

UNIVERSITE PARIS I PANTHEON-SORBONNE
FACULTE DE DROIT

n° attribué par la bibliothèque

I _ I _ I _ I _ I _ I _ I _ I _ I _ I _ I

THESE

pour l'obtention du grade de

**DOCTEUR EN DROIT DE L'UNIVERSITE PARIS I
PANTHEON-SORBONNE**

Discipline : Droit privé

Présentée et soutenue publiquement
par

Florence G'SELL-MACREZ

le 2 décembre 2005

RECHERCHES SUR LA NOTION DE CAUSALITE

Directeur de thèse :

Mme Horatia MUIR WATT, professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Membres du jury :

M. Christian SCHMIDT, professeur à l'Université Paris IX Dauphine

M. Nicolas MOLFESSIS, professeur à l'Université Paris II Panthéon Assas

M. Patrice JOURDAIN, professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

M. Rémy LIBCHABER, professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

M. François EWALD, professeur au CNAM

L'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses, ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

REMERCIEMENTS

Merci à Madame Muir Watt pour avoir su me donner confiance et m'avoir permis, par son enthousiasme, son aide et sa disponibilité, de mener ce travail à son terme.

Merci, pour leur amitié, leurs conseils et leurs encouragements, à Gabi Henneberg, Sabine Savoye, Julien Cantegreil, Anne Danis-Fatôme, Geneviève Helleringer, Pierre Hurt, Franck et Hélène Macrez, Béatrice Parance, Cyril Rojinsky, Myriam Roussille et Ruth Sefton-Green.

Merci à Fabien, pour son soutien fidèle.

Merci à mes parents, qui savent tout ce que je leur dois.

Pour le joli sourire de Laura,

A la mémoire de Louis Macrez,

PRINCIPALES ABREVIATIONS UTILISEES

| | |
|-----------|--|
| D. | Dalloz |
| JCP G | Semaine juridique édition générale |
| JCP E | Semaine juridique édition entreprise |
| RTD civ. | Revue trimestrielle de droit civil |
| RTD com. | Revue trimestrielle de droit commercial |
| RCA | Responsabilité et assurance |
| D&P | Droit et Patrimoine |
| RDC | Revue des Contrats |
| | |
| A.C. | Appeal Cases (de 1891 à nos jours) |
| Cal. Rep. | California Report |
| H.L.C. | House of Lords, English and Irish Appeals |
| C.P. | Common Pleas |
| Ex. | Exchequer |
| K.B. | King's Bench Division |
| L.J.C.P. | Law Journal, Common Pleas |
| L.R.C. P. | Law Reports, Common Pleas |
| L.R.Ex. | Law Reports, Exchequer |
| L.R.H.L | Law Reports, House of Lords, English and Irish Appeals |
| Mass. | Supreme Court of Massachussets |
| Minn. | Supreme Court of Minnesota |
| N.E. | North Eastern Reporter |
| N .W. | North Western Reporter |
| N.Y. | Supreme Court of New York |
| S.W. | South Western Reporter |
| W. Bl. | William Blackstone (King's Bench Division) |

INTRODUCTION GENERALE

1. **Destin ?** Le 7 janvier 1999, M. Richard Gourlain décédait, à cinquante ans, d'un double cancer du poumon et de la langue, après avoir fumé, trente-six années durant, deux paquets de Gauloises par jour. S'il avait connu plus tôt les risques du tabac, dirent sa veuve et ses enfants, il aurait renoncé à fumer et serait, peut-être, encore en vie¹... Le 9 juin 1998, Mme J. donnait naissance à un petit Clément atteint, comme son frère aîné, d'une encéphalopathie se traduisant par un handicap moteur important et une débilité mentale profonde. Si le service spécialisé consulté avant la grossesse ne les avait pas assurés de l'absence d'un tel risque, dirent ses parents, jamais ils n'auraient décidé de concevoir cet enfant²... En 1974, M. Aubignat fut victime d'un accident de la circulation qui le laissa handicapé à vie. S'il n'y avait eu cet accident, dirent, vingt ans plus tard, ses trois enfants - nés après l'accident-, ils auraient pu connaître des relations ludiques et affectives « normales » avec leur père³... En sortant, un jour, d'une grande surface, Mme Muzac heurta un plot de ciment délimitant un passage pour piéton et s'y blessa. S'il n'y avait eu ce plot, dit-elle, jamais elle n'aurait souffert cette blessure⁴...

Les choses pourraient toujours se passer autrement. Le plus souvent, nous nous accommodons du tour qu'elles ont pris. Mais lorsque le pire s'est produit, inacceptable, voire insoutenable, nous nous révoltons : pourquoi moi ? De là, nous reprenons pas à pas le cours des événements, à la recherche du grain de sable⁵ qui a rendu réel ce qui n'était que

¹ Cass. 2^e civ. 20 novembre 2003, JCP G 2004 II 10004, note B. Daille-Duclos ; D. 2003 p. 2902 concl. R. Kessous, note L. Grynbaum ; D. 2004 somm. comm. p. 1346 obs. D. Mazeaud.

² CAA Paris, 24 juin 2003, *APHP c. M et Mme J.* D. 2004 jur. 983, note A. Sériaux ; JCP 2004 II 10041, note J. Saison ; RCA 2004 comm. n°18 obs. Ch. Radé.

³ Cass. 2^e civ. 24 février 2005, D. 2005 IR 671 obs. F. Chénéde ; RTD civ. 2005, p. 404, obs. P. Jourdain ; JCP G 2005, I, 149, n°1 obs. G. Viney.

⁴ Cass. 2^e civ. 18 septembre 2003, D. 2004 jur. p. 25 note N. Damas ; RTD civ 2004, p. 108 obs. P. Jourdain ; RCA 2003 comm. 286, obs. H. Groutel ; JCP 2004, I, 101 n°18, obs. G. Viney, JCP G 2004 II 10013 note C. Le Tertre ; Defrénois 2004 n°56 obs. R. Libchaber.

⁵ « Cromwell allait ravager toute la chrétienté ; la famille royale était perdue, et la sienne à jamais puissante, sans un petit grain de sable qui se mit dans son uretère. Rome même allait trembler sous lui. Mais ce petit gravier s'étant mis là, il est mort, sa famille abaissée, tout en paix, et le roi rétabli ». Blaise Pascal, *Pensées*, éd. Michel Le Guern, Folio classique, Gallimard, 1977, Fragment 632.

possible. Remonter ainsi le temps, se placer en pensée au moment même où les choses auraient pu basculer vers un futur meilleur, telle est notre manière d'accomplir notre deuil d'un avenir qui n'est jamais venu, laissant place au malheur. Identifier la cause, c'est donc, d'abord, sortir sa douleur de l'absurdité du hasard pour lui donner un sens⁶. C'est, ensuite, désigner celui qui, par son fait, a perturbé le cours des événements. Rechercher la cause, c'est identifier un responsable.

2. Causer et répondre⁷. Celui qui a permis au mal de survenir doit l'effacer, au moins symboliquement. « Si le soleil ne se maintient pas dans le chemin qui lui est prescrit, les Erinyes⁸, instruments de la justice, sauront le remettre dans le droit chemin » dit le célèbre fragment d'Héraclite dans lequel Kelsen vit l'une des premières formulations du principe de causalité⁹. Les Erinyes pratiquaient la loi du talion. Le mythe raconte qu'Oreste assassina sa mère, Clytemnestre, et son amant Egisthe, coupables du meurtre d'Agamemnon. La suite prouva l'absurdité de la logique de vengeance. L'acte d'Oreste, qui suivait la loi des Erinyes, provoqua pourtant leur châtement. Oreste devint fou et ne fut libéré de sa folie qu'au prix d'exploits héroïques, malgré son acquittement par le tribunal d'Athènes. Dans le droit moderne, l'acte coupable n'entraîne plus la vengeance aveugle, mais justifie une peine fixée par l'Etat et la réparation du tort commis auprès de l'offensé. Rétablir l'équilibre rompu suppose d'identifier la cause du mal. Dans le droit français de la responsabilité civile, les articles 1382 à 1386 du Code civil mentionnent tous la condition de causalité, exprimée sous sa forme active, au travers du verbe « causer »¹⁰. L'avant-projet

⁶ La responsabilité n'a-t-elle d'ailleurs pas pour fonction première de « dissiper l'absurdité de la douleur » comme l'a joliment écrit M. Terré ? V. F. Terré « Propos sur la responsabilité civile », in *La responsabilité*, APD, t. 22, 1977 p. 41.

⁷ « Le mot *répondre* implique (...) l'idée de se tenir *garant* du cours d'événements à venir », M. Villey, « Esquisse historique sur le mot responsable », in *La responsabilité*, APD, t. 22, 1977, p. 45.

⁸ Les Erinyes, divinités vengeresses, que les romains appelaient Furies, avaient pour mission de rétablir l'ordre en poursuivant et châtiant les criminels.

⁹ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Charles Eisenmann, Bruylant LGDJ coll. La pensée juridique, 1962 réimp. 1999, p. 93. Héraclite d'Ephèse (520-460 ? av. J. C.) est ici cité par Kelsen dans la version de Plutarque, traduite de nos jours en ces termes : « le soleil n'outrepassera pas ses mesures, sinon les Erinyes, servantes de la justice, le découvriront ». V. Héraclite, *Fragments*, trad. Jean-François Pradeau, GF Flammarion, 2^e éd. 2004, n° 74 et 75, pp. 146-147 et pp. 260-262.

¹⁰ « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer », dit l'article 1382 C. civ., repris en cela par l'article 1383 C. civ. : « chacun est responsable du dommage qu'il a causé... ». Les termes de l'article 1384 al. 1 C. civ. reprennent le verbe « causer » : « on est responsable du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde », comme ceux des articles 1384 al. 4 C. civ. (dommage causé par un enfant mineur), 1385 C. civ. (dommage causé

de réforme du droit des obligations, dirigé par M. Catala, accorde à la causalité un article 1347 : « La responsabilité suppose établi un lien de causalité entre le fait imputé au défendeur et le dommage »¹¹.

3. Complexité de la causalité. Si la responsabilité est l'expression de « la solidarité d'une personne avec ses actes »¹², il suffit de se placer, pour l'évaluer, au niveau de celui qui agit. De ce point de vue, la causalité paraît simple. Nous avons tous l'habitude de produire, par nos actions, des effets dans le monde¹³. A cet égard, la causalité évoque l'idée de production, de génération. Cependant, malgré nos habitudes et notre expérience, nous sommes accoutumés à la relative incertitude des effets de nos actes. L'univers dans lequel nous vivons n'est pas déterministe. Sans cesse, nous devons, avant d'agir, mesurer ce que nous savons à l'aune de notre ignorance de l'avenir. En outre, dans la responsabilité, la causalité s'évalue, *a posteriori*. Elle sert à retranscrire les événements passés en les intégrant dans une histoire, en constituant des enchaînements. Peut-on vraiment assimiler cet exercice de « rétrodiction »¹⁴ avec la prédiction préalable à nos décisions ? Autrement dit, peut-on estimer équivalents le jugement relatif à ce qu'il est raisonnable d'attendre, et celui qui retrace, après les faits, les enchaînements des causes et des effets ? Dans tous les cas, à supposer acquise l'équivalence entre prédire et « rétrodire », nos jugements de causalité sont nécessairement empreints d'incertitude : dans un monde non déterministe, la causalité n'est jamais *certaine*, elle ne peut être que *probable*.

Pour le juriste, la causalité est d'autant plus complexe qu'elle ne constitue pas un phénomène *sensible*, directement perceptible par les sens. Au sein de la distinction tracée

par un animal) et 1386 C. civ. (dommage causé par un bâtiment). En matière contractuelle, l'exigence de causalité est évoquée par l'article 1151 C. civ. qui exige que les suites dommageables de l'inexécution soient « immédiates et directes ». V. *infra* n°338 et s.

¹¹Pierre Catala (dir.) *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, Rapport au Garde des Sceaux en date du 22 septembre 2005, art. 1347, p. 154.

¹² « La responsabilité est la solidarité d'une personne humaine avec ses actes, condition préalable de toute obligation réelle ou juridique ». M. Blondel, V° « Responsabilité » in A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 1926, rééd. Quadrige, 2002.

¹³ Les recherches en psychologie ont montré que le bébé de cinq mois perçoit clairement les relations causales entre son action et les phénomènes qui se produisent dans son environnement. A deux ans, l'enfant saisit tous les rapports de causalité, qu'ils le concernent ou non, à commencer par les lois de la physique. Certaines études récentes ont mis en évidence une compréhension encore plus précoce des rapports causaux, en particulier des lois de la physique. V° « Causalité », in Olivier Houdé (dir.), *Vocabulaire des sciences cognitives*, PUF, Quadrige, 2003, pp. 75-76. V. égal. Jean Piaget, (dir.), *Les théories de la causalité*, PUF, Bibliothèque scientifique internationale, 1971.

¹⁴ Selon l'expression des historiens. V. Paul Veyne, *Comment on écrit l'histoire*, Seuil, Points Histoire, 1971, spéc. chap. VIII « Causalité et rétrodiction », p. 194 et s.

par les Grecs entre les choses que les sens perçoivent corporellement et celles qui sont seulement « comprises par l'esprit »¹⁵, la causalité relève de la seconde catégorie. Invisible, elle n'est établie que par le raisonnement qui suit l'observation¹⁶. Conceptuelle, elle appréhende la réalité par la généralisation et l'abstraction. Variable, elle désigne des événements, vécus ou observés, dans une grande diversité de circonstances. Elle suppose, à cet égard, l'*analogie*, afin de saisir, par un seul mot, une réalité variable et chaque fois singulière. La complexité de la condition de causalité explique sans doute la récurrence, parmi les juristes, de l'idée qu'elle constitue un problème insoluble¹⁷. Ce scepticisme - on pourrait même dire agnosticisme - permet de comprendre le faible nombre d'études doctrinales d'ensemble consacrées à la causalité.

4. L'agnosticisme causal des civilistes français. « La notion de causalité a longtemps eu, dans la technique juridique française de la responsabilité, une vie larvée et confidentielle »¹⁸. Il est vrai que les rédacteurs du Code civil n'accordèrent guère d'importance à la causalité. Trop évidente pour être discutée, elle figure, dans l'article 1382 du Code civil, en son sens le plus courant. Seul l'article 1151 du même Code reprit les préoccupations de Pothier quant aux conséquences de l'inexécution d'un contrat¹⁹. Au cours du XIX^e siècle, le lien de cause à effet entre la faute et le dommage ne fit pas l'objet d'une grande attention de la part de la doctrine. Bien qu'exigée, logiquement, dans l'attribution de la responsabilité, ce n'est qu'aux alentours des années 1930-1940 que la causalité apparut, dans les traités de droit civil, comme condition à part entière de la responsabilité²⁰. Quant à l'exigence de préjudice direct, formulée par l'article 1151 C. civ.,

¹⁵ Cicéron distinguait « les choses que l'on peut voir et toucher » de « celles qui sont simplement comprises par l'esprit », Michel Villey, *Le droit romain*, PUF coll. Que sais-je ? 10^e éd. 2002, p. 72.

¹⁶ Le Doyen Savatier le soulignait : la causalité « n'est pas quelque chose qui se voit et se touche mais un rapport déduit des circonstances de fait par une opération de l'esprit ». René Savatier, *Traité de la responsabilité civile*, t. II, LGDJ, Paris, 2^e éd. 1951, n°459.

¹⁷ « Tenons pour acquis qu'on ne peut parvenir à une définition précise de la notion de cause », André Joly, *Essai sur la distinction du préjudice direct et du préjudice indirect*, thèse Caen, 1938, p. 221. Il est vain de vouloir analyser la causalité « pour en tirer un principe d'attribution ou de répartition » : le problème « est insoluble », Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd. LGDJ, 1949, reprint 2001, n°117, pp. 212-213.

¹⁸ Gabriel Marty, *Annales de la Faculté de droit de Toulouse*, 1953-54, tome 2 p.12.

¹⁹ V. *infra* n°338 et s.

²⁰ G. Marty, *Ann. Fac. Droit Toulouse*, art. préc.

elle suscitait, généralement, un commentaire -sinon une paraphrase- de la discussion de Pothier²¹.

Malgré l'indifférence de principe, le besoin d'une réflexion sur la causalité se fit sentir après que la Cour de cassation commença à contrôler sa qualification, en 1895²². Ce début d'intérêt fut largement porté par les idées du temps. La théorie du risque accorde, par définition, un rôle fondamental à la causalité : c'est la possibilité de causer des dommages qui y fonde la responsabilité. En 1913 parut la thèse de Pierre Marteau²³, largement fondée sur les travaux que les juristes allemands, notamment pénalistes, avaient consacrés à la notion. La thèse introduisait, en particulier, les deux théories de l'équivalence des conditions et de la causalité adéquate, aujourd'hui bien connues des juristes français. La causalité ne donna guère lieu à d'autres développements avant l'arrêt Jeand'heur. L'émergence de la responsabilité du fait (causal) des choses conduisait, en effet, à la mettre au premier plan²⁴. Parallèlement, de nouveaux travaux relatifs à l'article 1151 du Code civil, aboutirent, pour la plupart, à voir dans cette disposition l'expression d'une condition générale de causalité, malgré son absence d'équivalent dans le droit du délit et du quasi-délit²⁵.

Dans les années cinquante, quelques thèses ambitieuses s'attaquèrent frontalement à la

²¹ V. *infra* n°337 et s. Ripert concluait ainsi, en 1909 : « il y a bon nombre de questions de responsabilité qui n'ont pas été étudiées en France comme elles le mériteraient. Par exemple, personne chez nous ne songe à se demander dans quel cas l'on peut dire qu'une faute ou un fait a causé un dommage. Les auteurs classiques étudient en quelques mots les règles très imprécises que donne le Code civil pour le calcul des dommages-intérêts dus par le débiteur qui n'exécute pas son obligation » G. Ripert, *Revue Critique*, 1909, p. 131.

²² Civ. 4 fév. et 7 août 1895 D. P. 1896, I, pp. 81-82. Mais, comme le souligna Marty plus tard, « cette attention de principe portée par la juridiction supérieure à la notion de causalité ne s'était pas traduite en clarté par une analyse systématique de cette notion » *Ann. Fac. Droit Toulouse*, art. préc.

²³ Pierre Marteau, *La notion de la causalité dans la responsabilité civile*, Aix en Provence, 1913. Cette recherche fit suite à une thèse suisse : Guex, *La relation de cause à effet dans les obligations extra-contractuelles*, Lausanne, 1904.

²⁴ Paul Esmein, « Trois problèmes de responsabilité civile. Causalité. Concours des responsabilités. Conventions d'irresponsabilité », *RTD civ.* 1934, p. 317. Gabriel Marty « La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile », *RTD civ.* 1939 p. 685. André Joly, « Vers un critère juridique du rapport de causalité au sens de l'art. 1384 al.1 du C. civ. », *RTD civ.* 1942, p. 257. On citera également la thèse de Japy, *La relation de cause à effet dans les accidents du travail*, Paris, 1933.

²⁵ « Rien de plus significatif que la place progressivement prise par l'analyse de la causalité dans les grands traités de la Responsabilité civile, en particulier celui de MM. H et L. Mazeaud » écrivent G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, tome 1, *Les sources*, Sirey, 2^e éd. 1988, n°549, note (3). Mihail Nicolesco, *La notion de dommage direct. Etude de doctrine et de jurisprudence sur le problème causal en matière de responsabilité civile*, thèse Paris, 1931. Marthe Filippi *Le préjudice indirect*, thèse Lille, 1933. André Joly, *Essai sur la distinction du préjudice direct et du préjudice indirect*, thèse Caen, 1939.

notion de causalité comme condition de la responsabilité, civile²⁶ ou pénale²⁷. Le droit comparé, les évolutions jurisprudentielles justifiaient, en outre, des études doctrinales, notamment sous la plume de Gabriel Marty²⁸, de Paul Esmein²⁹ ou d'André Tunc³⁰. Ces contributions tentèrent d'apporter un éclairage à la jurisprudence, tout en reprenant les pistes lancées par la thèse de Marteau. Mais, dans l'ensemble, les auteurs firent état des difficultés de la notion pour se révéler sceptiques quant à la possibilité d'élaborer des éléments généraux de solution. Le concept de cause, abstrait et fuyant, serait inaccessible.

Depuis lors, jamais la doctrine ne s'est départie de ce scepticisme. Si quelques articles ont évoqué le problème causal dans sa généralité³¹, la question a, le plus souvent, été abordée au travers de problématiques spécifiques et relativement techniques : incertitude probatoire et perte d'une chance³², conséquences de la pluralité des causes sur la responsabilité et la

²⁶ Joseph Favier, *La relation de cause à effet dans la responsabilité délictuelle*, thèse Paris, 1951. Jean de St Germain, *Le préjudice direct et le préjudice indirect en matière d'accidents engageant la responsabilité quasi-délictuelle. Etude théorique et pratique*, thèse Paris, 1968. Amira Qa-im-aqami, *Faute, risque et lien de causalité dans la responsabilité civile*, thèse Genève, Téhéran, 1953. J. P. Cougler, *La relation de causalité en matière d'assurance*, thèse Lausanne, 1956.

²⁷ N. Hosny, *Le lien de causalité en droit pénal*, thèse Paris Le Caire, 1955. Mahdavi Sabet, *Essai sur la notion de lien de causalité en droit pénal français*, thèse Paris II, 1987.

²⁸ Gabriel Marty, « La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile (étude comparative des conceptions allemandes, anglaises et françaises) », *RTD civ.* 1939, p. 685 ; *Annales de la Faculté de droit de Toulouse*, 1953-54, tome 2, p. 12 ; « L'expérience française en matière de responsabilité civile et les enseignements du droit comparé », *Mélanges Maury t. 2*, p. 173.

²⁹ Paul Esmein, « Trois problèmes de responsabilité civile », *RTD civ.* 1934, p. 317 ; « Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité », *D.* 1964, I, 205.

³⁰ André Tunc, « Récents développements des droits anglais et américains sur la relation de causalité », *RID Comp.*, 1953, p. 5 ; note sous CA Paris, 18 avril 1955, *D.* 1956, 354. François-Paul Benoît, « Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (problèmes de causalité et d'imputabilité) », *JCP* 1957, 1, 1351. René Béraud, « Les mythes de la responsabilité civile », *JCP G* 1964, 1, 1837.

³¹ H. Ph Visser'T Hooft, « Causalité et sens commun : esquisse d'une analyse conceptuelle », in *Etudes de logique juridique*, vol. 5, dir. Ch. Perelman, Bruylant, Bruxelles, 1973. H. Descheneaux, « Norme et causalité en responsabilité civile », *Recueil offert au Tribunal Fédéral suisse à l'occasion de son centenaire*, 1975, p. 399. Hervé Croze, « L'incidence des mécanismes processuels sur l'établissement du lien de causalité » in *Exigence sociale, jugement de valeur et responsabilité civile en droit français, allemand et anglais*, dir. H. A. Liebermann von Walhendorf, LGDJ, 1983, Paris. R. Barot, « Remarques sur la notion de cause et sur ses applications », *Rev. Gale des Ass. Terrestres*, III, 1989, 495.

³² René Savatier, « Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé ? », *D.* 1970 chron. 123. Jacques Boré « L'indemnisation pour les chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable », *JCP G* 1974, 1, 2620.

réparation³³ -qu'il s'agisse d'un fait extérieur potentiellement exonératoire³⁴ ou des prédispositions de la victime³⁵... Pour le reste, est fréquemment souligné le caractère insurmontable du problème causal dans la responsabilité pour justifier une position désabusée, tel Esmein déclarant que c'est « par sentiment » que les juges se prononcent sur la causalité³⁶. Dans l'ensemble, les auteurs français oscillent entre philosophie et pragmatisme, sans en percevoir la contradiction. Trop philosophique, la causalité échapperait au juriste³⁷. Trop concrète, la causalité rendrait inutile tout effort théorique systématique et justifierait une approche au cas par cas³⁸. Cette tendance est soulignée, non sans étonnement, par les juristes de *Common Law*, pour qui les Français promeuvent, sur ce sujet, une approche plus empirique encore que les *common lawyers*³⁹. En définitive, la causalité apparaît aux juristes français comme « inutilement et dangereusement théorique »⁴⁰. Aux yeux de la commission réunie par M. Catala, « il paraît illusoire de

³³ François Chabas, *L'influence de la pluralité des causes sur le droit à réparation*, préf. H.Mazeaud, LGDJ Bibl. droit privé, t. 78, Paris, 1967. Yvonne Lambert-Faivre, « De la poursuite à la contribution : quelques arcanes de la causalité », D. 1992 chron. 311.

³⁴ François Chabas, « Bilan de quelques années de jurisprudence en matière de rôle causal » D. 1970 chron.113. Boris Starck, « La pluralité des causes du dommage et la responsabilité civile » JCP G 1970, I, 2339. Jacques Boré, « La causalité partielle en noir et blanc ou les deux visages de l'obligation *in solidum* », JCP G 1971, I, 2369.

³⁵ Jean-Claude Montanier, *L'incidence des prédispositions de la victime sur la causalité du dommage*, Thèse Grenoble, 1987. Christian Lapoyade-Deschamps, *La responsabilité de la victime*, thèse Bordeaux, 1976. Nguyen Thanh Nha, « L'influence des prédispositions de la victime sur l'obligation à réparation », RTD civ. 1976, p. 1.

³⁶ « J'ai écrit, il y a longtemps, que c'est par sentiment que les juges décident si la réalisation d'un dommage est une conséquence trop imprévisible d'un acte pour que son auteur en soit responsable. C'est là, a-t-on dit, un moyen commode d'éviter la difficulté. » P. Esmein, « Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité », art. préc. p. 205 note 30. Cette citation est souvent reprise. Relevant l'incertitude de la jurisprudence, M. Jourdain a écrit récemment : « Paul Esmein avait bien raison : la causalité juridique est plus affaire de sentiment que de science. », obs. sous Cass. 3^e civ. 19 février 2003, RTD civ. 2003 p. 508.

³⁷ « *Les eaux profondes de la philosophie sont trop près* » écrivait Sir John Pollock, *Law of Torts*, 1901, p. 449. Cette phrase est citée par P. Marteau (thèse préc. p. 28) et fréquemment reprise.

³⁸ Geneviève Viney et Patrice Jourdain *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, 2^e éd. LGDJ, 1998, n°334.

³⁹ Hart et Honoré évoquent « *those, as the French writers, who distrust systems and tolerate inconsistencies* », H. L. A. Hart et A. M. (Tony) Honoré, *Causation in the law*, Clarendon Press, Oxford, 1st ed. 1959, 2nd ed. 1985, p. 431 et p. 432 note 3.

⁴⁰ Marty et Raynaud, *op. cit.*, n°546 et s. spéc. n°549. Les auteurs le déplorent puisqu'ils précisent que « les difficultés qui se présentent peu à peu dans les espèces soumises à jugement montrent qu'il n'est pas possible de s'en tenir à un scepticisme purement négatif ». Joseph Favier dénonça, à propos des auteurs français, « la minceur de leur documentation et leur apriorisme étroit dans des problèmes qui leur sont étrangers » *thèse préc.* n°43 note 1.

chercher à définir le lien de causalité par une formule générale »⁴¹. A ce jour, la causalité ne figure pas dans le Vocabulaire Juridique Capitant⁴².

5. Intérêt d'une étude. Faut-il s'avouer vaincu ? Abandonner la question aux naïfs ou aux philosophes ? Conclure qu'il y a causalité là où le droit voit la causalité⁴³ ? Croire que c'est « par sentiment » que nos juges tranchent les questions causales ? Comment accepter de livrer à l'incertitude et à l'irrationnel une condition aussi fondamentale de la responsabilité ? Faut-il admettre, écrivait Perelman, que « là où ni l'expérience, ni la déduction logique ne peuvent nous fournir la solution d'un problème, nous n'avons plus qu'à nous abandonner aux forces irrationnelles, à nos instincts, à la suggestion ou à la violence ? »⁴⁴ L'auteur répondait par la négative : « il nous semble au contraire que c'est là une limitation indue et parfaitement injustifiée du domaine où intervient notre faculté de raisonner et de prouver »⁴⁵. La position sceptique est, en outre, inacceptable pour celui qui, comme Philippe Jestaz, voit dans l'activité juridique un art : l'art de la « moins mauvaise solution »⁴⁶. L'art du juge se rapproche, à cet égard, de celui du médecin : l'un comme l'autre se livrent, dans une situation particulière et concrète, à la recherche des causes en vue de prendre une décision consistant à *prescrire*⁴⁷. L'analogie est

⁴¹ *Avant-projet...*, préc. p. 154

⁴² G. Cornu (dir.), *Vocabulaire Juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 8^e éd. 2000.

⁴³ Cette conclusion fut faite à propos de la notion de bien. « Est bien juridique ce que le droit considère comme tel ». Christophe Grzegorzcyk, « Le concept de bien juridique : l'impossible définition ? » APD 1979 p. 259 et s. L'auteur s'autorisait à conclure sur une définition purement formelle du bien juridique car il faisait du bien un « terme primitif du système conceptuel juridique », *ibid.* spéc. p. 270. Cette qualité, si elle existe, peut-elle être attribuée à la causalité ? Kelsen lui préférerait l'imputation. Quoi qu'il en soit, le raisonnement postule un « monde des choses du droit » érigé en réalité autonome, ce qui est, en soi discutable, bien que conforme à la pensée positiviste et normativiste très influente dans les systèmes juridiques continentaux.

⁴⁴ Chaïm Perelman et Lucie Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, éd. de l'Université de Bruxelles, 5^e éd., 2000, p. 3.

⁴⁵ *ibid.* p. 4.

⁴⁶ « Encore faut-il y croire et se répéter chaque matin que le droit est un art et non une corvée : L'art –et ce n'est pas rien- de la moins mauvaise solution ». Philippe Jestaz, « Pour une définition du droit empruntée à l'ordre des Beaux – Arts, éléments de métajuridique amusante », RTD civ. 1993 p. 73.

⁴⁷ « Il s'agit, de part et d'autre, de passer d'un savoir constitué de normes et de connaissances théoriques à une décision concrète en situation : la prescription médicale d'un côté –la sentence judiciaire de l'autre. Dans les deux cas, il s'agit de placer une décision singulière, unique, relative à une personne singulière, sous une règle générale, et, en retour, d'appliquer une règle à chaque cas. Cet aller et retour entre la règle et le cas est opéré chaque fois par un acte comparable, le *jugement* : le jugement médical dans un projet thérapeutique, le jugement judiciaire dans un projet qui a pour enjeu le prononcer d'une parole de justice ». Paul Ricoeur, « La prise de décision dans l'acte médical et dans l'acte judiciaire », in *Le Juste 2*, éd. Esprit, 2001, pp. 245-246.

peut-être grossière. Mais a-t-on déjà soutenu que le médecin tranche « par sentiment » les questions de causalité qui se posent à lui dans sa pratique ? La notion de cause n'est pas moins complexe, moins fuyante pour lui qu'elle ne l'est pour le juge. Dans l'intérêt de son patient, il doit, toutefois, décider en optant pour la « moins mauvaise solution ». Il en va de même pour le juge, dont la recherche du juste suppose qu'il tranche un litige en se fondant sur des éléments étayés et convaincants.

La recherche est d'autant plus impérieuse que la causalité constitue une question récurrente en jurisprudence, évoquée en permanence par les commentateurs, impliquée dans toutes les évolutions contemporaines de la responsabilité civile. Elle se trouve au cœur des incertitudes actuelles du régime de la responsabilité du fait des choses, qui voit la notion de « fait de la chose » varier d'une espèce à l'autre⁴⁸. Elle est fondamentale dans la responsabilité du fait d'autrui, notamment celle des père et mère, depuis que deux arrêts de l'assemblée plénière⁴⁹ ont fait du « fait causal » du mineur la condition principale de la responsabilité des parents. Elle est en lien étroit avec la force majeure, que l'on traduit parfois par l'idée de « cause exclusive »⁵⁰. On la trouve également à la racine de l'obligation *in solidum*, habituellement justifiée par la théorie dite de la « causalité totale »⁵¹. Permettant de déterminer le dommage réparable, elle est étroitement liée à la jurisprudence relative à la perte d'une chance⁵². Elle est, enfin, centrale dans la problématique du risque et dans les questions actuelles posées par la consécration du principe de précaution. S'il faut déterminer, en effet, à partir de quand la *suspicion* d'un rapport causal est suffisamment légitime pour justifier l'intervention du droit, encore faut-il être en mesure de déterminer ce qu'est un rapport causal *avéré*. Les développements jurisprudentiels récents, relatifs aux effets supposés du vaccin contre l'hépatite B, illustrent la difficulté et l'importance de la question⁵³.

⁴⁸ V. *infra* n°369 et s.

⁴⁹ Cass. ass. plén. 13 décembre 2002 D. 2003 p. 231 ; JCP G 2003, II, 10010, note A. Hervio-Lelong ; JCP G 2003, I, chron. 154, n°46, obs. G. Viney.

⁵⁰ V. *infra* n°426.

⁵¹ V. *infra* n°465 et s.

⁵² V. *infra* n°454 et s.

⁵³ Cass. 1^{ère} civ. 23 sept. 2003, D. 2004, jur. p. 898 note Y.-M. Serinet et R. Mislawski ; RTD civ. 2004, p. 101, obs. P. Jourdain ; JCP G 2003, II, 10179, note N. Jonquet, A.-C. Maillols, D. Mainguy, E. Terrier ; RCA 2003 comm. n°28 obs. Ch. Radé.

6. A ces considérations s'ajoute l'insuffisance chronique des analyses théoriques de la causalité en droit français. La question est, certes, redoutable. Comment affirmer qu'un événement découle d'un autre, sachant que tout fait se produisant dans le monde a été précédé d'une infinité d'antécédents ? Inversement, comment déterminer les effets, dans le temps et dans l'espace, d'un événement donné, sachant que chaque fait s'insère dans une multitude de séries causales indépendantes qui, toutes, aboutiront à des événements divers ? Il est vrai que, sur ces questions, les juristes français connaissent deux techniques, deux conceptions de la causalité, importées du droit allemand au début du XX^e siècle, qui livrent des outils permettant de tracer des relations causales. L'une centre l'analyse sur l'*acte* dommageable, quand l'autre s'intéresse à l'*effet* et à ce qui l'a rendu possible. La première, connue sous le nom de *causalité adéquate*, se fonde sur l'idée de probabilité *ex ante* pour retenir comme cause tout fait qui augmentait significativement la probabilité de dommage⁵⁴. Conforme à l'idée de causalité comme exprimant une relation générale sinon invariable, du moins régulière, elle implique, toutefois, de mobiliser des probabilités qui ne sont pas toujours disponibles. La seconde conception se fonde sur le principe d'une *équivalence* foncière entre toutes les conditions *sine qua non* du dommage. La cause est, à cet égard, le fait en l'absence duquel le dommage n'aurait pas eu lieu⁵⁵. Non seulement le critère conduit à retenir tout antécédent nécessaire, mais il suppose, en outre, de pouvoir affirmer qu'un autre *état du monde* aurait été *possible*, dans lequel le dommage ne se serait pas produit. Trois remarques peuvent être formulées à propos de ces deux théories. D'une part, le droit positif se révèle si empirique qu'il est impossible de déterminer avec certitude laquelle l'emporte sur l'autre. D'autre part, les deux théories sont fréquemment invoquées à propos de questions foncièrement distinctes les unes des autres. Enfin, les différences de principe entre les deux approches se révèlent, à l'analyse, surtout apparentes : en réalité, elles renvoient, l'une comme l'autre, à des raisonnements analogues.

L'étude du droit positif ne permet pas de tirer de conclusions définitives quant à la théorie de la causalité privilégiée par les tribunaux français. Alors qu'une décision récente de la deuxième Chambre civile a expressément mentionné le « principe d'équivalence des

⁵⁴ V. *infra* n°81 et s.

⁵⁵ V. *infra* n°138 et s.

causes dans la responsabilité délictuelle »⁵⁶, l'avocat général Kessous s'est référé, quelques mois plus tard, dans ses conclusions relatives à l'affaire Gourlain⁵⁷, à la théorie de la causalité adéquate en tant que théorie dominante la matière. Les auteurs ne parviennent pas à déterminer laquelle des théories l'emporte⁵⁸ et s'accordent seulement sur l'empirisme de la jurisprudence⁵⁹ : en pratique, les tribunaux rendent les décisions au cas par cas⁶⁰. Ce qui compte est la présence d'éventuels indices de causalité, telles la proximité temporelle de la cause et l'effet, ou l'absence d'autre cause expliquant le dommage⁶¹. Mais l'usage de ces indices n'est jamais justifié par une théorie globale. Faute de critères précis, la causalité semble insaisissable.

Plus problématique encore est le fait que les deux théories de la causalité adéquate et de l'équivalence des conditions sont mentionnées par les tribunaux ou les auteurs à propos de questions *foncièrement distinctes*. Une première confusion résulte de l'assimilation de la question relative à l'*explication* de la survenance du dommage à celle de l'octroi de la

⁵⁶ Cass. 2^e civ. 27 mars 2003, Bull. civ. II, n°76 ; JCP G 2004, I, 101, n°13, obs. G. Viney. Il s'agissait, en l'occurrence, d'un accident de la circulation ayant rendu possible des dommages matériels, toutefois provoqués par différentes fautes. La deuxième Chambre civile a, pour les indemniser, mentionné « qu'en l'absence de survenance de l'accident, les dommages ne se seraient pas produits » et que la pluralité des causes n'était « pas de nature à faire obstacle à l'indemnisation de l'entier dommage par l'auteur initial, par application du principe de l'équivalence des causes dans la production du même dommage en matière de responsabilité délictuelle ».

⁵⁷ V. concl. R. Kessous, Cass. 2^e civ. 20 novembre 2003, D. 2003, p. 2902. « En matière civile et en matière administrative, c'est la théorie de la causalité adéquate, c'est-à-dire la cause déterminante du dommage, qui est le plus souvent retenue. Et seules les personnes directement responsables seront condamnées à réparer le préjudice des victimes ».

⁵⁸ Pour Mlle Viney et M. Jourdain, c'est la théorie de l'équivalence des conditions qui constitue le principe en droit français. Viney et Jourdain, *op.cit.* n°354. *Contra* MM. Terré, Simler et Lequette pour qui la causalité adéquate l'emporte, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 8^e éd. 2002, n°860.

⁵⁹ M. Brun évoque des « solutions jurisprudentielles erratiques », Ph. Brun, *Responsabilité civile extra-contractuelle*, Litec, 2005, n°291 ; V. égal., soulignant l'empirisme de la jurisprudence, Ph. le Tourneau, *Responsabilité civile*, Dalloz Action 2004-2005, n°1717 ; P. Jourdain, *Jurisclasseur civil*, « Causalité », n°20 ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations, tome 2, Le fait juridique*, 10^e éd. Armand Colin, 2003, n°162.

⁶⁰ Pour aboutir à la même solution de condamnation de celui qui, par son fait, avait rendu nécessaires des transfusions sanguines qui contaminèrent la victime avec le VIH, les tribunaux ont alternativement fait appel à l'équivalence des conditions et à la causalité adéquate. Dans l'arrêt *Courtellemont* (CA Paris, 7 juillet 1989, Gaz. Pal. 1989, II, p. 752, concl. G. Pichot), la Cour d'appel de Paris s'est référée explicitement au principe selon lequel la « faute *sine qua non* (...) doit être réputée causale » pour condamner l'automobiliste responsable de l'accident initial à réparer les conséquences de la contamination. La même année, la Cour d'appel de Versailles a invoqué la théorie de la causalité adéquate pour retenir la responsabilité d'un chirurgien, dont la faute avait rendu les transfusions préjudiciables nécessaires (CA Versailles, 30 mars 1989, JCP G 1990, II, 21505, note M.-A. Dorsner-Dolivet).

⁶¹ V. *infra* n°548 et s.

qualité de « cause » lorsque la réalisation du dommage a *déjà* été expliquée, ce qui constitue une *imputation*. Rechercher la cause d'un incendie ou d'une maladie consiste à se fonder sur l'ensemble des circonstances pour *tracer un lien* entre les événements afin d'*expliquer pourquoi* le dommage s'est produit. Affirmer qu'un incendie a été provoqué par un court-circuit, ou qu'une sclérose en plaque a été engendrée par un vaccin contre l'hépatite B⁶², consiste à *dissiper l'ignorance* de ce qui a entraîné le dommage. Lorsque, en revanche, les événements ayant conduit au dommage sont établis, de telle sorte que la survenance de ce dernier est *déjà expliquée*, la question de la causalité est, cette fois, d'une nature toute différente. Si un accident de la circulation entraîne le transfert de la victime à l'hôpital, où elle subit une erreur médicale⁶³, déterminer ce qui, du fait de l'automobiliste ou de celui du médecin, est la cause du dommage final de la victime, constitue moins une explication qu'une *imputation*. De même, lorsque la victime s'est blessée en heurtant un plot en ciment situé sur un trottoir, aucune inconnue ne subsiste concernant la réalisation du dommage : il faut simplement désigner qui, de la victime ou du plot, en est la cause pour identifier celui qui doit en supporter la charge. Selon que l'on se place dans l'une ou l'autre des perspectives évoquées, explicative ou imputative⁶⁴, l'invocation de l'équivalence des conditions ou de la causalité adéquate ne revêt, en aucun cas, la même signification. En

⁶² V. Cass. 1^{re} civ. 23 septembre 2003, D. 2004 jur. p. 898, note Y.-M. Serinet et R. Mislawski, RTD civ. 2004, p. 101 obs. P. Jourdain. La sclérose en plaque a parfois été imputée à d'autres événements qu'au vaccin contre l'hépatite B. Par exemple, une Cour d'appel a admis de la rattacher à un accident de la circulation intervenu cinq mois avant l'apparition de la maladie. CA Rennes, 14 mai 2004, RCA 2005 comm. n°116 obs. Ch. Radé.

⁶³ On a vu dans la jurisprudence retenant un lien causal entre le fait de l'automobiliste et le dommage final l'expression d'une conception de la causalité -la théorie de l'équivalence des conditions- alors que qu'il s'agit là, bien plutôt, d'un choix relevant d'une politique de la responsabilité menée par le juge, indépendante de la définition proprement dite de la causalité. V. *infra* n°598. A propos d'un accident thérapeutique : Cass. 2^e civ. 27 janvier 2000, JCP G 2000, I, chron. 247, n°7, obs. G. Viney ; JCP G II, 10363, note Ph. Conte, RCA 2000 comm. n°109 ; RTD civ. 2000, p. 335, obs. P. Jourdain. A propos d'une contamination transfusionnelle : Cass. 1^{re} civ. 17 février 1993, JCP G 1994, II, 22226 ; note M.-A. Dorsner-Dolivet, RTD civ. 1993, p. 589 obs. P. Jourdain. Cass. 1^{re} civ. 4 décembre 2001, Bull. civ. I n°310, RCA 2002 comm. n°126 obs. H. Groutel.

⁶⁴ Comp. N. Dejean de la Bâtie : « En certains cas, il s'agit de savoir si le fait imputé à un personne a joué un rôle dans la réalisation du dommage. En d'autres cas, il est constant que le fait invoqué a été l'occasion du dommage, a rendu celui-ci possible ; mais on se demande pourtant s'il mérite bien le nom de cause, l'origine du mal paraissant résider ailleurs », Aubry et Rau, *Traité de droit civil français*, tome VI-2, par N. Dejean de la Bâtie, 8^e éd. 1989, Librairies techniques, §444 ter, n°69. Pour M. Brun, ces deux aspects déterminent la distinction à effectuer entre causalité matérielle et causalité juridique : « la première suppose seulement le constat de ce qu'un fait a concouru, parmi d'autres facteurs, à produire tel effet. La seconde (...) implique au contraire qu'on porte une appréciation sur le rôle qu'a joué le fait considéré dans le processus qui a conduit au dommage », P. Brun, *op. cit.*, n°276. Sur la distinction entre causalité matérielle et causalité juridique, v. *infra* n°501 et s.

réalité, ces deux optiques appellent des raisonnements et des arguments distincts.

Par ailleurs, à supposer même que l'on se cantonne à une stricte logique d'explication de la survenance du dommage, des distinctions s'imposent quant aux *types de faits* dont il faut identifier la cause. Déterminer la cause d'un *comportement humain*, tel le tabagisme chronique de M. Gurlain, attribué par ses proches à une information défectueuse⁶⁵, entraîne une démarche différente de l'identification de la cause d'un fait matériel, tel un incendie. Les événements physiques ou matériels qu'il faut causalement expliquer supposent de distinguer selon qu'ils se présentent comme les *termes* d'une *loi de la nature* ou de manière parfaitement *singulière*⁶⁶. S'interroger sur l'aptitude de l'hépatite B à provoquer la sclérose en plaque implique directement une loi scientifique générale, alors que la recherche des cause d'un incendie, qui peut, certes, mobiliser un savoir scientifique, s'opère de manière singulière, à propos de *tel* incendie, survenu *tel* jour, dans *tel* lieu. Au total, l'absence de distinction entre la *nature* des questions posées, qui conduit à mobiliser sans discernement les théories précitées pour expliquer les décisions ou proposer des solutions, nuit à la lisibilité du droit positif.

Enfin, nous constaterons que la causalité adéquate et l'équivalence des conditions, qui semblent s'opposer sur le principe, se rejoignent largement dans leur logique et leur mise en œuvre. L'équivalence des conditions, qui consacre le critère de la condition *sine qua non*, conduit à mener un raisonnement *contrefactuel* visant à se représenter ce qui se serait produit en l'absence du fait considéré. Or s'imaginer le cours des choses dans une telle hypothèse conduit inévitablement à s'interroger sur ce qu'aurait été le cours *probable* des événements, ce qui renvoie précisément au raisonnement probabiliste propre à la causalité adéquate. Dans les deux théories, nous le verrons, la place du raisonnement contrefactuel et le rôle des probabilités sont essentiels. Le montrer supposera d'en reprendre la logique.

7. Modalités de l'étude. La question est la suivante : à quelles conditions « tel fait positif ou telle abstention (de nature à engager la responsabilité) peuvent-ils être considérés comme ayant matériellement causé tel dommage ? »⁶⁷. Le caractère matériel du processus

⁶⁵ V. *infra* n°582 et s.

⁶⁶ V. *infra* n°548 et s.

