantie»²⁵⁰. Or, précisément, l'étude d'incidence constitue une garantie pour les administrés visant à faire en sorte qu'aucune décision ne soit prise sans que l'impact sur leur environnement ait été correctement évalué.

De même, on peut souligner que, d'après les travaux préparatoires de la réforme des lois coordonnées sur le Conseil d'État, le défaut d'étude d'incidence n'est pas de nature à donner lieu à une correction de l'acte attaqué dans le cadre d'une boucle administrative, car cette étude est précisément de nature à modifier le contenu de la décision litigieuse²⁵¹.

Du reste, «De manière générale, admettre qu'une formalité soit accomplie après l'adoption d'un acte, mais sans en modifier le sens en aucune manière, que ce soit dans ses motifs ou dans son dispositif, revient à l'évidence à vider cette formalité de toute signification»²⁵².

45. Concurrence faussée. Les cas où la concurrence a été illégalement faussée me paraissent également de nature à exclure l'application aveugle de la théorie de l'alternative légitime.

En l'espèce, la Commission européenne avait adjugé un marché à un soumissionnaire, qui fut ensuite reconnu coupable de corruption et de violation du secret professionnel. Elle agit ensuite en réparation du préjudice matériel qu'elle estimait avoir subi. Elle fut toutefois déboutée par le juge du fond pour un double motif. D'une part, parce que «la Commission européenne n'apportait pas la preuve des adjudications qui ont été accordées aux défenderesses sur la base d'informations communiquées en violation du secret professionnel et qu'elle n'établissait pas, pour les adjudications obtenues, à son estime, de manière frauduleuse, qu'aucun autre opérateur n'avait fait une offre acceptable». D'autre part, parce que «si la Commission européenne n'avait pas octroyé les restitutions aux sociétés défenderesses, elle aurait pu les octroyer à un ou d'autres soumissionnaires et aurait, dans ce cas, déboursé des montants globalement de même importance».

249. *Voy. supra*, nos 25 et 42.

250. *Voy. supra*, n° 38.

251. *Voy. en ce sens l'exposé des motifs, Doc. parl., Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 5-2277/1, p. 29.*

252. F. BELLEFLAMME et J. SOHIER, «Incidence de la réforme du Conseil d'État sur la responsabilité des pouvoirs publics», *op. cit.*, n° 29, p. 80.

Le second ordre de motifs entraîne la censure de la Cour de cassation qui estime que « La circonstance que la Commission européenne aurait pu accorder les restitutions à l'exportation à d'autres soumissionnaires si elle ne les avait pas octroyées aux défenderesses n'exclut pas qu'elle ait subi un dommage en relation causale avec les infractions déclarées établies dans le chef de celles-ci »²⁵³. Cette solution peut sans doute se justifier en considérant qu'en raisonnant de manière aussi vague, les juges d'appel ont introduit dans le débat des circonstances hypothétiques, ce qu'il ne leur est pas permis de faire²⁵⁴.

Plus intéressante encore est la position de la Cour à l'égard du premier ordre de motifs. On aurait pu s'attendre, en effet, à ce que la Cour de cassation valide le raisonnement des juges d'appel qui paraissait être dans la droite ligne de la théorie de l'alternative légitime. Nous avons vu, en effet, que la Cour considère que, lorsque l'Administration jouit d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation, sauf à démontrer que la décision de l'Administration aurait nécessairement été autre que celle adoptée, il n'existe pas de lien causal certain entre la faute et le dommage subi (ou, du moins, son intégralité)²⁵⁵. La Cour se montre cependant ici beaucoup plus favorable aux intérêts du demandeur en réparation. Elle considère en effet qu'« en écartant toute responsabilité de l'auteur de la faute au motif que le dommage aurait pu se produire sans cette faute et en déduisant d'une hypothèse l'absence de lien causal, l'arrêt ne tient pas compte des circonstances concrètes de la cause ».