⁶⁷ G. Marty, « La relation de cause à effet.. », art. préc.

envisagé exclut, en principe, la prise en compte de l'*état d'esprit* de l'agent⁶⁸. A cet égard, la causalité se distingue de l'*imputabilité*, qui désigne, avant tout, la capacité de l'agent à répondre de ses actes, dans la mesure où il est apte à se représenter la réalité et les conséquences de son action. Il est fâcheux, d'ailleurs, que le langage juridique courant utilise, parfois, le terme d'« imputabilité » pour désigner un simple lien causal⁶⁹. Il convient, en outre, de distinguer la question posée du problème de la cause d'un acte juridique, à commencer par la *cause du contrat*. Cette dernière notion implique surtout l'idée de cause *finale* : s'interroger sur la cause d'un acte juridique, acte non seulement humain, mais volontaire et abstrait, est une démarche conceptuellement distincte de l'origine causal d'un événement concret. C'est ainsi que la notion de cause du contrat, liée à son objet, a pris en droit civil une dimension proprement juridique et technique⁷⁰. La cause du droit de la responsabilité est, au contraire, *efficiente*, elle est ce qui génère, produit, engendre un effet matériel dans le monde⁷¹.

Ces précisions faites, reste à identifier les pistes pouvant conduire à des éléments de solution. Un premier mouvement serait de se tourner vers la pensée du législateur. Certaines normes juridiques faisant de la causalité une condition de leur application, il est logique de se reporter à celui qui les a posées⁷². Louable en soi, une telle démarche se révèle, toutefois, illusoire : employant le sens ordinaire de la notion, les rédacteurs du Code avaient une conception peu élaborée de la causalité⁷³. Une autre option, plus féconde, consiste à tenir compte de la *double nature*, explicative et attributive, de la notion de causalité dans la responsabilité. Comme nous l'avons dit, expliquer, *rendre intelligible*, une

⁶⁸ La chose est logique dès lors qu'on distingue causalité et rétribution. Cet aspect, critiqué par Ripert, étonne également les Anglais Hart et Honoré, pour qui le caractère intentionnel ou accidentel d'une conduite est d'une aide certaine pour l'identification du lien de causalité. Hart et Honoré, *op. cit.* p. 435.

⁶⁹ On parle ainsi d'« imputabilité » d'un dommage à un accident de la circulation ou à un accident du travail.

⁷⁰ V. Henri Capitant, *La cause dans les obligations*, Dalloz, 1923. Judith Rochfeld, *Cause et type de contrat*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1999.

⁷¹ Ce n'est pas un hasard si Jacques Flour voyait un pléonasme dans l'expression « cause génératrice ». J. Flour, note sous Cass. civ. 19 et 21 février 1941, D. C. 1942.

⁷² Telle fut la démarche suivie par le positiviste allemand Adolf Reinach lorsqu'il se pencha, en 1905, sur la question de la cause en droit pénal. L'auteur se livra ainsi à une analyse de la psychologie du législateur. V. Adolf Reinach, « Sur le concept de cause dans le droit pénal en vigueur », trad. Julien Cantegreil, APD, à paraître.

⁷³ « La place que tient dans le Code la représentation de la nature et des choses matérielles est extrêmement réduite ; et elle est empruntée presque entièrement aux conceptions courantes ». Jean Ray, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, F. Alcan, 1926, pp. 119-120.

conséquence d'événement grâce à la causalité revient à répondre à la question du « pourquoi ? ». L'explication permet à l'esprit de *comprendre* ce qui s'est passé en restituant l'enchaînement des faits et les liens qui les unissent. Cette démarche fondamentale est conceptuellement distincte de celle consistant à désigner la cause portant la *responsabilité* du dommage, qui constitue une opération d'*imputation*, supposant, pour être effectuée, que les événements aient *déjà* été expliqués. A cet égard, explication et imputation constituent deux étapes *successives* du jugement de causalité dans la responsabilité. La distinction en recoupe une autre, bien connue des juristes. Relatant les faits passés, en effet, l'explication causale implique un jugement d'existence, une simple *question de fait*. Tel est le cas lorsqu'on affirme, par exemple, qu'une contamination par le virus de l'hépatite C a été causée par des transfusions sanguines⁷⁴. En revanche, lorsqu'il faut incriminer la présence d'un plot sur un trottoir⁷⁵ se profile, sous-jacent au jugement de causalité, un jugement d'*illicéité*, donc une véritable *question de droit* : attribuer une responsabilité, dans une telle hypothèse, revient inévitablement à dire que le plot n'aurait *pas dû* être là.

La double nature, explicative et imputative, de la causalité fut mise en évidence par H. L. A. Hart dans un article célèbre⁷⁶. En effet, disait Hart, les expressions juridiques courantes, fussent-elles purement descriptives, peuvent remplir des fonctions juridiques n'ayant rien à voir avec la simple description de faits extérieurs. Des conséquences juridiques sont directement attachées à leur énonciation. La proposition « Smith a tué Jones », utilisée dans le discours juridique, ne constitue pas une simple description mais l'imputation à Smith de la responsabilité de la mort de Jones. Le jugement de causalité opère, ainsi, une « *ascription* »⁷⁷, une attribution. Autrement dit, l'affirmation « X a causé Y » recouvre deux types de significations : d'un côté, elle énonce un fait neutre (« X a causé Y »). De l'autre,

⁷⁴ V. par ex. Cass. 1^{re} civ. 4 mars 2003, RCA 2003 comm. n°176. Si l'affirmation peut être délicate lorsqu'on ne connaît pas l'intégralité des faits, elle est évidente dès lors qu'il est acquis qu'un des lots transfusés était vicié.

⁷⁵ V. *supra* n°1

⁷⁶ H. L. A. Hart, « *The Ascription of Responsibility and Rights* », *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1948-1949, p. 171. V. Paul Amssek (dir.) *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, PUF, 1^{ère} éd. 1986.

⁷⁷ Terme emprunté à un philosophe anglais, Strawson, pour désigner « l'opération prédicative d'un genre unique consistant à attribuer une action à quelqu'un », P. Ricoeur, « Le concept de responsabilité », art. préc. spéc. p. 36 et note 8. V. P. F. Strawson, *Individuals, An Essay in Descriptive Metaphysics*, Routledge, London, 1959.

elle attribue une responsabilité (« X est responsable de Y »)⁷⁸. D'un point de vue juridique, cet aspect s'explique. L'opération de *qualification* consiste, en effet, à la fois à *désigner une réalité* préexistante et à attribuer un certain *régime juridique* à ladite réalité⁷⁹. Cette qualité concerne tous les concepts juridiques, mais elle est particulièrement au cœur de la notion de cause, originairement synonyme de l'idée d'être responsable : le terme grec de cause, *aitia*, désignait d'abord l'accusation, ce que l'on reprochait à quelqu'un d'avoir fait, de sorte qu'il était responsable du résultat survenu. L'adjectif *aitios* avait pour sens primitif « coupable, responsable, portant le blâme », avant de désigner progressivement la raison expliquant pourquoi les choses sont ce qu'elles sont⁸⁰.

Si explication et imputation paraissent entremêlée dans le jugement de causalité, il est souhaitable de les distinguer pour pouvoir analyser convenablement la notion de causalité, telle qu'elle se présente dans la responsabilité. D'un côté, l'explication causale *décrit*, en les rendant intelligibles, les événements passés et répond à la question du « pourquoi ? ». D'un autre côté, l'imputation causale *désigne le responsable* des événements passés, en déterminant ce qui fera l'objet de la réparation. Ces deux aspects doivent guider l'étude.

8. Dans son versant *descriptif*, la causalité est une relation aux deux sens du terme : elle relate, et elle relie (un effet à une cause). L'*explication* que constitue le rapport causal est moins un événement ou un phénomène qu'une *relation intellectuelle* : donnant une raison, la causalité satisfait l'esprit qui s'interroge. A cet égard, malgré son caractère abstrait, l'explication causale doit exprimer *ce qui est* en se révélant, autant que possible, fidèle aux faits. Pour cette raison, le juriste est inéluctablement conduit à vouloir, dans un souci de vérité, garantir l'authenticité du jugement de causalité en se référant aux conceptions logiques et scientifiques⁸¹. En tant qu'explication, la causalité n'est, en effet, pas différente *dans* le droit et *à l'extérieur* du droit. De ce point de vue, l'analyse *logique* de

⁷⁸ Dans l'esprit de Hart, tous les concepts juridiques étaient, par nature, « ascriptifs » (attributifs). Pour cette raison, il les croyait « *defeasible* » (contestables) au sens où l'on peut leur opposer des contre-arguments (« je ne suis pas responsable ») ce qui serait impossible pour les concepts purement descriptifs dès lors que les faits sont avérés. V. Christophe Grzegorzcyk, « L'impact de la théorie des actes de langage dans le monde juridique : essai de bilan », in *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, dir. Paul Amselek, 1^{ère} éd. 1986, p. 165.

⁷⁹ Sur la qualification v. *infra* n°500 et s.

⁸⁰ V. Michael Frede, « Les origines de la notion de cause », *Revue de Métaphysique et de Morale*, 1989, p. 483, spéc. p. 488.

⁸¹ V. *infra* n° 45 et s.

la causalité renvoie aux théories connues de la causalité adéquate⁸² et de l'équivalence des conditions⁸³. D'un côté, en effet, l'assimilation de la causalité à des liaisons générales régulières – aujourd'hui non plus déterministes mais probabilistes- conduit le droit à intégrer la logique du *probable* en matière causale, comme le fait la causalité adéquate. D'un autre côté, définir la cause comme la condition sans laquelle l'effet n'aurait pu survenir met en évidence un raisonnement *contrefactuel*. Ce dernier est présent dans tout le droit de la responsabilité : déclarer une responsabilité, c'est, en effet, dire que les choses auraient *pu* et *dû* se passer autrement. Si évoquer ces approches apporte un nouvel éclairage aux théories que nous connaissons, on peut, toutefois, rêver d'une conception plus accessible. Telle fut la démarche de deux auteurs anglais, H. L. A. Hart et Tony Honoré, qui ont proposé, dans leur célèbre ouvrage *Causation in the Law*, une définition de la causalité juridique élaborée à partir de l'*usage courant* de la notion dans le langage quotidien⁸⁴. La notion *ordinaire* de causalité, estiment-ils, permet, à elle seule, de résoudre la totalité des problèmes qui se posent dans le droit de la responsabilité. Mais une telle tentative ne peut suffire, en elle-même, à produire une définition praticable de la causalité dans le droit de la responsabilité. Il faut, en outre, tenir compte de l'autre aspect du jugement de causalité : l'imputation.

9. Dans son versant *attributif*, le jugement de causalité consiste à *imputer* une responsabilité. A cet égard, la causalité constitue une véritable question de droit. De fait, intégrée dans une norme juridique, donnant lieu à une qualification contrôlée par le juge de cassation, la causalité est une notion juridique à part entière⁸⁵. En tant qu'imputation, la causalité relève donc d'un mode de définition *propre au droit*. C'est par l'étude de ses *fonctions* techniques dans le droit de la responsabilité qu'il convient donc de l'aborder comme technique d'imputation⁸⁶. L'opération d'imputation a vocation à se superposer à

⁸² V. *infra* n°80 et s.

⁸³ V. *infra* n°137 et s.

⁸⁴ V. *infra* n°238 et s.

⁸⁵ En cela la causalité constitue une notion dérivée, selon la terminologie de Motulsky, qui opposait les notions « originaires », qui sont juridiques « de par leur naissance même » aux notions « dérivées », qui, n'ayant pas par elles-mêmes ce caractère, « l'acquièrent parce qu'à un moment donné, le Droit s'en est emparé. » Henri Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)*, préf. Paul Roubier, rééd. Dalloz, 1991, n°61 et note 1. V. *infra* n°517 et s.

⁸⁶Ce qui permet de compléter l'analyse précédente de la notion, tout en gardant à l'esprit que l'analyse fonctionnelle constitue surtout « un instrument qui permet de reconsidérer d'un œil neuf les définitions

l'explication préalablement établie : la définition *juridique* de la causalité, élaborée en référence au droit de la responsabilité et à sa logique, constitue donc un *complément* de la définition factuelle, explicative, de la causalité antérieurement envisagée. Une question délicate se pose toutefois : pourrait-on consacrer, au nom de la « *causalité juridique* » et de la politique de la responsabilité, des qualifications peu conformes à la réalité des faits et aux explications causales habituellement, voire scientifiquement, reconnues ? Deux courants de pensée, qui ne sont pas sans liens, peuvent alimenter le débat. Une position, d'une part, d'inspiration positiviste et normativiste, largement partagée en France, qui promeut une vision abstraite du droit considéré comme un ensemble de normes désincarnées, irréductiblement dissociées du monde physique. Dans cette optique, la causalité juridique constitue une notion technique, n'exprimant rien d'autre que la volonté normative du droit, sans aucune référence à la nature des choses. Un courant, d'autre part, d'inspiration sceptique qui, en contestant à la fois la possibilité d'une connaissance objective de la réalité et celle d'une objectivité des qualifications juridiques, voit dans la condition de causalité un outil manipulé en fonction de considérations d'opportunité, de politique jurisprudentielle, voire d'opinions arbitraires du juge. Les deux optiques conduisent à admettre que la qualification du lien de causalité n'a pas besoin de répondre à l'objectif d'explication des faits objets du litige, mais reflète *seulement* la logique imputative de la responsabilité juridique. Autrement dit, la causalité juridique pourrait se détacher des représentations habituelles pour se révéler purement fictive. Jusqu'à quel point ? La question est redoutable. Après l'avoir évoquée et tenté d'y répondre, nous nous efforcerons, grâce aux différentes optiques étudiées, d'élaborer, sinon une définition proprement dite, du moins une *méthodologie* de la question causale dans la responsabilité civile.

10. Nous aborderons donc successivement la causalité comme principe d'explication (première partie) puis comme principe d'imputation (seconde partie).

traditionnelles », Stéphane Rials, *Le juge administratif et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, Paris, LGDJ, 1980, n°52. La méthode de définition fonctionnelle était recommandée par le Doyen Vedel en présence de notions complexes. Georges Vedel, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein », JCP 1948, I, 682. V. également P. Visser't Hooft, « La philosophie du langage ordinaire et le droit », *APD*, 1972, p. 282.

PREMIERE PARTIE

LA CAUSALITE, PRINCIPE D'EXPLICATION

11. **Le lien causal comme explication.** Expliquer une réalité, quelle qu'elle soit, revient d'abord à donner à l'esprit ce qui justifie son existence. L'explication, dit le Robert, est ce qui rend compte de quelque chose, sa raison, ce qui permet de la faire comprendre. Notre raison éprouve le besoin d'expliquer l'apparition d'une chose en en donnant la cause, c'est-à-dire ce qui fait qu'elle est apparue, et qu'elle est apparue ainsi, pas autrement. La causalité, en tant qu'explication, sert à rendre intelligible une histoire : « La cause, c'est ce qui produit effectivement ce dont il est la cause, comme la blessure est la cause de la mort, la mauvaise digestion de la maladie, le feu de la chaleur »⁸⁷. Si le latin *causa* désignait l'affaire judiciaire, il signifiait aussi que tout ce qui naît est produit par un enchaînement naturel. Les deux sens n'étaient pas sans lien : l'instruction d'une cause se fonde sur l'explicitation d'une connexion naturelle entre les choses⁸⁸. L'esprit humain croit que rien n'arrive sans cause : le « principe de causalité » signifie que la relation causale est universelle et que « les mêmes causes produisent les mêmes effets ».

C'est en ce sens de cause explicative et génératrice que la causalité est intégrée dans les textes relatifs à la responsabilité. A cet égard, la recherche causale constitue une analyse, un décryptage : n'ajoutant rien aux faits observés, elle permet de les rendre compréhensibles. En ce sens, la causalité est elle-même assimilable à un fait, bien que ne constituant pas une réalité palpable, directement observable. Le jugement de causalité n'est qu'une autre manière de décrire la réalité, en y ajoutant le connectif « parce que ». Il est, de ce point de

⁸⁷ Cicéron, *De fato*, XV, 34, cité par Daniel Andler, Anne Fagot-Largeault, Bertrand Saint-Sernin, *Philosophie des sciences*, vol. II, Gallimard, coll. Folio essais, 2002, p. 826. V. égal. M. Frede, « Les origines de la notion de cause », art. préc.

⁸⁸ D. Andler, A. Fagot-Largeault, B. Saint-Sernin, *op. cit.* p. 825 et s.

vue, un *jugement d'existence*, objectif et neutre. « L'analyse causale ne délivre jamais de jugement de valeur et un jugement de valeur n'est absolument pas une explication causale »⁸⁹.

12. La causalité, jugement d'existence. Au sein de la règle juridique de responsabilité, la causalité apparaît comme un fait conditionnel⁹⁰ : sa constatation objective entraîne la réalisation de la norme⁹¹. Mais cette observation objective, bien qu'idéalement souhaitable, est, en l'occurrence, difficile à atteindre. La causalité, notion abstraite, intégrée dans la norme en son sens ordinaire de causalité efficiente, est employée pour désigner des réalités variables. Elle comporte une grande part d'imprécision. Elle n'est jamais observable directement. Que peut faire le juriste soucieux de fonder l'attribution d'une responsabilité sur un jugement de causalité objectif et valide ? Deux pistes semblent s'ouvrir.

Une première option consiste à vouloir atteindre la vérité en tentant de calquer l'interprétation juridique de la causalité sur les conceptions en vigueur dans la pensée scientifique. Non pas que le juge puisse appréhender les faits à la manière du savant. Mais il peut s'inspirer de la science pour établir au mieux les jugements d'existence sur lesquels il fonde sa décision. C'est ainsi que les juristes allemands ont, dès le XIX^e siècle, cherché à élaborer des théories de la causalité dans le cadre de la responsabilité pénale⁹². Leurs théories, systématiques et abstraites, revendiquaient explicitement un caractère scientifique et logique⁹³. La démarche des auteurs allemands est représentative d'une époque et d'une culture juridique marquées par le positivisme scientifique : on tenta, au même moment, de

⁸⁹ M. Weber, « Possibilité objective et causalité adéquate en histoire », in *Etudes critiques pour servir à la logique des sciences de la « culture »*, *Essais sur la théorie de la science*, trad. Julien Freund, Pocket, Agora, 1992, p. 269 et s. spéc. pp. 217-218.

⁹⁰ La causalité s'analyse plutôt comme un fait, un phénomène, par opposition à une chose, soit une réalité envisagée à l'état statique. Ce caractère explique pourquoi l'idée de « fait de la chose » de l'article 1384 al. 1 C. civ. est difficile à appréhender. V. *infra* n°365.

⁹¹ V. sur ce sujet Otto Pfersmann, « Fait », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy PUF, Quadrige, 2003, p. 697.

⁹² Le premier auteur allemand à avoir voulu construire une théorie scientifique de la causalité juridique fut Stübel, qui écrivait au début du XIX^e siècle.

⁹³ Au sens où les auteurs allemands estimaient traduire la causalité *en soi* dans une théorie pouvant à la fois être utilisable en droit et refléter au mieux la réalité du monde. Ils s'en trouvaient toutefois certains, tels Radbruch ou Tarnowski, pour refuser ce rapprochement avec la pensée scientifique.

calquer la nature juridique de l'électricité sur sa nature physique⁹⁴. Si on leur a parfois reproché de transposer en droit des théories philosophiques complexes, les analyses allemandes purent servir de base de réflexion aux juristes français : causalité adéquate et équivalence des conditions constituent, aujourd'hui, les théories classiques de la matière. Cependant, elles n'ont pas permis d'aboutir à un critère unique de la causalité dans le droit de la responsabilité.

Une seconde option est, toutefois, disponible, qui refuse la complexité de l'épistémologie scientifique, pour privilégier une compréhension courante, ordinaire des notions juridiques. Dans cette optique, le juge ne doit pas, dans sa prise en compte de la réalité, aller au-delà des représentations de l'homme de la rue. L'objectivité scientifique –quelle qu'en soit la définition- ne serait ni disponible ni souhaitable dans le contexte du droit, qui est d'abord l'affaire des hommes. Ce souhait de réintégrer l'interprétation juridique dans les usages du langage ordinaire ne revient pas à refuser toute objectivité au jugement de causalité. Mais il s'agit là d'une objectivité non scientifique, découlant de l'accord que susciterait la « bonne réponse » chez toute personne normalement douée de bon sens. Les deux auteurs anglais Hart et Honoré, influencés par le « tournant linguistique » et la philosophie analytique de langue anglaise, ont, ainsi, voulu fonder l'interprétation de la causalité en droit sur les usages courants du terme « cause ». La tentative supposait une analyse approfondie du langage ordinaire qui est opérée dans *Causation in the Law*⁹⁵, dans l'objectif de démontrer que les représentations ordinaires sont, précisément, celles auxquelles recourt le juge anglais.

Nous envisagerons d'abord les théories de la causalité largement inspirées des conceptions logiques et scientifiques (Titre 1), puis la théorie se référant à la causalité ordinaire (Titre 2). Avant d'envisager l'un et l'autre, nous ferons brièvement le point sur les origines de la notion de causalité (Chapitre Préliminaire).

⁹⁴ Un auteur français s'interrogea ainsi sur l'opportunité d'introduire les théories scientifiques allemandes relatives à la nature juridique de l'électricité. Eustache Pilon, « Le problème juridique de l'électricité », RTD civ 1904 p. 5.

⁹⁵ H. L. A. Hart et Tony Honoré, *Causation in the law*, Clarendon Press, Oxford, 1st ed. 1959, 2nd ed. 1985.

CHAPITRE PRELIMINAIRE

LES ORIGINES DE LA NOTION DE CAUSALITE

13. Le drame. Le 15 avril 1912, à 2h20 du matin, sombrait, corps et biens, à l'exception de 700 rescapés, le paquebot *Titanic* qui transportait, pour sa première croisière transatlantique, 2200 personnes à son bord⁹⁶. Quelles furent donc les causes du naufrage⁹⁷ ? La présence inhabituelle d'un iceberg sur la route du navire⁹⁸ ? Le choix du trajet suivi par le paquebot, motivé par des raisons commerciales malgré la forte probabilité de glaces ? La légèreté du directeur de la compagnie maritime, intervenu auprès du commandant pour obtenir le renforcement de la vitesse du navire (21,5 nœuds lors du choc) ? La négligence de l'opérateur de TSF qui omit de transmettre au commandant un télégramme précisant la position de l'iceberg⁹⁹ ? Celle du commandant, qui s'abstint de réunir ses officiers de quart en fin de journée afin de faire le point sur la situation générale ? L'absence de fourniture de jumelles aux veilleurs qui, installés à 30 m de haut, dans la hune du grand mât, les avaient réclamées et n'aperçurent l'iceberg qu'au dernier moment ? La réaction de l'officier de quart qui ordonna, peu avant le choc, de virer à bâbord, provoquant un choc latéral qui fut fatal au paquebot¹⁰⁰ ? La superficie du safran, qui, trop faible, ne permit qu'avec

96 V. Philippe Masson, *Le drame du Titanic*, Taillandier, 1998. Le naufrage donna lieu à trois enquêtes principales. Celle du Tribunal des naufrages britannique, celle du *Board of Trade*, limitée aux moyens de sécurité, et celle d'un sous-comité du Ministère du Commerce américain, sous la direction du Sénat, mandaté spécialement par le gouvernement américain en raison de l'émotion provoquée par le naufrage.

97 Nous reviendrons fréquemment, tout au long de notre recherche, sur l'exemple du Titanic à titre pédagogique.

98 L'hiver 1912, d'une douceur exceptionnelle, avait permis à de grandes masses de glace de dériver vers le sud, à des latitudes anormalement basses. Le phénomène était connu des marins et des compagnies maritimes. P. Masson, *op. cit.* pp 125-126.

99 Selon un officier rescapé, cette négligence constitua une des « causes directes » du naufrage. P. Masson, *op. cit.* p. 118.

100 Si le Titanic avait heurté l'iceberg de front, le naufrage n'aurait sans doute pas eu lieu. Seuls les trois compartiments de l'avant auraient été inondés, ce qui aurait permis au paquebot de se maintenir à flot.

retardement au navire de se dérouter sur la gauche et l'empêcha d'éviter totalement l'iceberg ? La conception du paquebot, qui ne pouvait supporter plusieurs voies d'eau et ne disposait ni d'un double fond, ni d'un compartimentage suffisant pour retarder, sinon empêcher, le naufrage ? La mauvaise qualité de l'acier des joints de la coque, qui cédèrent bien trop facilement sous le choc et la pression de l'eau ?

A quoi imputer, en outre, le nombre impressionnant de victimes ? A l'insouciance de l'armateur qui, persuadé de l'insubmersibilité de cet immense paquebot, avait prévu un nombre de chaloupes correspondant au tiers des personnes embarquées ? Au manque d'expérience et d'organisation de l'équipage dans les opérations de sauvetage ? A la passivité du navire le plus proche qui ferma sa TSF¹⁰¹, ne tint pas compte des fusées de détresse émises par le Titanic et n'arriva sur les lieux que le lendemain matin ? Peut-on, enfin, tracer un lien, comme le firent alors les médias américains, entre le drame et le suicide, 17 ans plus tard, à la veille de son mariage, de l'un des rescapés, sauvé du naufrage à l'âge de 14 ans, qui ne s'était jamais remis de la catastrophe ? Ou avec celui, en 1965, de l'un des veilleurs qui avait aperçu l'iceberg à la dernière minute ? Par son ampleur, ses effets, l'enchevêtrement de ses causes, l'illusion techniciste qui l'a engendrée, la catastrophe du Titanic illustre idéalement l'accident moderne tel que nous le connaissons. Malchance, négligences, accumulation de détails... Comme pour chaque drame, les circonstances se sont incroyablement combinées pour aboutir au résultat final. Et comme pour chaque drame, on n'eut d'en cesse de déterminer les causes.

14. Pourquoi ? « La pensée causale (...) commence avec l'enquête de l'enfant ou du juge d'instruction : à qui la faute ? »¹⁰² L'enquête est ardue. L'explication causale relate une réalité mouvante, complexe, multiple. Elle doit rendre la réalité acceptable, parce qu'intelligible, en désignant ce qui l'a engendrée¹⁰³. Ce faisant, la recherche causale « vise à établir les responsabilités mais elle s'élève finalement jusqu'à la métaphysique : qui mène

Mais en mettant la barre à gauche toute, l'officier de quart ne fit qu'obéir à une procédure fixée de longue date lorsqu'un obstacle arrive droit devant. P. Masson, *op. cit.* p. 126.

101 Le SOS émis par la TSF du Titanic à 0h45 fut le premier de l'histoire de l'assistance en mer. On utilisa également le code antérieur : CQD.

102 Raymond Aron, *Introduction à la philosophie de l'histoire*, Gallimard, 1938, coll. Tel, 1986, p. 196.

103 La recherche des causes s'inscrit dans « le projet d'un savoir qui ne serait pas seulement descriptif mais qui réussirait à saisir ce par quoi le phénomène est intelligible, c'est-à-dire à le comprendre », Jean Ladrière, « La causalité dans les sciences de la nature et dans les sciences humaines », in Robert Franck (dir.), *Faut-il chercher aux causes une raison ?*, Paris, Vrin, 1994, p. 249.

le monde ? Idées ou intérêts, individus ou foules, les hommes, la fatalité ou un Dieu ? »¹⁰⁴
Si la causalité est une idée du sens commun¹⁰⁵, elle est surtout, disent les juristes, un problème philosophique¹⁰⁶. Dans la tradition aristotélicienne, l'explication causale révèle l'essence des choses, cachée derrière les phénomènes : en français, le latin *causa* a donné les deux termes de chose et de cause. L'origine du mot est toutefois juridique : *causa* vient de *cavere* qui signifiait défendre, veiller aux intérêts de quelqu'un du point de vue du droit. *Causa*, pour les latins, désignait avant tout l'affaire judiciaire : le procès, l'objet du procès, les parties en présence. Son équivalent grec, *aitia*, dérivé de l'adjectif *aitio*, avait le même sens¹⁰⁷. Le terme était, d'ailleurs, étroitement lié à la responsabilité : *aitia* servait à qualifier une personne coupable d'un méfait : « la cause porte la faute de l'effet, elle est responsable de l'effet, l'effet est imputé à la cause, de la même façon que la peine est imputée au délit »¹⁰⁸.

15. Le principe de causalité. L'idée selon laquelle tout a une cause est, pour le sens commun, évidente¹⁰⁹. *Ex nihilo nihil fit*. On ne peut concevoir l'être sans envisager

104 R. Aron, Introduction... *op. cit.* p. 196.

105 Au point qu'elle constitue « l'un des outils conceptuels les plus fondamentaux dont nous disposons pour organiser notre appréhension du monde extérieur et de nous-mêmes » Max Kistler, *Causalité et lois de la nature*, Paris, Mathesis, Vrin, 1999, p. 7. L'ouvrage de M. Kistler se donne pour mission de « reconstruire le concept de causalité de façon à ce qu'il puisse prétendre à l'objectivité tout en étant compatible avec l'image du monde fournie par la science contemporaine », *ibid.*

106 Geneviève Viney et Patrice Jourdain, *Traité de responsabilité civile, Les conditions de la responsabilité*, 2^e éd., 1998, LGDJ, n°333 et s. Il est vrai que « la liste des tentatives d'élucider la nature de ce concept et de le situer par rapport à d'autres concepts fondamentaux est presque aussi longue que l'histoire de la philosophie ». Max Kistler, *Causalité et lois de la nature*, *op. cit.* p. 7.

107 « Les Grecs ont envisagé l'action juridique au point de vue de l'accusation ou de la mise en cause (*aitia*). Les latins se sont placés au point de vue de la défense (*cavere, causa*). *Chose* en français et *cosa* en italien sont un doublet de *cause*, de même qu'en allemand *Sache* dans ce sens (*Ursache*) doit également dériver du terme juridique. Nous assistons de nos jours à une transformation analogue : *Affaire* a passé dans la langue du Palais et est arrivé à être à la fois synonyme de *cause* et de *chose*, quand le sens primitif était seulement « occupation » », Paul Tannery, V° « Cause » in André Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 1926, Quadrige, 2002, pp. 127-128. V. égal. Bertrand Hespel, « La causation aux 17^e et 18^e siècles : de la rupture d'un consensus à sa restauration », in R. Franck (dir.) *Faut-il chercher aux causes une raison ? L'explication causale dans les sciences humaines*, *op. cit.*

108 Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Charles Eisenmann, Bruylant, LGDJ, coll. La pensée juridique, 1962, réimp. 1999, p. 93.

109 Historiquement, il semble que l'homme ait, de tout temps, utilisé l'idée de cause, fût-ce de manière spontanée et non raisonnée. Le sens commun « se nourrit » de causalité. Il serait « totalement désorienté dans un monde sans causes où tout serait surprise et événement. Il admet spontanément que tout est lié selon une nécessité qui peut souffrir des exceptions mais qui a assez de fermeté et d'uniformité pour que l'on puisse se reposer sur elle », Michel Malherbe, *Qu'est-ce que la causalité ? Hume et Kant*, Vrin, coll. Pré – textes, 1994, p. 6.

logiquement la possibilité de son inexistence. « Rien n'arrive sans qu'il y ait une cause ou, du moins, une raison déterminante, c'est-à-dire quelque chose qui puisse servir à rendre raison *a priori* pourquoi cela est existant plutôt que non existant et pourquoi cela est ainsi plutôt que de toute autre façon »¹¹⁰. La cause est donc ce qui génère, ce qui engendre. C'est la substance même de l'être que la causalité dévoile en expliquant sa survenance¹¹¹. Ainsi, celui qui, prenant le Droit comme objet d'étude, souhaite en percer l'essence se tourne vers les « sources » du Droit, définies comme « ce qui l'engendre ». Mais penser la génération, suppose de concevoir, *a priori*, ce qui a été créé. De même que définir et analyser le Droit renvoie à la question de sa production, la démarche revient à prendre parti sur le critère du Droit¹¹². Tout être présuppose sa cause, de même que toute cause implique l'être qu'elle engendre. L'aporie est évidente si l'on énonce le principe de causalité de la manière tautologique qu'il prend parfois : « toute cause a nécessairement un effet » ou « tout effet a une cause ». Le principe de causalité est mieux traduit par l'idée selon laquelle tout ce qui existe a nécessairement commencé à exister un jour, et a donc, nécessairement, une cause. « Tout ce qui arrive (ou commence d'être) suppose quelque chose à quoi il succède, d'après une règle »¹¹³. Pour constituer une explication satisfaisante, la cause doit donc être extérieure à ce qu'elle explique. Cette conception implique une prise de distance avec la tradition des Anciens. Concevoir la cause, c'est envisager l'extériorité ou l'altérité agissante, tel le nourrisson qui, progressivement, perçoit le monde et le pouvoir de sa mère. Cette connaissance n'est pas gratuite : elle permet elle-même l'action. Il reste qu'ultimement, seule une transcendance, quelle qu'elle soit, semble pouvoir véritablement faire sens¹¹⁴.

110 Leibniz, *Théodicée*, §44, V° « Cause », *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit. p. 127.

111 « La connaissance de l'effet dépend de la connaissance de la cause et l'enveloppe », Spinoza, *L'éthique, Définitions I*, trad. Roland Caillois, Gallimard, Folio essais, 1954, *Axiome IV*, p. 67.

112 V° « Sources du Droit (problématique générale) », in *Dictionnaire de la culture juridique*, par P. Deumier et T. Revet, p. 1430 et s. Les auteurs relèvent logiquement que, par hypothèse, le phénomène des sources se confond avec celui du Droit. Ils évoquent également la nécessité, au moins scientifique, de distinguer les deux problématiques du Droit et de ses sources. De fait, la notion de cause, à mesure qu'elle s'est éloignée de sa dimension métaphysique, fut progressivement conçue comme nécessairement extérieure à l'effet qu'elle engendre.

113 Emmanuel Kant, *Critique de la raison pure*, trad. A. Tremesaygues et B. Pacaud, PUF, Quadrige, 1993, *Analytique transcendantale*, Livre II chap. II, *Deuxième analogie de l'expérience*, p. 182.

114 C'est pourquoi il n'est pas possible de définir le Droit sans prendre parti sur un fondement qui le dépasse. En cela, le positivisme ne peut être qu'une position efficace d'un point de vue épistémologique –

Ces différents aspects de la causalité transparaissent dès l'origine, même s'ils se sont effacés lors de l'élaboration d'une conception laïque, non métaphysique, de la causalité. Nous évoquerons d'abord les conceptions de la notion dans la tradition antique (section 1), avant d'aborder la pensée moderne (section 2).

pour l'étude de l'objet Droit- mais qui laisse ouverte la question du fondement, si indispensable, pourtant, à la compréhension du phénomène juridique.

Section 1. La causalité des Anciens

16. Dès les débuts de la philosophie, l'idée de cause se trouve associée à l'ambition majeure de la pensée : rendre intelligible l'origine, la constitution et le devenir de ce qui est. Au VII^e siècle avant J.C. les premiers philosophes –ceux qu'Aristote appelait « physiologues » (« *physiologoi* ») parce qu'ils tenaient un discours rationnel sur la nature¹¹⁵- bâtirent leurs premières théories en cherchant à expliquer les phénomènes naturels par des causes naturelles. Cette recherche des causes n'était pas purement utilitaire ; visant la connaissance ou l'action éclairée, elle s'attachait à la recherche des causes « pour elles-mêmes », avec l'espoir de saisir « le tout du monde ou de l'être, ayant pénétré le fondement rationnel de toute production d'effet »¹¹⁶. Rechercher la cause, qu'elle soit naturelle ou abstraite, supposait le refus des explications fournies par les grands récits mythologiques. Mais les penseurs grecs ne se sont pas uniquement interrogés sur l'origine et l'ordre des choses. Ils ont voulu également éclairer l'action et l'expérience humaines. Nous évoquerons successivement Aristote (1) et les Stoïciens (2).

1. Aristote

17. Aristote construit sa philosophie de la causalité à partir des réflexions de Platon, pour qui la causalité permet l'explication de la création, conçue soit comme une démarche analogue à celle de l'artiste, soit, quand il s'agit de la nature, comme une « opération divine ». Avant Platon, deux modes d'explication du monde étaient couramment donnés par les Grecs. Le premier imputait le passage du désordre à l'ordre à des causes inhérentes à l'univers. Le second y voyait, en outre, la marque d'une action extérieure et divine. Platon retint ces deux genres de causes et en opéra la synthèse : « La naissance de ce monde a eu

115 On peut citer Thalès, Anaximène, Diogène, Empédocle et Pythagore, notamment. Ces penseurs grecs, d'abord intéressés par la cause matérielle, furent à l'origine de la théorie classique des quatre éléments. C'est Empédocle qui, le premier, fit apparaître des principes ayant pour fonction d'expliquer le changement, alors qu'on se concentrait jusqu'alors sur ce qui subsistait de permanent et d'immuable sous les transformations apparentes. Léon Brunschvicg, *L'expérience humaine et la causalité physique*, PUF, 1949, n°56.

116 La philosophie « ne nie pas que qui connaît les causes puisse produire les effets et que l'utilité soit une fin de la connaissance ; mais par une suspension au moins temporaire des exigences ou des attentes de la vie commune, elle s'attache à la recherche des causes pour elles-mêmes », M. Malherbe, *op. cit.* p. 6.

lieu par le mélange des deux ordres de la nécessité et de l'intelligence »¹¹⁷; c'est-à-dire par la composition d'une causalité mécanique ou errante¹¹⁸ et d'une causalité intelligente ou divine qui insuffle au désordre primordial de l'ordre et de la beauté. Le principe de causalité prend forme pour expliquer le passage du chaos primordial au monde partiellement ordonné dans lequel nous vivons. Il faut admettre l'existence de causes inhérentes à la nature, sans finalité, « privées d'intelligence », de même qu'un principe qui ressemble à l'action intelligente des hommes, ou même à l'action d'un Dieu. Le point fondamental, pour notre étude, est que Platon posa un principe : tout ce qui naît ou existe a une cause. « Tout ce qui naît naît nécessairement par l'action d'une cause » car il est impossible que quoi que ce soit puisse naître sans cause »¹¹⁹. Ainsi définie, la causalité sert à rendre compte de deux sortes de mouvements : la « génération et la corruption »¹²⁰ (soit « ce par quoi une chose est produite ») et le déplacement des objets dans l'espace et à travers le temps.

18. Fondamentale pour Platon, la causalité le fut encore plus pour Aristote. La causalité était, dans l'esprit de ce dernier, le principe explicatif de tout ce qui se produit dans le monde : « nous ne croyons connaître rien avant d'en avoir saisi chaque fois le pourquoi ». Aristote reprit le terme d'*aïtia* ou *aïtion*, qui désignait à la fois le fait d'être responsable d'un effet et l'entité déterminant ce qu'une autre est, la faisant exister, changer, évoluer¹²¹. Parmi les causes, Aristote distingua ce qui n'est qu'un « commencement accidentel » des « commencements premiers » ou « principes (*archè*) » : la cause, c'est d'abord le commencement ou point de départ, ou terme initial, ou début¹²².

117 Platon, *Timée*, 48 a, trad. A. Rivaut, Les Belles lettres, 1985, Gallimard coll. Tel, p. 203.

118 Il faut entendre par « cause errante » le hasard.

119 Platon, *Timée*, 28 a, *op. cit.* p. 183.

120V. Platon, *Phédon*, trad. M. Dixsaut, GF Flammarion 1991, 95 e, p. 271. Si les effets contiennent plus que leurs causes, c'est qu'il y a une puissance qui les produit. La cause est le principe d'explication de la « création » ou *poiésis*.

121 Le substantif se traduit davantage par « cause » et l'adjectif par « responsable ».

122 Robert Franck, « Deux approches inattendues de la causalité : Aristote et les stoïciens » in R. Franck (dir.), *Faut-il chercher aux causes une raison ? L'explication causale dans les sciences humaines*, Paris, Vrin, 1994, p. 172.

19. La doctrine des quatre causes¹²³. Les commencements premiers sont au nombre de quatre, ce sont les quatre manières dont nous cherchons généralement à connaître les choses. En premier, la « cause matérielle » désigne moins la matière des choses que ce dont les choses sont faites et d'où elles proviennent : c'est le marbre d'une statue de marbre. Il s'agit « d'expliquer le tout par les parties qui le constituent et le composent », ce qui est aujourd'hui couramment désignée par le terme « analyse ». « On explique une chose en découvrant de quoi elle est composée, ou un événement en détaillant de quoi il est fait »¹²⁴. En deuxième, la « cause formelle » est « la forme et le modèle, c'est-à-dire la formule de l'être essentiel et les genres de celles-ci »¹²⁵. Autrement dit, ce n'est plus le marbre qui compte, mais la forme de la statue. On pourrait parler de structure¹²⁶. En troisième, le « principe final », qui conduit à expliquer les choses et les faits par leur fin, donc en expliquant à quoi elles peuvent conduire, ou à quoi elles peuvent servir. Vient, enfin, « le principe du mouvement ou du changement » (ou « cause motrice ») correspondant à l'idée d'une puissance capable d'engendrer l'effet, de provoquer un changement dans la réalité du monde. Au total, « pour métaphysique qu'elle soit, sa description est bien celle de l'expérience commune que nous avons du monde »¹²⁷.

Cependant, entre ces aspects de la causalité, Aristote observe qu'il n'y a pas une nécessaire harmonie : « l'art du charpentier ne saurait descendre dans les flûtes », note-t-il pour mettre en relief les contraintes respectives de la forme, du matériau, de l'art de le travailler, et de la fin. En outre, rien ne paraît, chez Aristote, correspondre à l'idée moderne de cause. Il explique le changement en recourant à la matière et à la forme, non en imputant ceci ou cela à « ce qui produit » ou à l' « agent ». Si l'on rapproche souvent, aujourd'hui, ce

123 V. Aristote, *Physique*, trad. P. Pellegrin, GF Flammarion, 2000, Livre II, Chap. 3, p. 128 et s. ; *Métaphysique*, trad. J. Tricot, Vrin, 2000, Livre A, 3, p. 11 et s.

124 R. Franck, « Deux approches inattendues... » art. préc. p. 175.

125 Aristote, *Physique*, 194b, *op. cit.* p. 128.

126 On pourrait aussi parler de « la chose prise en son entier, le « tout », la « synthèse » » qui doit « être saisi comme action, comme acte, et pas comme la juxtaposition de ses parties « matérielles » », les choses du monde sensible ayant une « forme en acte » qui a des qualités spécifiques qu'on ne trouve pas dans sa matière. R. Franck, « Deux approches inattendues... » art. préc. p. 175.

127 « La notion moderne de cause ne trouve d'équivalent dans aucun des quatre commencements premiers inventoriés par Aristote », R. Franck, « Deux approches inattendues... », art. préc. p. 175. *Contra* M. Malherbe, qui parle en l'occurrence de « causalité efficiente » qu'il qualifie de « causalité active », par opposition à la causalité matérielle (passive) et de « causalité externe, résidant dans une chose étrangère », par opposition à la « causalité formelle » (« inscrite dans l'être propre de l'être considéré »), *op. cit.* p. 9.

principe aristotélicien du changement de la notion moderne de cause efficiente, il s'agit là, toutefois, d'un raccourci¹²⁸. La conception aristotélicienne suggère simplement que l'analyse causale des événements et des êtres peut être conduite selon plusieurs stratégies, qui elles-mêmes correspondent aux déterminations du réel¹²⁹. « Expliquer que telle chose ou tel événement se soit produit, ce n'est pas l'imputer à une cause, mais c'est expliquer son devenir : sa génération ou sa corruption, son accroissement ou son décroissement, son altération, ou son changement local. (...) Il faut savoir de quoi est fait ou de quoi provient ou procède la chose ou l'événement qu'on veut expliquer (sa matière), et ce par quoi le devenir de la chose ou de l'événement est déterminé (sa forme, sa structure) »¹³⁰.

20. Cause et connaissance scientifique. La connaissance scientifique est, chez Aristote, fondée sur une théorie plus fondamentale de la connaissance des causes. Il n'y a d'explication (et donc de causalité), pour Aristote, que dans la nature des choses, leur ordonnancement, l'harmonie du cosmos. La théorie aristotélicienne de la « nature » oppose, dans le cosmos, le monde des astres (supralunaire), faisant apparaître des mouvements circulaires parfaits et réguliers explicables par l'arithmétique et la géométrie, et notre monde sublunaire, se présentant à nous comme celui du « devenir », de la génération et de la corruption, le « monde du changement »¹³¹. La physique a pour objet d'observer ce second monde, dans lequel ne peuvent régner régularité et nécessité : son objet essentiel est le changement. Quand, à l'époque moderne, on estimera que l'univers entier est soumis aux mêmes lois, le système aristotélicien sera définitivement abandonné. On trouvera, bien plus tard, chez l'historien Paul Veyne une théorie non scientifique de la causalité historique, propre au monde sublunaire, dans lequel règne la contingence¹³².

Dans le monde sublunaire, on peut distinguer, au sein des quatre causes, une hiérarchie. « C'est la cause finale qui prime avec la cause formelle qui lui est indissociablement liée, la cause efficiente lui est subordonnée. Cet ensemble de « causes » s'oppose à la cause matérielle qui favorise ou non leur action selon qu'elle est, ou non, appropriée aux deux

128 M. Malherbe, *op. cit.* p. 13.

129 M. Malherbe, *op. cit.* p. 15.

130 R. Franck, art. préc. p. 182.

131 Dominique Lecourt, « Principe de causalité » in *Dictionnaire d'histoire et de philosophie des sciences*, PUF, Quadrige, 2003, p. 146 et s.

132 Paul Veyne, *Comment on écrit l'histoire*, Seuil, Points Histoire, 1971, Chap. VIII « Causalité et rétrodiction », p. 194 et s.

premières. D'où cette version simplifiée de l'aristotélisme : c'est la forme qui « informe » la matière, laquelle apparaît passive –voire résistante- au regard de l'activité de la première. Tout être naturel individuel se trouve ainsi constitué d'une matière et d'une forme qui s'y actualise plus ou moins parfaitement »¹³³. On remarquera, enfin, que la *Physique* introduit, en sus de la doctrine des quatre causes, des distinctions¹³⁴ : cause générale ou particulière, cause accidentelle, cause proche ou éloignée, cause totale ou partielle, distinctions que nous retrouverons ultérieurement.

2. Les Stoïciens

21. **Trois caractéristiques de la cause stoïcienne.** C'est chez les Stoïciens que les philosophes situent l'origine de la notion moderne de cause¹³⁵. Il faut, dans la doctrine stoïcienne, distinguer trois idées principales. Celle, d'abord, selon laquelle la cause elle-même doit être distinguée de la *raison* qui en fait une cause. Celle, ensuite, selon laquelle cette raison doit présenter certains éléments, le premier étant le caractère *actif* de la chose. Enfin, l'idée que la *chose* « qui subit l'effet » peut elle aussi être rangée au rang des causes. Sur la première idée, les stoïciens distinguent, dans l'explication causale, entre, d'un côté, la chose qui est la cause d'un effet et, d'un autre côté, la raison pour laquelle cette chose est la cause de l'effet produit. Par exemple, l'arsenic est la cause d'un décès en raison de l'ingestion de cette substance mortifère par la victime. On distingue donc entre l'arsenic, qui est la chose, la cause, et la raison pour lesquelles cette chose est cause, c'est-à-dire son ingestion. Par ailleurs, la raison qui fait de la cause une cause (donc la nature du rapport causal), doit présenter un caractère d'*activité*. « Pour qu'une chose soit la cause d'un effet, (...), il ne suffit pas qu'elle soit là, il faut en outre qu'elle fasse quelque chose, qu'elle soit active ». (...) »¹³⁶ Pour reprendre l'exemple de l'arsenic, c'est l'acte d'ingérer cette substance qui est l'événement en faisant une cause.

133 D. Lecourt, « Principe de causalité », art. préc.

134 Aristote, *Physique*, *op. cit.* 195 a et b, pp. 131-133.

135 V. M. Frede, « Les origines de la notion de cause », *Revue de Métaphysique et de Morale*, n°4, 1989, p. 483.

136 « Pour produire un effet, il faut que l'objet ou telle de ses composantes ou de ses qualités soient actifs. Cette action est la raison de la relation causale, c'est en raison de l'événement que constitue cette action qu'une chose devient la cause d'un effet », R. Franck, « Deux approches inattendues... », art. préc. p. 168. Au total, les Stoïciens estiment que « les raisons inscrites dans les choses ne suffisent pas à la production de leurs effets ; il faut en outre que celles-ci fassent quelque chose, qu'elles soient actives. », *ibid.*, p. 169.

Les stoïciens admettent toutefois qu'il existe, en sus de l'action proprement dite, d'autres raisons à l'action causale. Ils reconnaissent, entre autres, « que l'effet ne surviendrait pas si la chose active, et aussi la chose sur laquelle l'effet est produit, ne possédaient pas telle matière et telle forme ». Dans l'exemple précité, il s'agit, d'une part, du principe actif de l'arsenic (qualité de la chose active) et, d'autre part, du caractère humain de la victime (sur laquelle l'effet est produit). « Mais il s'agit là plutôt de conditions nécessaires (...) ; et leur étude est vaine, de l'avis de nombreux stoïciens, parce que ces conditions nécessaires sont cachées et obscures, incertaines ou trop difficiles à imaginer »¹³⁷. Les stoïciens préfèrent donc s'en tenir aux *événements* en tant qu'explication causale¹³⁸. Mais attention, « c'est la chose (personne, objet ou qualité) qui cause l'effet et non l'événement ». L'événement explique l'effet mais « l'événement n'est pas la seule raison de l'effet produit ». Le fait que « d'autres raisons résident dans la chose causale et dans la chose sur laquelle elle agit, et qu'il soit difficile de découvrir ces raisons n'y change rien. »¹³⁹.

La dernière caractéristique de la causalité stoïcienne est l'idée que la cause principale est le plus souvent *la chose qui subit l'effet*¹⁴⁰. Selon Chrysippe « la cause antécédente n'est le plus souvent qu'une cause auxiliaire et prochaine, alors que la cause principale est la chose qui subit l'effet de l'action de la cause antécédente ». On peut ainsi distinguer « la force externe de la cause antécédente, c'est-à-dire de la personne qui donne l'impulsion, mais aussi une force du côté interne. »¹⁴¹ « Chaque fois que quelque chose fait quelque chose il y a au moins deux causes actives en jeu, qui toutes deux font quelque chose pour produire le résultat. » Et même, « à parler strictement, il faudrait dire alors que la cause antécédente ne produit pas l'effet, mais plutôt qu'elle fait se produire un effet. » (...) « Il est beaucoup plus rare, mais il peut arriver selon Chrysippe, que la cause antécédente soit la cause principale

137 R. Franck, « Deux approches inattendues... », art. préc. p. 168.

138 Ainsi, « l'événement pour les stoïciens est, sinon la cause (*aitia*), du moins l'explication (*aitia*), d'un effet ; et on pense qu'il est vain de chercher dans la nature des choses la raison pour laquelle un événement est (parfois, souvent, probablement, ou toujours...) suivi d'effets. », R. Franck, « Deux approches inattendues... », art. préc. p. 168-169.

139 Autrement dit, les stoïciens privilégient l'action, l'événement, dans l'explication causale même s'ils « ne récusent pas la démarche aristotélicienne qui consiste à rechercher dans les choses elles-mêmes les raisons de ce qui se passe dans la nature ». R. Franck, « Deux approches inattendues... », art. préc. p. 169. Les « raisons des causes » chez les stoïciens (donc l'explication causale) sont à trouver dans deux directions : la nature des choses et l'événement, l'action de la chose/cause.

140 Nous retrouvons ici, par exemple, la difficulté redoutable des prédispositions pathologiques de la victime.

141 R. Franck, art. préc. p. 170.

et détermine massivement l'effet qu'elle produit sur la chose sur laquelle elle agit ». Ainsi, « l'effet produit par la cause externe peut varier considérablement selon l'action causale de la chose sur laquelle elle agit. »¹⁴² Au total, pour un effet constaté, il faut se reporter à deux types de causes : les causes antécédentes ou causes externes, et la cause interne ou chose subissant l'effet. Cette conception de la causalité conduit ainsi à invalider la théorie selon laquelle est cause ce qui produit toujours le même effet : tout dépend de la chose subissant l'effet. Mais il ne faut pas en déduire par là que l'effet en cause est indéterminé, puisqu'on peut « en partant à la fois des causes antécédentes et des choses qui peuvent en subir les effets, déterminer un éventail d'effets possibles »¹⁴³.

En définitive, la démarche stoïcienne ressemble beaucoup à celle du juriste. La chose n'est en rien étonnante : c'est en voulant expliciter l'idée de responsabilité que les stoïciens ont conçu leur réflexion sur la causalité¹⁴⁴. La relation de causalité consiste à « imputer un effet aux causes qui l'ont produit (*aition*) et à établir la pertinence de cette imputation par des raisons (*aitia*) ». On va ainsi imputer la causalité à une chose extérieure (personne, objet, qualité), voire à la chose qui a subi l'effet, en se fondant sur des « raisons » de nature à expliquer l'effet. Mais où chercher ces raisons ? On peut songer à se contenter d'observer l'action opérée par les causes, et la démarche est alors comparable à celle qui consiste, sans plus, à soumettre une hypothèse causale au contrôle expérimental, direct ou indirect. Il est possible de recourir, en outre, aux raisons aristotéliennes (matière, forme...). Mais ces raisons n'ont alors qu'un rôle auxiliaire dans l'explication, elles contribuent seulement à établir la pertinence de l'imputation causale, l'explication résidant bien dans cette imputation. Expliquer, pour les Stoïciens, c'est « connaître les causes agissantes »¹⁴⁵. Même si ce positionnement de la question causale est fort pertinent pour le juriste, il reste difficile de se contenter « d'observer l'action opérée par les causes ».

22. Postérité de la conception stoïcienne : l'émergence de la causalité efficiente.

Jusqu'à la Renaissance, les philosophes ont conservé l'idée stoïcienne de cause agissante, tout en oubliant, peu à peu, l'importance accordée par les stoïciens à la cause interne. Sextus Empiricus, au III^e siècle, note que tous les philosophes s'accordent pour affirmer

142 R. Franck, art. préc. p. 171.

143 R. Franck, art. préc. p. 172.

¹⁴⁴ M. Frede, art. préc.

145 R. Franck, art. préc. p. 182.

qu'il y a des « causes » et pour désigner de cette façon « ce qui, en agissant, engendre l'effet ». Les seules divergences qui subsistent portent sur la nature des entités susceptibles d'entrer dans la relation unissant la « cause » et l'« effet » et sur le rapport temporel qui l'accompagne.¹⁴⁶ Ce consensus se poursuit durant tout le Moyen Age, notamment du fait de l'action conjuguée du platonisme, pour qui la cause était « ce par quoi une chose est produite » et du christianisme, qui diffuse l'idée, étrangère à la pensée antique, « d'un Dieu à la fois créateur et agissant à la manière des hommes créés à son image », offrant ainsi « un modèle, absolument conforme à la définition depuis si longtemps acceptée de ce qu'il convenait de tenir pour « cause » »¹⁴⁷.

Progressivement, toutefois, la cause, comprise originellement comme « ce qui, en agissant, engendre l'effet », devint « ce qui en agissant *sur autre chose* engendre l'effet »¹⁴⁸. Ainsi, les philosophes du Moyen Age, reprenant les suggestions d'Aristote, acceptèrent de considérer comme « causes » ce qu'il appelait « matière », « forme » et « fin », et appelèrent « cause efficiente » le quatrième type de « cause », qualifié par Aristote de « principe du mouvement ». Cela signifie que, « concevant l'acte dont une « cause » peut être responsable, de manière plus étroite que ne l'avait fait Aristote, ils choisirent de ne retenir comme quatrième type de cause que ce qui agit sur autre chose, et non simplement « ce qui agit », comme l'avait proposé celui-ci (...) »¹⁴⁹. Cause matérielle et cause formelle étaient conçues comme des causes « internes » alors que causes finales et causes efficientes étaient réputées être des causes « externes ». Insensiblement, le type de lien causal introduit par les scolastiques, la causalité « efficiente », devint le modèle de toute relation causale. De fait, « cette relation était manifestement plus simple que la plupart des relations causales puisque, à l'exception de la causation « finale » qui semblait avoir pour termes deux événements, (...) elle n'unissait que des entités, telles le feu et la main, ou le soleil et la

146 Bertrand Hespel, « La causation aux 17^e et 18^e siècles... », art. préc. p. 184.

147 B. Hespel, art. préc., p.185.

148 B. Hespel, art. préc., p. 205.

149« Ou, pour le dire autrement encore, ils refusèrent d'imaginer qu'il peut y avoir d'autre « cause » intérieure au résultat d'une action que la « cause matérielle » ou la « cause formelle », et firent de l'« agent » -comme de la « fin » d'ailleurs- une « cause » forcément extérieure ». Ainsi, dit B. Hespel, « un nouveau consensus se substitua à l'ancien. On prit l'habitude de distinguer quatre types de « causes » : la « cause matérielle » ou « ce dont une chose est faite » (...); la « cause formelle » ou « ce qui fait qu'une chose est appelée telle ou telle » (...); la « cause finale » ou « ce pourquoi est la chose » (...); et enfin la « cause efficiente » ou « ce qui proprement agit pour faire qu'une chose existe » (...) c'est-à-dire ce qui produit une chose en agissant sur autre chose. » B. Hespel, *art. préc.*, pp. 185-186.

cire, qui étaient toutes deux des substances et appartenait à une même catégorie »¹⁵⁰. De sorte que, « semblant plus simple et donc plus intelligible, la causation « efficiente » devint, progressivement, la causation par excellence, celle par analogie avec laquelle toutes les autres semblaient conçues ». La relation agent - patient qui la sous-tend finit par paraître plus fondamentale que la causation elle-même. On trouve ainsi dans les textes de Thomas d'Aquin, au XIII^e siècle, les quatre « causes » d'Aristote accompagnées de ces remarques : « En plus de la matière et de la forme, il faut donc encore un autre principe ; un principe actif, qui est la cause efficiente, autrement dit le « moteur » ou l' « agent », qui est le principe du mouvement. (...) Le principe que l'on appelle cause est seulement celui d'où procède l'état postérieur : la cause est ce qui a pour conséquence la production d'autre chose. Tandis que ce « principe » qui est seulement le point de départ à partir duquel s'opère un changement ne peut, lui, être appelé « cause », bien qu'il soit appelé « principe » »¹⁵¹.

23. Conclusion de la section. L'explication causale, qui permet de dissiper « l'étonnement que les choses soient ce qu'elles sont »¹⁵², est, dans la pensée antique, métaphysique au sens de la « science de l'être en tant qu'être » qu'évoquait Aristote¹⁵³. Permettant de dire pourquoi « il y a quelque chose plutôt que rien », elle renvoie aux causes premières, inobservables. Sous l'influence des stoïciens, a émergé progressivement la notion de cause efficiente, génératrice, celle qui agit pour engendrer l'effet. Finalement, tout en continuant à désigner comme « causes » d'une chose sa « forme », sa « matière » et sa « fin », on en est venu à dire « *qu'être cause* », *c'était -à proprement parler- agir sur autre chose pour produire un effet*¹⁵⁴ ». Dans la philosophie médiévale, tout ce qui est en mouvement est mû par autre chose : on croit à la possibilité de systèmes matériels purement

150 Les autres possédaient des termes qui, comme le marbre ou la rondeur de la boule, comme le feu et la brûlure, relevaient de catégories distinctes.

151 Thomas d'Aquin (1224-1274), *Principes de la réalité naturelle*, (III, §§13-16), v. B. Hespel, *art. préc.* p. 209.

152 Aristote, *Métaphysique*, tome 1, trad. J. Tricot, Vrin, 2000, livre A 2 983 a 13 p. 10.

153 Aristote, *Métaphysique*, tome 1, *op. cit.* livre Γ, chap. 1 p. 109. La « substance » est « pour chaque chose, la cause qui fait qu'elle existe », « qui caractérise toute chose en tant qu'elle est ce qu'elle est, en tant qu'elle est. » *ibid.* Chap. II. « Si, en vérité, écrit M. Malherbe, la philosophie a pour caractère de ne pas se contenter de la connaissance du fait, et de rechercher toujours le pourquoi du fait ou la raison des phénomènes (qui deviennent ainsi des effets), alors, en se portant vers la cause première, elle se propose de saisir l'être dans sa raison même, dans son intelligibilité propre », *op. cit.*, p. 7.

154 B. Hespel, *art. préc.* p. 186.

passifs¹⁵⁵. Ces conceptions vont perdurer. Au XVII^e siècle, chez Bossuet, on retrouve ces traits de la causalité. Bossuet souligne l'aspect explicatif de la cause, « la cause est ce qu'on répond quand on demande pourquoi une chose est » et reprend lui aussi les quatre types de causes d'Aristote. A côté de la « cause finale », de la « cause formelle » et de la « cause matérielle », est dégagée la « cause efficiente », définie comme ce qui agit pour faire qu'une chose existe. Et Bossuet d'ajouter : « ce qui, étant posé, il faut que quelque chose s'ensuive »¹⁵⁶. La régularité va devenir la caractéristique fondamentale de la causalité.

155 C'est Newton qui démontrera qu'il n'y a pas d'action sans réaction, avec l'affirmation du principe d'égalité de l'action et de la réaction (troisième axiome de Newton).

156 Jacques-Bénigne Bossuet (1627-1704), *Traité des causes*, cité par B. Hespel, art. préc. p. 211.

Section 2. La causalité des Modernes

24. L'avènement de la science moderne, dont le moment décisif fut la mathématisation de la physique, provoqua une profonde rupture dans les conceptions admises de la causalité. Contrairement aux conceptions anciennes, voire aux causalités magiques ou démiurgiques encore invoquées à la fin du Moyen Age, la causalité de la physique classique est rationnelle et mécanique : elle s'exprime sous forme de lois causales du type « si A, alors B ». L'émergence de cette causalité purement formelle ranima la question, connue et discutée depuis le Moyen Age, de savoir si la causalité est *in re*, inscrite dans la réalité extérieure à nos consciences, ou *in intellectu*, produit de la raison humaine, siégeant dans nos esprits. Dans les faits, les physiciens modernes ont exclu de la démarche scientifique toute question métaphysique, à commencer par la recherche des causes profondes qu'on ne peut soumettre au contrôle de l'expérience. L'explication scientifique moderne se concentre sur les causes phénoménales, observables : il faut « sauver les phénomènes », selon l'expression de Pierre Duhem, contre toute doctrine métaphysique. Nous aborderons d'abord l'alternative entre réalisme et idéalisme (§1), avant d'évoquer les conceptions modernes de la causalité (§2).

§1. Causalité et idéalisme philosophique

25. Que la science moderne soit autonome par rapport à la métaphysique n'exclut pas, toutefois, qu'elle cherche à proposer des explications valides. Or la causalité déterministe échoue à proposer des explications ultimes. Tel fut l'argument de Hume, pour qui la causalité ne traduit aucune qualité réelle présente dans les choses, mais n'est que l'expression de nos perceptions et notre psychologie. Au psychologisme humien (A) répondit l'analyse transcendantale de Kant (B), pour qui la causalité constitue un principe *a priori* de l'entendement humain.

A. La critique humienne

26. Les démonstrations de Hume ne sont pas compréhensibles sans référence au développement des sciences et aux hésitations de la plupart des physiciens, de Galilée à Newton, devant la notion de cause, teintée de métaphysique¹⁵⁷. Mais, tandis que ces derniers s'en tenaient à leur domaine et déclaraient seulement que le travail du savant doit se borner à étudier les *lois* plutôt que rechercher les *causes* ultimes, Hume prit position, métaphysiquement parlant, en estimant que les causes sont, en tant que telles, inconnaissables. A cet égard, Hume reprit une critique formulée avant lui par Malebranche.

27. La première mise en cause radicale de la causalité provient de Malebranche à la fin du XVIIe siècle. Certes, nous observons, note Malebranche, un parallélisme entre les lois mathématiques et les vérités d'expérience. Il ne faut pas en déduire que nous avons pour autant pénétré les causes des phénomènes. Cette cohérence entre l'ordre des déductions mathématiques et celui des observations empiriques peut être voulue et instituée par Dieu, sans exprimer pour autant une affinité ou une identité entre l'ordre de nos idées et celui des choses. Si Dieu est liberté et que ses volontés sont inscrutables pour la raison humaine, nos « causes » ne sont que des fictions forgées par notre esprit, et non les raisons réelles de ce qui existe¹⁵⁸. Reprise et radicalisée par Hume, cette objection prendra une forme constamment invoquée depuis.

28. **Définition de la cause.** Hume¹⁵⁹ commence par observer que la notion de « cause » est désespérément obscure. Le terme est utilisé dans des contextes particulièrement variés : sa signification générale est, par conséquent, vague. Pour clarifier les choses¹⁶⁰, Hume réserve le terme de cause aux circonstances suivantes : *contiguïté* de la cause et de l'effet dans le temps et dans l'espace, *antériorité* temporelle de la cause par

157 « Vouloir, comme le faisait Aristote, chercher dans l'Être même des choses la causalité, ou la placer dans la volonté du Créateur, comme on le faisait encore au XVIII^e siècle, ce qui est encore une façon de la traiter métaphysiquement, c'est se lancer dans une entreprise vaine qui est vouée à tomber sous les coups de la critique sceptique », M. Malherbe, *op. cit.* p. 35.

158 Malebranche tente la construction, en réponse à cette objection, d'une théorie dite des « causes occasionnelles » : le principe direct de tout effet serait non pas un pouvoir ou une puissance naturelle inscrite dans les choses mais la volonté de Dieu qui accorde en chaque occasion les objets entre eux, de sorte qu'un changement dans l'un soit accompagné d'un changement dans l'autre.

159 Hume, *L'entendement, Traité de la nature humaine*, Livre 1, trad. P. Baranger et P. Saltel, GF Flammarion, 1995 spéc. Troisième Partie section II et s. p. 132 et s. ; *Enquête sur l'entendement humain*, trad. A. Leroy, GF Flammarion, 1983, spéc. section IV et s. p. 85 et s. V. égal. Michel Malherbe, *La philosophie empiriste de David Hume*, Vrin, 1992 spéc. p.117 et s.

160 *Traité de la nature humaine*, *op. cit.* pp. 134-135.

rapport à l'effet. A ces deux caractéristiques s'en ajoute une troisième, essentielle : l'idée de *connexion nécessaire*¹⁶¹. Or, cette idée de nécessité nous vient de l'*expérience* d'une *conjonction constante*¹⁶². Autrement dit, le caractère *invariable* de la séquence causale constitue l'indice fondamental du rapport de causalité. Le rapport de nécessité inféré de ces caractéristiques implique que la même cause a toujours le même effet, et que le même effet a toujours la même cause. Si plusieurs causes différentes ont toutes le même effet, c'est qu'elles ont en commun une certaine qualité grâce à laquelle elles ont cet effet commun. En outre, on constate une *proportionnalité* des causes et des effets. Si un effet augmente ou diminue en fonction de l'augmentation ou de la diminution de la cause, alors il est un *effet complexe* d'une cause complexe, chacune de ses parties étant respectivement causée par une partie spécifique de la cause. Une cause qui n'a pas toujours son effet spécifique n'est qu'une cause partielle.

Seule la perception, l'expérience du monde extérieur nous permet d'identifier un rapport causal, souligne Hume. L'esprit humain tire une liaison nécessaire de la juxtaposition régulière de phénomènes, sans que cette opération intellectuelle soit, en droit, *fondée*. Les exemples donnés par Hume, celui de la boule de billard et du doigt plongé dans le feu sont clairs : nous ne percevons aucune *production* à proprement parler, mais une série d'événements successifs ou simultanés. Nous pensons avoir une *expérience* des liaisons causales, mais ce ne sont jamais que les termes de la relation qui nous sont donnés par l'expérience sensible ou par la conscience immédiate, jamais la relation causale elle-même, que nous ne pouvons ni percevoir directement, ni déduire. « A considérer les cas particuliers d'opération des corps, nous ne pouvons jamais, par l'examen le plus poussé découvrir autre chose qu'un événement succédant à un autre, sans être capables de saisir aucune force ou aucun pouvoir par lequel la cause opère ni aucune connexion entre elle et son effet supposé »¹⁶³. « Un événement suit l'autre, mais nous ne pouvons jamais observer aucun lien entre eux. Ils semblent être liés par *conjonction*, mais jamais par *connexion* »¹⁶⁴. Et « même après un cas ou une expérience à la faveur de laquelle nous avons observé qu'un

161 *ibid.* p. 136.

162 *Traité de la nature humaine*, op. cit. section VI pp. 149-150.

163 *Enquête sur l'entendement humain*, section VII, 2^e partie, op. cit. p. 141.

164 *Ibid.*

événement en suit un autre, nous ne sommes pas autorisés à former une règle générale ou à prédire ce qui se produira dans des cas semblables »¹⁶⁵.

29. L'habitude. A la racine de l'idée de cause, il y a donc, pour Hume, une *confusion* entre l'*habituel* et le *nécessaire*. Observant qu'un pierre placée au soleil est plus chaude que quand elle est à l'ombre, nous dirons que le soleil est la cause de l'échauffement de la pierre, mais nous ne pouvons que nous borner à cette observation, sans comprendre ce qui fait que la cause est ce qu'elle est. Ainsi, aucune induction à partir de l'expérience ne nous permet d'établir la *validité* du principe de causalité, qui ne peut, par ailleurs, être établi par déduction, en le déduisant logiquement d'autres propositions initiales dont la vérité et l'évidence seraient incontestables. Rien ne permet de fonder le caractère universel et nécessaire de la relation causale, et certainement pas les raisonnements mathématiques qui ne correspondent à aucune réalité empirique. Bref, « la causalité n'est rien d'objectif: elle n'est pas dans les choses, elle n'est pas dans le monde »¹⁶⁶. Même si l'on peut observer que tel effet est produit par telle cause; on ne peut saisir immédiatement en vertu de quel principe cette cause produit cet effet. « Cette connexion que nous sentons en notre esprit, cette transition coutumière de l'imagination d'un objet à celui qui l'accompagne habituellement est donc le sentiment ou l'impression d'où nous formons l'idée de pouvoir ou de connexion nécessaire. Il n'y a rien de plus en l'occurrence »¹⁶⁷. Aussi longtemps qu'on n'atteint pas la ou les causes premières, l'énigme subsiste à propos du pouvoir, de la vertu par laquelle la cause produit son effet. C'est, en tout cas, de manière exclusivement *subjective* que l'esprit voit une relation de causalité à partir de deux phénomènes régulièrement associés, au point même d'effectuer des anticipations. La causalité est « dans l'esprit »¹⁶⁸. On accusera ici Hume de « psychologisme », en ce qu'il voit dans nos inférences causales le fruit d'un mécanisme psychologique provoqué par l'*habitude*.

La thèse de Hume n'est pas si surprenante pour le juriste. Fondée ou non, la tendance de l'esprit humain à associer *habitude* et *nécessité* comporte d'importantes répercussions dans

165 *Ibid.* p. 142.

166 M. Malherbe, *op. cit.* p 26.

167 *Enquête sur l'entendement humain*, section VII, 2^e partie, *op. cit.* p. 142.

168 « Car l'esprit ne laisse pas de rapporter aux choses les liaisons qui unissent ses idées et de projeter sur le monde le principe de détermination qui est en lui ». M. Malherbe, *op. cit.* p. 34.

le domaine du droit. Quelle est la portée juridique des comportements humains habituels, fussent-ils spontanés ? se demande-t-on régulièrement. C'est, au fond, le critère du Droit qui s'y joue¹⁶⁹. Là encore, il est difficile d'expliquer pourquoi un comportement répété peut être ressenti comme nécessaire, donc obligatoire¹⁷⁰. Mais le mécanisme semble identique à celui décrit par Hume : l'habitude de la survenance de certains phénomènes, ou comportements, conduit l'esprit humain à attendre qu'ils se produisent. Les habitudes peuvent être juridiquement consacrées au titre de l'usage, ou de la coutume¹⁷¹. Plus indirectement, on considérera comme illicites les conduites qui s'écartent de la « normalité » : si le critère joue dans la qualification de la faute, nous verrons qu'il est également déterminant pour la causalité¹⁷². L'analyse de Hume explique pourquoi l'idée de « normalité »¹⁷³ se définit non seulement comme « ce qui est le plus fréquent » (sens descriptif) mais aussi, en un sens dogmatique, comme « ce qui doit être »¹⁷⁴. Là encore, la question de droit (au sens philosophique) qui préoccupait Hume n'est pas résolue : comment s'opère le passage de la *régularité* à la *nécessité* ? Peut-on inférer une légalité d'une observation empirique¹⁷⁵ ?

Au total, la critique de Hume n'aboutit pas seulement à remettre en cause définitivement toute tentative de fondement métaphysique de la causalité, qui ne saurait désormais restituer l'intelligibilité du monde. Elle conteste, en outre, la possibilité d'une connaissance humaine rationnelle, en mettant, en quelque sorte, l'imagination à la racine de nos raisonnements.

169 « Une position aussi définie sur un problème de cette portée implique une philosophie, qu'elle soit exprimée ou non », Henri Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, Paris, 1979, p. 68.

170 V. Pascale Deumier, *Le droit spontané*, préf. Jean-Michel Jacquet, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2002, not. n° 41 et s.

171 Dans l'ordre juridique, l'habitude n'est pas seulement celle du sujet de droit, il peut s'agir de l'habitude de toute entité pouvant adopter un comportement donné : l'administration, le juge...

172 V. *infra* n°293.

173 « La théorie de la causalité est le plus souvent une théorie de la normalité » car, au fond, « il faut toujours que la condition retenue apparaisse comme nécessaire, même si elle ne l'est pas exclusivement. Et cette nécessité ne peut s'apprécier que du point de vue de la normalité ». Stéphane Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, Paris, LGDJ, 1980, n°118.

174 « Équivocité fondamentale, qui n'est autre que celle de l'être et du devoir-être », S. Rials, thèse préc. n°81.

175 L'habitude elle-même ne devient-elle pas nécessité dans notre for intérieur ? Il est délicat de déterminer la mesure dans laquelle nous estimons nécessaire de répéter nos propres comportements.

Cette conséquence inacceptable¹⁷⁶ explique les tentatives postérieures de restauration logique et de validation rationnelle de la connaissance scientifique. Pourtant, l'argument humien n'a pas été vraiment dépassé. « Rien ne contraint quelque chose à arriver du fait qu'autre chose soit arrivé », déclara Wittgenstein, plusieurs siècles plus tard, « il n'est de nécessité que *logique* »¹⁷⁷. De nos jours, ceux qui s'inscrivent dans le courant empiriste, y compris les tenants du positivisme logique, partagent souvent ce scepticisme.

B. L'idéalisme kantien

30. L'idéalisme kantien répond au scepticisme de Hume, en intégrant la causalité au projet de connaissance formulé par Kant. La logique transcendantale de Kant est particulièrement délicate et compliquée. Nous n'entrerons pas dans les détails et nous bornerons à mentionner succinctement les éléments principaux de la philosophie kantienne.

31. La causalité, concept pur *a priori* de l'entendement. La causalité est, dans le système de Kant, une *catégorie*, un concept pur *a priori* de l'entendement traduisant les *conditions de possibilité* de la connaissance. Si elle ne peut être perçue dans les choses, si elle est une relation appliquée par l'esprit humain au divers des phénomènes donnés, on peut toutefois démontrer, en raison, que la causalité fonde (avec les autres catégories) la connaissance de la nature. Supposons que j'observe deux faits, qui se succèdent. Par exemple, le fait qu'une pierre devienne chaude après avoir été éclairée par le soleil. Il s'agit là d'un simple jugement de perception qui ne contient aucune nécessité. En revanche, dire que le soleil chauffe la pierre, c'est ajouter à la perception un concept d'entendement, celui de cause, qui rattache de façon nécessaire le concept de lumière du soleil à celui de chaleur. « Le concept qui implique une nécessité de l'unité synthétique ne peut être qu'un concept pur de l'entendement, qui n'est pas dans la perception et c'est, ici, le concept du rapport de la cause et de l'effet, par lequel la cause détermine l'effet dans le temps, comme sa conséquence et non pas seulement comme quelque chose qui pourrait simplement

176 « Puisqu'on ne peut fonder rationnellement les raisonnements de causalité, la connaissance scientifique elle-même, dans la conscience critique qu'elle peut avoir de ses propres opérations, est pressée d'abandonner toute exigence logique et d'admettre que la rationalité n'est ni dans les choses, ni dans l'esprit lui-même quand il connaît les choses », M. Malherbe, *op. cit.* p. 38.

177 Ludwig Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, 1922, Gallimard coll. Tel 1993, trad. G. G. Granger, 6-37 p. 108. « 6-371. Toute la vision moderne du monde repose sur l'illusion que les prétendues lois de la nature sont des explications de phénomènes de la nature ».

précéder dans l'imagination (...) Ce n'est donc que parce que nous soumettons la succession des phénomènes, et par suite, tout changement, à la loi de la causalité qu'est possible l'expérience même, c'est-à-dire la connaissance empirique des phénomènes »¹⁷⁸. Ce faisant, le jugement acquiert une validité nécessaire et universelle, par conséquent une valeur *objective* : il change une perception en *expérience*. La causalité, en tant que concept pur de l'entendement, permet de « penser la relation des phénomènes qui se succèdent dans le temps, lequel concept ne doit rien à l'expérience, mais permet l'expérience »¹⁷⁹. L'acte de connaître consiste donc non pas à imaginer mais à *juger* de la réalité du monde. Le jugement fait la synthèse du divers empirique en en pensant l'unité grâce à la causalité qui est l'un des trois concepts premiers de la relation (avec la substance et la simultanéité). En voulant « penser ce par quoi on connaît », Kant élabore une logique *transcendantale*¹⁸⁰. Ce faisant, il retourne purement et simplement le raisonnement de Hume : la nécessité propre au rapport causal n'est pas, pour Kant, abusivement déduite des données de l'expérience, mais constitue *la condition de possibilité de toute appréhension empirique de l'événement*. La causalité, en tant que condition transcendantale de possibilité de la connaissance, s'avère donc condition de possibilité de l'expérience effective du changement. Sans la causalité, il ne peut être établi de réalité objective¹⁸¹. Autrement dit, le principe de causalité « introduit dans les phénomènes une détermination universelle et nécessaire par laquelle est constituée la réalité objective », ce qui « relève de tout principe premier de l'entendement »¹⁸². Le principe de raison suffisante est au fondement de l'expérience possible. Une fois validé, le principe de causalité suppose que l'effet suit nécessairement la cause et que la cause suffit à le produire. Ce déterminisme fait apparaître un problème métaphysique essentiel : comment, dans un univers soumis au principe de causalité, les hommes peuvent-ils conduire une action libre et être responsables de leurs actes ? Comment combiner la causalité nécessaire, qui règne dans

178 E. Kant, *Critique de la raison pure*, deuxième analogie, *op. cit.* p. 183.

179 M. Malherbe, *op. cit.* p. 50.

180 « D'une façon générale, la question du rapport entre la forme du concept et le donné empirique, l'entendement et la sensibilité, est transcendantale quand on va de l'entendement à la sensibilité, mais métaphysique quand on va de la sensibilité à l'entendement », M. Malherbe, *op. cit.* p. 50.

181 « Sans cette règle de la causalité, nous n'avons que le divers des représentations ou des phénomènes qui, certes, se succèdent, mais qui ne permettent pas de distinguer un objet, puisque la succession n'étant que subjective accompagne toute espèce d'appréhension quelle qu'elle soit. », M. Malherbe, *op. cit.* p. 48.

182 M. Malherbe, *op. cit.* p. 49.

le monde naturel, et l'aptitude des hommes à produire des effets dans le monde ? En effet, il y a deux façons, pour les événements, d'arriver : « arriver par la poussée des choses, arriver par le jaillissement de la spontanéité libre »¹⁸³. L'homme dispose d'une « capacité originaire d'initiative », qui constitue le commencement d'une série d'effets dans le monde : il faut admettre une rupture entre causalité naturelle et causalité libre. L'action humaine, non causée, car libre par essence, ne relève pas de la causalité naturelle, mais de l'imputation. Le lien d'imputation, qui suppose la liberté, est à l'opposé du lien nécessaire qui caractérise la causalité naturelle. L'imputation¹⁸⁴ à l'agent de la responsabilité des effets engendrés par son acte est propre à la liberté humaine.

32. Prolongation de la logique kantienne : la science du droit de Kelsen. La distinction entre causalité et imputation fut reprise par Kelsen, dans le cadre de son projet d'élaboration d'une science « pure » du droit. La causalité correspond à un principe de description de la nature définie comme « un certain ordre de choses ou un système d'éléments qui sont unis les uns aux autres par la relation de cause à effet »¹⁸⁵. Cette causalité naturelle doit être soigneusement distinguée de l'*imputation*, propre aux actions humaines. Dans la science « pure » du droit kelsénienne, la notion d'imputation prend une connotation technique et juridique, dépourvue de toute appréciation morale. Elle désigne la « connexion établie entre une conduite humaine et la condition sous laquelle elle est prescrite ou défendue par une norme »¹⁸⁶. De même que la causalité constitue le principe des sciences de la nature, l'imputation ainsi entendue est le principe des « sciences normatives »¹⁸⁷. Cela signifie que la science du droit, qui a pour objet le droit considéré

183 P. Ricoeur, « Le concept de responsabilité, Essai d'analyse sémantique », *Esprit*, nov. 1994, p. 28 (réédité in *Le Juste 2*, éd. *Esprit*, 2001, p. 41), spéc. p. 33.

184 « Imputer », au sens courant, consiste à mettre sur le compte de quelqu'un une action blâmable, fautive. Mais le terme d'« imputation » n'a pas toujours eu cette connotation morale, généralement négative. Jusqu'au milieu du XIXe siècle, l'imputation n'était pas nécessairement liée à la faute : on pouvait imputer à quelqu'un une chose louable, favorable. « Imputer une action à quelqu'un, c'est la lui attribuer comme à son véritable auteur, la mettre, pour ainsi parler, sur son compte et l'en rendre responsable » dit le dictionnaire de Trévoux en 1771. V. P. Ricoeur, « Le concept de responsabilité », art. préc. p. 30.

185 H. Kelsen, *Théorie pure...*, *op. cit.* p. 84.

186 H. Kelsen, *Théorie pure...op. cit.* p. 127.

187 « En posant que le droit est norme, ou, plus exactement, système de normes, ordre normatif, et en limitant la science du droit à la connaissance et description de normes juridiques et des relations fondées par ces normes entre des faits qu'elles règlent, on trace la frontière qui sépare le droit de la nature, et la science du droit, en tant que science normative, de toutes les autres sciences qui visent à la connaissance de relations causales entre processus réels, ou, de fait. Ainsi, et ainsi seulement obtient-on un critérium

« pour ainsi dire du dehors »¹⁸⁸ -donc la société prise comme « ordre normatif de conduite humaine »¹⁸⁹ - décrit son objet grâce à l'idée d'imputation.

Certes, l'imputation constitue, elle aussi, un « jugement hypothétique où une certaine condition est liée, ou rattachée, à une certaine conséquence »¹⁹⁰. Mais, là où la causalité dit « si A est, B est (ou sera) », l'imputation déclare que « si A est, B doit être (*soll sein*) »¹⁹¹. En cela, l'imputation constitue une « connexion fonctionnelle » qui relie deux faits de nature normative : le comportement illicite, d'une part, la sanction, de l'autre. A la différence du rapport causal, la relation entre condition et conséquence est ici établie par une norme posée par l'homme¹⁹². Les « propositions juridiques » auxquelles elle s'intègre ne peuvent être que « des propositions affirmant un devoir-être »¹⁹³. Parallèlement, Kelsen n'exclut pas l'éventuel caractère scientifique des disciplines consacrées aux actions humaines. Les « sciences de la société » (psychologie, ethnologie, histoire, sociologie) peuvent recourir au principe de causalité, car les comportements humains correspondent, eux aussi, à une « réalité naturelle ». Mais tel n'est pas l'objet de la science du droit.

Il ne faut pas se méprendre sur le sens de l'évacuation du principe de causalité par la science kelsénienne du droit. Certes, la théorie kelsénienne remplace par l'imputation le principe de causalité propre aux « sciences non normatives »¹⁹⁴. L'erreur serait de confondre les principes du *projet scientifique* que constitue la théorie de Kelsen avec le

sûr permettant de séparer sans équivoque société et nature, sciences sociales et sciences de la nature.» H. Kelsen, *Théorie pure...*, p. 83.

188 « A la science du droit, il appartient de connaître le droit –pour ainsi dire du dehors-, et, sur la base de cette connaissance, de le décrire ou analyser. », *Théorie pure...* p. 79.

189 H. Kelsen, *Théorie pure...* p. 84.

190 H. Kelsen, *Théorie pure...* p. 100.

191 Le mot *doit* a ici un sens purement logique. Il est dépourvu de toute signification morale ou juridique, l'imputation étant une catégorie logique et non une notion morale ou juridique.

192 Ainsi, insiste Kelsen, la question de l'imputation ne consiste pas « à déterminer qui est l'auteur de l'acte, ceci est une question de fait purement et simplement ; la question morale ou juridique de l'imputation est : qui doit répondre de la conduite en question ? Et cette question signifie : qui est-ce qui doit être récompensé pour cette conduite, qui est-ce qui doit subir une expiation, qui est-ce qui doit être puni ? » H. Kelsen, *Théorie pure...* p. 98.

193 H. Kelsen, *Théorie pure...* p. 88.

194 « Le devoir - être, avec la catégorie d'imputation, détermine non seulement le propre du droit mais encore sert de fondement à l'idée même d'une théorie pure du droit, c'est-à-dire répond au souci de faire du droit une science systématique, spécifique et autonome par rapport aux autres sciences. », Lukas Sosoë, « La distinction de l'être et du devoir - être dans la théorie pure du droit », in *La philosophie du droit de Hans Kelsen*, Cahiers de philosophie politique et juridique de l'université de Caen, n°9, 1986, p. 68.

contenu des normes qu'une telle science se donne pour objet d'étudier¹⁹⁵. Philosophiquement parlant, principe d'imputation et principe de causalité, ont, l'un comme l'autre, un caractère *logique* et *transcendantal*¹⁹⁶ : ils constituent les conditions d'une connaissance scientifique. Le principe d'imputation de Kelsen vise d'abord à « la description d'un ordre normatif de la conduite réciproque d'êtres humains »¹⁹⁷. Cette ambition scientifique n'exclut pas que la notion de causalité puisse être intégrée à une norme du système juridique dont elle est une condition d'application. De ce point de vue, la causalité constitue un élément fondamental de l'imputation (juridique) d'une responsabilité, puisque l'attribution conduit à la rétribution. Kelsen lui-même soulignait le lien étroit unissant la causalité au principe de rétribution¹⁹⁸. La causalité, permettant l'imputation, est à la racine même de la responsabilité.

33. Conclusion du paragraphe. Le psychologisme de Hume et l'« apriorisme » de Kant ont en commun l'*idéalisme*. L'idée de causalité ne dénote pas une propriété des choses elles-mêmes, mais seulement un mode d'intellection des phénomènes dont nous avons l'expérience. Hume parvient à la conclusion que la notion de causalité est subjective, et voit sa source dans l'imagination humaine, alors que le criticisme kantien tente, en garantissant la validité du principe de causalité, de préserver une certaine objectivité. Dans la pensée scientifique moderne, le courant de l'empirisme logique issu du Cercle de Vienne

195 « De même qu'une loi naturelle est une assertion qui décrit la nature, et n'est pas l'objet même qu'elle entend décrire, de même la loi juridique, c'est-à-dire la proposition qui décrit le droit, la proposition juridique formulée par la science du droit, n'est pas l'objet à décrire, c'est-à-dire n'est pas le droit, n'est pas la norme juridique elle-même. », H. Kelsen, *Théorie pure...* p. 89. « La description d'un ordre de droit relève de la connaissance juridique qui appréhende le droit « pour ainsi dire du dehors ». Mais Kelsen aime à répéter que, si cette connaissance est bien une « création » intellectuelle, elle est « essentiellement différente de la création du droit par l'autorité judiciaire », Simone Goyard-Fabre, « L'idée d'ordre dans la théorie juridique de Kelsen », in *La philosophie du droit de Hans Kelsen, op. cit.* p. 31.

196 « De même que la description des faits de la nature ne peut se passer du principe constitutif de la causalité, de même les sciences normatives, selon Kelsen, ne sont possibles que grâce au principe de l'imputation. (...) Cet autre principe propre aux sciences normatives, analogue à celui du principe de causalité dans les sciences naturelles, n'a lui aussi qu'un caractère purement logique et transcendantal. » Lukas Sosoë, art. préc. pp. 72-73.

197 H. Kelsen, *Théorie pure...*, p. 85.

198 « La complète purification du principe de causalité de tous les éléments d'une pensée animiste, c'est-à-dire personnaliste, la conception de la causalité comme un principe différent du principe d'imputation n'a pu avoir lieu que progressivement. Ainsi par exemple, l'idée que la causalité constitue une relation absolument nécessaire entre la cause et l'effet –conception encore prédominante au début du vingtième siècle- est certainement une conséquence de l'idée qu'elle est la volonté d'une autorité absolue et toute puissante, et par suite transcendante, existant au-delà du domaine de l'expérience humaine, qui établit la connexion entre cause et effet ». H. Kelsen, *Théorie pure...*, p. 93.

traduit un idéalisme fortement teinté d'empirisme, dans lequel on insiste sur l'« inscrutabilité » du lien causal entre les entités de la théorie et le réel lui-même. L'autre option métaphysique, parfois taxée de « réalisme naïf », consiste à supposer que notre raison saisit la réalité : la « causalité » traduirait une propriété des choses du monde sensible. Alors que les physiciens ont majoritairement choisi l'idéalisme¹⁹⁹, les biologistes et les médecins ont généralement adopté la position réaliste.

Le débat entre réalisme et idéalisme n'est pas sans répercussions en matière juridique. La position réaliste, qui voit dans la causalité un phénomène présent dans les choses, conduit à l'analyser comme une question de fait, pour peu que les indices permettant de la détecter soient discernables. La conception idéaliste, en revanche, rapproche davantage la causalité d'une question de droit, puisqu'elle n'est, en aucun cas, « donnée » dans les faits et suppose, pour être identifiée, l'intervention d'un raisonnement humain²⁰⁰.

§2. La causalité dans l'épistémologie contemporaine

34. Le cheminement de la notion métaphysique de causalité à un principe scientifique a été graduel et lent. « Le coup de génie d'où est né la mécanique comme science a consisté à discerner des problèmes là où, auparavant, on ne voyait que des évidences : dans la chute d'une pierre, dans les balancements d'une lampe suspendue »²⁰¹. C'est Galilée qui a brisé la théorie d'Aristote en énonçant le premier principe de relativité en physique : « dire d'un corps qu'il est en mouvement, ce n'est plus, comme Aristote le pensait, dire qu'il cherche le repos, c'est dire qu'il s'établit entre lui et l'autre considéré comme immobile une relation de mouvement »²⁰². Dès lors, la connaissance scientifique d'une réalité quelconque consiste à écarter toute considération de finalité au bénéfice de la causalité définie comme une relation mécanique et déterministe. Dans l'épistémologie la

¹⁹⁹ Au XXe siècle, certains philosophes des sciences, tel Karl Popper, ont récusé les termes même du débat : ce n'est pas d'un point de vue métaphysique qu'il faut s'interroger sur la causalité, mais d'un point de vue épistémologique. Popper refusait l'analyse de Hume pour son irrationalisme. Quant à Kant, il aurait commis l'erreur de vouloir fixer les principes purs de l'entendement humain, alors qu'il suffisait simplement d'établir les conditions formelles et le langage d'une théorie particulière, historiquement située. Popper tend à penser que l'inférence causale tire sa validité de sa forme déductive.

²⁰⁰ V. *infra* n°509.

201 D. Andler, A. Fagot-Largeault, B. Saint-Sernin, *op. cit.* p. 829.

202 D. Lecourt, « Principe de causalité », art. préc.

plus contemporaine, toutefois, cette approche est contestée. Si la causalité reste « l'un des outils conceptuels les plus fondamentaux dont nous disposons pour organiser notre appréhension du monde extérieur et de nous-mêmes »²⁰³, « le désaccord des philosophes à l'égard de l'interprétation correcte de la causalité est aussi grand que leur accord sur son importance »²⁰⁴. Nous aborderons donc la conception déterministe classique (A) avant de nous intéresser aux conceptions contemporaines, qui raisonnent surtout en termes de probabilités (B).

A. La causalité déterministe

35. Le schéma d'explication causale de la physique classique est celui qui s'appuie sur l'idée de « système »²⁰⁵. L'astronomie en est la première application : c'est la forme de la trajectoire des astres (planètes, Soleil, étoiles) qui est le premier objet de la physique mathématique. Au XVIIe siècle, apparaît la dynamique²⁰⁶, qui s'intéresse à l'état de mouvement des corps et aux causes qui le produisent. La manière dont s'effectue le passage de l'état d'un système à un autre est caractérisée par une loi dynamique prenant en général la forme d'une *équation différentielle* indiquant comment on passe d'un état donné à un état infiniment voisin. Ce sont ces calculs qui expriment le rapport causal. A cet égard, la mécanique classique est *déterministe* : elle pose l'hypothèse selon laquelle, si, d'une part, les positions et les vitesses des éléments qui constituent un système matériel sont connues à un instant donné et, d'autre part, les lois auxquelles ce système obéit le sont aussi, alors

203 Max Kistler, *Causalité et lois de la nature*, op. cit. p. 7.

204« Autant il est vrai que des recherches nombreuses et intenses ont été menées sur le concept de causalité, autant le désaccord entre les résultats de ces différentes recherches paraît décourageant. Par conséquent, de nombreux auteurs, qui ne travaillent pas explicitement sur la causalité mais qui ont besoin d'avoir recours à ce concept, en font un usage à la fois extensif et peu rigoureux. Faute de consensus sur la « bonne » interprétation de la causalité, plusieurs conceptions coexistent avec les intuitions du sens commun bien que ces conceptions soient incompatibles les unes avec les autres. » Max Kistler, *op. cit.* p. 7 et s.