L'incertitude quant à ce qui se serait passé en l'absence de la faute joue donc cette fois *en faveur* du demandeur en réparation. Est-ce parce que, dans cette affaire-ci, la victime n'était plus le citoyen mais bien l'Administration européenne ? On n'ose y songer. La solution peut à mon avis mieux s'expliquer par le malaise ressenti à l'idée de faire peser sur la victime d'un acte de corruption la charge de la preuve que celui-ci aurait nécessairement conduit à une décision différente. Le but d'un tel acte n'est-il pas, après tout, d'obtenir un certain comportement de la part de l'autorité, et donc ainsi d'influer sur sa décision²⁵⁶ ? Dans ces conditions, présumer qu'en l'absence de preuve contraire, la décision et donc le dommage auraient été identiques malgré l'absence de corruption apparaît contraire à l'objectif des dispositions légales prohibant la corruption. Ceci me conforte dans l'idée que l'écartement du lien de causalité sur la base de la théorie de l'alternative légitime n'est admissible qu'à la condition que l'application de celle-ci n'aille pas à l'encontre du but de la norme violée²⁵⁷.

253. Cass., 28 mai 2014, R.G. n° P.13.1014.F.

254. Voy. *supra*, n° 18.

255. Voy. *supra*, n° 40.

256. Voy. en ce sens l'art. 246 du C. pén.

257. Voy. *supra*, nos 25 et 42.

46. Violation des droits de la défense. Une motion de méfiance constructive est adoptée à l'encontre d'un échevin sans que celui-ci ait été régulièrement convoqué au conseil communal. Le juge du fond écarte cependant tout lien causal certain entre cette illégalité et le dommage consistant en la démission du mandat d'échevin, en considérant qu'« il est évident que, dans le contexte de l'époque et compte tenu du fait que [le demandeur] avait déjà été déchargé de tous ses mandats particuliers, les moyens de défense qu'il aurait pu faire valoir, et qui étaient connus à l'époque, n'auraient pas changé la décision litigieuse du conseil communal ». La Cour de cassation rejette le pourvoi de l'échevin démis en rappelant que « Si le juge qui apprécie le lien causal entre la faute et le dommage ne peut modifier les conditions dans lesquelles celui-ci est survenu, c'est sous la réserve de l'omission de la faute elle-même »²⁵⁸.

J'avoue un certain malaise à la lecture de cette décision. En effet, tout comme l'étude d'incidence²⁵⁹, le respect des droits de la défense constitue une garantie octroyée à l'administré afin que la décision de l'Administration puisse être prise en connaissance de cause. À ce titre, il semble d'ailleurs qu'au regard de la théorie de l'intérêt au moyen, un moyen pris de la violation des droits de la défense soit toujours recevable devant le Conseil d'État²⁶⁰. Du reste, lors de l'adoption de la boucle administrative, une absence d'audition a précisément été donnée comme exemple d'irrégularité susceptible d'influer sur le contenu de la décision²⁶¹. Il est dès lors permis de se demander si l'objectif du principe général du droit relatif aux droits de la défense n'impose pas d'écarter l'application de la théorie de l'alternative légitime et interdit, dès lors, de considérer que même en cas de respect des droits de la défense, une décision identique aurait été prise²⁶².

On rapprochera cette question de la position prise par la grande chambre de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *Solvay*. Dans cette affaire de droit de la concurrence dont l'instruction s'était étendue sur plusieurs décennies, la Commission européenne avait égaré une partie du dossier administratif dont il n'existait au demeurant aucun inventaire. Le Tribunal de première instance avait toutefois rejeté le moyen pris de la violation des droits de la défense de l'entreprise concernée au motif qu'« aucun indice ne permet de présumer qu'elle aurait pu découvrir dans les sous-dossiers manquants des documents lui permettant de remettre en cause les constatations de la Commission »²⁶³. Cette

258. Cass., 7 mars 2013, *Pas.*, 2013, n° 153.

259. *Voy. supra*, n° 44.

260. *Voy.* le texte de l'art. 14 des lois coordonnées cité *supra*, n° 38; comp. cependant la jurisprudence française emprunte de casuistique analysée par P. LEWALLE, « Le lien entre l'arrêt *Danthony* et le Conseil d'État belge », *op. cit.*, n° 8, pp. 368 et s.

261. *Voy.* l'exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 5-2277/1, p. 29.

262. *Comp. supra*, nos 25 et 42.