205« Le système est une entité idéale, composée d'éléments liés entre eux par certaines relations qui constituent sa structure, possédant par là une unité qui permet de le considérer en tant que séparé de son environnement, et susceptible de se trouver à chaque instant dans un certain état », J. Ladrière, art. préc. p. 252.

206Qui absorbe la « statique », science qui avait pour objet l'explication des machines simples et des phénomènes naturels (levier, plan incliné, poulies, choc des boules, corps flottants, vases communicants, gaz, etc.) en recourant aux notions de masses et de forces et en précisant, -le cas échéant au moyen d'une reconstruction artificielle- les conditions initiales, le déroulement temporel et les états d'équilibre des phénomènes.

l'évolution du système peut être prévue²⁰⁷. Que le calcul, c'est-à-dire la mise en œuvre des propriétés mathématiques et formelles d'une théorie physique, aboutisse à des descriptions exactes et à des prédictions vérifiées semble signifier qu'il existe une correspondance entre la structure des théories ainsi construites et les caractères du réel²⁰⁸.

36. L'exclusion de la métaphysique. Newton disait « je ne sais rien de la nature de cette force et à son sujet je ne « feins pas d'hypothèse ». Je sais que je peux en calculer l'action, en réduisant tous les corps à des « points matériels » entre lesquelles elle s'exerce. Je formule des lois, sans être en mesure de désigner des « causes » ; et lorsque j'invoque l'action de Dieu, je ne suppose pas qu'il soit « l'âme du monde » »²⁰⁹. Autrement dit, la recherche causale s'intéresse surtout à la *forme* du phénomène. La science moderne se concentre sur la quantification des processus physiques : l'idée d'une causalité liée à la nature propre de chaque chose n'a plus de sens. On s'écarte définitivement du modèle légué par les Grecs. Là où les Grecs distinguaient deux sortes de mouvements – le changement qualitatif (par exemple, la genèse et la corruption des vivants) et le déplacement (par exemple des astres)- on se limite désormais, en astronomie et en mécanique, au second. Alors que les Grecs liaient l'idée de cause à la naissance des choses, on se contente de poser que les constituants du monde matériel existent, et on se borne à étudier leurs propriétés et leurs transformations, en rejetant, ou en limitant, les problèmes d'origine. Du principe de causalité posé par les Grecs, selon lequel « rien ne naît sans cause », on tire le corollaire que la nature est stable, régulière, et obéit à des lois telles que « les mêmes causes produisent les mêmes effets ». On abandonne, enfin, l'idée que les causes peuvent dériver d'opérations intentionnelles, divines : la finalité n'a plus qu'un rôle marginal dans l'explication causale. Des quatre causes aristotéliennes, il ne reste plus que la causalité efficiente « la seule qui puisse être traitée comme un rapport entre deux corps et qui, par

207 On a pu tenter de confirmer cette hypothèse par deux types d'arguments : d'une part, le succès pratique des théories et les prédictions qu'elles autorisent, et, d'autre part, une raison métaphysique, selon laquelle l'Univers a été constitué selon des schémas et des idées mathématiques.

208 La mécanique de Newton affirme, d'une part, que les variations des systèmes matériels sont mesurables et obéissent à des lois de type *mathématique*. D'autre part, elle postule que les caractères significatifs de la réalité physique peuvent être transcrits dans le cadre d'une théorie de type mathématique sous la forme de *fonctions*, qui sont en même temps des *lois*, ce qui permet de décrire valablement les principaux traits de l'univers physique et faire des prédictions, quant à son évolution, en s'appuyant sur le calcul.

209 D. Lecourt, « Principe de causalité », art. préc.

conséquent, se laisse quantifier »²¹⁰. Il n'est plus question, ici, d'exprimer l'essence des choses ou la nature ultime de l'engendrement du monde. L'objet de la physique moderne est de fournir une description mathématique de la réalité au travers des lois de la dynamique ou de la mécanique. Le positivisme qui, par la suite, dominera la pensée scientifique, ne retiendra que l'idée de *loi* (causale)²¹¹.

37. La causalité déterministe. Joseph Fourier, dans *La Théorie analytique de la chaleur* (1822), formule les lois mathématiques de la propagation de la chaleur sans faire la moindre hypothèse sur les causes ou la nature de ce phénomène universel, en estimant que les causes premières ne peuvent être connues, mais sont assujetties à des lois simples et constantes que l'on peut découvrir par l'observation. En restreignant ses ambitions, la science moderne, qui évacue toute prétention ontologique et métaphysique, réduit la causalité à une simple relation, un rapport abstrait, logique, détaché de toute considération sur les caractères ultimes de la réalité²¹². On s'impose désormais une « condition de fermeture » : « la nature est une totalité fermée (méthodologiquement) sur elle-même, qui possède en elle-même les principes à partir desquels peut être comprise sa phénoménalité. Un phénomène doit donc pouvoir s'expliquer à partir d'autres phénomènes »²¹³. Le schéma de la causalité *efficiente* doit permettre d'expliquer comment un phénomène a pu être produit à partir d'un ou plusieurs autres phénomènes : *est une cause toute chose engendrant nécessairement un effet déterminé*.

L'univers de la science moderne est *déterministe*. L'état d'un système à un moment donné est la cause de ses états futurs. Dans ce contexte, l'*antériorité* de la cause devient

210 « Encore n'est-il plus nécessaire d'y distinguer la cause active de l'agent et la cause passive du patient : elle sera traitée comme étant rapport, et rien que rapport. », M. Malherbe, *op. cit.*, p. 18.

211 D. Lecourt, « Principe de causalité », art. préc.; Christiane Vilain, « Causalité classique (physique) », in *Dictionnaire d'histoire et de philosophie des sciences*, PUF, Quadrige, 2003, p. 149. Spinoza disait « *causa sive ratio* » : cause c'est-à-dire raison : « ce que nous identifions comme cause n'est jamais que ce qui satisfait la rationalité scientifique à un moment donné, en fonction des instruments dont elle dispose et des objectifs qu'elle se donne ».

212 Dans son *Cours de philosophie positive*, Auguste Comte écrivait « nos études réelles sont strictement circonscrites à l'analyse des phénomènes pour découvrir leurs lois effectives, c'est-à-dire leurs relations constantes de succession et de similitude, et ne peuvent nullement concerner leur nature intime, ni leur cause, ou première ou finale, ni leur mode essentiel de production » (*Cours de philosophie positive*, 28e leçon). Pierre Duhem, dans *La Théorie physique* (1906), dira qu'« une théorie physique n'est pas une explication » mais un « système de propositions mathématiques... » qui ont pour but de « représenter aussi simplement, aussi complètement et aussi exactement que possible un ensemble de lois expérimentales ».

213 J. Ladrière, art. préc., p. 252.

fondamentale, comme le soulignait Hume, alors qu'elle n'était pas essentielle dans la causalité antique, médiévale ou classique²¹⁴. La recherche des causes s'apparente à l'élaboration de *lois causales*. Deux méthodes d'établissement de la causalité sont, à cet égard, possibles : la méthode *empirique*, d'une part, qui, conformément à la description humienne, induit les lois causales à partir de l'observation des faits, la méthode *théorique*, d'autre part, qui établit les lois physiques en référence à l'outil mathématique. Au total, « la philosophie positive se distingue surtout de l'ancienne philosophie théologique ou métaphysique, par sa tendance constante à écarter comme nécessairement vaine toute recherche quelconque des causes proprement dites, soit premières, soit finales, pour se borner à étudier les relations invariables qui constituent les lois effectives de tous les événements observables, ainsi susceptibles d'être rationnellement prévus les uns d'après les autres »²¹⁵. Cette vision abstraite et légaliste de la causalité a dû, toutefois, évoluer.

B. La causalité probabiliste

38. L'explication causale constitue le premier principe d'explication des sciences contemporaines²¹⁶. Elle renvoie, à cet égard, à l'idée de *loi invariable* et *universelle*. Il reste que la causalité déterministe va souffrir de l'évolution contemporaine des sciences physiques, biologiques et médicales. En particulier, le modèle déterministe va devoir admettre l'importance de la « logique du probable » en matière causale, dont Hume avait formulé les fondements.

39. Point de départ : la causalité humienne. Pour Hume, aucun argument ne permet de fonder ontologiquement les raisonnements de causalité que nous produisons. Cela acquis, il est incontestable que nous ne cessons d'opérer ces raisonnements, dans la vie courante comme dans l'exercice de la science. On pourrait même dire que le sens

214 A cet égard, « la différence de nature entre la cause et l'effet a été totalement remplacée par l'antériorité temporelle de l'une sur l'autre ». Christiane Vilain, art. préc.

215 Auguste Comte, *Cours de philosophie positive* (1830-1842), 58^e leçon, cité par R. Aron, *op. cit.*, p. 195 note 2.

216 Anouk Barberousse, Max Kistler, Pascal Ludwig, *La philosophie des sciences au XX^e siècle*, Flammarion, coll. Champs Université, 2000, p. 100.

commun abuse de la causalité « multipliant indûment les liaisons », parce qu'il a « besoin de se sentir en sécurité dans un monde familier ». De même, les savants, dans les sciences expérimentales, le pratiquent « même si, plus avisés, ils tentent de corriger cette tendance naturelle et de restreindre le nombre des causes »²¹⁷. Dans ce contexte, trois circonstances permettent d'inférer une causalité : d'abord, la *contiguïté dans l'espace et dans le temps*, entre la cause et l'effet ; ensuite, l'*antériorité temporelle de la cause sur l'effet*, enfin la répétition *régulière, voir constante* de ces phénomènes. Hume concédait que la proximité géographique ou temporelle pouvait être distendue : si le rapport causal est, le plus souvent direct, on peut se trouver en présence d'un ou plusieurs phénomène intermédiaires. Quoi qu'il en soit, la régularité de nos observations va faire en sorte que, dans notre esprit, la même cause produira toujours le même effet²¹⁸. La méthode suivie pour établir un jugement de causalité est donc *empirique et inductive*. La cause est « *un objet suivi d'un autre et tel que tous les objets semblables au premier sont suivis d'objets semblables au second*. Ou, en d'autres termes, *tel que, si le premier objet n'avait pas existé, le second n'aurait jamais existé* » ou –parce que « l'apparition de la cause conduit toujours l'esprit, par une transition coutumière, à l'idée de l'effet » - « *un objet suivi d'un autre et dont l'apparition conduit toujours la pensée à l'idée de cet autre objet* »²¹⁹.

Ainsi établies, les lois causales déterministes ne supportent pas, en principe, d'exceptions. Le « *Principe de Causalité* » affirme que « tout événement a une cause », que « tout phénomène déterminé a une cause déterminée » et que « les mêmes causes ont toujours les mêmes effets »²²⁰. Plus spécifiquement, la causalité correspond à l'idée de *loi constante* et exclut toute explication sur la finalité. La relation causale s'exprime par une affirmation du type « A implique B », A étant la cause nécessaire et suffisante de B, *nécessaire* en ce que B ne pourrait se produire sans A, *suffisante* en ce que A n'a besoin d'aucun autre

217 M. Malherbe, *op. cit.* p. 33.

218 « Pour qu'un rapport de causalité puisse être démontré de manière positive, il n'importe pas que le lien de la cause et de l'effet soit intrinsèque ou essentiel, mais il fait qu'il soit perceptible et vérifiable, c'est-à-dire conforme à une règle de succession ». Ainsi, « la cause devient l'antécédent constant, la régularité signe de nécessité », R. Aron, *Introduction...*, p. 195.

219 Hume, *Enquête sur l'entendement humain*, section VII, partie 2, *op. cit.* p. 144. V. égal. *Traité de la nature humaine*, section XV, spéc. p. 251.

220 Dans cette conception, « la causalité est assimilée à la marche réglementée de la nature, entendue dans un sens déterministe (...) Dire que tous les phénomènes sont soumis à la contrainte de la causalité signifie selon cette conception que non seulement rien n'advient par hasard, mais qu'il n'y a pas de processus irréductiblement indéterminés ». Max Kistler, *op. cit.* p. 8.

événement pour engendrer B. L'assimilation de la causalité à la notion de loi invariable a même conduit certains auteurs à proposer d'exclure le terme de causalité, trop empreint de métaphysique, du langage scientifique, pour lui préférer l'idée de loi, ou de relation fonctionnelle.

40. Les probabilités philosophiques humiennes. La définition de Hume serait parfaite si le monde ne connaissait que des conjonctions constantes. Mais la réalité sensible nous confronte inévitablement à des exceptions ou des variations, fussent-elles légères ou minoritaires. Si nous vivons dans un monde stable, ce dernier n'est pas, pour autant, régi par un déterminisme impérieux. Les physiciens et les biologistes en font l'expérience chaque jour. Hume lui-même l'admettait. Dans certains cas, nos jugements de causalité pourront perdre en certitude pour différents motifs, liés aux conjonctions sur lesquelles nous les fondons. Il faudra admettre qu'ils seront seulement *probables*. C'est ainsi que sont introduites deux catégories de probabilités philosophiques : la *probabilité des chances*, et la *probabilité des causes*.

Hume appelle la « *probabilité des chances* »²²¹ l'hypothèse dans laquelle une liaison est constamment observée mais où l'on rencontre une indétermination relative des effets. Cette probabilité découle, pour Hume, de notre ignorance subjective des facteurs permettant d'aboutir à tel ou tel résultat. C'est l'hypothèse du jeu de dé : on est certain qu'une face du dé va sortir, mais il y a seulement une chance sur six de voir sortir le six, par exemple. Autrement dit, la probabilité des chances renvoie au calcul des chances tel qu'il fut développé par les mathématiques du hasard, construites à propos des espérances de gain de chaque joueur dans un jeu de hasard.

La « *probabilité des causes* »²²² est relative à l'imperfection de notre connaissance des causes. Elle concerne trois types d'hypothèses : les cas où notre expérience passée est lacunaire et irrégulière, ceux de relations constantes contraires et difficiles à réconcilier et ceux dans lesquels il faut opérer des analogies à partir d'observations opérées dans des circonstances distinctes. La *probabilité dérivant d'une expérience imparfaite* décrit les hypothèses dans lesquelles, en raison d'une expérience limitée, on est seulement en mesure de dire que A est probablement suivi de B. La *probabilité naissant d'une contrariété entre l'observation et l'expérience* exprime que l'on a constaté l'association de A et B dans une

221 *Traité de la nature humaine*, Section XI, *op. cit.* p. 193.

222 *Traité de la nature humaine*, *op. cit.* Section XII, p. 201.

majorité de cas, mais qu'il existe des contre-exemples. La *probabilité par analogie* résulte de la difficulté de rapprocher une observation présente d'une observation passée.

On remarquera que ces probabilités sont des *fréquences*. Elles relèvent d'observations empiriques, sont quantifiables, mais ne correspondent pas, par nature, aux probabilités mathématiques, établies *a priori*. Par exemple, la probabilité mathématique de tirer un six au jeu de dé peut être fixée *a priori* : il y a, logiquement, une chance sur six de tirer un six. En jouant, concrètement, au jeu de dé, on s'apercevra toutefois que la fréquence avec laquelle on tire un six ne correspond pas nécessairement à la probabilité mathématique. La *loi des grands nombres* montre toutefois que, sur un grand nombre d'expériences, donc de jets de dé, la fréquence constatée tend à rejoindre la probabilité mathématique *a priori*.

41. Émergence de la « logique du probable ». Le rationalisme le plus classique ne voyait qu'une alternative à la certitude : l'ignorance. En situation incertaine, l'opinion ne peut qu'être arbitraire et aveugle. Le développement des probabilités permet d'éviter cette loi du tout ou rien. Selon la formule de Laplace, la probabilité se veut « le bon sens réduit à un calcul »²²³. Il faut souligner, à cet égard, que la probabilité classique doit autant au développement des mathématiques du hasard, associée aux noms de Pascal et Fermat, qu'à l'influence de la *doctrine légale des degrés de preuves*, héritées des juristes du Moyen-Âge. Les juristes distinguaient, en effet, entre les « preuves pleines » (témoignages concordants ou écrits) et les « preuves semi-pleines » ou simples présomptions (témoignage unique), assorties de toutes sortes de degrés intermédiaires. Si ces degrés de preuve ne se traduisaient pas précisément de manière quantitative, ils ont constitué une première tentative pour hiérarchiser la force des croyances²²⁴. Deux conceptions des probabilités prévalent donc aujourd'hui. La probabilité *objective* est censée exprimer la fréquence d'apparition d'un événement. Tel est l'exemple de la loi *statistique*, qui traduit la *fréquence* d'apparition d'un événement identique dans des circonstances identiques²²⁵. Au contraire, les théories *subjectivistes* des probabilités définissent les probabilités comme traduisant la mesure d'un *degré de croyance* rationnelle. Elles expriment les paris qu'un individu raisonnable serait prêt à faire sur la validité d'une affirmation. Il serait ainsi possible, en matière juridique, d'évaluer le degré de croyance subjective des juges.

223 Hélène Landemore, *Hume, probabilité et choix raisonnable*, PUF, Philosophie, 2004, p. 13.

224 H. Landemore, *op. cit.* pp. 14-15.

225 Dans les faits, la science a largement intégré le recours aux *lois statistiques*.

Au total, il convient de distinguer, d'un côté, les probabilités objectives, qui correspondent soit aux *probabilités a priori*, relevant des mathématiques du hasard, ou, dit autrement, du calcul des chances (par exemple la chance de tirer un six au jeu de dé), soit aux *probabilités statistiques* définissant la fréquence relative d'un événement donné, et, d'un autre côté, les *jugements de crédibilité*, ou probabilités subjectives, qui expriment des croyances ou des degrés de certitude²²⁶.

42. Conséquence : recul du modèle légaliste de causalité. De nos jours, le modèle dominant, mécanique et déterministe, de causalité, reste la référence principale dans la pensée scientifique. Mais, concrètement, le concept de causes dans les sciences contemporaines a largement évolué. En effet, les processus causaux varient. Le modèle déterministe initial doit accepter des anomalies et des contre-exemples, ce qui suppose de recourir aux statistiques. En outre, dans certaines hypothèses, les situations particulières étudiées sont si différenciées qu'elles ne se répètent pas, ce qui peut être le cas, par exemple, en météorologie, ou en médecine. Cela signifie que le lien causal ne se formule pas au moyen d'une affirmation du type « si A, alors B », mais qu'on se fonde sur une corrélation probabiliste, plutôt que sur une connexion nécessaire. Autrement dit, le lien causal sera établi si en présence de A, il y a plus souvent B que lorsqu'il n'y a pas A²²⁷. Telle est la difficulté présentée par les études épidémiologiques, auxquelles le juge se trouve confronté lorsqu'il doit se prononcer sur une causalité biologique. Par ailleurs, les relations causales diffèrent selon que l'on se trouve dans un ordre donné : ordre physico-chimique ou ordre biologique²²⁸. Par exemple, dans le domaine du vivant, la biologie a mis en évidence des « causalités intelligentes » : les hommes de sciences traitent, méthodologiquement parlant, les bactéries ou les virus « comme des être « rusés », c'est-à-dire capables de contourner les défenses de l'organisme ou les parades inventées par la médecine »²²⁹.

On notera, enfin, que la physique contemporaine a dû renoncer à un aspect essentiel de la conception légaliste de la causalité : la *proportionnalité des causes et des effets*. La

226 H. Landemore, *op. cit.* p. 23 note 1.

227 « La mise en évidence d'une association statistique dans le cadre d'un plan d'expérience bien étudié (c'est-à-dire, qui a un sens clinique et biologique etc....) est un moyen puissant de prouver la causalité là où elle est suspectée », D. Andler, A. Fagot-Largeaut, B. Saint-Sernin, *op. cit.* p. 910.

228 D. Andler, A. Fagot-Largeaut, B. Saint-Sernin, *op. cit.* p. 891.

229 *Ibid.* p. 898. Ce qui justifierait même l'emploi de la théorie des jeux.

mécanique classique, fondée sur des lois mathématiques, impliquait en effet une proportionnalité des causes et de effets²³⁰. Henri Poincaré remarqua, à la fin du XIXe siècle, que, même au sein du champ d'application des lois de la mécanique classique, la prédiction n'est pas toujours assurée. En effet, de petites différences dans les conditions initiales peuvent en engendrer de très grandes dans les phénomènes finaux. Une petite erreur d'appréciation des conditions produirait une erreur énorme sur les effets. La prédiction devient impossible. La prédiction fondée sur le principe de causalité n'est opératoire que dans des hypothèses restreintes, lorsque deux conditions sont satisfaites : d'une part, que les méthodes mathématiques de résolution et de calcul existent et, d'autre part, que les conditions initiales du phénomène soient entièrement connues. Finalement « l'univers présente des visages contrastés : dans certaines régions, on y observe une stricte proportionnalité des effets aux causes et une variation continue de leurs rapports ; dans d'autres, les relations causales mêlent la régularité et le fortuit, et il faut tenter de les désintriquer à l'aide du calcul des probabilités »²³¹. Il arrive, enfin, « que l'existence d'interactions causales soit pressentie sans que le mode de production des phénomènes se clarifie »²³².

En définitive, le problème de la relation causale peut se présenter sous des formes multiples²³³. D'abord, la *causalité linéaire* représente le modèle élémentaire, mécanique de causalité : tel est le cas d'un choc entre deux corps. Cette causalité linéaire peut être continue (une petite variation de la cause entraîne une petite variation de l'effet) ou discontinue, lorsque une petite variation de la cause peut engendrer des effets exponentiels. Ensuite, on peut envisager le cas dans lequel plusieurs causes concourent à la production de l'effet. Ces *causes concourantes* peuvent être homogènes, ou hétérogènes, ce qui signifie qu'elles ne sont pas de même nature. Les juristes connaissent ce cas de figure lorsqu'ils sont confrontés à la concurrence d'un fait humain, faute de la victime par exemple, et d'un fait matériel, tel le fait d'une chose. Il faut, enfin, réserver les hypothèses de *causalité probabiliste*, du type « A engendre B dans 60% des cas ». Tel est fréquemment le cas en

230 *Ibid.* p. 864.

231 *Ibid.* p. 891.

232 *Ibid.* p. 891.

233 *Ibid.* p. 911 et s.

médecine : on sait qu'une prédisposition génétique n'entraînera pas, dans tous les cas, l'apparition du phénomène considéré.

43. Conclusion de la section. L'évolution que nous avons grossièrement tenté de retracer montre que la causalité des Anciens, d'essence divine ou métaphysique, chargée d'expliquer pourquoi les choses sont ce qu'elles sont, a laissé place à une causalité « laïque » qui se présente, dans la physique classique, en termes mathématiques, au moyen d'un rapport fonctionnel. La pensée moderne a évacué de l'analyse causale toute considération relative aux *fins*. On se concentre sur la causalité *efficiente*, définie comme « l'agent ou la force efficace qui produit l'effet »²³⁴. Si certains courants de l'épistémologie contemporaine, déçus des limites d'une causalité réduite à l'idée de loi constante, voudraient ressusciter la causalité des Anciens, le modèle dominant de relation causale reste une liaison formelle, exprimable en termes mathématiques et traduisant une régularité sinon invariable, du moins probable.

A cet égard, si le recours aux probabilités était autrefois considéré comme la manifestation de l'ignorance de certaines lois naturelles, on s'est mis, progressivement, à le percevoir comme un « fait naturel » lui-même, ce qui a rendu légitime l'étude des processus aléatoires. Le modèle déterministe, porté par la mécanique classique, s'est ainsi profondément altéré. Les théories probabilistes ont eu même tendance à se prévaloir de leurs succès en physique et en biologie, pour tenter d'imposer une forme d'« ontologie du hasard », où ce dernier aurait pris le relais du Dieu de Platon. Autrement dit, le probable, l'aléa n'est pas la manifestation des limites de nos connaissances, mais constitue la structure même du réel.

44. Conclusion du chapitre. De ce survol rapide, que peut conclure le juriste soucieux d'expliquer le naufrage du *Titanic* par la mise en évidence de ses causes ? Plusieurs points peuvent être retenus. En premier lieu, l'analyse de Hume confirme le constat que la relation causale n'est pas un *donné*, qu'elle n'est jamais directement observée²³⁵. Elle découle, au contraire, d'un raisonnement d'*inférence*, à partir de perceptions sensibles : l'esprit sera conduit, dans certaines circonstances, à tracer des relations causales entre certains événements. En deuxième lieu, la notion de causalité est

234 Raymond Aron, *Introduction...*, p. 195.

235 Philosophiquement, la causalité est donc un « phénomène » par opposition au donné immédiat.

généralement associée à l'idée de *loi*. Autrement dit, toute relation causale singulière est l'expression d'une loi causale universelle qui unit certains types d'événements. Dans cette optique, émettre des jugements de causalité au sujet du naufrage du Titanic suppose de pouvoir rattacher le lien causal considéré à une liaison récurrente. Il faudra pouvoir dire, par exemple, qu'un choc entre un paquebot et un iceberg, survenu à la vitesse de 21 nœuds entraîne nécessairement, d'après une loi causale donnée, le naufrage du bateau²³⁶. Enfin, le jugement de causalité est indissociable d'une *logique du probable*. D'abord, parce que les lois causales sont, aujourd'hui, majoritairement probabilistes. Ensuite, parce que, l'inférence causale n'étant jamais être parfaitement certaine, les probabilités permettent d'exprimer le degré de certitude d'un jugement de causalité donné. Ces points seront confirmés dans la suite de notre étude.

236 Le 14 août 1912, les conclusions du *Bord of Trade* furent déposées, selon lesquelles la disparition du Titanic fut causée par une collision avec un iceberg, en liaison avec une vitesse excessive, sans qu'il y ait faute du commandant, celui-ci n'ayant fait qu'obéir à une règle traditionnelle. P. Masson, *op. cit.* p. 157. La *White Star Line* indemnisa les victimes à hauteur de 600 000 livres. *Ibid.* p. 186

TITRE I

THEORIES LOGIQUES DE LA

CAUSALITE

45. **Droit et science.** Le juge n'a pas, en principe, pour mission d'appréhender la réalité à la manière de la science. Il ne lui est pas possible de se soumettre, concernant les faits, à cette forme d'« ascèse »²³⁷ qu'implique l'attitude scientifique, par le biais d'une mise à distance vis-à-vis de l'objet étudié. Le juriste est un homme de l'art, pas un savant. D'aucuns ont souligné que « le procès n'est pas un mode approprié de découverte de la vérité scientifique », que « le tribunal n'est pas un forum épistémologique », et qu'« il n'organise pas la spéculation mais la vraisemblance »²³⁸. La vraisemblance suppose, toutefois, que le juge recherche, autant que possible, la connaissance de la vérité²³⁹. Aussi, face à la difficulté de définir une notion aussi complexe que la causalité, est-il justifié de se tourner vers la réflexion épistémologique et logique. « En principe, le droit ne peut que

237 Jean-Louis Gardies, *Essai sur les fondements a priori de la rationalité morale et juridique*, LGDJ, 1971, p. 17. L'auteur évoque « l'aliénation que l'attitude scientifique, ou plus généralement l'attitude simplement théorique, opère sur les données de l'expérience » en les constituant « en choses », en les détachant « du champ d'action pratique dans lequel elles s'insèrent normalement ». cf. Émile Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, PUF, 1937, 9^e éd. Quadrige, 1997, Préface de la seconde édition, p. XII et XIII.

238 Guy Canivet, « Le juge entre progrès scientifique et mondialisation », *RTD civ.* 2005, p. 33 : « N'ayant pas de fonction proprement cognitive, le tribunal n'est pas un laboratoire de découverte de la connaissance. Les professionnels de la justice ne s'inspirent pas d'une démarche théorique mais d'un savoir-faire pratique tourné vers la résolution des litiges par l'articulation de données juridiques stables, de faits démontrés et de valeurs communes », *ibid.* p. 34.

239 V. Gaëlle Dalbignat-Déharo, *Vérité scientifique et vérité judiciaire*, thèse, LGDJ, Bibl. de l'Institut André Tunc, t. 2, 2004.

« recevoir » des savants la notion de cause », écrivait Henri Deschenaux²⁴⁰. Tenter de s'inspirer de la conception scientifique de cause, c'est s'efforcer de garantir la *fiabilité* du jugement de causalité, du moins si l'on admet que la science constitue un savoir objectif. A cet égard, le chapitre précédent a montré que la science moderne tend à assimiler causalité et *loi générale*, invariable ou probabiliste, exprimée sous forme mathématique. Cela signifie que tout lien causal identifié dans un cas concret singulier constitue l'exemplification²⁴¹ d'une régularité causale générale.

46. Loi causale et imputation causale singulière. La nécessité de rattacher tout jugement singulier de causalité à une généralisation causale peut paraître problématique dans le contexte judiciaire. Celui qui s'interroge sur la causalité dans une affaire donnée n'appréhende pas des événements constituant les termes de lois causales universelles. Au contraire, le juge se trouve, chaque fois, devant un *cas particulier*. Cependant, concevoir le jugement de causalité comme constituant l'exemplification d'une règle générale n'est pas choquant en soi : tout jugement ne revient-il pas à ramener l'individuel au général²⁴² ? Il s'est donc trouvé des auteurs pour estimer que ce caractère n'est pas un obstacle fondamental à l'établissement judiciaire d'une causalité objective. Il suffit au juge d'identifier la *loi causale* sous laquelle « tombe » le cas considéré, fût-elle *probabiliste* ou *approximative*. Telle est la logique de la théorie de la *causalité adéquate*. Dans cette optique, la causalité est acquise dès lors que peut être mobilisée une *généralisation causale* dont le cas individuel examiné constitue l'instanciation. Si, par exemple, une personne est victime d'un accident alors qu'elle conduisait en état d'ébriété, son imprégnation alcoolique sera dite cause de l'accident, car il existe une régularité statistique générale qui lie la consommation d'alcool aux accidents de la route²⁴³. L'exercice suppose de pouvoir

240 « Scientifiquement, il n'y a qu'une notion de la cause, celle de la logique et des sciences naturelles. » Henri Deschenaux, « Norme et causalité en responsabilité civile », *Recueil offert au Tribunal Fédéral Suisse à l'occasion de son centenaire*, 1975, p. 399, spéc. p. 408.

241 *Exemplification* ou *instanciation* : « l'instance (ou instanciation) d'une propriété est l'occurrence de cette propriété en un moment et dans un lieu particulier. (...) On parle de l'instance d'une loi de la nature dans une situation particulière : par exemple, la chute d'une pomme particulière à un moment donné constitue l'instanciation de la loi de chute libre ». Anouk Barberousse, Max Kistler, Pascal Ludwig, *La philosophie des sciences au XX^e siècle*, Flammarion, coll. Champs Université, 2000, pp. 323-324.

242 Le « jugement déterminant », selon la terminologie kantienne, suppose de subsumer le cas singulier sous une règle générale. En revanche, le « jugement réfléchissant » doit, faute de loi, « se fonder lui-même » et contribue à former la règle.

243 Cass. 2^e civ. 10 mars 2004, RCA comm. n°180, obs. H. Groutel.

rapporter les événements considérés à des faits *types*, constituant les termes d'une régularité causale. Il faut, autrement dit, découvrir des *analogies* entre les faits de l'espèce et d'autres faits équivalents du point de vue causal. Ce faisant, la théorie de la causalité adéquate constitue une théorie *généralisante* de la causalité²⁴⁴, en ce qu'elle fonde toute imputation causale singulière sur une régularité causale générale.

La démarche n'est pourtant guère aisée lorsqu'on en vient à expliquer des faits complexes ou des comportements humains. Certaines situations ne se prêtent en rien à une généralisation causale. C'est pour cette raison que fut émis le principe de jugements de causalité *purement singuliers*, propres à la situation considérée, élaborés sans référence à une quelconque régularité générale. Cette approche -en nette contradiction avec l'épistémologie dominante, pour laquelle tout lien causal particulier constitue l'expression d'une liaison générale- prétend toutefois à l'objectivité. Philosophiquement, elle fut soutenue par des auteurs soucieux de démontrer la possibilité d'élaborer des jugements valides en matière de causalité historique²⁴⁵. Dans cette optique, une explication causale fiable et objective pourrait être formulée, indépendamment de toute régularité empirique, de toute légalité abstraite. Ont ainsi été élaborées des théories *individualisantes* de la causalité singulière, en rupture avec le modèle légaliste de causalité. Dans ce contexte, a notamment été mise en évidence la définition de la cause comme condition *sine qua non*.

Nous étudierons successivement les théories qui rapportent chaque jugement singulier à une régularité causale générale (chapitre 1), puis les théories qui ambitionnent de fonder des jugements purement singuliers de causalité (chapitre 2).

244 La distinction entre « théorie généralisante » et « théorie individualisante » a été émise par Hart et Honoré, *Causation in the Law*, Clarendon Press, Oxford, 1st ed. 1959, 2nd ed. 1985, p. 433.

245 Au début du XXe siècle, le philosophe Maurice Mandelbaum distingua ainsi entre l'analyse causale (*causal analysis*) opérée en termes de lois scientifiques et l'explication causale (*causal explanation*) pratiquée à propos d'événements singuliers. Les deux seraient scientifiquement valides. Maurice Mandelbaum, *The Problem of Historical Knowledge*, New York, Gerveright, 1938, chap. VII et VIII. V. Paul Ricoeur, *Temps et Récit, I. L'intrigue et le récit historique*, Seuil, Points Essais, 1983, p. 203 et s.

CHAPITRE I

LA CAUSALITE, RELATION GENERALE

47. Se tourner, dans un souci d'objectivité, vers la causalité scientifique conduit à adopter le modèle dominant dans l'épistémologie contemporaine, soit celui qui assimile lien causal et loi générale. Ne dit-on pas qu'il n'y a de science que du général²⁴⁶ ? Dans cette optique, l'identification d'un rapport causal dans un contexte particulier ne peut se faire qu'en vertu d'une relation générale dont le cas concret constitue l'exemple. En cela, tout jugement de causalité est tributaire de l'existence d'une loi causale générale : on parle de « loi englobante » (*covering law*). Ce modèle, dominant de nos jours, prolonge l'analyse humienne selon laquelle la relation entre cause et effet est inférée d'une régularité générale et invariable. Autrement dit, la relation causale est une relation entre deux événements qui « tombent sous », sont « couverts par » ou « forment une instance » d'une loi scientifique. Transposé à la matière juridique, ce modèle ne va pas, toutefois, sans difficultés. Les faits appréhendés par le juge ne sont pas théoriques mais concrets, pas généraux mais singuliers. Dans ce cas, la formulation d'un jugement de causalité dans chaque cas particulier s'avère difficile, puisqu'elle suppose de pouvoir rattacher l'espèce particulière à une généralité universelle. C'est pourquoi nous évoquerons d'abord la problématique du recours au modèle scientifique de causalité (section 1) avant de nous pencher sur une théorie généralisante de la causalité, connue en droit comme dans la science historique : la théorie de la causalité adéquate (section 2).

246 Aristote estimait que la science ne peut connaître les objets singuliers en tant que tels mais seulement en tant qu'instances d'une espèce. L'explication scientifique est donc nécessairement générale. De même, « dans le vocabulaire contemporain, la science ne peut expliquer les propriétés d'un individu qu'en les déduisant de prémisses universelles portant sur son espèce ». A. Barberousse, M. Kistler et P. Ludwig, *op. cit.* pp. 101-102.

Section 1. Le recours au modèle de causalité scientifique

48. L'intérêt des théories scientifiques de la causalité se justifie par un souci d'objectivité. Cela acquis, la question causale ne se pose pas dans les mêmes termes au juriste et au physicien ou au biologiste, qui peuvent recourir à l'expérimentation afin d'observer des faits reproductibles. La réalité appréhendée par le juge est, en effet, humaine et singulière : il convient donc de préciser la manière dont peut être utilisé le modèle scientifique de causalité dans le droit de la responsabilité. Nous allons évoquer la manière dont se présente l'analyse de la causalité dans la responsabilité (§1) avant de présenter les théories de la causalité scientifique disponibles (§2).

§1. Positionnement de la question causale

L'impératif d'objectivité que nous nous sommes fixé suppose, avant de nous pencher sur les conceptions scientifiques de la causalité, de nous arrêter quelques temps sur les données du problème tel qu'il se présente au juge. S'il faut, de ce point de vue, désigner une « science » dont la perspective se rapproche de celle du juriste, il s'agit, incontestablement de l'histoire²⁴⁷.

L'analyse des faits historiques présente des difficultés analogues à l'analyse des faits opérée par le juge, notamment en matière de causalité (A). Mais la causalité historique ne recoupe pas totalement la causalité juridique : il arrive, bien souvent, que la causalité recherchée par le juge concerne de simples faits matériels (B).

A. La causalité des faits humains

49. La responsabilité conduit à examiner la mesure dans laquelle une action humaine peut être dite cause d'un événement donné. Inversement, le juge peut parfois être

247 Si nous parlons de l'histoire –et non de l'Histoire- c'est que nous désignons ici la pratique historique ou historiographie.

amené à s'interroger sur les causes d'un comportement humain.²⁴⁸ La responsabilité juridique se rapproche en cela de la responsabilité historique.

A cet égard, le positiviste sourcilieux serait sans doute choqué de trouver l'histoire évoquée dans un titre consacré à la pensée scientifique. Il est vrai que la comptabilisation de l'histoire au rang des sciences, fussent-elles les sciences humaines, est discutée²⁴⁹. Mais la question de l'objectivité s'y pose indiscutablement. De notre point de vue de juriste, nous l'aborderons comme une discipline scientifique, au sens où elle se présente comme un savoir organisé, constitué par des spécialistes et prétendant à l'objectivité²⁵⁰. Or le problème de la causalité en histoire se présente, à bien des égards, en des termes proches de ce qu'ils sont dans le droit de la responsabilité civile.

Abandonnant progressivement toute prise en compte de l'état d'esprit du responsable, le droit contemporain se concentre, désormais, sur les actes. Il en va de même en histoire²⁵¹. Fondées sur des faits objectifs, s'intéressant d'abord aux actes humains et à leurs conséquences, responsabilité juridique et responsabilité historique sont, aujourd'hui, particulièrement proches. Cette proximité justifie sans doute un rapprochement méthodologique.

50. Pour un rapprochement méthodologique. Causalité historique et causalité juridique expliquent, l'une comme l'autre, des faits humains. L'histoire, comme le droit,

248 Le problème du *suicide* suscite, par exemple, un contentieux régulier et particulièrement épineux. Il faut également évoquer la sanction de l'*obligation d'information*, qui repose toujours sur le rattachement causal d'une action donnée à la violation de l'obligation : si telle personne avait été correctement informée, elle n'aurait pas agi de telle manière. L'exemple montre l'immense difficulté de l'imputation causale en matière d'actions humaines : l'acte humain, en principe, n'est gouverné par aucune causalité si ce n'est la volonté libre du sujet. En pratique, pourtant, la prise en considération des causes de certaines actions humaines est indispensable.

249 L'histoire est une discipline très ancienne par comparaison avec les autres sciences humaines. Mais l'avènement de ces dernières a renouvelé les interrogations épistémologiques et méthodologiques à son propos. « Même à la fin du XX^e siècle, l'histoire n'est pas majoritairement considérée comme une science sociale, ni parmi ses propres praticiens, ni par les spécialistes des disciplines sociales ». Jacques Revel, « Les sciences historiques », in *Épistémologie des sciences sociales*, sous la dir. Jean-Michel Berthelot, PUF, 2001, p. 21.

250 « Le but n'est pas « la science », mais la connaissance du réel. La « science » est une stratégie de connaissance efficace. Mais lorsque cette stratégie ne peut être employée à plein rendement, la pire des attitudes est de se taire : il convient, au contraire, de parler, quitte à avertir de la spécificité de son discours. (...) En tant que valeur, seul le Vrai compte ». Alain Boyer, *L'explication en histoire*, Presses Universitaires de Lille, coll. Opuscule, 1992, pp. 12-13.

251 « Est responsable historiquement celui qui, par ses actes, a déclenché ou contribué à déclencher l'événement dont on recherche les origines. Un tel jugement ne devrait avoir aucune portée morale ». R. Aron, *Introduction...*, *op. cit.*, p. 209.

s'intéresse aux hommes : « Les hommes, seuls objets de l'histoire... », écrivait Lucien Febvre²⁵². Il n'entre pas dans l'objet de notre étude de développer ici un plaidoyer complet en faveur d'un rapprochement méthodologique entre l'analyse de la connaissance des faits en droit et les réflexions épistémologiques ou méthodologiques menées en histoire. Toutefois, les arguments militant pour une prise en compte, par la pensée juridique, des analyses historiographiques méritent d'être évoqués. Certes, il n'est pas possible d'écarter les différences fondamentales de perspective opposant le juge à l'historien, à commencer par leur rapport au *temps*. Le temps de l'histoire n'est pas celui du juge. Tandis que le juge examine des faits dont il est -ou a récemment été- le contemporain, l'historien se penche sur un passé qui lui est étranger²⁵³. Mais la remarque peut être tempérée à propos de l'histoire contemporaine. D'autant que le fait objet de l'histoire ressemble fort au fait objet d'un litige²⁵⁴. « Est historique tout fait qu'on ne peut pas observer directement parce qu'il a cessé d'exister », disait Seignobos²⁵⁵. Il reste que le juge qui, pour trancher un litige, retrace les faits de l'espèce, est soumis à des *contraintes* inconnues de l'historien tenant à la méthode de travail (droit de la preuve, respect du contradictoire), à la question posée, aux délais impartis (relativement courts) et à l'objectif poursuivi (prise d'une décision). Enfin, la vérité du juge est affectée d'une relativité qui ne concerne pas, en principe, la vérité historique²⁵⁶.

252 Qui ajoutait : « d'une histoire qui ne s'intéresse pas à je ne sais quel homme abstrait, éternel, immuable en son fond et perpétuellement identique à lui-même –mais aux hommes toujours saisis dans le cadre des sociétés dont ils sont membres –aux hommes membres de ces sociétés à une époque bien déterminée de leur développement – aux hommes dotés de fonctions multiples, d'activités diverses, de préoccupations et d'aptitudes variées, qui toutes se mêlent, se heurtent, se contrarient, et finissent par conclure entre elles une paix de compromis, un *modus vivendi* qui s'appelle la Vie. », Lucien Febvre, *Combats pour l'histoire*, Paris, Armand Colin, 1953, pp. 20-21. V. Antoine Prost, *Douze Leçons sur l'histoire*, Seuil, Points Histoire, 1996, p. 148.

253 On a parfois souligné que les temps de l'histoire sont multiples selon les entités considérées : temps court de l'événement, temps demi - long de la conjoncture, longue durées des civilisations, très longue durée des symbolismes fondateurs du statut social en tant que tel », temps qui sont sans rapport avec le « temps de l'action ». Paul Ricoeur, *Temps et Récit, I. L'intrigue et le récit historique*, Seuil, Points Essais, 1983, pp. 314-315.

254 « Toute recherche causale est historique qui concerne un événement. L'expert est dans la même situation que l'historien ». R. Aron, *op. cit.* p. 197.

255 « Il n'y a pas des faits historiques par leur nature ; il n'y a de faits historiques que par *position*. (...) Il n'y a pas de caractère historique inhérents aux faits, il n'y a d'historique que la façon de les connaître. », Charles Seignobos, *La méthode historique appliquée aux sciences sociales*, Paris, Alcan, 1901. V. J. Revel, art. préc. p. 47.

256 « Attendu que la vérité judiciaire, par essence relative, ne peut être que celle d'un moment, appliquée seulement aux parties en cause », TGI Paris, 8 juillet 1981, *LICRA c. Faurisson*, D. 1982, p. 59, note B. Edelman.

Quoi qu'il en soit, en matière juridique, avant toute évocation d'une règle de droit, c'est une série d'événements, une *histoire*, que le juge est amené à considérer pour trancher le litige. Dans le contexte du droit de la responsabilité, il est, comme l'historien, confronté à des faits passés qu'il doit reconstituer, grâce à divers éléments de preuve. Comme l'historien, il « ne saurait se contenter de présenter les faits qu'il a recueillis en ordre chronologique ; il doit leur donner une organisation porteuse d'une signification, produisant des figures reconnaissables »²⁵⁷. En son sens grec, histoire signifie d'ailleurs « *enquête* » : longtemps, la tâche de l'historien fut conçue comme une investigation devant « rendre compte d'un certain état des choses et en rechercher l'explication à travers l'identification de causes naturelles », travail qui devait faire l'objet d'une mise en forme afin d'entraîner l'adhésion du lecteur. En cela, le travail historique relevait clairement de *l'éloquence judiciaire*²⁵⁸. La pensée historiographique livre ainsi des réflexions d'un intérêt crucial concernant la définition du fait singulier²⁵⁹, l'appréciation des preuves documentaires ou testimoniales, et les concepts utilisés, à commencer par la causalité.

51. Causalité historique, causalité juridique. Causalité historique et causalité juridique se rapprochent largement dès lors qu'il faut répondre à la question suivante : « à quelles conditions peut-on affirmer que, par son activité, un individu a été la « cause » d'un effet extérieur déterminé ? »²⁶⁰ La question a « la même structure logique que celle de la causalité historique. En effet, tout comme l'histoire, les problèmes concernant les relations sociales pratiques des hommes entre eux, et tout spécialement ceux de la justice sont orientés dans un sens « anthropocentrique », ce qui veut dire qu'ils s'occupent de la signification d' « agissements » humains. (...) Le problème de la causalité en histoire s'oriente également et toujours vers l'imputation d'effets concrets à des causes concrètes et non vers un approfondissement de « légalités » abstraites »²⁶¹. Non seulement les deux démarches sont rétrospectives²⁶² mais l'historien et le juge abordent, tous deux, des

257 J. Revel, art. préc. p. 35.

258 *Ibid.*

259 Notamment, la réflexion menée par les historiens sur la notion d'événement comme ayant à la fois la propriété d'être singulier et typique nous paraît d'un intérêt fondamental en matière juridique, tant s'avère délicate la question de la qualification.

260 Max Weber, *op. cit.*, p. 274.

261 *Ibid.*, p. 275.

262 « Toute enquête causale est donc régressive : l'historien part de l'effet et remonte vers les antécédents » R. Aron, *op. cit.* p. 199.

événements à propos desquels « la complexité des enchevêtrements de causes » est infinie²⁶³. Certes, « l'histoire, pour autant qu'elle prétend rester une science, s'intéresse aux raisons objectives d'événements concrets et aux conséquences d'« actes » concrets, sans essayer de mettre l' « agent » en accusation »²⁶⁴. Toutefois, partout où « la causalité objective est seule en cause », ce qui est majoritairement le cas dans le droit contemporain, « l'histoire se trouve précisément dans une situation logique tout à fait semblable »²⁶⁵. La question est, dans les deux cas, la suivante : « comment l'imputation d'un « effet » à une « cause » singulière est-elle en principe possible et réalisable, vu qu'il existe toujours en vérité une *infinité* d'éléments causatifs qui ont déterminé l'apparition d'un « événement » singulier et qu'en fait la *totalité* des éléments causatifs singuliers était nécessaire pour que l'événement se produise sous sa forme concrète ? »²⁶⁶. Il faut pouvoir fournir une réponse pouvant prétendre à l'objectivité. Or cette objectivité est nécessairement relative.

52. La question de l'objectivité. La question de l'objectivité du jugement causal se pose au juge comme elle se pose à l'historien. « Comment déterminer la cause véritable ? Pratiquement, dira-t-on, nous choisissons en fonction de la curiosité ou de l'intérêt. Mais un tel choix n'est-il pas arbitraire ? »²⁶⁷ Dans l'appréhension des faits, le juge, comme l'historien, procède à une « immanquable reconstruction » des événements passés²⁶⁸. La chose est désormais bien admise en histoire²⁶⁹. C'est ce qu'Aron appela la « dissolution de

263 A. Prost, *op. cit.* p. 172.

264 M. Weber, *op. cit.* pp. 275-276.

265 *Ibid.* pp. 275-276.

266 *Ibid.*

267 R. Aron, *op. cit.* p. 199.

268 Sa compréhension, comme toute compréhension « –même la compréhension d'autrui dans la vie quotidienne- n'est jamais une intuition directe mais une reconstruction » P. Ricoeur, *op. cit.* p. 175. La plupart des historiens admettent que les faits ne leur sont pas donnés dans les documents qu'ils étudient, mais que ces documents sont sélectionnés en fonction d'une problématique. V. P. Ricoeur *op. cit.* p. 193.

269 Au début du XXe siècle, alors que les historiens français concevaient, majoritairement, le travail de l'historien comme une reconstruction fidèle du passé –conçu comme un ensemble de faits donnés- tel qu'il a été, les philosophes, inspirés par le courant allemand de la philosophie de l'histoire, affirmaient que nous ne trouvons jamais dans l'histoire « que ce que nous y avons d'abord introduit nous-mêmes en sélectionnant le donné, en le mettant en perspective, en adoptant un point de vue sur la séquence à interpréter ». Cette position, « relativiste » ou « perspectiviste », tend à réduire la connaissance historique à l'affirmation d'une perspective à partir de laquelle le jugement de l'historien refléterait davantage la subjectivité de son point de vue qu'une quelconque objectivité. Nous retrouverons ce même scepticisme à propos de la causalité.

l'objet »²⁷⁰. De nos jours, la dimension interprétative du travail historique est largement acceptée et prise en compte dans la réflexion historiographique : la position criticiste, illustrée par Aron, consiste à l'admettre, sans conclure pour autant à l'impossibilité d'un discours objectif.

La position sceptique, selon laquelle, il n'y aurait « pas de fait, rien que des interprétations », existe également dans la littérature juridique. Ce scepticisme ne touche pas qu'à la manière dont le juge prend connaissance des faits. Il concerne également la façon dont le juge interprète et met en œuvre la règle de droit, dont le sens est, selon certains, nécessairement indéterminé²⁷¹. Sans aller jusque là, il faut admettre qu'aucune approche des faits, voire de la règle, ne peut être entièrement neutre. Toute réalité « est équivoque et inépuisable »²⁷². Il n'est pas possible d' « appréhender quoi que ce soit du passé, fût-ce le « fait » le plus élémentaire, le plus simple, le plus objectif (disons par exemple : la mort de Jules César) sans le « qualifier » : on ne peut se contenter de dire qu'il a existé, été, sans préciser de quelque façon ce qu'il a été »²⁷³. Vrai en histoire, le constat l'est encore plus en matière juridique. Dans le contexte judiciaire, l'approche des faits par le juge est prédéterminée par les prétentions des parties : on parle de « pré qualification » ou de « pré jugement »²⁷⁴. Cela signifie que la question causale, au moment même où elle est posée, est déjà orientée.

53. Orientation de la question causale. Par hypothèse, les causes envisagées par le juge ont pour caractéristique d'avoir une incidence juridique sur l'issue du procès. Il en va de même en histoire : on ne se pose la question des causes que dans le cadre d'une interrogation déterminée. « L'histoire cherche exclusivement à expliquer causalement les

270 « Il n'existe pas une réalité historique toute faite avant la science, qu'il conviendrait simplement de reproduire avec fidélité ». R. Aron, *op. cit.* p. 147.

271 Ce scepticisme marque notamment la pensée des partisans du réalisme juridique américain (*Legal Realism*). Le postulat de la radicale indétermination des règles juridiques est le fait d'un avatar du courant réaliste, celui des Études Juridiques Critiques (*Critical Legal Studies*).

272 R. Aron, *op. cit.* p. 147.

273 Henri-Irénée Marrou, *De la connaissance historique*, Seuil, Points Histoire, 1975 p.140.

274 « La factualité même du fait n'est pas de même nature pour les historiens et pour les juristes. Pour les historiens, elle s'impose d'emblée. Pour les juristes, elle est subordonnée à une signification normative antérieure. Avant même d'être avérés, les faits sont qualifiés, qualifiés, donc pré-jugés. Ils se réduisent alors à une hypothèse nécessaire à la mise en œuvre d'une norme : on vérifie qu'existe bien la condition à laquelle est suspendue la sanction qui s'attache à ce pré-jugement.(...) le fait en droit n'est pas une réalité autonome, présaisi qu'il est par un critère déontique qui le rend justiciable d'un jugement », Yan Thomas, « La vérité, le temps, le juge et l'historien », *Le Débat*, n°101, 1998, p. 18.

« éléments » et les « aspects » de l'événement en question qui ont une « signification générale » sous des points de vue déterminés et qui offrent *pour cette raison* un intérêt historique, exactement comme le juge ne fait jamais entrer dans son appréciation le cours total et singulier d'un acte, mais uniquement les éléments qui sont *essentiels* pour la subsumption sous les normes »²⁷⁵. En principe, la sélection des facteurs ne doit pas être un problème pour le juge, pas plus que pour l'historien ; leur enquête est orientée vers un *but* bien précis qui leur permet d'écarter les facteurs sans intérêt. Le juge, dans sa recherche des causes, est déjà influencé, modelé, par la règle de responsabilité, qui lui permettra d'opérer une sélection des éléments de fait pertinents. Ainsi, « le juge ne fait jamais entrer dans son appréciation le cours total et singulier d'un acte, mais uniquement les éléments qui sont essentiels pour la subsumption sous les normes. (...) Il en résulte que l'imputation historique élimine, tout comme l'imputation juridique, une infinité d'éléments du cours réel des choses, parce qu'ils ne présentent aucune « importance causale » »²⁷⁶. On retiendra de ce constat que les facteurs donnant lieu, dans le contexte de la responsabilité, à un examen de causalité, sont des faits *signifiants* au regard de la règle de responsabilité, qui sont aptes à produire des *effets de droit*. C'est la raison pour laquelle, par exemple, la question de la pluralité des causes ne se posera qu'au regard d'une pluralité de *faits générateurs* de responsabilité, peu important la participation causale d'autres événements, tels un fait de la nature ou la contribution non fautive d'un tiers²⁷⁷.

54. Conclusion du sous-paragraphe. Ce rapprochement de l'histoire et du droit nous a permis de mettre en évidence quelques particularités du jugement de causalité dans la responsabilité. D'abord, ce jugement concerne, avant toute chose, des faits *humains*, car il a pour enjeu l'imputation d'une responsabilité. Ensuite, l'enquête causale ne peut prétendre à une objectivité absolue, car celui qui la mène aborde les faits avec un « *point de vue* ». Cet aspect permet de se désintéresser des facteurs qui ne sont pas *relevants* du point de vue de la responsabilité juridique, ce qui limite la difficulté de l'enquête causale. Enfin, nombre de traits de la causalité juridique se retrouvent dans la causalité historique, ce qui laisse penser que l'on pourrait trouver, dans la réflexion historiographique, des éléments de

275 M. Weber, *op. cit.*, p. 277.

276 M. Weber, *op. cit.* p. 276-277

277 V. *infra* n°461 et s.

solutions à la définition de la causalité. Il reste que la causalité juridique s'écarte de la causalité historique lorsqu'elle implique des faits matériels.

B. La causalité des faits matériels

55. Bien que la responsabilité vise les hommes, la qualification du lien de causalité n'implique pas nécessairement des actes humains à proprement parler. Non seulement un comportement humain sera, parfois, pris en compte dans sa dimension seulement matérielle, mais l'analyse causale pourra n'impliquer que des faits purement physiques. Supposons, par exemple, qu'un incendie se déclenche dans un immeuble : la recherche des causes du sinistre n'implique pas, ici, une causalité humaine du type de la causalité historique. Il s'agit seulement de se prononcer sur un événement concret et matériel. On rencontre également des causalités matérielles en matière de responsabilité du fait des choses, ou dans la responsabilité du fait des produits. De ces hypothèses de causalité matérielle doivent être distinguées celles dans lesquelles sont explicitement en cause des faits naturels.

56. L'explication causale de faits matériels. La responsabilité civile peut exiger de tracer des liens entre deux faits matériels de manière absolument singulière et concrète²⁷⁸. Tel est le cas, par exemple, lorsque une bicyclette est défectueuse parce que son guidon, mal fixé, menace de tomber et d'entraîner la chute du cycliste. De même, lorsqu'il convient d'établir qu'un malade du Sida doit sa maladie à la transfusion dont il a bénéficié 10 ans auparavant, ce qu'il faut prouver est purement matériel. Il convient simplement de montrer que le sang transfusé était bel et bien vicié. Dans l'ensemble, la preuve de ce type de causalité matérielle implique de parvenir à établir le déroulement précis des faits. Supposons, par exemple, qu'un incendie se déclenche dans un immeuble et qu'il faut en déterminer l'origine : toute l'enquête s'orientera vers une recherche des faits précis ayant précédé le déclenchement de l'incendie. Si des lois scientifiques sont ici mobilisées, il s'agira de lois connues et acquises qui permettront, le cas échéant, de déterminer le fait précis et singulier qui a permis de déclencher l'incendie dans ce cas particulier. C'est ainsi que la règle causale selon laquelle le gaz s'embrase facilement pourra être utilisée si l'on impute l'incendie à M. X qui a laissé le gaz s'échapper dans sa cuisine. Mais encore faut-il

²⁷⁸ V. *infra* n° 549 et s.

prouver que M. X a agi ainsi. Dans ce genre d'hypothèses, on fait appel, certes, à la causalité scientifique mais on le fait pour établir une causalité concrète, individuelle qui, bien que liant des faits physiques, n'en est pas moins propre aux faits de l'espèce. Si l'on conclut, par exemple, que l'incendie est lié au comportement de M. X qui, après avoir laissé le gaz s'échapper, s'est endormi avec une cigarette allumée à la bouche, il ne sera pas possible de voir, dans cette imputation causale purement singulière, la simple exemplification d'une loi générale selon laquelle le gaz s'embrase facilement. Il arrive, toutefois, que l'analyse causale mobilise explicitement une causalité naturelle, scientifique.

57. L'explication causale de faits naturels. L'explication causale peut parfois mettre en jeu directement des lois de la nature²⁷⁹. Il est fréquent que le contentieux de la responsabilité implique une causalité naturelle, ce qui implique de s'appuyer sur une loi causale scientifiquement établie. Tel est le cas lorsqu'on s'interroge, par exemple, sur la nocivité d'une technologie, ou d'une substance soupçonnée d'être toxique. Cet aspect concerne souvent le domaine de ce que l'on appelle les « nouveaux risques » : OGM, ondes servant à la téléphonie mobile, médicaments... La règle est de se référer aux « données acquises de la science ». Le droit est censé n'admettre, en un tel domaine, que des causalités scientifiquement prouvées. C'est donc à l'expert qu'il appartient de faire état de la littérature scientifique disponible pour conclure ou non à une causalité scientifique établie. En principe, une causalité scientifique non avérée ne doit pas donner lieu à une condamnation²⁸⁰.

Dans certaines hypothèses, la relation causale générale ne fait pas de doute. La nocivité du tabac ou des poussières d'amiante est scientifiquement certaine. Pour autant, le jugement de causalité dans une espèce particulière, n'est pas forcément acquis. Si l'on dispose d'une loi scientifique disant que A engendre B dans 100% des cas, les choses sont relativement simples. Mais en biologie et en médecine, les lois causales ne sont souvent que probabilistes. On sait que A engendre B dans 60% des cas. Ou, plus difficile encore, on sait que A « favorise » l'apparition de B, au sens où B a, en général, 30% de chances de se produire, alors qu'en présence de A, la probabilité s'élève à 60%. Les exemples sont nombreux. Par exemple, on sait que le nuage de pollution radioactive issu de la centrale de Tchernobyl se révélait nocif. Une fois cela acquis, comment déterminer ceux qui ont

²⁷⁹ V. *infra* n° 566 et s.

²⁸⁰ V. *infra* n° 575 et s.

directement pâti de cette pollution ? Ces difficultés illustrent la complexité de la prise en considération des lois scientifiques dans les questions tranchées quotidiennement par le juge dans des cas particuliers.

58. Conclusion du paragraphe. Tenter de cerner la manière dont se pose la question causale dans le droit de la responsabilité nous a permis de tracer un parallèle avec *l'explication causale historique*, dont les analyses méthodologiques pourraient se révéler utiles. Cela dit, il faut également tenir compte du fait que l'enquête causale implique fréquemment la causalité de faits purement *matériels*, qui peuvent se présenter comme des faits *naturels* dont l'étude renvoie directement à un savoir scientifique (médecine, biologie, chimie, physique), ou de faits matériels *singuliers*, tel la preuve concrète qu'une victime a reçu un lot de sang contaminé au lieu d'un lot sain. Notre étude de l'épistémologie de la causalité devra tenir compte de ces divers aspects de la question causale dans la responsabilité : causalité physique, matérielle, humaine.

§2. Le modèle nomologique de causalité scientifique

59. Vouloir s'inspirer des conceptions scientifiques pour interpréter la notion juridique de cause nous mène à présenter le modèle dominant de causalité dans l'épistémologie contemporaine. Il s'agit du modèle « nomologique » de causalité scientifique. Le terme « nomologique » est, en principe, d'un accès facile pour le juriste. Le grec *nomos* désigne la *loi*. Est nomologique ce qui est fondé sur des lois scientifiques : il s'agit là du modèle déterministe évoqué au chapitre précédent, approfondi à l'époque contemporaine par le courant de l'empirisme logique du Cercle de Vienne. Nous étudierons successivement la portée du modèle nomologique relativement aux faits physiques ou naturels (A), puis à propos des comportements humains (B).

A. Le modèle nomologique d'explication des faits naturels

60. Le modèle nomologique, porté par le courant néo-positiviste du Cercle de Vienne²⁸¹, est et reste fondamental dans la pensée contemporaine. L'assimilation entre causalité et loi invariable -ou se répétant dans un grand nombre de cas-, a été abondamment commentée dans le monde philosophique anglo-saxon dans les années 1940 à 1970. Dans ce contexte fut formulé le principe de l' « explication nomologique-déductive », qui désigne la cause par le recours à des lois universelles sous-jacentes. L'intérêt du modèle est qu'il ne permet pas seulement d'opérer une analyse causale à propos d'événements passés : il autorise, en outre, la prévision. Autrement dit, s'interroger sur les conséquences d'une action passée ou sur les effets à venir d'une action mobilise le même raisonnement : prédire et rétrodire sont des opérations logiques équivalentes. Le modèle nomologique-déductif classique (1), fondé sur l'invariabilité des lois causales, a toutefois connu des affaiblissements à l'époque contemporaine (2).

1. Le modèle nomologique classique

61. L'explication d'un phénomène est fondée de manière scientifique si elle peut montrer que ce phénomène est un cas particulier d'une loi. La loi elle-même est fondée si l'expérience atteste que la relation entre variables qui est exprimée dans la loi est régulière, qu'elle se produit toujours, ou à tout le moins avec une probabilité significative²⁸². Autrement dit, chaque relation causale est l'exemplification concrète de lois naturelles, invariables et nécessaires, qui ont elles-mêmes été induites de l'observation de régularités empiriques. « Être cause ou effet ne signifie rien d'autre qu'être subsumé sous une loi de la nature »²⁸³. L'explication d'un phénomène est scientifiquement fondée dès lors qu'on peut montrer qu'il s'agit d'un cas particulier d'une loi. Et la loi elle-même est fondée si l'expérience atteste que la relation entre variables exprimée dans la loi est régulière, qu'elle se produit toujours²⁸⁴. En cela, cette doctrine est empirique : les lois scientifiques et la causalité sont toujours des régularités observables. En outre, cette conception « légaliste »

281 C. Hempel, *Aspects of Scientific Explanation*, New York, Free Press, 1965 ; *Philosophy of Natural Science*, Englewood Cliffs, NJ, Prentice Hall, 1966 trad. fr. par B. Saint-Sernin, *Éléments d'épistémologie*, Armand Colin, coll. Cursus, Paris, 1972, 2e éd. 1996 spéc. Chap. 5.

282 R. Franck, *op. cit.* p.6-7.

283 M. Kistler, *op. cit.* p. 8

284 L'épistémologie contemporaine a admis la possibilité de lois causales comportant des contre-exemples dès lors qu'elles présentent une probabilité significative.

est foncièrement déterministe. Elle permet de réduire la causalité à une relation de dépendance fonctionnelle entre grandeurs de certaines variables : $y=f(x)$ ²⁸⁵.

62. Fonctionnement du modèle. Le modèle nomologique de causalité fut notamment développé par Carl G. Hempel et Paul Oppenheim²⁸⁶ en 1948. Il constitue aujourd'hui la théorie classique de l'explication scientifique. Les auteurs, analysant la forme logique des explications singulières, estiment que l'*explanans* –ce qui explique– contient deux éléments : une partie nomologique correspondant à une généralisation et une partie correspondant aux conditions initiales du phénomène à expliquer. On peut ainsi déduire l'*explanandum* –ce qu'il faut expliquer– de la conjonction de l'énoncé général et des conditions particulières. L'ensemble des prémisses d'un argument explicatif constitue l'*explanans*. Ainsi, dans cette conception « nomologique–déductive » de l'explication, ce qu'il s'agit d'expliquer –l'*explanandum*– est la conclusion d'un argument *déductif*. « Expliquer et prédire un phénomène signifie montrer qu'il existe une description du phénomène telle qu'elle peut être logiquement déduite d'un énoncé nomologique, joint à la formulation des conditions initiales qui spécifient les circonstances dans lesquelles le phénomène en question s'est produit (ou est attendu à se produire) »²⁸⁷. L'explication scientifique contient donc nécessairement au moins une loi. On soulignera, pour mémoire, que Hempel n'inclut pas la précédence temporelle des conditions initiales dans son modèle d'explication, se démarquant ainsi du modèle humien, qui faisait de l'antériorité temporelle de la cause sur l'effet une composante fondamentale de la causalité²⁸⁸. La remarque n'est pas totalement inutile pour la matière juridique : bien souvent, la succession temporelle est l'argument central sur lequel se fonde le juge pour retenir la causalité.

63. Évacuation de la causalité ? Nous avons déjà eu l'occasion de mentionner que l'analyse déterministe rendait presque inutile l'usage du terme « causalité ». La réduction

285 La position épistémologique des philosophes empiristes contemporains peut varier. Certains tendent vers le réalisme, mais d'autres prolongent le scepticisme humien et interprètent la subsomption sous une loi comme un acte subjectif, fondé sur des lois elles aussi forgées et non découvertes par l'esprit humain. Max Kistler, *op. cit.* pp. 8-9.

286 Article qui figure dans Carl G. Hempel, *Aspects of Scientific Explanation and Other Essays in the Philosophy of Science*, New York, The Free Press, 1965.

287 M. Kistler, *op. cit.* p. 8.

288 La raison de cette exclusion par Hempel serait trop complexe à développer ici. On peut néanmoins relever qu'il existe de nos jours un débat sur la question de savoir s'il existe des formes de causalité rétroactive où l'effet précède la cause, en particulier en physique quantique. V. Barberousse, Kistler, Ludwig, *op. cit.* p. 106.

de l'explication causale à l'actualisation d'une loi a servi d'argument à deux auteurs, Carnap²⁸⁹ et Russell²⁹⁰, pour plaider en faveur d'une renonciation à la terminologie causale dans le travail scientifique. Il serait, selon eux, préférable de renoncer au concept de causalité afin d'user des seuls termes de *condition* et de *fonction*. Ces auteurs conçoivent la causalité comme un concept relevant exclusivement du *sens commun* dont il serait impossible de donner une version scientifique. « Au lieu d'être réductible (...) dans un cadre scientifique, le concept de causalité ne posséderait aucun pendant dans la conception scientifique du monde. Il convient donc de l'en *éliminer*. Une conception n'est scientifique que dans la mesure où elle n'est pas causale »²⁹¹. Autrement dit, si l'explication scientifique se réduit au modèle nomologique, il suffit d'avoir recours à des descriptions quantitatives des phénomènes ainsi qu'à des équations fonctionnelles : nul besoin de conserver l'idée de cause, dont la dimension métaphysique effraie. Mais la causalité n'est pas si facilement évacuable. Elle est utilisée quotidiennement par les scientifiques dans leur travail d'expérimentation et d'interprétation. Elle revient « à chaque fois qu'on passe de l'étude théorique d'un modèle à l'explication du phénomène réel que le modèle est censé décrire »²⁹². En outre, les lois scientifiques ne sont pas toujours déterministes, loin s'en faut. Pour cette raison, le modèle nomologique-déductif a connu un affaiblissement.

2. L'affaiblissement du modèle : la causalité probabiliste

64. Toutes les lois de la nature ne sont pas invariables mais admettent des exceptions. Aussi, le modèle nomologique-déductif a-t-il évolué en admettant l'existence de phénomènes soumis à des lois seulement *probabilistes* (et non plus déterministes)²⁹³. Au lieu de dire que A implique B dans la totalité des cas, on dira que A implique B dans 80%

289 R. Carnap, *Philosophical Foundations of Physics*, New York Basic Books, 1966, trad. fr. *Les fondements philosophiques de la physique*, Paris, A. Colin, 1973.

290 B. Russell, « *The concept of cause* », in *Mysticism and Logic*, London, 1918. V. égal. B. Russell, « *On the notion of cause* », *Proceedings of the Aristotelian Society*, 13, 1912-1913, p. 1.

291 Max Kistler, *op. cit.*, p. 9.

292 *Ibid.*

293 Cela signifie qu'il faut admettre des processus indéterminés, pour lesquels la prédiction n'est pas réellement possible. Si A ne produit B que dans 55% des cas, comment prédire ce qui se produira lorsque A survient ? Nous allons voir qu'à cette incertitude de la prédiction correspond une incertitude de l'explication causale rétrospective.

des cas. Le modèle probabiliste est aujourd'hui le seul viable, et le plus influent. Il a conduit à l'adoption d'un critère de causalité : l'augmentation des probabilités.

65. L'augmentation des probabilités. Supposons deux faits *c* et *e*. Pour retenir un lien causal entre le fait *c* et le fait *e*, il est nécessaire et suffisant que la probabilité objective que *e* se produise si *c* se produit soit plus grande que la probabilité objective que *e* se produise si *c* ne se produit pas. Par exemple, il est possible de retenir un lien causal entre la consommation de tabac et le cancer si la probabilité objective qu'un cancer survienne chez un fumeur est plus grande que la probabilité objective de cancer chez un non fumeur. Tel est, d'ailleurs, le principe de l'établissement d'une causalité au moyen d'études épidémiologiques. Hempel désignait cette approche par le terme de modèle *inductif-statistique* d'explication : « ce qui fait que *c* compte comme une cause de *e*, c'est que l'occurrence de *c* augmente la probabilité objective de l'occurrence de *e* »²⁹⁴. Pour ses défenseurs, cette analyse de la causalité par l'augmentation des probabilités permet de rendre compte des trois « principales connotations » de la causalité : le fait que les causes sont des indicateurs de leurs effets, qu'elles permettent d'expliquer leurs effets et qu'elles peuvent servir de moyen pour atteindre leurs effets²⁹⁵.

Il faut surtout noter qu'au lieu d'être *déductible* des prémisses –comme c'est le cas dans le modèle nomologique-déductif- la conclusion est rendue seulement *probable* par la vérité des prémisses. Supposons une loi *déterministe* (donc invariable) selon laquelle A engendre toujours B, avec A cause suffisante et nécessaire de B. Si, dans un cas particulier, on rencontre un fait *a*, on sait qu'il a engendré *b*. Si, inversement, on rencontre un fait *b*, on sait qu'il résulte de *a*. Si on rencontre les deux faits *a* et *b* s'étant successivement produits, on sera certain que *a* est la cause de *b*. Supposons, maintenant, une loi seulement *probabiliste* selon laquelle A engendre B dans 60% des cas. Si, dans un cas particulier, on rencontre *a*, on n'a que 60% de chances qu'il engendre *b*. Si on rencontre *b*, il est certain qu'il résulte de *a* si aucun autre événement n'est de nature à le produire. Mais si, comme c'est le plus fréquent, B peut résulter d'autres causes que A, la simple occurrence de *b* ne prouve rien : on sait seulement que *b* peut, éventuellement, résulter de *a*. Par exemple, on sait qu'un cancer peut résulter de la consommation de tabac, mais qu'il peut aussi survenir pour d'autres raisons, pas toujours connaissables.

294 Nous soulignons. Barberousse, Kistler, Ludwig, *op. cit.* pp. 118-119.

295 *Ibid.*

Supposons, enfin, que dans le cadre de la même loi probabiliste, on constate que *a* et *b* se sont l'un et l'autre produits. Peut-on conclure à la causalité ? On sait que A engendre B dans 60% des cas. Il y a donc ici 60% de chances (pas plus) que *a* soit la cause de *b* dans le cas concret étudié. Supposons maintenant que B puisse se produire en l'absence de A. Il faut tenir compte de la fréquence d'apparition de B en l'absence de A, par exemple 20% des cas. Dans ce cas de figure, on pourra conclure que *a* est cause de *b*, car, en présence de A, la probabilité de B passe de 20% à 60%. Par exemple, la consommation de tabac par la victime d'un cancer du poumon est cause dès lors qu'elle augmente la probabilité d'un tel cancer, bien qu'il existe toujours une probabilité résiduelle de développer un cancer du poumon en l'absence de tabac. Le lien causal ainsi établi n'est toutefois que *probable*, et non *certain* comme dans le cas d'une loi déterministe dans laquelle le tabac engendrerait la maladie dans 100% des cas.

66. Limites de la causalité probabiliste. On reproche au modèle probabiliste de mener à des conclusions contradictoires lorsqu'on se trouve en présence de contre-exemples ou lorsque l'ensemble des données du problème n'est pas connu²⁹⁶. Cela signifie, dans le vocabulaire de Hempel, que « les prémisses de l'explication doivent répondre à « l'exigence de spécificité maximale » par rapport à l'*explanandum* »²⁹⁷. Or, « en l'absence d'une information complète sur tous les faits de l'Univers dans un sens absolu, on est contraint d'admettre que l'explication statistique est empreinte d'une « relativité épistémique » par rapport à un système particulier de connaissances »²⁹⁸. Ce qui signifie que le jugement de causalité formulé grâce à la probabilité ne vaut que dans le contexte du

296 L'exemple donné par Hempel est le suivant. Jean a une infection à streptocoques et est traité avec de la pénicilline. La probabilité d'une guérison rapide grâce à la pénicilline est élevée (proche de 1) en cas d'infection à certains streptocoques. Si Jean guérit, cette probabilité élevée permet facilement d'établir la cause de la guérison. Mais il est toujours possible que les streptocoques qui rendent Jean malade soient résistants à la pénicilline : en ce cas la probabilité de sa guérison est faible (proche de 0) et la probabilité qu'il ne guérisse pas élevée (proche de 1). Il faut au fond savoir si les streptocoques en question sont résistants ou non à la pénicilline, faute de quoi le raisonnement probabiliste conduit à des conclusions contraires : dans le premier cas, une probabilité élevée de guérison, dans le second cas (streptocoques résistants), une probabilité élevée de non guérison.

297 Hempel soulignait à cet égard que « les explications statistiques ne peuvent pas être évaluées de façon isolée, mais seulement relativement à un arrière plan constitué par tout un ensemble de connaissances. (...) Dans l'explication statistique, contrairement à l'explication déductive, il est illicite d'ignorer des informations pertinentes ». Barberousse, Kistler, Ludwig, *op. cit.* p. 120.

298 Barberousse, Kistler, Ludwig, *op. cit.* pp. 120-121

système formé par les connaissances pertinentes relatives à l'enquête considérée²⁹⁹. Notre exemple du cancer n'est, par exemple, convaincant que si l'on est en mesure de déterminer les chances de développer un cancer en l'absence de tabac, puis d'examiner ces chances en cas de consommation tabagique, *toutes choses étant égales par ailleurs*.

Une autre critique adressée à la causalité probabiliste est qu'elle ne permet pas de prendre en compte autre chose que des probabilités élevées. Ainsi, lorsqu'on sait que, placés dans certaines circonstances, 25% des gens développent une maladie *M*, ces 25% ne s'avèrent guère significatifs pour opérer un jugement de causalité. Ce qui en ressort surtout est que ces circonstances ne causent pas la maladie *M* dans 75% des cas ! Dans les systèmes de *Common Law*, la règle est, par exemple, d'exiger une probabilité d'au moins 51%, de manière à ce que le défendeur ait au moins 1 chance sur 2 d'avoir causé le dommage. Pourtant, lorsqu'on ne dispose d'aucune autre statistique, il ne semble pas souhaitable de refuser l'explication qui paraît, après tout, la moins mauvaise possible, même si elle ne concerne qu'un quart des hypothèses... Par ailleurs, le raisonnement ne tient compte que de probabilités *ex ante*. Or il peut toujours arriver qu'un fait se produise alors que sa probabilité est faible ou inférieure à ce qu'elle aurait été dans une autre hypothèse. Si un mauvais tireur a moins de chance qu'un bon tireur d'atteindre sa cible, il peut néanmoins parfois y arriver !

Enfin, dans certaines hypothèses de « surdétermination causale »³⁰⁰, le critère d'augmentation des probabilités n'est pas suffisant pour établir la causalité. Supposons que deux personnes souhaitent, l'une comme l'autre, empoisonner Paul. L'un empoisonne sa soupe, l'autre empoisonne sa boisson. Mais Paul boit d'abord et meurt sans avoir touché à sa soupe. Les deux faits augmentent tous deux la probabilité de la mort de Paul : rien, dans le critère d'augmentation des probabilités, ne permet de désigner la cause réelle. Il faut donc conclure que le critère d'augmentation des probabilités est un indice (faillible) de la causalité mais qu'il n'en constitue pas « une analyse conceptuelle complète, ou, dans un vocabulaire plus métaphysique, n'épuise pas la nature profonde de la relation causale »³⁰¹.

299 L'argument est également formulé par Aron à propos de la causalité adéquate : telle cause est adéquate par rapport à un certain ensemble de faits, accidentelle par rapport à un autre.

300 Nous les retrouverons au sujet des difficultés du critère de la condition *sine qua non*. V. *infra* n°170 et s.

301 Barberousse, Kistler, Ludwig, *op. cit.* p. 123

67. Conclusion du A. L'approche de la causalité par l'épistémologie contemporaine présente l'intérêt de refléter ce qui constitue le cœur de l'idée de causalité, mis en évidence par Hume, soit la succession, sinon constante, du moins régulière. Dans cette optique, est une cause l'événement qui engendre, dans la grande *majorité* des cas, la réalisation d'un autre événement. Cela acquis, l'affaiblissement connu par le modèle nomologique-déductif nous montre, comme l'avait déjà fait Hume³⁰², que l'analyse des causes est indissociable d'une *logique du probable*. Cela signifie que l'exigence traditionnelle de causalité *certaine* n'est, dans un tel contexte, pas accessible. La logique du probable rend, par ailleurs, la prédiction difficile : comment dire, dans ces conditions, qu'un comportement est dangereux ? Tel est aujourd'hui, nous le verrons, l'une des difficultés rencontrées dans la responsabilité civile. Enfin, la référence à une loi scientifique générale est délicate lorsqu'on est face à des faits singuliers et concrets. Nous allons retrouver cette difficulté en matière de causalité humaine.

B. Difficultés du modèle nomologique en matière de faits humains

68. La responsabilité, juridique ou historique, suppose d'établir que tel acte humain a causé tel effet ou que tel fait, quel qu'il soit, a eu pour conséquence tel acte humain. S'agit-il d'une causalité analogue à celle que nous avons évoquée précédemment ? D'un point de vue épistémologique, la transposition aux « sciences humaines » du modèle nomologique de causalité, développé par le courant positiviste, a donné lieu à d'intenses débats. En effet, l'option déterministe, même nuancée par l'emploi des probabilités, paraît difficilement acceptable lorsqu'on envisage la réalité humaine. Comment, en effet, admettre l'idée de lois causales gouvernant le comportement humain alors que l'homme, en tant qu'être intelligent et apte à se représenter la réalité, est censé agir *librement* ? Par ailleurs, plus encore que les faits matériels, l'étude des réalités humaines suppose d'examiner des faits *singuliers*, difficilement rattachables à des événements types. Ces deux difficultés se confondent généralement pour rendre très délicat le recours à l'explication causale de type légaliste en matière d'actes humains.

302 V. *supra* n°26 et s.

69. Le débat épistémologique autour de la causalité humaine. Lorsque se posa, à la fin du XIXe siècle, la question de la causalité en matière d'événements humains, ce fut au travers du problème du statut scientifique des sciences humaines naissantes. On voulut déterminer « si et dans quelle mesure le monde humain comporte des relations comparables à celles des sciences physiques »³⁰³. A cet égard, deux positions principales émergèrent. D'un côté, le courant positiviste³⁰⁴ voulait calquer les sciences humaines sur le modèle des sciences de la nature, au motif qu'une action est un événement qui peut être perçu et expliqué comme une chose, pouvant à ce titre relever de l'analyse causale légaliste. L'idée dominante était que la science établit des lois, qu'elle fait régner une prévisibilité rigoureuse du type « si l'événement A se produit, alors l'événement B se produira nécessairement ».³⁰⁵ D'un autre côté, certains sociologues et historiens invoquèrent la spécificité de leur objet et de leur approche pour récuser toute proximité avec les sciences de la nature. Le philosophe allemand Wilhelm Windelband³⁰⁶, admettant la possibilité de sciences du particulier, opposa ainsi les sciences nomothétiques (posant des lois) aux sciences idiographiques (décrivant des individualités isolées)³⁰⁷. Le débat était fondamental et dépassait largement le simple problème de définition de la causalité humaine. Autour du modèle légaliste de causalité, c'était, en effet, le critère de la science³⁰⁸ qui se jouait, donc la possibilité, pour les disciplines humaines, de prétendre à un véritable statut scientifique. Nous verrons, d'un côté, les tentatives faites pour conserver le modèle nomologique à propos des événements humains (1) et, de l'autre, les propositions alternatives élaborées par les opposants au déterminisme en ce domaine (2).

1. Le modèle nomologique de causalité humaine

303 R. Aron, *op. cit.* pp. 197-198. Tel est l'objet de la Section III de la thèse de Raymond Aron.

304 On peut rapprocher le positivisme de Comte avec le positivisme italien de Lombroso et Ferri qui ramenait purement et simplement les phénomènes sociaux à des phénomènes naturels. Christophe Jamin évoque ces débats dans « L'oubli et la science », *RTD civ.* 1994, p. 815.

305 Recourir à une telle causalité pour expliquer les phénomènes humains et sociaux revenait quasiment à les réduire à des mécanismes de type newtoniens. V. Alain Boyer, *L'explication en histoire, op. cit.* p. 22. Les difficultés d'une telle réduction étaient cependant soulignées.

306 Wilhem Windelband, « *Geschichte und Naturwissenschaft* », [Histoire et sciences de la nature], Discours de Strasbourg, 1894.

307 Ces auteurs, majoritairement de langue anglaise, sont présentés par Paul Ricoeur dans le tome 1 de son ouvrage *Temps et Récit, op. cit.* p. 200 et s.

308 Ce débat est aujourd'hui dépassé : les critères de la science ont évolué.

70. La défense du modèle nomologique d'explication causale fut le fait de ceux qui y voyaient le seul moyen de garantir l'objectivité du travail historique ou sociologique, donc le statut scientifique des disciplines concernées³⁰⁹. Dès le début du XX^e siècle, le sociologue durkheimien François Simiand engagea une vive polémique avec les historiens français³¹⁰. Il dénonçait leur usage de la causalité, à laquelle ils auraient pris l'habitude de recourir abusivement en désignant comme cause un simple antécédent dans l'ordre chronologique ou dans celui de la narration. Pour rendre compte de l'enchaînement des faits, les historiens se seraient contentés d'explications seulement plausibles, fondées le plus souvent sur une analogie psychologique. Il leur serait même arrivé d'adopter une perspective finaliste en reconstruisant un enchaînement à partir du point d'aboutissement qu'ils avaient retenu. Tout cela ne peut constituer, disait Simiand, un modèle rigoureux et acceptable de causalité : « il n'y a cause, au sens positif du mot, que là où il y a loi, au moins concevable »³¹¹. Il faudrait donc repenser la méthode historique pour la fonder sur la découverte de régularités³¹². Depuis l'argumentation de Simiand, les auteurs favorables à l'approche nomologique ont surtout travaillé dans le sillage de l'empirisme logique hérité du Cercle de Vienne. Estimant qu'« il n'y a de science que du général », le courant néo-positiviste a plaidé en faveur du modèle nomologique d'explication causale à la fois dans les sciences sociales (a) et en histoire (b).

a. L'« ambition nomothétique »³¹³ des sciences sociales

71. Malgré les contestations théoriques, l'idée est généralement admise aujourd'hui que le sociologue ne peut guère se dispenser du langage causal. Une analyse sociologique consiste souvent à analyser la *structure causale* qui sous-tend un ensemble de variables : telle fut la méthode de Durkheim dans *Le Suicide*. Il reste que la sociologie ne permet d'observer que des *liaisons statistiques* dont il est délicat d'inférer des liaisons causales.

309 « Le plaidoyer pour l'objectivité et le plaidoyer pour le modèle nomologique (...) tendent à devenir indiscernables ». P. Ricoeur, *op. cit.* p. 216.

310 J. Revel, *op. cit.* p. 53 et s.

311 François Simiand, *Méthode historique et sciences sociales*, 1903. V. J. Revel, art. préc. p. 53.

312 « Le critique à tendance sociologique affirme le dépassement indispensable de la métaphysique par la logique. Au lieu de la force ou du motif, cherchons l'antécédent constant, inconditionnel (le plus général, le moins conditionné) (...) L'histoire céderait la place à la sociologie », R. Aron, *op. cit.* p. 196.

313 J. Revel, art. préc. p. 24.

C'est pourquoi certains ont parfois suggéré de parler seulement de dépendances ou de relations³¹⁴.

72. L'approche statistique de la causalité. La relation statistique utilisée en sociologie présente les difficultés de la causalité probabiliste déjà évoquée. Elle constitue une relation qui n'est pas, par hypothèse, invariable : les mêmes antécédents ne sont pas toujours suivis des mêmes conséquences. Le plus souvent, on observe seulement que x est associé avec une plus grande probabilité à y qu'à son contraire z . On admet cependant qu'une telle relation puisse être interprétée comme causale. Pour cela, on exige que la relation statistique soit *significative*. Supposons, par exemple, que l'on veuille établir qu'un enfant né dans un milieu défavorisé a moins de chances de réussir ses études qu'un enfant issu d'un milieu aisé. On effectuera donc des observations auprès de deux échantillons d'élèves, en comparant le taux de réussite des élèves du premier échantillon (milieu modeste) et celui du second échantillon (milieu aisé). On recherchera ce faisant une *association*. Pour que l'étude soit *statistiquement significative*, il faut que, lorsqu'on compare les deux échantillons, la différence ne puisse être imputable au *hasard* dans la composition des échantillons. Cela signifie que les échantillons doivent être d'une taille suffisamment importante pour que l'analyse soit probante. En principe la corrélation doit pouvoir être exprimée en langage mathématique au moyen d'une *fonction*. Mais il arrive que l'on ne soit pas en mesure d'identifier une véritable relation fonctionnelle entre deux variables. La seule chose qu'il est possible de dire, c'est que lorsque la première variable a telle valeur, la seconde va se trouver dans un certain intervalle ou qu'elle présente une certaine probabilité d'atteindre telle valeur. On est ici en présence de lois *stochastiques*³¹⁵. Ces principes sont à la base des analyses *épidémiologiques* qui sont à la base de l'établissement des liens de causalité en matière biologique et médicale.

Il reste que le modèle statistique comporte des difficultés. En effet, il est délicat d'inférer une relation causale de simples liaisons statistiques. On peut, par exemple, déduire de la relation statistique observée non pas une mais deux propositions empiriques contraires : dans quel sens va la causalité ? Laquelle des deux propositions est vraie : est-ce que x est

314 V° « Causalité » in R. Boudon, F. Bourricaud (dir.) *Dictionnaire critique de la sociologie*, PUF, 1982, Quadrige 2004, p. 60.

315 V. Madeleine Grawitz, *Méthodes des sciences sociales*, Dalloz, 2001, n°915. Catherine Bruneau, « Analyse économétrique de la causalité, un bilan de littérature », *Revue d'économie politique*, Vol. 106, mai-juin 1996, p. 323.

cause de y ou, au contraire, y cause de x ? La statistique, en tant que telle, ne permet pas d'y répondre. En outre, il est toujours possible de relever des évolutions semblables entre des phénomènes n'ayant rien à voir³¹⁶. L'analyse statistique doit donc être complétée.

73. L'analyse des variables : la « structure causale ». Une tentative pour surmonter la difficulté d'interprétation des relations statistiques réside dans la construction d'un modèle causal. On ne peut affirmer qu'une relation statistique est une relation causale que si l'on analyse la structure causale dans laquelle les deux variables en relation s'insèrent. Dès qu'on a affaire à plusieurs variables explicatives liées entre elles, il est nécessaire de déterminer la structure causale des relations qui caractérisent cet ensemble de variables. La chose fut mise en évidence par Durkheim : « On cherchera d'abord, à l'aide de la déduction, comment l'un des deux termes [d'une relation] a pu produire l'autre ; puis on s'efforcera de vérifier le résultat de cette déduction à l'aide d'expériences, c'est-à-dire de comparaisons nouvelles »³¹⁷. Il faut donc construire un modèle causal hypothétique et vérifier que l'ensemble des observations disponibles est en accord avec les conséquences qu'on peut tirer du modèle. Par exemple, si on essaie d'analyser un comportement ou une opinion en fonction d'une série de variables comme l'âge, le sexe, la profession, le revenu, etc., les liaisons de dépendance causale s'organisent généralement selon un schéma complexe où les variables explicatives sont elles-mêmes liées les unes aux autres, dans un certain ordre, par opposition au schéma simple où chaque variable agirait individuellement sur la variable à expliquer. Ces questions sont très complexes. De nos jours, d'innombrables travaux de méthodologie des sciences sociales portent sur le problème de l'analyse causale des relations statistiques, qui reste à ce jour particulièrement ardu. De nombreuses recherches mathématiques ont vu le jour dans ce domaine. Au total, on relève fréquemment qu'une corrélation statistique n'est vraiment utile que si l'on peut retrouver la logique des comportements responsables des relations causales.

b. Le modèle nomologique et la causalité historique

74. L'idée de loi causale historique. C'est Carl G. Hempel qui est à l'origine de la transposition du modèle nomologique-déductif à l'histoire au nom d'une épistémologie

316 En 1994, deux auteurs américains, Charles Murray et Richard Herrnstein, ont ainsi, prétendu avoir identifié une relation fonctionnelle entre la race des individus ou leur origine sociale et leur quotient intellectuel. R. Herrnstein, C. Murray, *The Bell Curve*, 1994.

317 E. Durkheim, *Les Règles de la méthode sociologique*, op. cit.

unifiée : toute analyse, toute explication qui sortirait de ce cadre est, selon lui, dépourvu de valeur scientifique. Dans un article célèbre, « *The Function of General Laws in History* »³¹⁸, Hempel soutint que « les lois générales ont des fonctions tout à fait analogues en histoire et dans les sciences naturelles »³¹⁹. Il n'y a nulle différence de principe entre l'événement historique et l'événement physique³²⁰. L'événement purement individuel ne peut donc pas, dans l'esprit de Hempel, pouvoir être expliqué en tant que tel. Il ne peut être considéré dans sa singularité mais en référence à un événement-type éminemment répétable. Il n'y a donc pas de *causalité singulière* : la production d'un événement de type spécifique est expliquée grâce à l'application aux conditions initiales d'une loi établissant une régularité quelconque. Hempel parle indifféremment de « causes » ou de « conditions déterminantes » qui sont suivies de leur effet sur une base régulière. En bonne logique, la prévision est le corollaire de ce type d'explication causale. L'objectif de l'histoire est de montrer que les événements n'arrivent pas par hasard mais qu'on peut les prévoir dès lors que sont connues les lois causales s'y rattachant. L'imprévisibilité n'est que le signe de notre ignorance des causes. La théorie a été, pour cette raison, baptisée « *covering law model* », soit « modèle de subsumption » ou « modèle de lois englobantes »³²¹. Transposée au droit, cette conception impliquerait que l'explication causale recherchée par le juge consiste en un rattachement systématique à une régularité générale.

Le modèle de Hempel a fait l'objet de vives critiques, justifiées par son caractère fortement prescriptif et franchement irréaliste. Les événements humains ne peuvent correspondre au modèle nomologique, tant est redoutable la difficulté d'établir des généralités sans tomber dans des « pseudo-lois, empruntées à la sagesse populaire ou à la psychologie non

318 Carl G. Hempel, « *The Function of General Laws in History* », *The Journal of Philosophy* 39, 1942, p. 35, *op. cit.* p. 201. Hempel répond ce faisant à Maurice Mandelbaum qui, dans *The Problem of Historical Knowledge*, (New York, Gevaright, 1938) avait tenté de distinguer la « *causal explanation* » des historiens de la « *causal analysis* » correspondant à l'explication par des lois scientifiques. Le « *covering law model* » est vigoureusement critiqué par l'historien Paul Veyne, *Comment on écrit l'histoire*, Seuil, Points Histoire, 1971, p. 214 et s. V. égal. J. Revel art. préc. pp. 54-55 et Patrick Gardiner, *Theories of History*, New York, The Free Press, 1959, p. 344 et s.