263. T.P.I.U.E., 17 décembre 2009, *Solvay c. Commission*, T-58/01, ECLI:EU:T:2009:520, pt 262.

décision fut annulée par la Cour de justice aux motifs que « la perte d'un certain nombre de sous-dossiers et l'absence de liste du contenu de ceux-ci ne lui a pas permis de vérifier si les documents manquants auraient pu être utiles pour sa défense et si, par conséquent, elle aurait pu les invoquer »²⁶⁴. Cette décision paraît ainsi conforter l'idée selon laquelle il n'est pas permis de présumer, comme l'avait fait le Tribunal, que le respect des droits de la défense aurait été sans incidence sur la décision attaquée, parce qu'une telle formalité a précisément pour objectif de permettre à son bénéficiaire d'invoquer des moyens auxquels l'Administration n'aurait pas spontanément songé, ou même simplement d'étayer les arguments déjà connus de l'Administration²⁶⁵.

47. Absence de motivation d'un acte administratif. Une entreprise obtient un permis d'exploitation d'une décharge de la part de la députation permanente. Le permis est ensuite abrogé par un arrêté ministériel mais celui-ci est finalement annulé par le Conseil d'État à la fois pour violation de la loi sur la motivation formelle et pour absence de motifs justes en fait et admissibles en droit (motivation matérielle)²⁶⁶. Le juge du fond estime toutefois que, pour obtenir réparation, « la demanderesse doit démontrer que si l'arrêté du 1^{er} mai 1992 avait été motivé à suffisance, elle aurait obtenu le permis de décharge à l'endroit précisé » et qu'elle « n'a pu déduire des pièces produites qu'elle pouvait raisonnablement espérer obtenir un permis jusqu'en 1999 au moins ». La Cour de cassation rejette le pourvoi en considérant que « Les juges d'appel, qui ont décidé qu'il n'apparaît pas à suffisance que si la défenderesse avait motivé régulièrement sa décision, la demanderesse aurait obtenu le permis de déchargé demandé, ont légalement justifié leur décision que le lien de causalité entre l'acte illégal et le dommage n'est pas prouvé à suffisance »²⁶⁷.

À première vue, cette jurisprudence est conforme à l'idée selon laquelle la théorie de l'alternative légitime demeure intégralement d'ap-

264. C.J.U.E. (gde ch.), 25 octobre 2011, *Solvay c. Commission*, C-110/10 P, ECLI:EU:C:2011:687, pt 59. Dans ses conclusions précédant l'arrêt, M^{me} l'avocat général J. Kokott estimait à ce propos: « Lorsqu'il n'est plus possible de déterminer le contenu des éléments égarés du dossier, en l'absence d'une telle table des matières, comme en l'espèce, une seule conclusion s'impose du point de vue des droits de la défense: il ne saurait être exclu que les documents perdus auraient pu être utiles à la défense de l'entreprise concernée » (pt 39).

265. Voy. concl. préc. av. gén. J. Kokott, pt 44: « Le Tribunal aurait dû se contenter de rechercher si les éléments manquants du dossier étaient susceptibles de comporter des informations qui auraient pu permettre à Solvay de mieux étayer les arguments qu'elle avait jusqu'alors invoqués à l'encontre de la décision litigieuse, voire de faire valoir de nouveaux arguments (...) ».

266. Sur la distinction entre motivation formelle et motivation matérielle, cons. not. M. LEROY, *Contentieux administratif*, 5^e éd., Limal, Anthemis, 2011, pp. 391 et s.

267. Cass., 31 mai 2013, *Pas.*, 2013, n° 333; voy. de même Cass., 4 avril 2014, R.G. n° C.11.0521.F, avec concl. proc. gén. J.-F. LECLERCQ (second moyen, troisième branche).

plication en cas de faute commise par l'Administration dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire²⁶⁸.

Ici également, le doute demeure toutefois permis. La Cour semble en effet admettre que l'on raisonne comme si la motivation formelle – et même la motivation matérielle – n'était qu'une donnée surajoutée, un élément qui viendrait parachever le processus décisionnel sans cependant interférer avec le déroulement ou l'aboutissement de celui-ci. Un manquement au devoir de motivation formelle ne serait donc jamais en lien causal avec le dommage causé par l'adoption de la décision critiquée²⁶⁹.

Si une telle vision des choses est assurément défendable, elle apparaît cependant en porte-à-faux avec *une conception plus procédurale de la démocratie*, où l'obligation de justifier sa décision participe véritablement de l'élaboration du contenu de celle-ci²⁷⁰. Dans cette perspective, permettre à l'Administration d'échapper à sa responsabilité en considérant que sa décision aurait été identique si elle avait été motivée en la forme, n'est-ce pas en réalité vider de son sens une garantie octroyée au citoyen qui aurait en outre été susceptible d'influencer sur le sens de la décision²⁷¹ ?

268. Voy. *supra*, n° 40.

269. En ce sens, D. RENDERS, T. BOMBOIS, B. GORS, C. THIEBAUT et L. VANSNICK, *Droit administratif*, t. III, *Le contrôle de l'administration*, op. cit., n° 388, p. 199, qui réservent toutefois la question de la perte d'une chance. On sait cependant que cette dernière voie paraît condamnée par la jurisprudence actuelle des chambres françaises de la Cour de cassation (voy. *supra*, n° 41).

270. On aura reconnu dans cette idée l'influence de la théorie de l'éthique de la discussion du philosophe J. HABERMAS, qu'il n'est pas possible d'ébaucher ici même en quelques lignes. Comme le relève B. FRYDMAN, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2013, n° 311, pp. 654 et s., selon HABERMAS, « les règles de l'éthique de la discussion sont effectives, d'un point de vue pragmatique, en tant que quiconque entend convaincre dans le cours d'une discussion ne peut prétendre ouvertement s'en affranchir impunément, quelles que soient par ailleurs les visées stratégiques qu'il poursuit. En d'autres termes, celui qui prend part à une discussion publique sera contraint d'opérer un tri dans les arguments qu'il expose pour convaincre les autres participants. Il gardera pour lui, par exemple, les intérêts égoïstes qui le poussent à préconiser telle solution plutôt que telle autre. S'il aspire à convaincre ses partenaires, il devra chercher à généraliser l'intérêt de la mesure ou trouver d'autres bonnes raisons potentiellement acceptables par tous. Ainsi, le résultat de la délibération sera motivé publiquement par des arguments universalisables ». En d'autres termes, les arguments avancés – ou, plutôt, qui auraient dû être avancés – dans la motivation formelle d'une décision administrative ne sont pas purement décoratifs mais présentent une véritable plus-value en terme de contenu, parce qu'ils obligent l'Administration à se départir des raisons non admissibles dans une discussion publique, ce qui peut dès lors convaincre l'Administration de renoncer à telle ou telle décision qui s'avère indéfendable dans une telle discussion. Pour une première approche de la théorie de l'éthique de la discussion, cons. également J.C. DAMMAN, « The Role of Comparative Law in Statutory and Constitutional Interpretation », *St Thomas L.R.*, 2001-2002, pp. 513 et s., spéc. pp. 540 et s.; L. LEMASSON, « La démocratie radicale de Jürgen Habermas. Entre socialisme et anarchie », *Rev. fr. sc. pol.*, 2008, pp. 39 et s.

271. Comp. avec les limites de la théorie de l'intérêt au moyen et du mécanisme de la boucle administrative, *supra*, n° 38.

On remarquera d'ailleurs que, lorsque la décision d'un juge du fond est entachée d'un défaut de réponse aux conclusions d'une partie, la cassation est prononcée quel que soit le fondement du moyen auquel il n'a pas été répondu, la Cour refusant dans pareil cas de pallier elle-même l'absence de motivation, parce que ceci reviendrait à dispenser les juges de leur devoir constitutionnel de motivation²⁷².

Conclusion

48. Affinement ou correctif de la théorie de l'équivalence des conditions ? À l'issue de ce tour d'horizon de la théorie de l'alternative légitime en droit positif belge, une première question demeure : la théorie de l'alternative légitime a-t-elle, oui ou non, bouleversé la théorie de l'équivalence des conditions ?

Certains auteurs considèrent à cet égard que la théorie de l'alternative légitime s'inscrirait parfaitement dans le cadre de la théorie de l'équivalence des conditions, dont elle ne constituerait qu'une précision²⁷³. Loin d'être véritablement nouvelle, elle serait même à la limite superflue, du moins d'un point de vue strictement logique²⁷⁴. D'autres auteurs se montrent cependant plus hésitants²⁷⁵.