319 C.G. Hempel, art. préc. V. P. Ricoeur, *op. cit.* p. 202.

320 L'événement humain, historique « s'aligne sur un concept général d'événement qui inclut les événements physiques et toute occurrence remarquable », P. Ricoeur, *op. cit.* p. 202.

321 Dans cette structure d'explication, les trois concepts « de loi, de cause et d'explication se recouvrent ». P. Ricoeur, *op. cit.* p. 203.

scientifique »³²². Dans la réalité concrète et humaine, les généralités ne peuvent être que des corrélations à haute fréquence, et non des relations invariables. Les partisans de l'empirisme logique ont donc été conduits à proposer des versions « affaiblies » du modèle. La voie fut ouverte par Hempel lui-même qui admit l'éventualité d'une « esquisse d'explication » (*explanation sketch*) « reposant sur des régularités qui, à défaut d'être des lois explicites et vérifiées, pointent néanmoins dans la direction où des régularités expresses seraient à découvrir, et qui, en outre, prescrivent les démarches à entreprendre pour satisfaire au modèle de l'explication scientifique »³²³. C'est ainsi qu'il a été admis, au sein de l'épistémologie positiviste, que les « lois de l'histoire » ne fonctionnent pas exactement comme les lois des sciences de la nature, mais qu'elles peuvent relever de niveaux hétérogènes d'universalité et de régularité.

75. Le critère de l'habitude dans les « lawlike explanations ». L'affaiblissement du modèle nomologique a conduit à admettre, en matière de causalité historique, la possibilité d'explications « semi - légales » : « lawlike explanations »³²⁴. Elles reposent sur des régularités plus ou moins imprécises et renvoient à l'idée de comportement habituel. « Une des fonctions du connectif « parce que » est en effet de placer l'action d'un agent dans le cadre de son comportement « habituel » »³²⁵. Nous savions déjà que Hume fondait l'idée de causalité sur l'habitude. Mais que le courant néo-positiviste lui-même ait pu consacrer le critère de l'habitude dans l'explication causale est pour le juriste d'une importance fondamentale.

En effet, la référence au « comportement habituel » est constante en matière juridique. Dans le droit de la responsabilité civile, elle sert de critère à la causalité, mais aussi à la faute, voire au dommage.

De manière plus générale, elle constitue un point de repère à toute mise en œuvre de la règle juridique en apparaissant à travers l'idée de *normalité*, prise à la fois en son sens descriptif de « ce qui se produit le plus fréquemment » et au sens normatif de « ce qui est souhaitable ». En ce sens, l'habitude est indiscutablement normative : comme l'historien, le

322 « Quand ce ne sont pas des préjugés manifestes, des résidus d' « explication » magique ou mystique des réalités humaines et cosmiques », P. Ricoeur, *op. cit.* p. 205.

323 P. Ricoeur, *op. cit.* p. 206.

324 L'idée est de Patrick Gardiner, *The Nature of Historical Explanation*, Londres, Clarendon Press, 1952, 1961.

325 On parle ici de régularité de type « dispositionnel ». P. Ricoeur, *op. cit.* p. 208.

juge apprécie les actions humaines à l'aune des comportements habituels. Finalement, les conclusions auxquelles ont abouti les néopositivistes de langue anglaise à propos des « *lawlike explanations* » rejoignent, en grande partie, celles des auteurs influencés par une autre tradition philosophique, qui ont largement rejeté le modèle déterministe.

2. Le rejet du déterminisme en matière de causalité humaine

76. L'impasse du déterminisme. Nous avons déjà mentionné les lourdes difficultés engendrées par l'adoption du modèle nomologique en matière de faits humains. L'accepter implique, en effet, d'admettre le postulat du déterminisme, d'assimiler les phénomènes humains aux phénomènes naturels en négligeant la conscience, la raison, la liberté humaine³²⁶. La difficulté fut évoquée par les historiens. « Les sciences de la nature, écrivait Édouard Meyer, peuvent (...) affirmer que si on met le feu à la dynamite, une explosion aura lieu. Mais il leur est impossible de prévoir, dans les cas particuliers, si et comment elle aura lieu et si, à cette occasion, un homme déterminé sera blessé, tué, ou sauvé, car tout cela dépend du hasard et de la libre volonté, que les sciences de la nature ignorent mais dont l'histoire tient compte »³²⁷. Il faut ajouter à cet écueil incontournable les difficultés liées à la causalité d'un événement singulier. « Comment fixer la cause d'un phénomène qu'on ne saurait comparer à aucun autre, qu'on n'observe qu'une seule fois ? »³²⁸ Alors que les faits naturels ou sociaux peuvent être regroupés par *types*, l'histoire, comme le droit, appréhende les événements dans leur *singularité*. « Même si Napoléon est cause de la défaite de Waterloo, jamais je ne pourrai le démontrer, car cette consécution, unique dans le temps, singulière de qualité, ne saurait se reproduire »³²⁹. Si

326 Dans le domaine des sciences sociales, la vision de l'homme issue de la philosophie des Lumières a trouvé un prolongement dans l'« individualisme méthodologique » qui suppose les actions humaines comme résultant d'un libre choix des individus en fonction de leurs préférences.

327 E. Meyer, cité par M. Weber, *op. cit.* p. 211. On notera, toutefois, que Meyer croyait en une possibilité de déterminer des lois historiques et voyait le but véritable du travail historique dans « la découverte des « étapes du développement » des sociétés humaines qui se succèdent d'une manière nécessairement « typique » ». M. Weber, *op. cit.* p. 209. Weber insistait, quant à lui, sur la « libre volonté » : il y a une « affinité particulièrement étroite entre le « hasard » et la « libre volonté » » qui « déterminerait une irrationalité spécifique du devenir historique ». M. Weber, *op. cit.* p. 212.

328 R. Aron, *op. cit.* p. 199.

329 R. Aron, *op. cit.* p. 201. Le problème est qu'il est « impossible de distinguer, autrement que par la répétition, une succession contingente d'une relation nécessaire ». *ibid.*

l'idée de loi causale peut sembler, à la rigueur, acceptable lorsqu'elle est appliquée aux faits sociaux³³⁰, cela n'est plus pensable lorsqu'on aborde les événements singuliers objets de l'histoire.

77. « **Expliquer** » et « **comprendre** ». Ces difficultés ont conduit certains à estimer que « le fait de prendre pour objets des hommes concrets et leur vie entraîne, pour l'histoire, un mode d'intelligibilité spécifique »³³¹. A la fin du XIXe siècle, le philosophe allemand Wilhelm Dilthey posa une différence radicale entre les sciences ayant pour objet d'étudier le monde physique et celles abordant l'homme en tant qu'être spirituel : une différence ontologique fondamentale, dit-il, oppose le mode d'intelligibilité des hommes et celui des choses. Il faut donc distinguer deux méthodologies : « expliquer » (*Erklären*) et « comprendre » (*Verstehen*)³³². « Les sciences de la nature expliquent les choses, les réalités matérielles ; celles de l'esprit font comprendre les hommes et leurs conduites »³³³. Il y aurait donc possibilité d'une science sociale ou historique dont la méthode serait la « compréhension », différente de l'explication qui repose sur des lois causales.

La thèse s'appuyait sur la distinction, antérieurement formulée par Windelband³³⁴ entre méthode nomothétique (posant des lois) et méthode idiographique (décrivant des individualités isolées). L'histoire, en tant que science « idiographique », pourrait se passer de la causalité nomologique, la structure de la compréhension étant de nature différente de l'explication des phénomènes physiques. Ainsi, nombreux furent les auteurs qui rejetèrent l'explication causale nomologique hors des sciences humaines au profit de l'idée de « compréhension »³³⁵. « L'explication est la démarche de la science proprement dite ; elle

330 Le recours à la causalité, entendue en son sens « légal », peut paraître admissible dans le contexte des sciences sociales : « dans la mesure où le sociologue s'efforce de découvrir des relations causales (...) il traite les phénomènes historiques comme une nature étrangère, ou, selon l'expression classique, comme des choses ». R. Aron, *op. cit.* p. 197.

331 A. Prost, *op. cit.* p. 151.

332 Dont l'historien Paul Veyne dit aujourd'hui sans ambages qu'elle est « une des plus mémorables impasses de l'histoire des sciences. », Paul Veyne, *op. cit.* p. 216.

333 A. Prost, *op. cit.*, p. 151.

334 Wilhem Windelband, « *Geschichte und Naturwissenschaft* », art. préc.

335 Pour ses partisans, cette notion de compréhension permet de fonder, d'un point de vue épistémologique, la « respectabilité scientifique » de l'histoire, selon l'expression de Ricoeur. Elle prétend rendre compte de modes de connaissance rigoureux de l'histoire, dont la vocation est la vérité. Certains, tel Antoine Prost, soulignent toutefois que l'explication de l'historien ne diffère pas logiquement de celle de l'homme de la rue. L'historien raisonne par analogie avec le présent, il transfère au passé des modes d'explication qui ont fait leurs preuves dans l'expérience sociale quotidienne de tout un chacun.

recherche des causes et vérifie des lois. Elle est déterministe : les mêmes causes produisent toujours les mêmes effets, et c'est précisément ce que disent les lois »³³⁶. En revanche, « ce qui rend les conduites humaines intelligibles, c'est qu'elles sont rationnelles, ou du moins intentionnelles. L'action humaine est le choix d'un moyen en fonction d'une fin. On ne peut l'expliquer par des causes et des lois, mais on peut la *comprendre* »³³⁷. Le type d'explication « non légaliste » propose donc un « scénario interprétatif » et ne permet ni de mettre en œuvre, ni de dégager des lois universelles de causalité³³⁸. Les conduites humaines relèvent de l'ordre du « sens », non de celui de la science³³⁹. La *compréhension* « s'attache à l'intelligibilité intrinsèque des motifs, des mobiles et des idées »³⁴⁰. Les raisons de l'homme ou les buts de ses actions constituent des principes explicatifs plus pertinents que la causalité déterministe. De même, dans les sciences sociales, on proposa des méthodes spécifiques afin d'éviter l'écueil déterministe : l'explication par les fonctions³⁴¹, la méthode compréhensive³⁴² ou l'explication à partir des raisons. D'un point de vue juridique, l'idée de « compréhension » peut, le cas échéant, éclairer la démarche du juge qui cherche à comprendre les faits de l'espèce. Mais elle ne propose guère de piste concernant l'explication causale proprement dite, abstraction faite des intentions ou des motifs.

336 A. Prost, *op. cit.* p. 151.

337 Ibid.

338 Certains mirent au premier plan la recherche des intentions, tout en parlant parfois des « facteurs causaux intentionnels ».

339 L'historien et philosophe italien, Benedetto Croce définissait ainsi la connaissance historique « comme relevant exclusivement d'une connaissance par l'imagination et l'intuition, seule capable d'appréhender les faits individuels ». J. Revel, art. préc.. p. 22.

340 R. Aron, *op. cit.* p. 197.

341 L'explication par les *fonctions* suppose que toute société forme un tout et que les relations entre les parties dépendent de ce tout. Etant donné un élément de culture quelconque, on saura toujours *a priori* qu'il possède une fonction et que cette fonction est définissable par rapport à un ensemble social. En ce sens, le fonctionnalisme permet de déduire la nécessité d'un phénomène social à partir du moment où on a déterminé la fonction qu'il remplit.

342 On a opposé causalité et compréhension : la première notion serait caractéristique des sciences où l'observateur est extérieur à son objet ; la seconde, des sciences où une suite d'événements doit être considérée comme un ensemble, non de faits, mais de signes dont on ne peut déchiffrer la signification que de l'intérieur et par projection. L'idée que les sciences sociales recourent à la démarche de « compréhension », à l'exclusion de l'explication causale, provient de l'argument selon lequel, par opposition aux phénomènes naturels, les phénomènes sociaux sont immédiatement signifiants pour l'observateur. Il est certain que le sociologue a un rapport privilégié avec son objet et qu'il est amené à comprendre certains phénomènes sociaux par la projection de sa propre expérience. Mais cela n'est pas vrai dans tous les cas et ne conduit pas nécessairement à écarter l'explication causale. Max Weber soutenait le principe d'une complémentarité entre « explication » et « compréhension », idée rejetée par les auteurs les plus hostiles au modèle nomologique de causalité.

Aujourd'hui, le débat sur la spécificité de la « compréhension » (*Verstehen*) dans la méthodologie des sciences humaines, qui s'est déroulé dans le monde philosophique allemand entre 1870 et 1920, paraît dépassé. Mais, dans le sillage d'un tel débat, il s'est trouvé des auteurs, au sein de l'historiographie inspirée par la philosophie allemande de l'histoire³⁴³, pour vouloir combiner la méthode compréhensive à l'explication causale.

78. Une issue au problème de l'imputation causale singulière : la causalité adéquate. Une option pour fonder une forme d'explication causale en histoire sans tomber dans le déterminisme fut développée par Max Weber. Ce dernier s'inspira d'une théorie que nous connaissons bien, élaborée par des juristes allemands à la fin du XIXe siècle : la causalité adéquate. La théorie fut, par la suite, commentée, dans sa thèse, par Raymond Aron. L'idée était de préserver la *spécificité* de la causalité historique tout en lui garantissant un statut *scientifique*. Pour ce faire, la mobilisation de *régularités générales* s'avérait inéluctable. Mais le déterminisme en découlant ne devait être que « parcellaire ». Dans la réalité humaine « les relations causales sont dispersées, elles ne s'organisent pas en système, de telle sorte qu'elles ne s'expliquent pas les unes les autres comme ces lois hiérarchisées d'une théorie physique »³⁴⁴. Si l'histoire « s'expliquait parfaitement, elle serait entièrement prévisible. Or elle n'est ni totalement déterminée, ni totalement aléatoire »³⁴⁵. Il faut donc admettre que les faits historiques s'expliquent, même s'ils ne s'expliquent pas complètement. « Dans l'expérience quotidienne, il n'y a pas d'un côté, un déterminisme absolu et de l'autre une pure contingence, mais des mixtes de dosages variés qui vont de la prévisibilité certaine à l'imprévisibilité, en passant par tous les degrés du probable et du possible »³⁴⁶. Il convient donc de ne souscrire qu'à un « déterminisme parcellaire » de manière à ce que l'enquête causale de l'historien puisse « conserver ou restituer au passé l'incertitude de l'avenir »³⁴⁷. Dans cette optique, la théorie de la causalité adéquate est le moyen d'introduire dans le raisonnement « la généralité virtuelle

343 Les principaux représentants de ce courant de la philosophie critique de l'histoire furent Dilthey, Rickert, Simmel, puis Weber. Pour la France, on peut citer Raymond Aron, et Henri-Irénée Marrou.

344 R. Aron, *op. cit.* p. 207.

345 A. Prost, *op. cit.* p. 173.

346 *Ibid.*

347 R. Aron, *op. cit.* pp. 181-182. De fait, l'épistémologie de l'*Introduction à la philosophie de l'histoire* est tout entière tournée contre « l'illusion rétrospective de fatalité » créée par la rétrospection historique et vers le « plaidoyer pour la contingence du présent requise par l'action (politique) », P. Ricoeur, *op. cit.* p. 331. Autrement dit, l'explication causale n'exclut pas la liberté d'action, donc la responsabilité.

indispensable pour différencier le rapport causal de la simple succession, sans négliger ni la localisation, ni l'originalité de l'événement »³⁴⁸. Il ne faut donc pas confondre l'imputation causale singulière ainsi établie et l'explication nomothétique proprement dite. La causalité adéquate permet d'évaluer l'importance d'un facteur singulier. Or « c'est parce que l'explication causale est singulière, et en ce sens réelle, que la question se pose de l'importance d'un facteur historique. La notion d'importance n'intervient que sur la ligne de l'explication causale, non sur celle de l'explication nomothétique »³⁴⁹.

79. Conclusion de la section. Notre étude des conceptions scientifiques de causalité a montré que le modèle dominant est *légaliste* et *déterministe* : est causal ce qui correspond à une loi causale invariable. Dans ce cadre, toute explication causale d'un événement singulier doit pouvoir se faire en référence à une liaison générale. Toutefois, au sein même de la réflexion épistémologique menée à propos des sciences de la nature, ce modèle nomologique a dû évoluer pour tenir compte de régularités non plus invariables mais *probabilistes*. Il reste que ce modèle n'est disponible que lorsque les faits à expliquer relèvent explicitement d'une loi de la nature. Pour les autres événements, à commencer par les *faits humains*, le recours au modèle légaliste de causalité est difficile. La difficulté est surtout liée au déterminisme qui le sous-tend : si l'on admet que les comportements humains obéissent à des lois qu'il suffirait de découvrir, ni la responsabilité, ni le droit n'ont de raison d'être. A cet égard, le moyen terme que constitue la théorie de la *causalité adéquate*, qui n'admet qu'un « déterminisme parcellaire » permettant de combiner l'explication causale et la liberté humaine semble une voie appropriée. Bien qu'issue d'une autre tradition historiographique et philosophique, cette théorie se rapproche finalement, dans ses modalités, du modèle affaibli de causalité issu de l'épistémologie anglophone. Reste à déterminer comment une telle théorie peut être mise en œuvre dans la responsabilité juridique.

348 R. Aron, *op. cit.* p. 199.

349 P. Ricoeur, *op. cit.* p. 335.

Section 2. Une théorie généralisante de la causalité : la causalité adéquate

80. Le modèle de causalité dominant dans la pensée scientifique se fonde sur l'idée de *régularité invariable*, qui était déjà à la racine de la définition humienne. A l'époque contemporaine, ce modèle a, toutefois, connu des affaiblissements, au nombre desquels se trouve, notamment, la *causalité probabiliste*, illustrée par l'analyse *statistique* dans les sciences sociales et les explications « *semi-légales* » (*lawlike explanations*) en histoire. Par ailleurs, à la fin du XIX^e siècle, la théorie de la causalité adéquate a tenté de formuler une approche de l'imputation causale singulière pouvant prétendre à l'objectivité en évitant l'écueil déterministe. La causalité adéquate est une théorie « *généralisante* », au sens où c'est la référence à une régularité générale qui permet l'établissement d'une relation du particulier au particulier. Mais les régularités générales auxquelles elle se réfère restent approximatives et parcellaires.

Élaborée en Allemagne, en particulier par Von Kries, la théorie de la causalité adéquate fut conçue à l'intention de la responsabilité pénale. Introduite en France en 1913, dans la thèse de Marteau, elle fut reprise et discutée dans de nombreux travaux³⁵⁰. En outre, elle intéressa très vite les historiens et les philosophes de l'histoire. Dans ses *Études critiques pour servir à la logique des sciences de la culture*³⁵¹, Max Weber exposa la théorie de Von Kries en analysant, plus particulièrement, la notion de possibilité objective. La théorie fut reprise et commentée par Raymond Aron dans son *Introduction à la philosophie de l'histoire*³⁵². Pour l'un comme pour l'autre, l'attribution causale ainsi effectuée peut

350 V. N. Hosni, *Le lien de causalité en droit pénal*, thèse Paris 1952, publication de l'Université du Caire, 1955, spéc. p. 119 et s. L'auteur fonde la totalité de sa recherche sur les travaux de la doctrine allemande. V. égal. Joseph Favier, *La relation de cause à effet dans la responsabilité civile quasi-délictuelle*, thèse, Paris, 1951.

351 Max Weber, « Possibilité objective et causalité adéquate en histoire », *Études critiques pour servir à la logique des sciences de la « culture » in Essais sur la théorie de la science*, op. cit. p. 269 et s.

352 Raymond Aron, *Introduction à la philosophie de l'histoire, Essai sur les limites de l'objectivité historique*, Gallimard, coll. Tel, 1938 rééd. 1986, p. 195 et s. L'analyse par Raymond Aron de l'imputation causale singulière en histoire est malaisée à aborder en raison du caractère très philosophique de son ouvrage.

revendiquer une objectivité, certes relative, mais réelle³⁵³. A l'appui de cette affirmation, ils analysent la théorie d'un point de vue logique et méthodologique, en distinguant chaque étape du raisonnement qu'elle implique. Dans le même esprit, nous verrons, dans cette section, comment l'établissement d'un lien causal particulier peut être opéré par le juge en référence à des régularités empiriques. Après avoir évoqué les principes de la théorie (§1), nous en discuterons la portée théorique et pratique (§2).

§1. Principes de la théorie de la causalité adéquate

81. Après avoir rapidement présenté les traits originels de la théorie (A), nous développerons ses modalités de mise en œuvre (B).

A. Origines de la théorie de la causalité adéquate

82. L'idée de cause adéquate n'est pas inconnue lorsque les juristes allemands la théorisent. On trouve l'expression « cause adéquate » chez Spinoza (en 1677) avec, déjà, l'idée qu'elle peut être considérée pour elle-même, sans besoin, pour l'établir, de se référer à ce qu'elle a effectivement produit. « J'appelle cause adéquate celle dont on peut, par elle-même, percevoir clairement et distinctement l'effet. Je nomme, au contraire, cause inadéquate, ou partielle, celle dont on ne peut par elle seule comprendre l'effet »³⁵⁴. En tant que telle, la théorie de la causalité adéquate fut toutefois conçue et promue dans le domaine juridique. Le premier fut l'allemand Von Bar à la fin du XIX^e siècle, dont l'idée fut reprise et affinée par Von Kries, puis par Träger, qui restent, aujourd'hui, les principales références sur ce sujet.

353 Cet aspect ne convainc pas toujours : pour M. le Tourneau, il s'agit là d'une théorie « (pseudo) scientifique », *op. cit.* n°1716. L'intention était pourtant là. V. M. Filippi, thèse préc. p. 11.

354 Spinoza, *L'éthique III Définitions I*, (1677) pp. 180-181. Le philosophe ajoute « II. Je dis que nous sommes actifs lorsque, en nous ou hors de nous, il se produit quelque chose dont nous sommes la cause adéquate, c'est-à-dire (selon la définition précédente), lorsque de notre nature il suit en nous ou hors de nous quelque chose que l'on peut comprendre clairement et distinctement par elle seule. Mais je dis, au contraire, que nous sommes passifs, lorsqu'il se produit en nous quelque chose dont nous ne sommes que la cause partielle. », *L'éthique III Définitions II*.

83. L'idée de cours normal des choses selon Von Bar. Pour Von Bar³⁵⁵, notre conception de la causalité dérive de l'expérience, acquise par chacun depuis l'enfance, de l'obéissance de notre corps à notre volonté et de notre possibilité d'agir par la prise en compte de certaines régularités empiriques. La survenance régulière d'événements type auxquels nous sommes habitués par l'*expérience*, suppose toujours la présence de conditions auxiliaires et l'absence d'autres conditions de nature à empêcher le déroulement du processus. Ces conditions généralement présentes ou absentes ne sont pas des causes, dit Von Bar : ne peut être cause que ce qui se *distingue* du cours ordinaire des choses. Pour ce motif, Von Bar limite le champ d'application de sa théorie aux seuls actes humains. La cause d'un résultat est *l'acte humain qui modifie le cours normal des événements*, tel que nous pouvons le supposer. En effet, en l'absence de l'acte humain considéré, nous supposons un cours normal et naturel des événements qui aurait dû produire un résultat *autre* que le résultat délictueux : l'acte humain est venu modifier ce cours normal des choses³⁵⁶.

La cause est donc un acte *irrégulier* à deux égards : d'une part, elle participe à la production du résultat ; d'autre part, elle est contraire aux règles ordinaires de la vie. Deux critères entrent donc en ligne de compte : d'une part, la *prévisibilité* de la production du résultat dommageable lors de l'accomplissement de l'acte et, d'autre part, une *défaillance* par rapport à la diligence qui serait celle d'un bon père de famille. Pour illustrer la nécessité de ce deuxième critère, Von Bar donne l'exemple d'une opération médicale délicate. Un médecin entreprend une opération délicate, mais nécessaire, qui aboutit au décès du patient. Il ne saurait, toutefois, être considéré comme cause de la mort, même si cette dernière était prévisible, dès lors que son acte de soin était nécessaire et non fautif³⁵⁷. Par ailleurs, Von Bar a cherché à concevoir un critère de *limitation* de la responsabilité. L'auteur de l'acte ne saurait être responsable de tout effet qu'il a contribué à produire : si intervient dans le cours causal *un autre événement irrégulier*, il faudra admettre que l'enchaînement causal est interrompu et qu'un autre cours causal s'est engagé. Dans l'ensemble, on a beaucoup

355 Marteau pense qu'il fut inspiré par les auteurs anglo-américains, comme Warton. P. Marteau, thèse préc. p. 88. V. également N. Hosni, thèse préc. p. 142 et s.

³⁵⁶ Ce qui revient à se référer à un standard. La référence à l'idée de normalité s'entend soit au sens de « ce qui est conforme au type le plus fréquent », soit comme « ce qui sert de modèle et de règle », S. Rials, thèse préc. n°117 p. 117 et s. Bien entendu, ces deux aspects de la normalité ne sont pas étanches : on tend vite à estimer que ce qui est le plus fréquent correspond à ce qui *doit* être.

³⁵⁷ Hart et Honoré, *Causation in the Law*, op. cit. p. 466.

reproché à la théorie de Von Bar de confondre la faute, l'illicite et la causalité³⁵⁸. Mais sa théorie a le mérite d'avoir introduit l'idée de « cours normal des choses », centrale dans l'appréciation de la causalité. En outre, les idées principales de sa théorie se retrouvent dans la majorité des théories de la causalité, ainsi que dans le droit positif.

84. Le critère de l'adéquation selon Von Kries³⁵⁹. Von Kries n'était pas originellement juriste mais physiologiste, spécialiste de la sensation. Il s'intéressait également aux théories de la probabilité, notamment à leur application dans l'analyse statistique utilisée dans les sciences sociales. Dans l'ensemble, il estimait, comme Von Bar, que toutes les conditions nécessaires à l'effet sont équivalentes. Mais, influencé par le modèle scientifique, Von Kries considérait qu'identifier la causalité supposait un effort d'*abstraction* afin de garantir l'objectivité de l'imputation causale³⁶⁰. Toutes les particularités de la situation concrète ayant conduit à l'effet ne doivent pas, de ce point de vue, être retenues³⁶¹. Il faut rattacher les conditions et l'effet à des *types*³⁶² et se demander si, dans des conditions « normales », le type de condition considéré est propre à produire le type d'effet en cause. Il faut donc s'interroger sur ce que peut être la *circonstance favorisante*, tel l'angle d'inclinaison sous lequel un dé est jeté sur une table. Dans cette optique, un fait donné est la cause adéquate du dommage si et seulement s'il a *augmenté de manière significative la possibilité objective de survenance du dommage*. Ce test d'augmentation de la possibilité objective permet de distinguer la cause adéquate du dommage des causes simplement fortuites ou accidentelles. On retrouve ici les

358 N. Hosni, thèse préc. p. 145.

359 Von Kries a développé sa théorie en 1888 dans un article célèbre « *Über den Begriff der objektiven Möglichkeit* » [De la possibilité objective].

360 Cet aspect de généralisation donne, pour Von Kries, toute sa scientificité à la théorie de la causalité adéquate. Il faut donc partir de l'analyse du résultat concret pour évaluer ensuite une relation abstraite entre deux faits envisagés abstraitement.

361 Envisagées de manière purement concrète, les conditions du résultat ne peuvent être liées à ce dernier que par un jugement de nécessité : telle ou telle circonstance est une condition qui devait nécessairement produire le dommage, dans ce cas précis, dès lors que toutes les autres conditions étaient également présentes.

362 « Envisagée par rapport aux conditions du résultat, la généralisation signifie qu'on n'associe à l'acte humain que certaines des conditions qui ont participé avec lui à la production du résultat, toutes les autres conditions doivent être tenues hors de notre considération. Envisagée par rapport au résultat délictueux, la généralisation signifie qu'on détache ce résultat de ses particularités concrètes pour le considérer sous la forme de la catégorie juridique déterminée par la disposition juridique qui nous intéresse. Le caractère de causalité adéquate sera reconnu si la relation entre cet acte et ce résultat est en conformité avec les lois naturelles qui ont déterminé la possibilité objective renfermée par l'acte à l'égard du résultat ». N. Hosni, thèse préc. p. 120.

raisonnements menés en matière de causalité probabiliste, et, notamment, le critère d'augmentation des probabilités³⁶³. La théorie doit permettre non seulement de se prononcer sur la responsabilité dans son principe, mais aussi sur son étendue. « L'auteur d'une action coupable, toujours responsable de ses suites adéquates, ne peut jamais l'être de ses suites fortuites »³⁶⁴.

L'exemple donné par Von Kries pour illustrer sa théorie est le suivant : chaque être humain a un certain pourcentage de chances de souffrir un jour de la tuberculose ; mais les mineurs souffrent plus souvent de tuberculose : leurs chances de tomber malade sont plus importantes ; donc le fait de devenir mineur augmente significativement la possibilité objective de souffrir de tuberculose et peut ainsi en constituer la cause adéquate³⁶⁵. Au total, Von Kries admettait lui-même que sa théorie était sans doute d'une rigueur mathématique excessive, dont le juriste ne serait sans doute pas en mesure de faire preuve. Surtout, la référence aux probabilités conduit à retenir comme cause un événement ayant augmenté la probabilité de dommage, sans l'avoir nécessairement causé concrètement. Tel est le cas de celui qui devient mineur, mais contracte la tuberculose au contact de la jeune femme qu'il vient d'épouser. Cette difficulté, que Von Kries admettait, revient dans toute théorie qui identifie la cause en recourant au critère de la probabilité *ex ante*³⁶⁶.

85. Träger et l'effet probable d'après le cours ordinaire des choses. Par la suite, il arriva que la théorie de la causalité adéquate soit exprimée de manière moins rigoureuse que ne le faisait Von Kries. Pour Träger³⁶⁷, une condition est la cause adéquate d'une conséquence si elle a *tendance*, d'après *l'expérience humaine* et selon le *cours ordinaire des choses*, à être *suivie* par la conséquence considérée. Träger insistait toutefois sur le fait que la cause adéquate devait *augmenter* sensiblement le degré de possibilité de production du résultat. C'est cette formulation de Träger qui est majoritairement retenue, aujourd'hui,

363 V. *supra* n°38 et s.

364 Von Kries, cité par P. Marteau, thèse préc. p. 100.

365 V. Hart et Honoré, *op. cit.* p. 470.

366 Elle a toutefois convaincu maints auteurs allemands de l'époque : A. Merkel (le premier à l'évoquer en matière criminelle in *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, [Manuel de droit pénal allemand] 1899), la dissertation de Helmer (*Über den Begriff der fahrlässigen Täterschaft*, [Sur la négligence] Strasbourg, 1895), M. Rümelin (*Die Wervendung der Kausalbegriffe im Straf- und Zivilrecht* [L'usage de la notion de causalité en droit pénal et civil], 1900), M. Leipmann (*Einleitung in das Strafrecht*, [Introduction au droit pénal] 1900).

367 Träger, *Der Kausalbegriffe im Straf- und Zivilrecht*, [Le lien de causalité en droit civil et pénal] 1904.

en doctrine et en jurisprudence. En droit suisse, comme en droit allemand, « un fait générateur de responsabilité, qui est la cause naturelle ou logique d'un dommage n'est considéré comme cause opérante en droit que s'il était en soi propre, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, à produire l'effet dommageable dont il s'agit ». C'est donc l'idée de *circonstance favorisante* qui domine³⁶⁸. Cette formulation de la théorie de la causalité adéquate est également très répandue en France. Pour les auteurs français, « il y a causalité adéquate lorsqu'une condition est de nature, dans le cours habituel des choses et selon l'expérience de la vie », à produire l'effet qui s'est réalisé³⁶⁹, ou bien « on estime qu'un événement est la cause d'un autre lorsqu'on peut prévoir, en se fondant sur le déroulement habituel des faits tel que l'expérience le révèle, qu'il suit un autre »³⁷⁰. On dit également que les antécédents nécessaires d'un dommage peuvent être qualifiés de cause adéquate dès qu'ils « devaient normalement le produire » d'après le cours ordinaire des choses, au contraire de ceux « dont l'action ne s'est fait sentir que par suite d'un enchaînement exceptionnel et imprévu des circonstances », qui ne sont que des occasions³⁷¹. De même, certains estiment que la jurisprudence fait généralement prévaloir la causalité adéquate, en ce qu' « elle s'efforce de rattacher le dommage à celui de ses antécédents qui, normalement, d'après la suite naturelle des événements, était de nature à le produire, à la différence d'autres antécédents du dommage, n'ayant entraîné celui-ci qu'en raison de circonstances exceptionnelles »³⁷².

86. Conclusion du A. Dans sa formulation la plus élaborée, qui est celle de Von Kries, la théorie de la causalité adéquate se rapproche du modèle dit « inductif-statistique »

368 Henri Deschenaux, « Norme et causalité en responsabilité civile », *Recueil offert au Tribunal Fédéral Suisse à l'occasion de son centenaire*, 1975, p. 399 et s. « ce fait était, en soi, propre à entraîner un résultat du genre de celui qui s'est produit, en sorte que sa survenance paraît, de façon générale, favorisée par le fait en question », *ibid.* p. 406.

369 Philippe le Tourneau, *Responsabilité civile*, *Dalloz Action*, 2004/2005, n°1716.

370 Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Philippe Stoffel-Munck, *Droit civil, Les obligations*, Defrénois, 2004, n°93.

371 « Un antécédent n'est causal qu'autant qu'à soi seul il rendait le dommage vraisemblable : qu'autant qu'on aurait pu le pronostiquer –si l'on y avait songé à l'avance- qu'il le produirait ». Jacques Flour, Jean-Louis Aubert, Eric Savaux, *Les obligations tome 2, Le fait juridique*, 10^e éd. Armand Colin, 2003, n°158.

372 François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 8^e éd. 2002, n°860. Rapp. Muriel Fabre-Magnan : « un fait est dit cause d'un dommage au sens de la causalité adéquate lorsque ce type de fait entraîne normalement, c'est-à-dire de façon prévisible et normale, selon le cours naturel des choses, ce type de dommage », *Les obligations*, PUF, coll. Thémis droit privé, 2004 n°268 p. 730.

élaboré ultérieurement par l'épistémologie néopositiviste³⁷³, qui attribue le titre de cause au fait qui a significativement augmenté la probabilité de l'effet. A cet égard, le critère *d'augmentation des probabilités*, qui conduit à comparer la probabilité de dommage en présence du fait examiné, puis en son absence, nous paraît plus rigoureux et convaincant que le simple recours au « *cours ordinaire des choses* ». Notre préférence va donc, pour cette raison, à la formulation de Von Kries. Il reste une limite, difficilement surmontable, inhérente à la logique probabiliste de la causalité adéquate : seule l'aptitude causale, *ex ante*, du fait examiné est prise en compte, abstraction faite du déroulement effectif des événements. Négligeant provisoirement cette difficulté, nous allons nous pencher sur les modalités de mise en œuvre de la théorie de la causalité adéquate.

B. Modalités de mise en œuvre de la causalité adéquate

87. Si la cause adéquate est celle qui, selon le cours normal de choses, « devait » produire le dommage considéré, cette définition doit, toutefois être précisée si le jugement causal ainsi obtenu veut prétendre à l'objectivité. A quelles « régularités causales » se réfère le terme de « cours normal des choses » ? Comment subsumer le cas concret sous ces règles d'expérience ? A partir de quel niveau de probabilité estimer que la cause examinée était « de nature » à produire le dommage ? Telles furent les questions que se posa Max Weber lorsque, s'intéressant à la théorie en matière de causalité historique, il chercha à en examiner la logique. C'est à l'aide de son analyse que nous envisagerons les principales modalités de mise en œuvre de la théorie, étape par étape.

88. Identification d'un facteur relevant. Tout dommage, tout événement, est précédé d'une telle multitude d'antécédents qu'identifier la ou les cause(s) parmi eux est impossible. La théorie de la causalité adéquate ne propose pas de partir du résultat pour en examiner les conditions. Elle vise, en revanche, à identifier la cause parmi l'ensemble des conditions du dommage³⁷⁴. Il faut pourtant se garder de concevoir la théorie comme proposant une simple *sélection* à partir de l'idée que la cause juridique doit présenter « une gravité particulière, une causalité plus caractéristique que celle de la moyenne des

373 Il ne faut toutefois pas oublier que la théorie est issue d'une tradition de pensée foncièrement différente de l'épistémologie néopositiviste de langue anglaise.

374 Hart et Honoré, *op. cit.* p. 446.

conditions » du dommage³⁷⁵. Cette présentation n'est pas fautive, mais elle détourne un peu le propos. La théorie admet que le résultat concret résulte de toutes les conditions positives ou négatives nécessaires à sa réalisation mais refuse que chacune d'entre elles puisse être appelée « cause »³⁷⁶. Son propos est moins de proposer un critère de sélection que de pratiquer un « test de causalité » concernant un fait *déjà sélectionné*, identifié en raison de l'*objectif* de l'enquête causale. Lorsqu'une pierre tombe, disait Von Bar, le scientifique invoquera la loi de gravitation, alors que le juriste se tournera vers celui qui a jeté la pierre. La théorie de la causalité adéquate vise donc surtout à établir le pouvoir causal d'un fait déjà identifié. Dans le procès en responsabilité, le fait faisant l'objet de l'analyse est, en principe, désigné d'entrée de jeu par les motifs de la demande³⁷⁷. Cela acquis, la méthode préconisée est de rechercher si le fait examiné est bel et bien propre à produire le dommage puis de vérifier, ensuite, que ce lien de causalité adéquate n'a pas été « interrompu » par « des faits dont le rôle est prépondérant et qui rejettent à l'arrière-plan la causalité du chef de responsabilité »³⁷⁸. Nous allons reprendre la démarche pas à pas.

89. Le principe : détermination du potentiel causal du facteur relevant. La démarche préconisée consiste à évaluer le *potentiel causal* de l'acte considéré. « On cherche moins l'origine d'un résultat que les suites d'un acte »³⁷⁹. Pour ce faire, il faut se placer en pensée *au moment de l'intervention du fait délictueux* pour déterminer si, à ce moment précis, ce fait contenait en lui-même la faculté de produire le résultat. « La théorie de la causalité adéquate se reporte, en quelque sorte, au passé pour supposer le résultat futur alors qu'il est devenu présent »³⁸⁰. En se mettant à la place de l'agent, il faut analyser la

375 Cela supposerait « un critérium spécialement juridique permettant de discerner entre elles celles qu'il doit retenir comme suffisantes et celles qu'il doit rejeter. La portée de ce critérium, inconnu de la philosophie, étranger aussi à la notion vulgaire, ne dépassera pas les limites de l'ordre juridique, où il sera justifié par le but particulier poursuivi ». P. Marteau, thèse préc. p. 40.

376 « Toute cause d'un événement, estimait Von Bar, doit nécessairement en être une condition mais il est incorrect d'appeler cause chaque condition ».

377 La théorie de la causalité adéquate reconnaît, comme l'équivalence des conditions, l'égalité entre les conditions envisagées concrètement, mais refuserait cette égalité entre les mêmes conditions envisagées abstraitement. « Au point de vue concret, toutes les conditions, même la moins importante, sont absolument nécessaires à la production du résultat ; au point de vue abstrait, certaines conditions seulement possèdent une tendance et une aptitude à la production d'un tel résultat, les autres conditions, qui ne possèdent pas cette tendance et cette aptitude ne participent à la production d'un tel résultat que grâce à un cours causal exceptionnel et anormal. » N. Hosni, thèse préc. p. 119.

378 H. Deschenaux, « Norme et causalité... », art. préc. p. 408.

379 N. Hosni, thèse préc. p. 124.

380 *Ibid.*

causalité à la manière de « l'homme historique qui prend un parti ou une décision »³⁸¹. L'analyse probabiliste permet, de ce point de vue, de « restituer au passé l'incertitude de l'avenir », selon la belle formule de Raymond Aron³⁸². L'idée est la suivante : « l'homme qui agit, pour autant que son action est strictement rationnelle –ce que nous supposons ici– pèse les « conditions » du développement futur auquel il s'intéresse, qui sont « indépendantes » de lui et qui, dans les limites de sa connaissance, sont données dans la réalité, et il intercale en pensée, dans la connexion causale, les diverses « manières possibles » de se comporter lui-même ainsi que les conséquences à attendre, liées à ces conditions « indépendantes » pour ensuite se décider, suivant les résultats ainsi conçus (en pensée), en faveur de l'un ou l'autre comportement qui correspond à son « but »³⁸³. Il reste que celui qui, comme l'historien ou le juge, étudie l'action *a posteriori* possède un avantage indéniable : « il sait dans tous les cas *a posteriori* si l'estimation des conditions « indépendantes » du héros qui se trouvaient données dans les limites de sa connaissance et des espoirs qu'il escomptait correspondait vraiment à la situation réelle du moment ; il le sait par le « succès » effectif de l'action »³⁸⁴. Celui qui se livre à un tel examen peut donc soulever, avec des chances plus favorables que l'agent lui-même, la question : à quelles conséquences aurait-il fallu s'« attendre » si une autre décision avait été prise ? C'est là qu'il faut se méfier de ce qu'Aron dénomme « l'illusion rétrospective de fatalité »³⁸⁵. Le but est d'évaluer la « probabilité objective » qu'avait l'effet de se produire : on parle de « pronostic objectif rétrospectif ». Cette démarche suppose de mobiliser différentes connaissances.

90. Connaissances mobilisées. Le jugement de causalité adéquate implique deux opérations : l'identification des *facteurs* qui constitueront les circonstances prises en considération par l'enquête causale, puis le recours aux *généralisations* constituées des règles d'expérience. Il faut donc bien connaître à la fois les circonstances précises de l'espèce, mais aussi les données relatives au « lois causales » sous lesquelles on cherchera à

381 M. Weber, *op. cit.* p. 270.

382 R. Aron, *op. cit.* p. 182. « Par son caractère probabiliste, l'explication causale incorpore au passé l'imprévisibilité qui est la marque du futur et introduit dans la rétrospection l'incertitude de l'événement ». P. Ricoeur, *op. cit.* p. 331.

383 M. Weber, *op. cit.* pp. 270-271.

384 *Ibid.*

385 La difficulté est également relevée, dans son Traité, par M. le Tourneau, *op. cit.* n°1716.

subsumer le cas particulier. Le premier aspect constitue le « savoir ontologique » et le second le « savoir nomologique ». Dans les mots de Weber, l'historien (ou le juge) va décomposer la situation concrète en ses « éléments » jusqu'à ce que son « imagination » puisse appliquer au savoir « ontologique » le savoir « nomologique » empirique, puisé dans sa propre expérience individuelle et dans la connaissance du comportement d'autrui, pour lui permettre ainsi de juger positivement que cette action conjuguée des faits « était à même de » conduire au résultat qui est affirmé comme « objectivement » possible³⁸⁶. La catégorie de « possibilité » signifie « une référence à un savoir positif de « règles du devenir » ou, comme on dit d'ordinaire, à notre savoir « *nomologique* » »³⁸⁷. La cause est dite adéquate en ce qu'elle exemplifie une généralité abstraite ainsi identifiée. Reste, toutefois, à préciser ce que sont ces « règles du devenir » qui tiendront lieu de loi causale. Et à déterminer comment rattacher les facteurs étudiés à des événements « types » relevant d'une loi causale.

91. Détermination des événements-types. Le raisonnement « ne se fait pas par simple « observation » du cours des événements (...) Au contraire, l'imputation causale se fait sous la forme d'un processus de pensées qui contient une série d'abstractions »³⁸⁸. En effet, il faut pouvoir rattacher les circonstances concrètes de l'espèce à des régularités causales générales. Au départ, les faits sont exprimés dans les termes du langage courant. Par exemple, celui qui s'interroge sur les causes du naufrage du Titanic commencera par établir un récit de ce qui s'est passé. Puis, isolant la ou les conditions objets de l'étude, tels la vitesse du paquebot ou le fait d'avoir percuté l'iceberg latéralement, il en fera des « événements-types » de manière à pouvoir s'interroger, abstraitement, sur les conséquences d'une vitesse élevée ou d'un choc latéral. Cela signifie que la situation concrète fait obligatoirement l'objet d'une abstraction³⁸⁹. « Nous sommes toujours en

386 M. Weber, *op. cit.* p. 282.

387 La possibilité n'est donc pas « appliquée sous une forme négative, au sens où elle serait, par opposition au jugement assertorique ou apodictique, l'expression d'un non - savoir ou respectivement d'un savoir incomplet » M. Weber, *op. cit.* p. 281.

388 M. Weber, *op. cit.* p. 278.

389 Même en langage courant, on passe du fait brut à sa représentation en pensée : dans les mots de Weber, « convertir la « réalité » donnée en un « fait » historique est un premier pas qui la transforme déjà en un tableau de pensées ». « Pour parler comme Goethe nous dirons qu'il y a de la « théorie » au cœur même du « fait » », M. Weber, *op. cit.* p. 281.

présence de procédés qui opèrent par isolement et par généralisation »³⁹⁰.

Les événements types identifiés par le juge doivent pouvoir être les termes d'une régularité causale générale³⁹¹. Bien souvent, on tentera de faire en sorte que l'événement type considéré corresponde à une catégorie juridique. « Envisagée par rapport au résultat délictueux, la généralisation signifie qu'on détache ce résultat de ses particularités concrètes pour le considérer sous la forme de la catégorie juridique déterminée par la disposition juridique qui nous intéresse »³⁹². Prenons l'exemple classique d'un accident de la route qui conduit la victime blessée à l'hôpital, où elle décède d'un choc anesthésique. On ne pourra se contenter de se demander si l'accident était « de nature à » produire « le décès de la victime » : il faudra mener le raisonnement en retenant comme résultat « le décès de la victime d'un choc anesthésique ».