En réalité, à la lecture des décisions analysées dans le présent rapport, il me paraît clair que le recours à la théorie de l'alternative légitime est souvent dicté par « le souci du juge de pouvoir considérer qu'une faute n'est pas la cause du préjudice bien qu'elle soit matériellement présente dans la chaîne des événements »²⁷⁶. La théorie de l'alternative légitime peut, dans cette mesure, être considérée comme l'un des correctifs – et non d'ailleurs le seul²⁷⁷ – apportés à la théorie de l'équivalence des conditions. Trois éléments me paraissent pouvoir être avancés à l'appui de cette idée.

272. Voy. Cass., 28 mars 2011, *Pas.*, 2011, n° 230; Cass., 24 novembre 2008, *Pas.*, 2008, n° 657; F. DUMON, « De la motivation des jugements et arrêts et de la foi due aux actes », *J.T.*, 1978, p. 468, note (26) *in fine*; W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « L'obligation de motiver les actes de juridiction en droit belge », *Rapports belges au X^e Congrès international de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1978, pp. 419 et s., n° 87, p. 467, *in fine*.

273. En ce sens, H. BOCKEN, « De *conditio sine qua non* et het rechtmatig alternatief », *op. cit.*, n° 8, p. 116; J.-L. FAGNART, *La causalité*, *op. cit.*, n° 122, p. 56.

274. M. VAN QUICKENBORNE, *De oorzakelijkheid in het recht van de burgerlijke aansprakelijkheid*, *op. cit.*, n° 129, p. 80.

275. Voy. ainsi B. DUBUISSON, « Jurisprudence de la Cour de cassation sur la relation causale », *op. cit.*, n° 9, p. 748.

276. Concl. av. gén. X. DE RIEMAECKER avant Cass. (plén.), 25 mars 1997, *Pas.*, 1997, I, n° 161, p. 410; le haut magistrat conclut cependant, p. 413, que l'alternative légitime ne constitue pas une véritable exception à l'équivalence des conditions car elle se contente d'ôter au fait son caractère fautif sans apporter aucun autre changement aux circonstances de l'espèce.

277. Voy. *supra*, n° 5.

Tout d'abord, la théorie de l'alternative légitime a jusqu'à présent toujours été appliquée en Belgique dans le domaine de la *responsabilité pour faute*²⁷⁸. On n'aperçoit d'ailleurs pas comment elle pourrait être appliquée, telle quelle, aux cas de responsabilité objective, puisqu'elle implique de rechercher si le comportement reproché au défendeur était ou non, en soi, fautif²⁷⁹. Ce premier élément donne déjà à penser que la théorie de l'alternative légitime n'est pas une pure application de l'équivalence des conditions, qui s'applique quant à elle aussi bien en matière de responsabilité pour faute que de responsabilité objective²⁸⁰.

Ensuite, nous avons vu que le *droit allemand* – dont la théorie de l'alternative légitime est issue – apprécie en règle le lien de causalité en deux étapes, la théorie de l'alternative légitime n'intervenant que dans un second temps pour corriger les résultats de la théorie de l'équivalence des conditions²⁸¹.

Enfin, à la lecture de la jurisprudence de la Cour de cassation, on ne peut se défaire du sentiment que la théorie de l'alternative légitime a bien été introduite en droit positif comme un *correctif d'équité* visant à éviter de devoir prononcer un partage de responsabilité en cas de concours de fautes dont certaines apparaissent plus « mineures » ou « périphériques » que d'autres. L'affaire de la Jeep, qui a donné lieu à l'arrêt de principe du 25 mars 1997, apparaît à cet égard tout à fait paradigmatique²⁸². En effet, si le conducteur d'une Jeep qui abandonne son véhicule sur un emplacement où le stationnement est interdit mais l'arrêt momentanément autorisé commet il est vrai une faute, on sent intuitivement qu'une telle faute est moins déterminante que celle d'un autre conducteur qui, par exemple par une manœuvre imprudente, viendrait percuter cette Jeep. Pourtant, en l'absence de reconnaissance de la théorie de la causalité adéquate en droit belge, les deux fautes se trouvent *a priori* en lien causal avec le dommage. La théorie de l'alternative légitime est dès lors avancée pour justifier en droit un résultat considéré comme souhaitable en équité. La même préoccupation semble pouvoir expliquer la réticence à ordonner un partage de responsabilité à charge du conducteur d'un véhicule non immatriculé, ou du conducteur trop jeune pour prendre à bord un passager, lorsque ces circonstances – certes fautives – n'ont pas eu d'impact sur le déroulement concret de l'accident²⁸³.