L'exemple montre que *plus on généralise le résultat, plus on augmente la possibilité de la production de ce résultat*. La catégorie « décès » est plus large que la catégorie « décès d'un choc anesthésique » : abstraitement parlant, la probabilité d'un décès est toujours plus grande que la probabilité de décéder d'un choc anesthésique. Toute la question est, finalement, de savoir quelles caractéristiques concrètes du fait considéré conserver et quelles circonstances négliger³⁹³. Le problème se pose également pour la détermination de la ou des cause(s). Si l'on examine, par exemple, le virement du bord du Titanic juste avant le choc, on l'associera à certaines autres circonstances connues : la présence de l'iceberg, la vitesse du paquebot, sa conception... Mais il faut se garder de trop généraliser : par exemple, on ne s'interrogera pas sur le point de savoir si la vitesse d'un paquebot est, en général, de nature à provoquer un naufrage, mais si cette vitesse pouvait y conduire étant donné que le Titanic allait percuter un iceberg. Inversement, il ne faut pas prendre en

390 Ainsi, « nous décomposons le « donné » en « éléments » jusqu'à ce que chacun d'entre eux se laisse insérer dans une « règle de l'expérience » et que nous soyons en mesure de déterminer la conséquence qu'il « aurait » fallu « attendre » de chacun d'eux, d'après une règle de l'expérience, quand les autres éléments sont donnés comme « conditions » ». M. Weber, *ibid.*

391 A cet égard, il faut rester conscient, dit Weber, du caractère *idéal* des notions employées en l'occurrence : « le raisonnement repose sur l'abstraction de certains éléments de l'enchaînement causal réel, sur la généralisation idéale des autres éléments sous la forme de jugements objectifs de possibilité et sur l'utilisation de ceux-ci pour ordonner le devenir en une relation causale d'une structure déterminée » En cela, il est clair pour Weber que cette conception de la causalité présente un caractère métaphysique. M. Weber, *op. cit.* p. 281.

392 N. Hosni, thèse préc. p. 120.

393 « Envisagée par rapport aux conditions du résultat, la généralisation signifie qu'on n'associe à l'acte humain que certaines des conditions qui ont participé avec lui à la production du résultat, toutes les autres conditions doivent être tenues hors de notre considération ». N. Hosni, thèse préc. p. 120.

compte toutes les circonstances concrètes, faute de quoi l'effet se révèle logiquement nécessaire : compte tenu de toutes les conditions, le naufrage ne pouvait que se produire³⁹⁴. *Plus on généralise les circonstances du dommage, et moins important est le degré de possibilité que l'acte renferme à l'égard du résultat ; inversement, plus on précise les circonstances, plus est élevé le degré de possibilité.*

92. Régularités causales générales. Une fois déterminés les événements-types auxquels rattacher les faits de l'espèce, restent à identifier les généralisations qui fondent l'imputation causale de manière à évaluer la fréquence relative d'occurrence des types d'événements identifiés. Les généralisations causales permettant de formuler le *jugement de possibilité* appartiennent au « savoir nomologique » de l'observateur. La nature des généralisations permettant l'identification du potentiel causal de chaque fait identifié comme cause varie selon les auteurs. Deux options sont ici envisageables : soit se tourner vers l'expérience ordinaire de l'homme de la rue, soit exiger que ces généralités causales constituent des lois scientifiquement reconnues. La première option fut celle de Weber qui évoquait les « règles de l'expérience ». De même, Von Bar se contentait des régularités auxquelles l'homme ordinaire est habituellement confronté. Rümelin renvoyait à « l'expérience collective de l'humanité »³⁹⁵. En revanche, d'autres ont estimé que la connaissance nomologique correspondait à *l'état actuel de la science*. Pour Von Kries, les connaissances à mobiliser étaient les lois naturelles « d'après les préceptes de la science dans son état actuel » : il faut donc « déclarer le résultat possible, même si sa production est régie par des lois qui, tout en n'étant connues ni de l'auteur de l'acte, ni d'un homme normal, sont cependant connues par les spécialistes de chaque science. Le représentant de cette connaissance est le juge assisté par les experts »³⁹⁶. Par la suite, il s'est trouvé des auteurs pour faire la part des choses. Selon M. Deschenaux, le juge doit se mettre à la place

394 « Dans son jugement de probabilité, le juge ne fera pas entrer toutes les circonstances du cas concret, car à ce moment, il serait amené à retenir purement et simplement la causalité naturelle ; en effet, plus on retient de circonstances, plus le résultat survenu apparaît probable : à la limite, les deux séries se recouvriraient. Le juge va donc faire un choix parmi les *conditions* en retenant seulement des phénomènes ou des successions de phénomènes qui présentent une certaine typicité ». H. Deschenaux, « Norme et causalité... », art. préc. pp. 406-407.

395 « Le juge, en possession de toutes les connaissances constituant l'expérience humaine, faisant état de toutes les conditions reconnaissables de toute manière et à quelque moment que ce soit jusqu'à sa décision, doit se demander si l'acte du défendeur permet de compter sur l'apparition d'une conséquence semblable à celle qui s'est produite ». P. Marteau, thèse préc. pp. 110-111.

396 N. Hosni, thèse préc. pp. 125-126.

d'un « observateur ayant l'expérience de la vie et des choses. Ce « tiers neutre » est un profane tant qu'il s'agit d'apprécier l'enchaînement probable des événements de la vie courante »³⁹⁷. En revanche, lorsqu'il faut apprécier l'enchaînement de phénomènes naturels ou complexes, tels les phénomènes économiques, le juge doit se placer dans la position de l'expert. Autrement dit, les événements de la vie courante supposent de se référer aux règles d'expérience connues de tous. En présence de faits de nature à mobiliser un savoir scientifique, tels des faits naturels, il convient de se tourner vers les données acquises de la science.

93. Critères d'adéquation : probabilité objective et augmentation des probabilités. Une fois identifiée la liaison causale générale applicable, reste à calculer la *probabilité objective* de résultat engendrée par l'acte du défendeur. Le recours à des liaisons causales générales, qu'il s'agisse des « règles d'expérience » communes à tous ou de véritables lois scientifiques doit permettre de calculer la probabilité objective de dommage générée par l'acte du défendeur. Nous venons de dire que l'évaluation causale s'opère grâce à deux types de connaissances : la connaissance des données de fait concrètes, soit la « connaissance ontologique » et la connaissance de « lois » causales, soit la « connaissance nomologique ». Or les lois causales scientifiques sont désormais majoritairement probabilistes. Et il est difficile d'imaginer qu'il en soit autrement pour les « lois de l'expérience » relative à la réalité concrète³⁹⁸. Au lieu de pouvoir dire que A engendre B dans 100% des cas, on peut seulement dire que A entraîne B dans 60% des cas, ou que A entraîne B « selon le cours ordinaire des choses ». Parfois même, on saura seulement dire que A « favorise » la production de B, au sens où la survenance de A augmente fortement la probabilité de survenance de B, qui peut néanmoins se produire en l'absence de A. Autrement dit, les règles générales servant à l'établissement du jugement de causalité n'ont, la plupart du temps, qu'un caractère de *possibilité*, et non de nécessité. C'est ainsi que le jugement de causalité adéquate, pour un cas particulier donné, ne pourra être qu'un jugement de possibilité exprimé en termes de *probabilité*. En présence d'une loi

397 H. Deschenaux, « Norme et causalité... » art. préc. p. 407.

398 « Une relation nécessaire ne s'applique qu'à un système clos ou à une série isolée. Rapportée au concret, toute loi est *probable* ; des circonstances étrangères au système ou négligées par la science risquent d'interrompre ou de modifier le déroulement des phénomènes prévu. Toute application, toute technique exige une marge de sécurité (par exemple s'il s'agit de la résistance des matériaux). De même, rétrospectivement, on n'établit pas la cause unique ou la loi de l'écroulement d'un mur ou d'un pont, mais les circonstances qui rendaient plus ou moins vraisemblables la catastrophe ». R. Aron, *op. cit.* p. 206.

causale probabiliste du type A engendre B dans 60% des cas, on dira que l'événement concret *a* engendrait 60% de chances de voir se produire *b*. Dans le cas du naufrage du Titanic, le fait d'avoir percuté l'iceberg sur le côté entraînait une probabilité très élevée de naufrage. Mais il n'est pas possible de voir le naufrage comme une suite *nécessaire* de ce choc : il s'agissait seulement d'une suite *objectivement possible*.

Reste à déterminer le *seuil de probabilité* à partir duquel la causalité doit être acquise. Dans sa formulation la plus courante, on dit qu'il y a causalité adéquate lorsque l'événement considéré devait engendrer l'effet « selon le cours normal des choses ». Cette formulation est toutefois insuffisante. Le plus cohérent est de dire que la cause *adéquate* est celle qui produit l'effet dans un nombre de cas plus grand que le nombre de cas où elle ne le produit pas. L'idée de « cours normal des choses » renvoie, en effet, à « ce qui se produit le plus fréquemment ». Cela signifie que la probabilité doit être d'au moins 51%. En dessous de cette probabilité, la cause n'est qu'*accidentelle* puisque le nombre de cas dans lesquels elle ne produit pas l'effet est plus grand que le nombre de cas dans lesquels elle le produit. Nous retrouvons ici l'écueil relevé plus haut à propos des lois probabilistes³⁹⁹. Alors que la causalité est admise sans conteste lorsque l'acte avait 70 ou 80% de chances de provoquer le dommage, elle sera écartée si la probabilité tombe à 15 ou 20%. Supposons par exemple qu'un médicament provoque, chez un petit nombre de gens, un effet indésirable précis : bien que la probabilité d'apparition du dommage soit faible, niera-t-on pour autant que l'ingestion soit la cause génératrice de l'effet constaté ? La chose serait choquante.

Pour écarter cette difficulté, il est possible de raisonner en termes d'augmentation des probabilités, comme le préconisait Hempel. Au lieu de se fonder simplement sur la probabilité objective d'apparition de l'effet pour retenir la causalité —ce qui suppose de ne retenir que le cas où cette probabilité est élevée— on va se fonder sur *l'augmentation de probabilité* d'apparition du dommage engendré par l'acte examiné. Telle est la méthode développée par Von Kries et reprise, en matière historique, par Weber et Aron. En *mesurant* le degré de possibilité de production du dommage engendré par le fait générateur et en *comparant* ce degré de possibilité au degré de possibilité existant en l'absence de ce fait, il est possible de mesurer le *degré d'adéquation*. Pour être cause adéquate, le facteur examiné doit augmenter, dans une mesure appréciable, le degré de possibilité renfermé par

399 V. *supra* n°66.

les autres conditions du résultat⁴⁰⁰. Supposons, par exemple, qu'un médicament produise un effet indésirable chez 10% des gens. On pourrait en conclure que l'ingestion de ce médicament n'est pas cause adéquate, car elle n'est pas de nature à engendrer l'effet indésirable selon *le cours normal des choses*, soit dans le plus grand nombre de cas. Mais supposons que, chez le patient concerné, on cherche à établir une comparaison entre les chances qu'il avait de développer cet effet indésirable *sans* le médicament puis *avec* le médicament. Si en l'absence de médicament, l'effet n'avait que moins de 1% de chances de se produire, mais qu'il avait 10 % de chances de survenir en cas d'ingestion, alors la prise du médicament a multiplié par 10 les chances de dommage. Dans un tel cas, il sera justifié de retenir la causalité.

94. Classement des facteurs causaux. L'idée de la théorie de la causalité adéquate n'est pas tant de *mesurer* la causalité d'un seul facteur que de *comparer* les taux d'adéquation des différents facteurs de manière à les *classer*. Dans l'exemple précédent, on sera amené comparer le taux d'adéquation du médicament –dont il est acquis qu'il multiplie par 10 les chances de développer l'effet- avec le taux d'adéquation d'un autre facteur pertinent. Par exemple, on se rend compte que –toutes choses égales par ailleurs- les chances qu'ont les victimes de développer l'effet indésirable sont, en moyenne de 10%, mais se révèlent de 19% lorsque la victime est fumeuse, et de 1% lorsqu'elle ne fume pas. Cela signifie que le facteur « tabac » est davantage en adéquation avec le dommage que le facteur « médicament ». Le raisonnement doit être mené toutes choses égales par ailleurs. Par exemple, on peut imaginer que la consommation d'un produit a 15% de chances de produire une réaction, mais que cette probabilité monte à 40% lorsque le patient boit régulièrement de l'alcool. On compare la probabilité de réaction sans produit et avec produit, étant supposé que le patient boit de l'alcool dans les deux cas : la probabilité passe de moins de 1% (alcool sans consommation de produit) à 40% (alcool et produit). Parallèlement, on compare la probabilité de réaction en cas de prise du produit sans consommation d'alcool, soit 15%⁴⁰¹, à la probabilité de réaction avec alcool (40%). Cela signifie que la consommation d'alcool augmente de 25% la probabilité de réaction, alors que la consommation du produit augmente de 39% la probabilité. La consommation du

400 N. Hosni, thèse préc. p. 134.

401 Qui n'est pas une moyenne comme dans l'exemple précédent, mais la probabilité en l'absence de consommation d'alcool.

produit constitue donc un facteur plus adéquat que la consommation d'alcool. On remarquera que le raisonnement se fait ici en tenant largement compte des autres circonstances particulières de l'espèce : cela signifie qu'on calcule l'augmentation de probabilité générée par la prise du produit non pas *en général*, mais dans le cas précis d'une victime consommant de l'alcool. De même établit-on le rapport entre l'alcool et l'effet dans le cas d'une personne consommant le produit.

La comparaison permet, en effet, de *classer* ces différents facteurs suivant l'augmentation de probabilité qu'ils génèrent. On aboutit à quelque chose qui n'est pas un calcul de probabilité au sens étroit mais une *probabilité relative* permettant de classer les facteurs sur une échelle de graduation⁴⁰². De telles évaluations sur le degré de chance favorable, remarquait Weber, se font tant en histoire que dans la vie quotidienne : sans elles, il serait impossible de distinguer entre ce qui est causalement essentiel et insignifiant. A cet égard, il n'est pas toujours indispensable de disposer de probabilités chiffrées très précises. « Lorsque nous faisons en « imagination » cette comparaison grâce à un nombre suffisant de modifications concevables des constellations, il est toujours possible, au moins en principe, de concevoir une proportion assez importante de déterminabilité pour établir un jugement sur le « degré » de possibilité objective »⁴⁰³. Et si l'on ne parvient pas à évaluer la probabilité objective générée par un facteur donné, il est toujours envisageable d'évaluer le *degré relatif* d'adéquation du facteur examiné par rapport aux autres facteurs du dommage⁴⁰⁴. A cet égard, la classification du degré d'adéquation des facteurs causaux permet d'identifier la cause la plus adéquate, mais aussi les causes qui ne sont qu'accidentelles.

Les *causes accidentelles* sont les facteurs qui ne modifient pas la probabilité d'apparition du dommage. Par exemple, dans un jeu de dé, on sait que chaque joueur a, théoriquement parlant, 1 chance sur 6 de tirer un 6. Concrètement, la manière dont le joueur saisit le

402 L'idée de pronostic rétrospectif met en évidence une difficulté de la théorie que nous avons déjà relevée : obligeant à se positionner en pensée au moment de l'action, elle n'en est pas moins un jugement élaboré *a posteriori*.

403 M. Weber, *op. cit.* p. 293. Même s'« il est évident que par cette opération, on ne saurait en aucune manière établir entre ces deux « possibilités » un rapport que l'on pourrait, en un sens quelconque, évaluer numériquement » ». M. Weber, *op. cit.* p. 291.

404 Même si nous n'arrivons pas à évaluer, par un véritable calcul de probabilités, le degré de chance favorable que certaines « conditions » exercent sur un effet déterminé, nous pouvons néanmoins « évaluer le « degré » relatif de cette chance générale favorable grâce à la comparaison avec la manière dont certaines autres conditions, modifiées en pensée, l'« auraient » favorisée ». M. Weber, *op. cit.* p. 293.

gobelet et le secoue avant de jouer est absolument déterminante du nombre de points qui seront obtenus. Mais cette causalité est accidentelle, car elle ne joue en rien sur la probabilité de tirer un 6, qui reste toujours la même⁴⁰⁵. De même, à propos du Titanic, on ne tiendra compte que des faits augmentant la probabilité *ex ante* de naufrage. Dans ce cadre, on pourra considérer comme accidentel un fait qui n'augmentait que très faiblement la probabilité de naufrage, par exemple le fait que les veilleurs n'étaient pas équipés de jumelles. Au total, il faut retenir que la qualification de « cause accidentelle », comme celle de « cause adéquate » est relative : elle exprime seulement l'augmentation, importante ou faible, de la probabilité de dommage. L'aboutissement de la théorie de la causalité adéquate consiste donc moins à déterminer « LA » cause adéquate qu'à *classer* les différents facteurs du dommage selon leur *degré d'adéquation*.

95. Conclusion du paragraphe. La théorie de la causalité adéquate, dans sa formulation la plus répandue, désigne la cause comme le fait qui devait produire le dommage « selon le cours normal des choses ». Cette définition est insuffisante. La théorie est plus élaborée. Son principe est, avant tout, d'opérer une *hiérarchisation* entre les facteurs du dommage d'après *l'augmentation de probabilité* de résultat qu'ils génèrent. Le facteur dont la présence augmentait de 30% la probabilité de dommage (toutes choses égales par ailleurs) est plus adéquat que celui dont la présence n'augmentait que de 15% la probabilité du résultat redouté. Du point de vue de sa mise en œuvre, la causalité adéquate suppose de rattacher les faits concrets à des *liaisons causales générales* et d'opérer un raisonnement *contrefactuel* pour évaluer la probabilité de dommage en l'absence du facteur examiné⁴⁰⁶. Ce raisonnement n'est guère aisé. Il convient donc de nous interroger sur la portée de la théorie.

405 « Il n'existe pas de possibilité d'imaginer seulement une règle d'expérience permettant d'exprimer qu'une certaine manière d'exécuter ces deux mouvements physiques serait « capable » de favoriser la chance d'obtenir un nombre de points déterminé ». De fait, à chaque mouvement, « les chances de sortir l'une ou l'autre des faces apparaissent comme « égales » ». Cette causalité est donc absolument « accidentelle ». En revanche, si le centre de gravité du dé est excentrique, « il y a pour l'une des faces de ce faux dé des chances plus favorables de sortir, (...), et l'on peut même exprimer « numériquement » la proportion de ces « chances plus favorables » de « possibilité objective » en répétant les jets avec une fréquence suffisante ». M. Weber, *op. cit.* p. 293.

406 La démarche est admirablement résumée par Raymond Aron, quoiqu'en termes un peu abstraits : « 1) découpage du phénomène effet, 2) discrimination des antécédents et séparation d'un antécédent dont on veut estimer l'efficace ; 3) construction d'évolutions irréelles, 4) comparaison des images mentales et des événements réels ». R. Aron, *op. cit.* p. 203.

§2. Portée de la théorie de la causalité adéquate

96. Centrée sur l'aptitude de l'acte du défendeur à engendrer un dommage, la causalité adéquate présente un intérêt indiscutable pour le droit de la responsabilité (A). La théorie comporte toutefois des lacunes, notamment dans sa mise en œuvre (B).

A. Intérêt de la théorie de la causalité adéquate

97. **Succès de la théorie en droit positif.** En Allemagne, la théorie de la causalité adéquate, popularisée dans la doctrine allemande par Rümelin et Träger, fut consacrée par un arrêt du Tribunal d'empire de 1913⁴⁰⁷, puis confirmée par à propos du naufrage du bateau Edelweiss en 1951⁴⁰⁸. En 1972, un nouvel arrêt sembla toutefois rejeter la causalité adéquate en matière civile⁴⁰⁹. En l'espèce, le défendeur avait causé un accident qui avait provoqué un embouteillage. Pour pouvoir passer, les véhicules arrivant sur les lieux tentèrent de contourner les véhicules immobilisés et endommagèrent la chaussée et le trottoir, qui appartenaient à la municipalité. En l'occurrence, le défendeur ne fut pas tenu de réparer ce dommage malgré le rapport d'adéquation : sa conduite n'avait fait, selon la Cour, que fournir l'occasion de la décision libre des conducteurs de contourner les véhicules immobilisés. Cette décision montre surtout que d'autres critères que le seul rapport d'adéquation sont pris en compte par les juridictions civiles allemandes pour déterminer la causalité et les limites de la responsabilité.

De fait, la doctrine allemande a évoqué dès les années 1960 le déclin de la causalité adéquate, expression un peu excessive, car la jurisprudence a généralement continué à s'y référer. Dans un discours rectoral de 1956 resté célèbre, un auteur, Von Caemmerer⁴¹⁰, a

⁴⁰⁷ Elle fut également consacrée en Suisse à la même époque. V. H. Deschenaux, « Norme et causalité ... », art. préc. p. 400.

⁴⁰⁸ Edelweiss, *BGHZ (Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen)* 3 (1951), 261. Cette dernière décision reprit la théorie de la causalité adéquate dans la formulation de Träger. V. Hart et Honoré, *op. cit.* pp. 474-475.

⁴⁰⁹ *BGHZ* 58 (1972) 162.

⁴¹⁰ E. Von Caemmerer, « *Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht* » [Le problème du lien causal en droit privé], *Freiburger Universitätsreden*, 1956. Caemmerer fut suivi par d'autres auteurs, tel Lange. Auparavant, Rabel avait déjà mis en cause le critère de la causalité adéquate pour déterminer l'ensemble des conséquences consécutives à l'inexécution de la vente.

soutenu que la véritable notion de causalité correspond à la condition *sine qua non*. Pour le reste, les questions se posant dans le cadre de la mise en oeuvre de la responsabilité ne peuvent être réglées qu'en se référant au type et au sens de la règle violée, non à la causalité. Cette opinion eut une certaine répercussion sur la jurisprudence, qui invoque parfois l'idée d'objectif de la règle violée⁴¹¹, ou le principe selon lequel il existe des risques que l'on doit supporter soi-même sans les transférer à autrui (excepté par l'assurance). Certains auteurs allemands ont souhaité que ces deux dernières idées remplacent le critère de la causalité adéquate : à ce jour, elles ne servent que de critères auxiliaires⁴¹².

98. En France, on estime généralement qu'une cause est adéquate quand elle entraîne habituellement l'effet considéré, « selon le cours normal des choses »⁴¹³. L'idée d'*augmentation des probabilités* est rarement évoquée. Quant à l'influence exacte de la théorie de la causalité adéquate sur le droit positif, les auteurs divergent et la jurisprudence est peu lisible. Pour Mlle Viney et M. Jourdain, la causalité adéquate ne serait mise en oeuvre que dans des cas « exceptionnels » constituant pour eux des « dérogations au principe selon lequel toutes les conditions nécessaires du dommage en sont des causes juridiques »⁴¹⁴. D'autres auteurs estiment en revanche que la causalité adéquate constitue la théorie dominante dans notre droit positif⁴¹⁵. Elle a été présentée comme la théorie la plus fréquemment retenue dans des conclusions relatives à un arrêt récent⁴¹⁶. Nous avons déjà souligné que la jurisprudence française est difficile à suivre⁴¹⁷, ce qui signifie qu'il est impossible d'affirmer qu'une théorie s'impose en particulier. Il convient surtout de souligner le fait que la causalité adéquate constitue moins, pour les juristes français, l'expression de la notion *logique* de causalité qu'un critère d'*attribution* de la responsabilité.

Il faut, en effet, relever un *décalage* entre l'intention originelle de la théorie, qui vise à

411 Telle est la théorie de la relativité aquilienne, v. Jean Limpens, « La théorie de la « relativité aquilienne » en droit comparé », *Mélanges Savatier*, p. 559.

412 Hart et Honoré, *op. cit.* p. 477.

413 V. les réf. données *supra* n°85.

414 Viney et Jourdain, *op. cit.* n°356.

415 Tel est le cas de MM. Terré, Simler, Lequette, *op. cit.* n°860.

416 V. concl. R. Kessous à propos de Cass. 2^e civ. 20 novembre 2003, D. 2003, p. 2902.

417 V. pour un ex. récent en matière de responsabilité administrative : TA Marseille, 21 septembre 2004, JCP G 2004 II, 10029, note S. Laget.

présenter une conception logique et scientifique de l'explication causale, et sa perception actuelle, selon laquelle la causalité adéquate constitue surtout le moyen d'identifier la causalité *juridique*, dans la perspective de la responsabilité⁴¹⁸. D'un point de vue théorique, la théorie de la causalité adéquate présente un critère relativement clair de désignation de la cause : est cause l'antécédent qui augmentait sensiblement la probabilité *ex ante* de dommage. Or la traduction de ce principe en matière juridique a fait en sorte qu'on le perçoit surtout comme un moyen d'opérer une sélection entre les causes du dommage, et de limiter l'étendue de la responsabilité. Il existe, à cet égard, une ambiguïté⁴¹⁹, dans les différentes formulations de la théorie, quant à l'exigence préalable que l'antécédent examiné ait constitué une condition nécessaire du dommage. Si le critère de l'adéquation n'intervient qu'après vérification que le facteur considéré ait été une condition *sine qua non* du dommage, comme le disent fréquemment les auteurs français, il constitue un critère utile à l'administration de la responsabilité, dont la justification ne découle pas de la logique de l'explication causale. Dans cette optique, le critère constitue surtout un mode de *sélection* de la cause juridique et des effets pris en charge par la responsabilité. L'emploi de ce critère doit être, à cet égard, motivé par des considérations propres aux objectifs et aux modalités de mise en œuvre de la responsabilité juridique. En revanche, si la théorie de la causalité adéquate exprime l'essence de l'explication causale, alors toute détermination d'une cause doit se faire en référence à des régularités causales générales permettant d'évaluer des probabilités objectives, sans vérification préalable du caractère de condition *sine qua non* des antécédents envisagés. A vrai dire, l'antécédent ayant augmenté les probabilités d'apparition du dommage a toutes les chances de constituer aussi une condition *sine qua non* du dommage : les deux notions se recoupent largement⁴²⁰. Cela dit, dès lors que l'on utilise ce critère de la probabilité *ex ante* pour retenir certaines conditions et en négliger d'autres, ou pour mesurer les effets pris en compte par la responsabilité juridique, on sort de l'explication causale pour entrer dans une logique d'*imputation*.

Autrement dit, tout en exprimant originellement une conception *logique* de la causalité, formulée dans un souci d'*explication*, le *lien causal probabiliste* promu par la théorie de la

⁴¹⁸ V. par ex. P. Jourdain, « Causalité », *Jurisque Responsabilité civile*, n°49 ; P. Brun, *op. cit.* n°283.

⁴¹⁹ Les auteurs allemands ayant développé et discuté la théorie ne sont pas toujours clairs sur le sujet. Certes, chacun souligne que les faits examinés doivent constituer des facteurs du dommage. Mais il n'est pas dit qu'il faille, chaque fois, s'assurer effectivement que le dommage ne se serait pas produit en l'absence du facteur considéré.

⁴²⁰ V. *infra* n°164.

causalité adéquate constitue surtout pour les juristes une *méthode d'administration* de la *responsabilité* : le critère sert moins à dire *pourquoi* et *comment* les choses se sont passées qu'à jouer au niveau de l'*imputation* de la responsabilité. Cela explique pourquoi la théorie de la causalité adéquate interfère largement avec les notions juridiques propres au droit de la responsabilité, tant au niveau du principe de la responsabilité (1) qu'à celui de son étendue (2).

1. Causalité adéquate et principe de la responsabilité

99. La probabilité *ex ante* de dommage, qui constitue le critère de la causalité adéquate, est particulièrement adaptée à la logique de la responsabilité pour risque, qui repose, précisément, sur la probabilité de dommage générée par certaines activités (b). On trouve toutefois la théorie dans le contexte de la responsabilité pour faute (a). Elle fournit, par ailleurs, un critère de hiérarchisation entre les causes qui donne une pertinence à l'idée de « cause exclusive », fréquemment invoqué dans la jurisprudence récente (c).

a. Responsabilité pour faute et cause adéquate

100. **Le lien entre faute et causalité adéquate.** La théorie de la causalité adéquate rapproche la causalité de la faute. Lorsque le juge dispose de connaissances équivalentes à celles de l'agent, la probabilité objective de dommage qu'il détermine était connue par ce dernier. Dans un tel cas, la probabilité objective établie après coup correspond à ce qui était, lors de l'acte, *prévisible* par l'agent. Sans doute, d'ailleurs, aurait-il *dû* faire cette prévision. L'agent, censé se comporter en homme raisonnablement prudent et diligent, devait avoir conscience de la probabilité de dommage générée par son acte. Cela montre que la théorie de la causalité adéquate est plus centrée sur *l'acte générateur* de l'effet que sur le *lien causal concret* lui-même. Le potentiel causal qu'elle détermine permet de mettre en évidence le caractère illicite du fait du défendeur : un acte objectivement dangereux est, bien souvent, fautif⁴²¹. En permettant de comparer d'une part, la *probabilité objective* de dommage appréciée *a posteriori*, de l'autre, la *prévisibilité* de ce dernier pour l'agent, et, enfin, ce que le défendeur avait *effectivement* prévu, la causalité adéquate joue un rôle incontestable dans la qualification de la faute. Cet aspect a donné lieu, chez les auteurs

421 Comp. Viney et Jourdain, *op. cit.* n°344.

allemands, à des positions divergentes. Une optique « subjectiviste », représentée par Von Kries, préconisait de prendre en considération les conditions *connues* ou *connaissables* par l'agent lui-même, ce qui rapprochait étroitement l'appréciation de la causalité de celle de la faute. Pour Von Kries, seules les circonstances connues de l'auteur de l'acte pouvaient faire l'objet d'un examen causal. Si par exemple, un patient manifeste une réaction allergique à une anesthésie, il n'y a pas plus causalité que faute, puisque le médecin ne pouvait connaître cette prédisposition de la victime. Cette approche restreint considérablement les hypothèses dans lesquelles la causalité peut être retenue⁴²². Pour pallier cet inconvénient, Von Kries précisait que l'on pouvait également prendre en considération les conditions qui auraient *dû* être connues de l'auteur de l'acte, même s'il ne les avait pas connues effectivement⁴²³. Dans le même esprit, Träger⁴²⁴ estimait qu'il fallait prendre en compte toutes les conditions existant au moment où le défendeur a accompli son acte, qui devaient pouvoir être connues d'un homme possédant les meilleures qualités possibles d'intelligence, d'expérience et de sagesse (abstraction faites des conséquences inconnues ou apparues postérieurement)⁴²⁵. Causalité et faute sont donc examinées à la même aune⁴²⁶.

A l'opposé, des auteurs plus « objectivistes », tel Rümelin, ont estimé que *toutes* les conditions devaient être prises en compte par le juge, même si elles n'étaient devenues connues que postérieurement⁴²⁷. Il suffit que ces conditions soient connues au moment où le juge statue. Ainsi, la fragilité de la victime d'un choc anesthésique, même

422 V. N. Hosni, thèse préc. p. 136.

423 Von Kries fut appuyé par un autre auteur, Liepmann, qui adopta le critère de prévisibilité. Selon lui, il suffisait que le résultat ait été ou pu être prévu par le défendeur. Liepmann n'a pas précisé si cette idée de prévisibilité devait être celle du défendeur *in concreto*, ou celle d'un homme abstrait, normal, voire celle d'un homme particulièrement prudent et intelligent. V. P. Marteau, thèse préc. p. 106.

424 On reprocha à Träger de confondre la causalité et la faute, puisque le critérium de la causalité adéquate repose chez lui sur le jugement pouvant être fait *ex ante* par un homme ayant les connaissances les plus étendues et l'expérience la plus grande. Le reproche fut formulé par E. Mayer et repris par Marteau, thèse préc. pp. 118-119. La théorie de Träger a néanmoins les faveurs de Hosni, thèse préc. p. 148. Elle est également reprise par la jurisprudence suisse, telle que la présente M. Deschenaux : « ce qui compte pour la causalité adéquate, c'est bien la prévisibilité objective du résultat : ce qu'une personne normale aurait prévu ou cru possible », « Norme et causalité... » art. préc. p. 407.

425 Peu important que l'auteur de l'acte ne les ait pas connues dans les faits. N. Hosni, thèse préc. p. 147.

426 Telle est la critique de P. Marteau, thèse préc. p. 102-103. Apprécier la causalité à l'aune de ce qui était prévisible pour l'agent constitue le principe de la théorie dite de la « causalité morale », défendue par Paul Esmein. V. *infra* n°233.

427 N. Hosni, thèse préc. p. 139 et s.

inconnaisable, est à prendre en compte. Donc l'anesthésie est bien cause adéquate du dommage. Rümelin préconisait, en outre, la prise en considération des conditions *subséquentes* à l'acte délictueux, mais déjà contenues en germes dans les circonstances contemporaines de l'acte. Supposons, par exemple, que la victime d'un accident soit légèrement blessée, puis conduite à l'hôpital où elle est victime d'une erreur médicale. Il faut, dans l'optique de Rümelin, se poser la question en ces termes : l'accident augmentait-il la probabilité du dommage final, *sachant* que la victime allait être victime d'une erreur médicale ? Ce faisant, la thèse de Rümelin aboutissait à reconnaître la causalité dans une très grande majorité de cas et devenait, pour cette raison, intenable⁴²⁸. Le seul point commun à tous les auteurs est la nécessité de négliger les faits absolument *inconnaisables*. Pour le reste, trouver le bon équilibre, entre prévisibilité et nécessité, est particulièrement délicat.

101. La théorie de l'adéquation. L'entrecroisement des notions de faute et de causalité fut le principal argument qui conduisit l'allemand Tarnowski⁴²⁹ à formuler la *théorie de l'adéquation* en 1927. L'auteur, qui estimait que la théorie de la causalité adéquate ne permettait pas d'aboutir à des solutions claires, cherchait surtout à mettre en évidence la confusion entre faute et causalité qu'elle implique. Suivi par quelques autres auteurs⁴³⁰, il relevait que le droit civil, comme le droit pénal, met en œuvre des jugements *normatifs* lorsqu'il décide qu'une personne aurait dû ou n'aurait pas dû accomplir un acte déterminé. Or de tels jugements de condamnation ne valent que si la personne concernée avait, sur le moment, la possibilité d'influencer le cours effectif des événements. Le jugement ne peut donc s'étendre à un événement dont l'acteur n'a pas accru la probabilité même si son acte en fut une condition nécessaire. La relation d'adéquation est ainsi le présupposé de tout jugement déclarant l'*illicéité* d'un comportement : elle est à la fois le

428 Nous l'avons dit : plus on généralisera la cause ou la conséquence et plus la réponse à la question de possibilité objective aura des chances d'être affirmative. Bien souvent, il sera même difficile de tracer une véritable distinction entre le jugement de possibilité effectué en l'occurrence et un jugement de nécessité : en effet, si l'on reprend *toutes* les circonstances particulières, le fait considéré *devait* causer le dommage. V. P. Marteau, thèse préc. p. 116.

429 H. Tarnowski, *Die systematische Bedeutung der adäquaten Kausalität für den Aufbau des Verbrechensbegriffs* [La signification systématique de la causalité adéquate pour l'élaboration de la notion de crime] (1927).

430 Tel l'italien Grispigni, « *Il nesso causale nel diritto penale* », *Rivista italiano di diritto penale*, 13 (1935) 3.

critère de la faute et de la causalité⁴³¹. L'objet de la règle de droit est d'interdire certaines conduites en raison de leur tendance à produire certaines conséquences en découlant habituellement. Si la conséquence redoutée pouvait être produite par l'acte considéré, il faut en déduire que le droit prohibe un tel acte. En définitive, la cause adéquate relèverait moins d'une théorie de la causalité que d'une *théorie de la responsabilité*, c'est pourquoi il vaudrait mieux parler de « théorie de l'adéquation » : la condamnation exprimée par le droit n'est pas seulement relative au point de savoir si le défendeur devait ou non accomplir l'acte en question mais concerne l'intégralité du délit constitué de l'acte, du lien de causalité et du dommage. L'idée de Tarnowski, selon laquelle le danger ou le risque créé par un certain type de conduite constitue la raison de son illicéité, est fréquemment émise : elle a débouchée sur la théorie de la relativité aquilienne.

A vrai dire, la théorie de la relativité aquilienne⁴³², connue en Allemagne et en *Common Law*, n'a jamais été consacrée en France. Cette théorie consiste à « réserver l'action en réparation à ceux que la règle violée tend à protéger », cette action ne pouvant « avoir pour objet que les dommages visés par la règle »⁴³³. La causalité adéquate concerne toutefois exclusivement l'aspect *matériel* de la théorie, soit la limitation de la protection de la règle à certains dommages. En effet, la théorie de la relativité aquilienne comporte également un volet *personnel* lorsqu'elle a pour effet de limiter la protection de la règle à certaines personnes. Quoiqu'il en soit, il est cohérent d'imaginer que la règle violée, légale ou jurisprudentielle, ait eu pour objectif de protéger les dommages que le comportement prohibé était de nature à engendrer. De ce point de vue, la théorie de la relativité aquilienne intègre la causalité adéquate. Une affaire jugée le 4 juillet 2002 illustre cet aspect⁴³⁴. Un accident de la circulation s'était produit sans que les circonstances de l'accident soient connues avec certitude. Or la victime conduisait en état d'ébriété. La Cour d'appel avait estimé qu'aucun lien de causalité n'était établi entre l'alcoolémie et la collision. En cela,

431 On peut souligner que pour Tarnowski, l'adéquation est une question de fait, alors que pour Grispigni, le caractère d'adéquation est une question de droit, une question d'appréciation normative.

432 Jean Limpens, « La théorie de la « relativité aquilienne » en droit comparé », Mélanges Savatier, p. 559. V. égal. J. Esser, « Responsabilité et garantie dans la nouvelle doctrine allemande des actes illicites », RID comp., 1961, p. 481 et s.

433 J. Limpens, art. préc. p. 560.

434 Cass. 2^e civ. 4 juillet 2002, D. 2003 jur. p. 859, note H. Groutel (2^e esp.). Solution sévère, du reste, car la victime était décédée dans l'accident. Cet arrêt prend le contre-pied d'un autre, plus ancien, qui estimait que le rôle causal du taux d'alcoolémie du conducteur n'était en rien établi : voir Cass. 2^e civ. 27 septembre 2001, RCA 2001 comm. n°360.

elle fut censurée par la Cour de cassation pour qui le taux d'alcoolémie excessif de la victime constituait une faute en relation causale avec le dommage. Conduire en état d'ébriété augmente sensiblement la probabilité d'accident. C'est pour cette raison que le législateur l'interdit. La prise en compte, ici, de l'objectif de la règle violée permet de retenir un lien causal malgré l'incertitude quant aux circonstances de l'accident.

102. La causalité adéquate, critère de la faute ? Le lien entre faite et causalité adéquate a conduit certains auteurs à cantonner la théorie à l'appréciation de l'acte illicite, en refusant la pertinence pour l'établissement de la causalité effective. Il est vrai que la causalité adéquate ne permet de prendre en compte que les effets *possibles* de l'acte en vertu d'une régularité causale générale et abstraite⁴³⁵. Hosni estimait, par exemple, que « le caractère adéquat de l'acte présente de l'importance quand il s'agit de savoir si cet acte peut être considéré comme illégal », mais que, pour cette raison, « la possibilité renfermée par l'acte à l'égard du résultat ne constitue pas un critère acceptable d'un lien de causalité concret »⁴³⁶. Autrement dit, si un acte est fautif parce qu'il augmente la probabilité objective d'apparition du dommage, il ne l'a pas forcément et *effectivement* causé dans les faits. L'idée fut ainsi émise de cantonner la causalité adéquate à l'appréciation de la faute⁴³⁷, ce qui revient à dissocier la question du risque créé et celle de la causalité effective dans un cas concret.

103. Causalité objective, faute subjective. Dans l'examen de la causalité adéquate, il faut se garder de confondre plusieurs « points de vue ». Le point de vue de celui qui, tel *le juge*, examine l'action après coup et dispose d'éléments et de données dont l'agent ne pouvait pas nécessairement avoir connaissance. Le point de vue de *l'agent*, à propos duquel on peut déterminer ce qu'il avait effectivement *prévu* ou ce qu'il aurait *dû* prévoir, compte tenu de la situation dans laquelle il se trouvait. Ce dernier aspect permet d'identifier la négligence de l'agent lorsqu'il aurait dû prendre en compte certaines conséquences

435 C'est pour ce motif que Radbruch critiqua la théorie de Von Kries dont il n'admettait la validité que dans les cas de responsabilité sans faute subjective.

436 N. Hosni, thèse préc. p. 158.

437 La plupart des systèmes juridiques, continentaux ou anglo-américains, condamnent des types d'actes en raison de leur tendance générale à causer certains dommages. Bien entendu, il existe toujours des cas dans lesquels le droit prévoit une responsabilité même si la conduite prohibée n'accroît pas significativement la probabilité de dommage : par exemple, si le dommage est très grave, la conduite est fautive même lorsque la conduite concernée augmente très peu le risque. V. Hart et Honoré, *op. cit.* p. 473.

prévisibles de son acte. Dans une perspective purement « causaliste », la théorie de la causalité adéquate, devrait impliquer d'adopter le point de vue le plus objectif : non pas celui de l'agent lui-même, mais celui de l'observateur extérieur disposant du maximum d'informations, et ce tant pour le « savoir ontologique », soit les circonstances de l'espèce, que le « savoir nomologique », soit les régularités causales générales. Si l'on cherche à évaluer une probabilité objective, il ne faut pas mobiliser uniquement les liaisons causales connaissables au moment du fait dommageable, mais celles qui sont connues lors du jugement. La question est importante dans les cas où l'affaire arrive devant le juge longtemps après les faits, et qu'il y a eu un progrès scientifique entre-temps, telle la mise en évidence d'une corrélation causale entre un médicament et un effet indésirable donné, qu'on ne soupçonnait pas lors de la prescription. On ne va pas nier le caractère causal de la prise d'un produit toxique au motif que cette nocivité n'était pas connue lors de la consommation⁴³⁸ ! En principe, le jugement de possibilité objective émis par le juge après coup diffère de la *prévision* effective de l'agent, ainsi que de la *prévisibilité*, qui correspond à ce qu'il aurait pu prévoir⁴³⁹. Il s'agit d'un jugement objectif concernant la capacité du fait considéré à produire en lui-même le résultat concerné : « un résultat peut être possible, tandis qu'il n'est ni prévu, ni prévisible par l'agent »⁴⁴⁰. Cela dit, la différence entre probabilité objective et prévisibilité s'estompe quelque peu lorsque les généralités causales mobilisées correspondent aux règles ordinaires d'expérience connues de tous, et non au savoir d'un expert⁴⁴¹.

b. Causalité adéquate et responsabilité pour risque

104. Le risque se définit comme la probabilité d'apparition d'un dommage. Dans sa version la plus répandue, la théorie du risque a pour objet de condamner ceux qui rendent probables, par leur activité, certains dommages. De ce point de vue, la responsabilité pour risque présuppose la causalité adéquate. Celui qui préconise le remplacement de la causalité par la notion de risque, en écrivant qu'il serait préférable de rechercher « quelles étaient les

438 La question de la prise en charge ou non du risque de développement ne relève pas, en effet, du diagnostic causal, mais de la politique de la responsabilité que l'on entend poursuivre.

439 Ce terme de possibilité est celui qui est employé par Laplace et Cournot pour désigner la probabilité « objective ».

440 N. Hosni, thèse préc. p. 127.

441 « Tabler sur la prévisibilité subjective, c'est confondre la question de la causalité avec celle de la faute », H. Deschenaux, « Norme et causalité... », art. préc. p. 407.

potentialités de l'acte initial, ou, mieux, quels risques en découlaient »⁴⁴², milite, en vérité, pour la théorie de la causalité adéquate. Dans ce cadre, il est logique que la responsabilité fondée sur le risque consacre la théorie.

Certains auteurs voient dans l'exigence par la jurisprudence d'un *fait actif de la chose*, la consécration de la causalité adéquate⁴⁴³. On sait, en effet, qu'en matière de chose inerte, ce rôle actif est acquis lorsque la chose a eu un « comportement anormal » ou a occupé « une position anormale », voire encore a été affectée d'un « vice propre ». L'exigence d'anormalité, voire de vice, correspondrait à l'identification d'une particularité de la chose augmentant la probabilité objective de réalisation du dommage. Il y a là, d'ailleurs, une contradiction seulement apparente : dans la définition la plus courante, la cause adéquate est celle qui est de nature à produire le dommage, « selon le cours normal des choses », il faut donc identifier une *anormalité* propre à provoquer le dommage selon le cours *normal* des choses. A dire vrai, l'exigence d'anormalité nous paraît surtout nécessaire afin de pouvoir admettre qu'une chose inerte puisse être considérée comme cause d'un événement matériel. Le plus souvent, mais pas nécessairement, cette caractéristique anormale augmente la probabilité de réalisation du dommage. En outre, la jurisprudence récente tend à se contenter de la participation matérielle de la chose à la réalisation du dommage⁴⁴⁴.

c. L'idée de cause exclusive

105. La cause exclusive, cause prépondérante. L'évaluation de l'adéquation de la cause par rapport à l'effet permet de classer les différents facteurs du dommage. Reprenons l'exemple d'une victime qui a développé un effet indésirable en prenant un médicament, étant précisé que l'intéressée consomme de l'alcool régulièrement. La prise du médicament par un consommateur d'alcool fait passer de 1% à 30% la chance de développer l'effet. Chez une personne ne buvant pas d'alcool, la prise du médicament n'a que 5% de chances d'entraîner l'effet indésirable. Cela signifie que l'alcool fait passer de 5% à 30% la probabilité d'effet indésirable. Dans ce contexte, le facteur le plus adéquat est la prise du médicament puisqu'il augmente de 29% la probabilité de dommage, l'alcool ne venant qu'en

442 René Béraud, « Les mythes de la responsabilité civile », JCP G 1964, I, chron. 1937, spéc. n°16.

443 Pour G. Viney et P. Jourdain, cette consécration de la causalité adéquate s'explique par le souci de tenir compte, « au moins indirectement de la conduite du gardien » et de contrebalancer les conséquences de la disparition de la faute. Viney et Jourdain, *op. cit.* n°358-1.