278. Il n'en va certes pas de même en Allemagne (voy., p. ex., BGH, 20 juillet 2006, IX ZR 94/03, pts 21 et s.) mais on sait que la théorie de l'alternative légitime y reçoit une portée plus large qu'en droit belge (voy. *supra*, n° 8).

279. Voy. *supra*, n° 7.

280. Voy. not. P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *op. cit.*, n° 993, p. 1451.

281. Voy. *supra*, n° 8.

282. Voy. *supra*, n° 6.

283. Voy. *supra*, nos 33 et s.

Les choses se corsent cependant lorsqu'une seule faute a été comise, comme c'est généralement le cas en matière de responsabilité de l'Administration. Dans ce cas de figure, en effet, l'application aveugle de la théorie de l'alternative légitime risquerait à son tour d'entraîner des résultats contraires à l'équité, en excluant systématiquement tout droit à réparation. C'est pour ce motif, sans doute, que la Cour de cassation ne s'est engagée que prudemment dans cette voie, en refusant par exemple de faire application de cette théorie dans un cas où la faute consiste en l'absence d'une étude incidence ou dans des hypothèses de corruption²⁸⁴. La difficulté consiste dès lors à tracer les frontières exactes de ce correctif.

49. Un corps étranger en droit belge de la responsabilité? Ceci me conduit à une réflexion d'ordre plus général sur la place de la théorie de l'alternative légitime dans notre ordre juridique.

Nous avons vu, en effet, que cette institution a été « importée » en droit belge en s'inspirant expressément de la théorie analogue qui existait en Allemagne²⁸⁵. Or, en droit allemand, cette théorie est intimement liée au but de la norme violée, dont la prise en considération vise à éviter des conséquences jugées indésirables²⁸⁶.

Le juriste belge se trouve donc face à une difficulté. D'une part, en effet, la théorie de l'alternative légitime fait désormais partie de son droit positif, et il ne lui est plus possible de faire entièrement abstraction de celle-ci. Mais, d'autre part, cette théorie donne à certains égards l'impression d'encore constituer un « corps étranger », mal intégré dans son environnement juridique nouveau. En effet, appliquée sans réserve, elle risquerait de mener à des solutions inéquitable voire carrément absurdes, comme le fait d'exclure tout droit à réparation de la personne privée de sa liberté ou de sa propriété par un acte de l'autorité auquel on ne peut reprocher qu'un vice de forme pourtant essentiel (tel que la délivrance d'un mandat d'arrêt dans les vingt-quatre heures de l'arrestation ou l'octroi d'une juste et préalable indemnité)²⁸⁷.

La question est dès lors de savoir si la théorie de l'alternative légitime doit finalement être entièrement « expulsée » de l'ordre juridique belge où elle n'aurait en définitive pas sa place, ou si, comme je le pense, son accueil n'impose pas plutôt de faire certaines concessions au niveau des principes classiquement admis.

En l'occurrence, seule la prise en considération du but de la norme violée – qui, comme on l'a vu, n'a au demeurant rien d'incongru en droit belge et n'intervient au surplus que comme correctif marginal – me paraît

284. Voy. *supra*, n^{os} 44 et s.

285. Voy. *supra*, n^o 8.

286. Voy. *supra*, n^o 10.

287. Voy. *supra*, n^{os} 23 et s.

être de nature à permettre le développement harmonieux de la théorie de l'alternative légitime dans son environnement nouveau²⁸⁸. Le domaine de la responsabilité de l'Administration constitue à cet égard un terrain d'expérimentation particulièrement fertile²⁸⁹.

288. *Voy. supra*, n^{os} 25 et s.

289. *Voy. supra*, n^{os} 38 et s.