444 V. *infra* n°366.

second, avec une augmentation de 25%⁴⁴⁵. On voit bien ici que la causalité adéquate n'offre rien de plus qu'un critère de hiérarchisation entre les causes : si la prise du médicament est la cause la plus adéquate, la consommation d'alcool n'en est pas moins une cause. Pour autant, lorsque le décalage entre les taux d'adéquation des différents facteurs est important, il devient tentant de parler de cause exclusive⁴⁴⁶. Tel est le cas lorsqu'un facteur particulier augmente très sensiblement la probabilité de dommage, alors que les autres facteurs augmentent ladite probabilité de façon marginale, constituant ainsi des causes accidentelles. Dans une espèce récente⁴⁴⁷, un personne avait laissé son véhicule stationné au bord de la route, empiétant légèrement sur la chaussée, en plein campagne, de nuit, sans signallement ni éclairage. Arriva une automobile dont le conducteur était ivre et conduisait à gauche, à une vitesse manifestement excessive. La collision fut inévitable, générant un dommage grave. En l'occurrence, il était évident que le mauvais stationnement du premier véhicule était une cause du dommage. En lui-même, il augmentait la probabilité objective d'une collision de cette nature. Mais l'ébriété du second conducteur et sa conduite erratique et imprudente, sur la voie opposée à la sienne, augmentait davantage le risque d'accident. C'est ainsi que la Cour de cassation a vu la cause exclusive de l'accident dans le comportement de ce dernier conducteur, et refusé de retenir un lien causal entre le mauvais stationnement et l'accident. Une autre affaire récente illustre également le raisonnement⁴⁴⁸. Un tremplin, installé au bord d'un étang pour permettre des sauts en VTT, avait été utilisé comme plongeur par un baigneur qui s'était blessé en heurtant le fond de l'étang. En l'occurrence, l'action de la victime, qui avait utilisé imprudemment le tremplin à une fin qui n'était pas la sienne, avait fortement augmenté la probabilité d'un tel dommage. En revanche, la présence dudit tremplin augmentait, certes, la probabilité abstraite d'un accident, mais de manière nettement moins significative : dans son usage normal, le

445 On pourrait mener le même raisonnement à propos des prédispositions de la victime.

446 C'est parce que l'événement prépondérant « apparaît comme la cause adéquate du dommage » qu'« il fait figure de cause « exclusive » et vient rompre le lien de causalité entre le fait générateur attribué au défendeur et le dommage ». P. Jourdain, obs. RTD civ. 1999, p. 113. V. égal. Fabrice Leduc, « La cause exclusive », RCA 1999 chron. 17 p. 4. La notion de cause exclusive est souvent utilisée à propos de la faute de la victime. La loi de 1985 sur les accidents de la circulation s'y réfère. La notion intervient également en matière d'exonération pour force majeure. V. *infra* n°426.

447 Cass. 2^e civ. 21 avril 2005, Lamy droit civil 2005, n°737.

448 Cass. 2^e civ. 24 février 2005 2^e esp. D. 2005 jur. p. 1395 note N. Damas ; JCP G 2005 I chron. 149 n°6 obs. G. Viney.

tremplin n'était pas dangereux. La Cour de cassation considéra ainsi que le fait de la victime constituait la cause exclusive du dommage.

106. Limites de la notion de cause exclusive. Il ne faut pas se méprendre sur ce que représente la notion de « cause exclusive » déterminée grâce à la causalité adéquate. La théorie permet de désigner une cause « *prépondérante* » au sens où c'est cette dernière qui augmentait *le plus* la probabilité du dommage. Cette idée est en lien avec l'idée de causalité comme liaison générale et régulière entre deux phénomènes, telle qu'elle permet la prédiction. Mais il faut rester conscient du fait que la causalité adéquate conduit à tenir compte des simples probabilités *ex ante* de l'accident. Or dans un univers non déterministe, tel que l'occurrence des événements futurs ne peut être que probable, et non certaine, les probabilités ne peuvent dire plus que ce qu'elle ne disent, à savoir qu'il est *possible* qu'un événement se produise, sans qu'on puisse exclure de se trouver dans un cas non couvert par la probabilité, même si les chances sont faibles. La technique ne permet pas de se prononcer sur la manière dont les choses se sont *concrètement* passées : elle permet juste de dire ce qui était le plus probable *avant* qu'elles ne se passent. A cet égard, la causalité adéquate ne permet certainement pas de mesurer le *pouvoir causal effectif* de chacun des facteurs du dommage. Faute, justement, de pouvoir mesurer ledit pouvoir, elle constitue un pis-aller par le recours aux probabilités de dommage générées par chacun d'entre eux. Enfin, il nous faut souligner que la réalité courante, qui est envisagée par la responsabilité, ne permet guère de croiser des « causes exclusives ». Au sens strict, une cause exclusive est une cause *suffisante*. Or, dans notre réalité quotidienne, chaque événement, pour pouvoir produire un effet, doit être combiné à une infinité de conditions, notamment des conditions indispensables, telles la présence d'oxygène dans l'atmosphère ou la loi de gravitation universelle. C'est pourquoi la « cause exclusive » ne peut jamais être qu'une approximation. Au total, le recours à la causalité adéquate est peut-être plus justifié pour déterminer l'étendue de la responsabilité que pour justifier son principe.

2. Causalité adéquate et étendue de la responsabilité

107. L'idée selon laquelle la théorie de la causalité adéquate refléterait moins l'idée de causalité qu'une technique de gestion de la responsabilité⁴⁴⁹ est renforcée par la portée

449 Hart et Honoré, *op. cit.* p. 465.

du critère du lien causal probabiliste en matière de limitation de l'étendue de la responsabilité.

108. Causalité adéquate et art. 1150 C. civ. L'article 1150 du Code civil restreint les dommages-intérêts à la réparation des dommages *prévisibles* par les contractants au moment de la conclusion du contrat. Cela signifie-t-il un recours implicite à la théorie de la causalité adéquate ? Cela supposerait d'assimiler *prévisibilité* et *probabilité objective*. Mais les deux notions ne coïncident pas nécessairement. D'abord parce que le juge peut, dans l'appréciation de la causalité, tenir compte de circonstances de fait inconnues par l'agent. Ensuite parce que le « savoir nomologique » qui permet de formuler le jugement d'adéquation n'est pas nécessairement constitué, dans tous les cas, par les « règles d'expérience » de l'homme ordinaire, mais peut correspondre aux lois causales scientifiques, connues des seuls experts. Les seuls cas où possibilité objective et prévisibilité se recoupent, c'est lorsque le juge raisonne à partir des circonstances *connues* de l'agent, en leur appliquant les *règles d'expérience* d'un homme « normal ». Mais ces hypothèses supposent de se placer au moment où le défendeur a agi. Or la règle de l'article 1150 renvoie au moment de la conclusion du contrat. Ce qui était prévisible lors de cette conclusion ne l'était peut-être plus lors de l'inexécution, et inversement. Il est donc important de maintenir une distinction de principe entre la théorie de la causalité adéquate et l'exigence de prévisibilité de l'article 1150⁴⁵⁰.

109. Causalité adéquate et article 1151 C. civ. Nous savons que l'article 1151 C. civ. limite les dommages-intérêts contractuels aux « suites immédiates et directes » de l'inexécution, même lorsqu'un dol a conduit à écarter l'application de l'article 1150. La règle est généralement conçue comme exprimant le principe général de causalité, valable dans les deux ordres de responsabilité. La question du préjudice direct est fréquemment évoquée à propos des dommages en cascade, qui se succèdent les uns aux autres. Le problème a toujours, et à juste titre, préoccupé les auteurs : chacun connaît l'exemple célèbre de la vache de Pothier. La théorie de la causalité adéquate constitue, en l'occurrence, un critère pertinent de délimitation des *conséquences directes* de l'acte illicite. Sont considérées comme « suites immédiates et directes » celles que l'inexécution, ou l'acte illicite, rendait *objectivement probables* ; les autres sont écartées de la réparation. En

450 *Comp.* Isabelle Souleau, *La prévisibilité du dommage contractuel*, thèse dactyl. Paris II, 1979, spéc. n°264 et s.

vérité, il faut affiner le critère : nous savons que la causalité adéquate n'offre qu'un classement entre des probabilités. On pourra donc *classer* les conséquences invoquées de la plus probable à la moins probable, puis fixer le *seuil de probabilité* à partir duquel considérer les effets comme des dommages directement causés. A cet égard, il est vraisemblable que plus on s'éloignera, géographiquement et temporellement, du fait illicite, plus les probabilités s'amenuiseront, puisque d'autres causes auront concouru à la production de l'effet.

Utile pour déterminer le préjudice direct, la causalité adéquate peut également être invoquée dans des hypothèses de dommages *successifs* causés par des fautes successives. Par exemple, un homme commet une négligence, en laissant sa voiture avec la clef sur le contact, donnant ainsi l'occasion à des voleurs de s'emparer du véhicule et de provoquer un accident. Dans ce genre d'hypothèse, la jurisprudence tend à estimer que la négligence du propriétaire ne rendait pas l'accident normalement prévisible et à refuser la causalité⁴⁵¹. Dans une autre affaire, une personne avait détourné des munitions qui lui furent ensuite dérobées par des voleurs qui s'en servirent pour blesser des tiers. Le juge exclut le lien de causalité avec le détournement initial⁴⁵². Toutes ces décisions s'expliquent aisément au moyen de la causalité adéquate. La négligence du défendeur n'engendrait qu'une faible probabilité de dommage. Pour cette raison, la faute était légère⁴⁵³ et la causalité non établie, faute d'une probabilité suffisante.

Il faut souligner, toutefois, que les solutions dépendent largement de la manière dont la question causale est posée et des circonstances que l'on choisit de prendre en compte ou de négliger. Supposons, par exemple, qu'un accident de la route entraîne l'hospitalisation de la victime pour une blessure bénigne. A l'hôpital, l'intéressée est victime d'une erreur médicale et finit lourdement handicapée. Faut-il se demander si un accident de voiture est *en soi* de nature à provoquer un tel handicap en général ? Faut-il s'interroger sur la probabilité de cet accident bénin d'engendrer ce handicap précis ? Le bon sens commande, en l'occurrence, de se demander si la blessure bénigne provoquée par un accident de la circulation augmente, *selon le cours normal des choses*, donc abstraction faite de l'erreur

451 Cass. civ. 6 janvier 1943, *Connot c. Franck*, D. 1945, p. 117 note A. Tunc.

452 Cass. 2^e civ. 24 février 2000, RCA. 2000 n°144.

453 On peut également estimer que la négligence légère du défendeur était éclipsée par l'acte plus grave de l'auteur direct du dommage. *Comp. Viney et Jourdain, op. cit.* n°357.

médicale ultérieure, la probabilité d'un tel handicap⁴⁵⁴. L'augmentation étant négligeable, la causalité entre l'accident de voiture et le préjudice final de la victime ne sera pas retenue. De même, dans le fameux exemple donné par Pothier de la vente d'une vache malade⁴⁵⁵, il faudra se demander si la vente d'une vache malade était, en soi, de nature à entraîner la faillite de l'acheteur. Faudra-t-il se prononcer « en général » ou tenir compte de la situation financière originellement précaire de la victime ? S'il convient d'élaborer une probabilité objective, l'interrogation doit sans doute être générale : la vente d'une vache malade à un agriculteur *moyen* engendrait-elle une probabilité de faillite ? Tout dépend là de ce que l'on perçoit comme étant un agriculteur normal⁴⁵⁶. L'exemple illustre la complexité de la mise en œuvre de la causalité adéquate et le caractère déterminant des termes de la question posée.

B. Limites de la théorie de la causalité adéquate

110. La théorie de la causalité adéquate, bien qu'utile et séduisante, comporte des limites insurmontables. D'une part, la théorie est très délicate à mettre en œuvre (1). D'autre part, les résultats auxquels elle conduit ne sont pas nécessairement décisifs (2).

1. Difficultés de mise en œuvre de la théorie de la causalité adéquate

⁴⁵⁴Telle n'est pas la position de la jurisprudence qui retient massivement le lien causal dans ces cas de figure.

⁴⁵⁵« Si un marchand m'a vendu une vache qu'il savait être infectée d'une maladie contagieuse et qu'il m'ait dissimulé ce vice, cette dissimulation est un dol de sa part, qui le rend responsable du dommage que j'ai souffert, non seulement dans la vache même qu'il m'a vendue et qui a fait l'objet de son obligation primitive ; mais pareillement de ce que j'ai souffert dans tous mes autres bestiaux auxquels cette vache a communiqué la contagion ; car c'est le dol de ce marchand qui m'a causé tout ce dommage. A l'égard des autres dommages que j'ai soufferts, qui sont une suite plus éloignée et plus indirecte du dol de mon débiteur, en sera-t-il tenu ? Par exemple, si, en retenant la même supposition, la contagion, qui a été communiquée à mes bœufs par la vache qui m'a été vendue, m'a empêché de cultiver mes terres : le dommage que je souffre de ce que mes terres sont demeurées incultes paraît aussi une suite du dol de ce marchand qui m'a vendu une vache pestiférée ; mais c'est une suite plus éloignée que ne l'est la perte que j'ai soufferte de mes bestiaux par la contagion : ce marchand sera-t-il tenu de ce dommage ? *Quid*, si la perte que j'ai faite de mes bestiaux et le dommage que j'ai souffert du défaut de culture de mes terres, m'ayant empêché de payer mes dettes, mes créanciers ont fait saisir réellement et décréter mes biens à vil prix ; le marchand sera-t-il tenu aussi de ce dommage ? », R. J. Pothier, *Traité des Obligations*, Partie I Chapitre II Art. 3 n°166-167.

⁴⁵⁶ On pourrait tenter d'opérer une comparaison des probabilités. On établirait l'augmentation de probabilité de faillite, dans la situation précise de l'agriculteur, entre le cas de vente d'une vache saine et celui d'une vente d'une vache malade. Puis on déterminerait l'augmentation de probabilité de faillite - étant posé qu'une vache malade a été vendue- selon que l'agriculteur était dans une situation financière saine ou obérée.

111. La détermination du potentiel causal du facteur examiné permet de déterminer son degré d'adéquation, donc de se prononcer sur son aptitude à être qualifié de cause. Mais cette démarche peut comporter des difficultés. Non seulement les lois causales générales mobilisées pour calculer les probabilités ne sont pas toujours aisément identifiables, mais surtout le jugement de causalité adéquate dépend largement du choix des termes de la question causale. La difficulté de déterminer les termes de la relation causale est relative tant aux circonstances concrètes de l'espèce qu'aux circonstances contrefactuelles auxquelles comparer la réalité.

112. Difficultés d'identification des circonstances à examiner. La théorie supposant d'élaborer une probabilité par référence à une généralité causale, il est nécessaire d'identifier le facteur causal examiné et le dommage. Ces deux termes de la relation doivent pouvoir correspondre à des événements-types, objets d'une relation causale générale. Cela signifie qu'il faut les rapporter à des *catégories abstraites*. La *généralisation* est un aspect très délicat de la théorie : il est, en effet, particulièrement difficile de déterminer le niveau de généralisation requis pour examiner l'effet et ses causes. Il est différent de se demander si la vitesse du Titanic augmentait significativement la probabilité de naufrage en général, ou si elle l'augmentait compte tenu du fait que le Titanic allait heurter un iceberg. Une autre difficulté est illustrée par le cas des prédispositions pathologiques de la victime. Supposons le cas isolé d'une personne développant une réaction allergique à un produit anesthésiant qui provoque son décès. L'injection du produit est de manière évidente une condition nécessaire de la réaction allergique. Mais elle n'en est pas la cause adéquate dès lors que, en général, un tel acte (l'injection) ne provoque pas un tel effet ou n'est pas de nature à augmenter la probabilité d'apparition de cet effet. Toutefois, on peut raisonner en intégrant dans le raisonnement la prédisposition particulière de la victime. Cela revient à se demander si cette injection provoque généralement une telle réaction aux personnes présentant cette prédisposition. En ce cas, l'injection peut être cause adéquate. Tout est donc fonction du *choix des événements types* que l'on identifie comme termes de la généralisation. Nous avons déjà eu l'occasion de souligner que plus les circonstances sont généralisées, donc abstraites, plus la probabilité est faible. Quant au résultat, plus il est général, plus la probabilité a de chances d'être élevée.

113. Détermination du scénario contrefactuel. Si l'opération de généralisation des circonstances concrètes est délicate, déterminer les termes de la question causale dans l'hypothèse contrefactuelle d'absence du facteur examiné n'est pas aisé non plus. La théorie de la causalité adéquate implique, en effet, de se représenter la probabilité de

dommage en *l'absence* du facteur considéré, de manière à évaluer l'augmentation de probabilité qu'il générerait⁴⁵⁷. Autrement dit, « en face de la série causale effective, le juge construit une série causale hypothétique qu'il confronte avec la première »⁴⁵⁸. Cela signifie, que les hypothèses émises pour l'évaluation du pouvoir causal de chaque antécédent sont imaginaires, elles n'existent « que dans et par notre pensée ». Là est, justement, toute la difficulté. Celui qui s'interroge sur le rôle du capitaine dans le naufrage du Titanic tentera de se représenter ce à quoi il aurait fallu s'attendre si le capitaine avait tenu compte du risque d'iceberg en réduisant la vitesse du paquebot, ou s'il avait renoncé à virer de bord avant le choc avec l'iceberg.

Par exemple, on sait qu'avoir tenté de virer de bord au dernier moment a conduit le paquebot à heurter l'iceberg de côté. Identifier le degré d'adéquation de ce geste suppose de mesurer l'augmentation des probabilités de naufrage du bateau généré par cet acte. Les expertises ont montré qu'un choc frontal aurait permis au bateau de se maintenir à flot : disons qu'il n'avait plus, dans cette hypothèse, que 10% de chances de couler. En revanche, la collision intervenue latéralement a augmenté significativement les possibilités de naufrage compte-tenu de la conception du navire : disons que la probabilité passait à 80% dans ce cas de figure. La décision de virer est en nette adéquation avec le naufrage, puisqu'elle augmentait de 70% les chances de dommage. La question doit se reposer à propos de la vitesse du bateau. Mais cette fois, la situation hypothétique de comparaison ne

457 Dans le langage de Weber, pour peser la « signification causale » de tel ou tel antécédent, il faut « modifier en pensée, dans un sens déterminé, un ou plusieurs composants causatifs incontestés du cours des événements, pour nous demander ensuite si, après cette sorte de modification des conditions du devenir, nous « aurions pu nous attendre » au même résultat (dans les points « essentiels ») ou bien à un autre et lequel ». Pour cela, nous créons des « tableaux imaginaires par abstraction d'un ou plusieurs éléments de la « réalité » donnés effectivement dans le réel et par construction idéelle d'un cours des choses modifié relativement à une ou plusieurs « conditions » ». Ainsi, « on isole d'abord en pensée les composants causatifs qui conditionnent l'effet « possible » auquel se rapporte le jugement en les opposant à l'ensemble de toutes les autres conditions qui se laissent imaginer en général comme cause concomitantes, et l'on se demande comment le cercle des conditions dont l'intervention était de nature à permettre aux composants précédents isolés en pensée de produire l'effet « possible », se comporte par rapport au cercle des conditions dont l'intervention n'aurait « vraisemblablement » pas contribué à produire cet effet », M. Weber, *op. cit.* p. 280.

458 « Le juge isole donc, dans la chaîne ou les chaînes causales, le fait générateur de responsabilité ; il considère le résultat dommageable et il se demande, indépendamment de ce qui s'est effectivement passé, si ce fait pouvait produire le résultat », H. Deschenaux, « Norme et causalité... » art préc. p. 406. Au total, insiste Weber, « la « signification » historique d'un « fait concret » est loin d'être un simple enregistrement des faits qui se trouvent « donnés ». Il faut pouvoir raisonner de manière hypothétique en ajoutant à la réalité « donnée » notre savoir d'ordre « nomologique », M. Weber, *op. cit.* p. 283.

s'impose pas d'elle-même. La vitesse réelle du bateau était de 21 noeuds⁴⁵⁹. A quoi la comparer ? La difficulté est ici qu'une vitesse très inférieure, disons 10 noeuds, aurait sensiblement réduit la probabilité de naufrage mais qu'une vitesse légèrement inférieure, 16 noeuds, aurait maintenu le même niveau de risque. Que penser ? On sent bien ici que la vitesse de référence doit être la vitesse *normale*, celle qu'aurait adopté un capitaine prudent et sensible au risque de glaces- soit une vitesse légèrement inférieure, de 15-16 noeuds environ. En ce cas, il faudra donc conclure que la décision du capitaine de conserver une vitesse élevée n'est pas en adéquation avec le naufrage : le même choc, à 15 noeuds aurait certainement conduit au naufrage. Mais là encore, tout dépend du *choix* fait par celui qui mène le raisonnement : il en va de même pour l'évaluation des conséquences de la vente d'une vache malade.

L'ensemble des difficultés que nous venons de mentionner montrent à quel point le jugement d'adéquation, est *relatif* : il dépend entièrement des options choisies par celui qui mène le raisonnement.

2. Fiabilité discutable du jugement de causalité adéquate

114. Les difficultés de mise en œuvre de la théorie de la causalité adéquate pourraient peut-être être négligées si d'autres limites de la théorie ne venaient s'y ajouter. En effet, malgré sa prétention à l'objectivité, la causalité adéquate n'est qu'une théorie probabiliste de la causalité, qui se fonde sur des probabilités *ex ante* du dommage.

115. Prétention à l'objectivité de la causalité adéquate. Malgré les difficultés que nous venons d'évoquer et le caractère largement hypothétique du raisonnement décrit, la théorie de la causalité adéquate n'en prétend pas moins parvenir à un jugement objectif de causalité. Weber et Aron estimaient que les jugements de causalité adéquate sont « susceptibles de validité ou, du moins, de vraisemblance »⁴⁶⁰. « L'exposé des événements passés, opéré au travers de la causalité adéquate, prétend à la « validité » de « vérité » ». Et cette validité de la théorie est établie par « la phase la plus importante de l'élaboration (...), à savoir celle de la *régression causale*, pour autant que, en cas de contestation, elle a subi l'épreuve de l'isolement et de la généralisation de composants causatifs individuels, grâce à

459 En l'absence de glace, la vitesse de croisière du Titanic devait s'élever à 23-24 noeuds. Le soir du naufrage, elle atteignait 21,5 noeuds.

460 R. Aron, *op. cit.* p. 204.

l'utilisation de la catégorie de possibilité objective et de la synthèse imputante qu'elle rend possible »⁴⁶¹. Son insistance sur cette opération logique permet à Weber de balayer les objections⁴⁶². Certes, *l'intuition* joue une grande part dans le raisonnement ici décrit, mais les « grandes connaissances » mathématiques ou physiques apparaissent également d'une façon « intuitive » dans l'imagination sous forme d'hypothèses qu'on « vérifie » ensuite d'après les faits. « On examine leur « validité » en utilisant le savoir acquis par expérience et on les « formule » finalement de manière logiquement correcte »⁴⁶³. Or les catégories logiques définies par la théorie permettent de démontrer de façon valable une liaison causale en cas de doute ou de contestation⁴⁶⁴. En outre, « l'historien donne *les raisons* pour lesquelles il tient tel facteur *plutôt que tel autre* pour la cause suffisante de tel cours d'événements »⁴⁶⁵. L'historien argumente « parce qu'il sait qu'on peut expliquer *autrement*. Et il le sait, *parce qu'il est, comme le juge, dans une situation de contestation et de procès*, et parce que son plaidoyer n'est jamais achevé »⁴⁶⁶. Autrement dit, en opérant le raisonnement permettant d'aboutir à une causalité adéquate, en justifiant chaque étape, il est possible d'aboutir à un jugement de causalité objectif.

Du côté des juristes, la théorie n'a pas la même respectabilité. Pour M. Deschenaux, la théorie de la causalité adéquate n'a rien de scientifique, elle n'est qu'« une anti-causalité qui dénature la notion de cause », une « théorie de la probabilité »⁴⁶⁷. Pour M. le Tourneau, il s'agit là d'une théorie « (pseudo) scientifique »⁴⁶⁸. La « « probabilité » ou la

461 M. Weber, *op. cit.* p. 285.

462 Les détracteurs estiment, en effet, que c'est le « tact » ou l'« intuition » de l'historien ou du juge, et non les généralisations et la connaissance de « règles » qui permettrait d'inférer les connexions causales. On aurait ici affaire à l'explication d'événements et de personnalités qui se laissent « interpréter » et « comprendre » directement par analogie avec notre propre essence spirituelle. Ce serait, en outre, le « tact » et l'intuitivité suggestive du récit qui permettent au lecteur de « revivre » la relation d'une manière analogue à celle dont l'historien ou le juge l'ont vécue et saisie intuitivement et non découverte par des raisonnements subtils ». On invoque souvent, en outre, l'incertitude, voire l'impossibilité d'établir les jugements de possibilité. M. Weber, *op. cit.* p. 283.

463 M. Weber, *op. cit.* p. 284.

464 *Ibid.*

465 P. Ricoeur, *op. cit.* p. 329. En cela il n'est pas un simple narrateur.

466 P. Ricoeur, *op. cit.* p. 329.

467 H. Deschenaux, « Norme et causalité... », art. préc. p. 408. « La « causalité adéquate » est une anti-causalité qui dénature la notion logique ou scientifique de la cause ». Pour l'auteur, l'emploi d'une telle théorie dans le contexte juridique doit être justifié par une argumentation qui n'a jamais été fournie. *Ibid.* p. 429.

468 Ph. le Tourneau, *op. cit.* n°1716.

« prévisibilité » ne coïncide pas toujours avec la vérité » écrivent Mlle Viney et M. Jourdain⁴⁶⁹. Si l'on peut trouver exagérée la critique formulée à l'encontre du recours à la probabilité, consubstantielle à la recherche causale, il faut admettre que plusieurs aspects de la théorie conduisent à douter de la fiabilité des jugements de causalité établis sur cette base. Non seulement le jugement d'adéquation peut se révéler approximatif (a), mais, en outre, la théorie, en ce qu'elle se fonde exclusivement sur les probabilités *ex ante* de dommage, ne rend pas vraiment compte du déroulement effectif des faits (b).

a. Caractère approximatif du jugement de causalité adéquate

116. Les liaisons causales générales mobilisées dans le cadre de la causalité adéquate sont, au mieux, des lois causales probabilistes, du type « A implique B dans 60% des cas », voire « A augmente de 30% la probabilité de B ». Le caractère probabiliste de ces généralisations causales ne tient pas seulement au fait que notre monde n'obéit pas à des lois déterministes. Il tient aussi à *l'imperfection irréductible* des liaisons causales établies de cette manière. L'établissement des règles d'expérience, la détermination du « cours normal des choses » suppose, en effet, l'analogie. Or l'analogie est approximative⁴⁷⁰. Elle suppose de comparer le cas donné à d'autres cas analogues, à la fois pour établir des généralisations causales et pour les appliquer au cas concret. Pour raisonner sur le naufrage du paquebot Titanic, on se référera à d'autres naufrages ou au fonctionnement d'autres paquebots. Mais l'analogie entre le cas étudié et les autres exemples est toujours partielle. L'identification des généralités causales mobilisées dans le raisonnement comme leur application ne vont pas au-delà de l'« à peu près ». Pour cette raison, on en est souvent réduit à se contenter de dire que certains facteurs *favorisent* l'apparition de tel ou tel effet, sans pouvoir aller plus loin. Certes, on admettra, avec Weber, que ce critère permet déjà de les différencier des circonstances qui n'influent pas sur la probabilité de dommage⁴⁷¹. Mais le jugement est empreint d'une grande relativité.

469 Viney et Jourdain, *op. cit.* n°343.

470 Comme le soulignait Hume, v. *supra* n°40.

471 Dans la vie courante, nous sommes amenés à « formuler des jugements de portée générale indiquant que certaines situations « favorisent » plus ou moins une manière de réagir identique par certains traits chez les êtres qui les affrontent ». Et nous sommes aussi en mesure « de désigner une masse énorme de circonstances qui pourraient éventuellement s'y ajouter sans altérer cette chance générale « favorable » », qui constituent, ce faisant, des causes accidentelles. M. Weber, *op. cit.* p. 292.

b. Limites du recours aux probabilités *ex ante*

117. En vérité, la plus grande limite de la théorie de la causalité adéquate tient à son principe même : elle n'est qu'une causalité *probabiliste* permettant d'anticiper les effets *possibles*, mais non *certaines*, d'actes donnés. Autrement dit, elle ne permet en rien de tenir compte de ce qui s'est réellement passé. Or « la question n'est pas de savoir si le mal issu du fait illicite aurait dû normalement atteindre la victime, mais s'il l'a effectivement atteinte »⁴⁷². Il ne faut donc pas se leurrer sur ce que peut apporter le critère de la probabilité *ex ante*.

118. **Les probabilités ne sont pas réciproques.** Comme nous l'avons vu, la théorie permet d'évaluer le *potentiel causal* d'un facteur du dommage. Encore faut-il que ce fait ait été préalablement identifié. Bien souvent, les termes du litige désignent d'eux-mêmes les faits devant faire l'objet d'un examen causal. Mais la théorie n'est d'aucun secours lorsqu'on part de l'effet pour remonter à ses causes. La causalité adéquate, comme toute causalité probabiliste, ne permet que de dire que tel ou tel facteur engendrait, *ex ante*, une certaine probabilité de dommage. Sachant que A entraîne B dans 80% des cas, la théorie permettra de conclure à un lien causal entre A et B dans une espèce où ils se seront tous deux produits⁴⁷³. Mais la probabilité ne servira à rien dans un cas où B s'est produit sans que l'on connaisse ses antécédents. On pourra seulement dire que A fait partie des causes de nature à engendrer B. Rien ne prouvera qu'il l'ait fait et la probabilité de 80% ne sera d'aucun secours : *les probabilités ne sont pas réciproques*, ce qui signifie qu'il serait *faux* de dire que l'affirmation « A implique B dans 80% des cas » équivaut à « B est causé par A dans 80% des cas ».

119. **Les probabilités ne déterminent pas une part dans le dommage.** Lorsque les termes du litige ne désignent pas les faits en cause, la seule possibilité est de déterminer, par tâtonnements, les faits à analyser. La causalité adéquate ne permettra rien d'autre que d'évaluer, facteur par facteur, la probabilité d'apparition du dommage qu'ils génèrent. On obtiendra un résultat du type : A augmente de 40% la probabilité, B l'augmente de 25% et C de 50%. Mais en aucun cas la théorie ne permettra-t-elle de répartir le « poids causal » de chacun des facteurs dans l'apparition du dommage, au sens où l'on pourrait dire que, sur les

472 N. Dejean de la Bâtie, *Traité de droit civil français de Aubry et Rau*, tome VI, 8^e éd. 1989, n°74.

473 V. *supra* n° 65 pour les raisonnements menés en matière de causalité probabiliste.

100% correspondant au dommage total, A en a causé 50%, B 30% et C 20%. En effet, si la causalité adéquate permet d'opérer une sélection entre les causes, le critère de sélection ne correspond *en rien* à la causalité effective ou à l'efficacité causale des facteurs concernés. La causalité adéquate ne permet pas de mesurer la *contribution causale effective* de chacune des conditions du dommage. Elle ne fait que mesurer *ex ante* la possibilité objective d'apparition du dommage ou plutôt l'augmentation de probabilité d'apparition de ce dernier engendrée par le facteur examiné. Certes, il est possible d'estimer que l'élément augmentant le plus la probabilité d'apparition du dommage dispose d'un « pouvoir causal » plus important. Mais il ne faut pas confondre une telle probabilité *ex ante*, qui n'est qu'une *probabilité*, estimée grossièrement grâce à un raisonnement hypothétique reposant sur des lois de l'expérience, avec la part *réelle* que chacune des circonstances a pu avoir dans le dommage. Dire que tel événement F produit le dommage dans 80% des cas ne permet pas de dire que le dommage résulte à 80% de F. Une telle affirmation est fautive. La causalité adéquate ne porte pas sur la réalisation concrète, réelle, des événements, mais sur la probabilité engendrée par tel facteur *avant* que les faits ne se soient produits.

Prenons l'exemple d'une chute dans escalier. Deux causes principales de la chute paraissent s'imposer : d'une part, la victime descendait très rapidement l'escalier ; d'autre part, une marche était endommagée. En modifiant en pensée le premier élément, donc en supposant que la victime descendait l'escalier à une vitesse normale, le risque de chute, malgré la présence de la marche endommagée, baisse significativement : en partant d'une probabilité de 100% disons qu'il s'abaisse à 50% de chances de chuter. En modifiant le second élément, donc en supposant que l'escalier ne comporte aucun défaut, la probabilité s'abaisse encore plus car on sait d'expérience que descendre rapidement un escalier en bon état ne conduit que rarement, disons 15% des cas, à une chute. Ainsi le défaut de la marche apparaît comme la cause la plus adéquate du dommage. Il serait faux de dire que le défaut de la marche a contribué, par exemple, à hauteur de 70% à la production du dommage, pendant que l'allure de la victime aurait contribué à hauteur de 30%. La théorie de la causalité adéquate permet seulement de raisonner à partir des probabilités d'apparition d'un événement donné avant qu'il ne se matérialise. Les probabilités d'apparition du dommage générées par les différents facteurs étudiés ne peuvent, d'ailleurs, s'additionner : l'un provoquera une probabilité de 75%, l'autre une probabilité de 50% etc. Non seulement les additionner ne correspond à rien, mais la somme ne correspondra pas à 100% !

120. Le cas de la « probabilité des causes ». Il existe toutefois une hypothèse dans laquelle la connaissance des probabilités *ex ante* permet de discriminer entre les causes

éventuelles et de prendre parti sur la cause réelle du dommage. Il s'agit du problème désigné, dans la littérature philosophique, par l'expression de « probabilité des causes ». Il concerne le cas dans lequel plusieurs scénarios explicatifs sont disponibles, au sens où plusieurs causes *suffisantes* du dommage sont réunies qui, chacune, permettent de l'expliquer. Lorsque chacune d'elle aurait pu suffire, à elle seule, à produire le dommage, indépendamment des autres, il existe une formule, appelée « règle de Bayes », permettant de déterminer la cause la plus plausible. Reprenons l'exemple de l'escalier. A l'occasion d'une chute, trois causes paraissent pouvoir être invoquées : le défaut d'éclairage de l'escalier, le mauvais état d'une marche, l'allure de la victime. Supposons que le défaut d'éclairage engendrait 50% de chances de causer une chute (dans des circonstances normales), que l'état de la marche engendrait 80% de chances et l'allure de la victime 40% de chances, ce qui fait, au total, 170. Selon la loi de Bayes⁴⁷⁴, la probabilité pour que le défaut de la marche soit la cause de la chute est de 80/170 soit environ 47%. De même la probabilité que la cause soit l'allure de la victime sera de 40/170 soit environ 24% et la probabilité que ce soit le défaut d'éclairage sera de 50/170, soit environ 29%. Approximativement, le total fait 100%. Ce calcul peut se révéler utile lorsque, au stade de la contribution à la dette, le juge cherche à tenir compte du rôle causal le plus probable de chacun des défendeurs dans le dommage. Mais attention, ce calcul repose sur des probabilités *ex ante* établie dans des conséquences *normales*, dans le cas le plus général. Et il concerne des causes toutes *suffisantes* pour causer à elles seules le dommage. Autrement dit, en présence de plusieurs causes permettant chacune d'expliquer le dommage, la probabilité de dommage générée par chaque cause potentielle (en vertu d'une loi causale donnée) peut être utilisée pour déterminer le degré de vraisemblance de chacun des scénarios envisagés. Mais rien ne permet de dépasser le simple degré de vraisemblance.

121. Conclusion de la section. Séduisante, la théorie de la causalité adéquate a été élaborée par des juristes soucieux d'objectivité. Ce faisant, elle a largement intégré la démarche scientifique en fondant l'imputation causale singulière sur une *liaison causale générale*. Elle offre ainsi le moyen de mesurer l'*adéquation* de chaque facteur du dommage

474 La formule dite « règle de Bayes » est énoncée par Cournot de la manière suivante : « les probabilités des causes ou hypothèses sont proportionnelles aux probabilités que ces causes donnent pour les événements observés. La probabilité de l'un de ces causes est une fraction qui a pour numérateur la probabilité de l'événement par suite de cette cause et pour dénominateur la somme des probabilités semblables relatives à toutes les causes ou hypothèses ». A. Cournot, *Théorie des chances et de probabilités*, chap. VIII §88.

par rapport au dommage. A cet égard, il nous semble insuffisant d'affirmer qu'est une cause adéquate celle qui était de nature à engendrer le dommage « selon le cours ordinaire des choses », comme on le répète souvent. La théorie conduit surtout à mesurer *l'augmentation de probabilité* de dommage générée par chaque facteur, toutes choses étant égales par ailleurs. Elle permet ainsi de *classer* les différents facteurs selon l'augmentation de probabilités qu'ils ont chacun engendrée.

Le lien indiscutable unissant la théorie à la logique scientifique de l'explication causale prouve que l'intention, au moins initiale, de la causalité adéquate était d'exprimer une essence de la notion de causalité utilisable dans la responsabilité juridique. Il s'agissait donc, dans l'esprit de ses promoteurs, de calquer la mise en œuvre de la responsabilité sur la causalité « en soi ». Un glissement nous paraît s'être opéré de ce point de vue : superposé à l'exigence préalable d'une condition *sine qua non*, le critère de la probabilité *ex ante* constitue surtout un moyen de gérer et moduler la responsabilité et ses effets. Pour cette raison, nous suggérons d'employer davantage la notion explicite de *lien probabiliste* ou de *causalité probabiliste* plutôt que de théorie de la causalité adéquate.

Enfin, dans sa mise en œuvre, le critère n'est pas aisé : le calcul d'augmentation des probabilités suppose un raisonnement contrefactuel qui ne va pas de soi, et le processus d'abstraction permettant de rattacher le cas concret à des liaisons causales générales, issues des règles d'expérience ou du savoir scientifique, peut se révéler très complexe. A cet égard, le jugement de causalité ainsi établi ne peut se révéler qu'approximatif et relatif, d'autant qu'il ne reflète que le *potentiel causal* des circonstances antérieures au dommage.

122. Conclusion du chapitre. Ce chapitre a montré que l'épistémologie contemporaine et la théorie de la causalité adéquate se rejoignent en liant étroitement *causalité* et loi générale, causalité et *probabilité*. L'établissement d'une cause dans une espèce singulière donne lieu au rattachement du cas particulier à une liaison causale générale que le cas exemplifie. A partir d'une « loi causale générale » est ainsi déduit le lien de causalité unissant les deux faits concrets considérés. Les « lois causales » étant, le plus souvent, de nature probabiliste *-a fortiori* lorsqu'elles constituent des approximations correspondant au « cours naturel des choses » ou aux « règles d'expérience » que chacun connaît—l'imputation causale singulière s'exprimera, elle aussi, sous la forme d'une probabilité. Cela signifie que *la logique du probable est consubstantielle à la causalité*. A cet égard, l'exigence de causalité « certaine » fréquemment réitérée, en matière juridique, est illusoire, sauf dans les hypothèses mettant en jeu des lois causales déterministes, telle la gravitation universelle. Autrement dit, si l'identification du lien de causalité s'opère à partir

du critère de la probabilité *ex ante*, le juriste ne peut s'attendre à trouver que des causalités *probables*, voire, au mieux, très probables. En outre, cette logique probabiliste présente une limite infranchissable en ce qu'elle se fonde sur de simples probabilités *antérieures* au dommage, et non sur le déroulement concret et effectif des événements. Enfin, le principe même de la fondation d'une imputation causale singulière sur une « loi » causale générale peut être contesté.

CHAPITRE II

LA CAUSALITE, RELATION PARTICULIERE

123. Voir dans la relation causale l'expression systématique d'une liaison causale générale constitue la démarche principale de la pensée scientifique, mais ne permet pas d'épuiser l'idée d'explication causale. Nous expliquons, chaque jour, des événements courants sans nous référer pour autant à des « lois causales », fussent-elles simplement issues de notre expérience ordinaire. Dans le droit de la responsabilité, la question causale se pose, dans chaque litige, de manière purement *singulière* : c'est le *cas particulier* de la victime qui se présente au juge, et non le problème du lien causal général entre deux types d'événements. Pourquoi ne pas envisager des explications causales indépendantes de toute référence à une liaison causale générale, simplement fondées sur les circonstances *concrètes* de l'espèce ? Un tel modèle d'explication permettrait d'éviter l'exercice de généralisation et d'abstraction tant reproché à la causalité adéquate. Il se rapprocherait, en outre, des explications causales que nous formulons dans le quotidien, qui nous confronte en permanence au rapport du particulier au particulier⁴⁷⁵.

Philosophiquement, l'option a été envisagée. On a soutenu que l'idée de causalité ne provient pas nécessairement, comme le pensait Hume, de l'habitude d'observer des successions qui se répètent. Il serait possible d'identifier une causalité sans habitude antérieure face à un phénomène se produisant pour la première fois. Tel fut l'argument de Whitehead⁴⁷⁶. D'autres ont affirmé que l'idée de régularité empirique ne suffit pas à épuiser

⁴⁷⁵ Et un tel rapport nous paraît vraisemblable « parce que nous utilisons tous, dans la pratique, l'explication par les *agents* ou par les *forces* ». R. Aron, *op. cit.* p. 201.

⁴⁷⁶ Whitehead a exprimé sa pensée en 1929 dans deux essais : *The Function of Reason* et *Process and Reality*. La possibilité d'identifier des relations causales particulières est propre, pour Whitehead, aux expériences dans lesquelles le sujet est personnellement impliqué soit comme *agent* soit comme *sujet* subissant une force extérieure (*causal efficacy*). Dans cette dernière hypothèse, l'expérience de la causalité ne résulte pas de l'habitude mais de la perception tactile « à partir du caractère contraignant et efficace de l'action transformatrice que le sujet humain impose à d'autres objets, ou que lui-même se fait imposer de l'extérieur par d'autres êtres ». Il faut distinguer ce cas de figure de l'hypothèse dans laquelle le sujet observe de l'extérieur les phénomènes concernés (*presentational immediacy*) dans lesquels la perception d'une causalité pour une occurrence unique est beaucoup plus difficile. Les arguments de

le concept de causalité⁴⁷⁷. Sont donc apparues des tentatives pour élaborer des modalités d'explication causale purement singulière pouvant prétendre à l'objectivité. Nous aborderons rapidement ces théories, d'un point de vue épistémologique (section 1), avant d'évoquer un modèle d'explication causale singulière largement utilisé en droit : la logique contrefactuelle liée à la notion de condition *sine qua non* (section 2).

Section 1. Aspects épistémologiques de l'explication causale singulière

124. Diverses tentatives ont été faites pour rendre légitime le recours du discours scientifique à la causalité tout en évitant de la réduire à l'instanciation de lois⁴⁷⁸. On a tenté d'établir que la causalité était en soi une relation fondamentalement singulière⁴⁷⁹ : lorsqu'on s'aperçoit qu'un objet en pousse un autre, on prend conscience immédiatement de la relation causale. Certaines relations causales pourraient donc être perçues directement et concrètement. Cette optique implique une conception de l'événement comme unique. Plus question, ici, de se référer à des événements types ou d'établir des analogies : il suffit de décrire et expliquer ce qui est effectivement arrivé dans tous ses détails concrets. Nous présenterons, dans cette section, deux théories principales de la causalité humaine et singulière émises dans le contexte de l'historiographie : d'une part, la théorie de William Dray (A), d'autre part, celle de Maurice Mandelbaum (B).

Whitehead furent repris par Jean Piaget pour qui la notion de causalité est liée à l'expérience tactile, à la prise conscience de liaisons mécaniques entre objets, à la constatation de l'efficacité d'actions spécifiques pour produire un résultat déterminé, qui constitueraient une expérience authentique de la causalité. V. Andler, Fagot-Largeault, Saint-Sernin, *op. cit.* p. 881 et s.

⁴⁷⁷ V. la tentative de Max Kistler dans sa thèse, « Causalité et lois de la nature », *op. cit.* Quant aux sciences humaines, on a pu dire que « l'explication causale bouleverse l'ordre de l'explication. Au lieu que ce soit les lois scientifiques (assimilées par l'empirisme à des régularités observables) qui expliquent les phénomènes particuliers, comme on le dit ordinairement, l'explication causale demande que l'on explique ces lois ! », R. Franck, *Faut-il chercher aux causes une raison ? L'explication causale dans les sciences humaines*, *op. cit.*, préface.

⁴⁷⁸ Barberousse, Kistler, Ludwig, *op. cit.* p. 114 et s.

⁴⁷⁹ Proposée par Ducasse et Anscombe. Ces auteurs voient la causalité comme une relation réelle, mais primitive, constituant une sorte de relation théorique irréductible.

A. L'explication causale sans légalité : la théorie de William Dray

125. Le philosophe anglais William Dray⁴⁸⁰ a défendu la possibilité d'un type d'analyse causale irréductible à la subsomption sous des lois. Dray critiquait très vivement l'assimilation de la causalité à l'idée de loi invariable. Affirmer la possibilité d'une explication causale objective qui soit purement singulière (1) lui permit de proposer une critériologie causale (2).

1. Possibilité d'une explication causale purement singulière

126. Le principal argument avancé par Dray pour justifier la possibilité d'une causalité singulière tient au caractère circulaire du modèle humien, qui suppose l'induction avant la déduction. En effet, avant de pouvoir conclure à une loi causale, il faut être en mesure de rapprocher plusieurs causalités singulières analogues. Cela signifie que ces causalités singulières ont été identifiées avant que la loi causale ne soit admise. « Bien des lois causales ne sont que des généralisations secondaires basées sur un certain ordre de diagnostics individuels de causalité, établis par un exercice de jugement, et validés indépendamment les uns des autres »⁴⁸¹. Autrement dit, c'est un exercice d'imputation singulière qui permet l'établissement de généralités causales. Cela prouve que le raisonnement est circulaire⁴⁸². Cela prouve également qu'on peut admettre l'existence de connexions causales singulières dont la force explicative ne dépend pas d'une loi. Il est donc parfaitement possible de fournir une explication objective (donc scientifique) sans recourir à une loi. « Le terme « parce que... » n'engage à aucune structure logique déterminée »⁴⁸³. Cela permet de tenir compte du fait que les événements humains peuvent requérir un autre type d'explication, l'explication par des raisons (*rational explanation*), pour compléter l'explication causale. L' « explication par les raisons » complète l'explication causale proprement dite⁴⁸⁴. En définitive, c'est la *force explicative* de la cause

qui donne toute sa légitimité à une imputation causale singulière.

2. Critériologie causale

127. L'analyse de Dray aboutit à une « critériologie causale » permettant d'identifier, dans un cas particulier, un rapport de causalité. Dans un contexte singulier, dit Dray, une analyse causale « est une analyse essentiellement sélective, visant à vérifier les titres de tel ou tel candidat à la fonction de cause, c'est-à-dire ses titres à occuper la place du « parce que... » en réponse à la question « pourquoi ? ». Cette sélection prend donc le caractère d'un concours dans lequel les candidats doivent satisfaire à un certain nombre d'épreuves. L'analyse causale (...) est une *critériologie causale* »⁴⁸⁵. La critériologie causale comporte deux épreuves. La première correspond au test de la condition *sine qua non* : le facteur considéré doit être réellement nécessaire ; ce qui signifie que, sans lui, l'événement à expliquer ne se serait pas produit. La seconde épreuve est pragmatique : il doit y avoir une *raison* de sélectionner la condition en question parmi toutes les conditions qui, ensemble, constituent la cause suffisante du phénomène. On ne saurait mieux exprimer ici la

⁴⁸⁰ William Dray, *Laws and Explanation in History*, v. en français, William Dray, *La philosophie de l'histoire*, éd. de l'Université d'Ottawa, 1981. V. égal. P. Ricoeur, *op. cit.* p. 218 et s.

⁴⁸¹ P. Ricoeur, *op. cit.* p. 226-227.

⁴⁸² Aron admettait ce cercle : « on détermine la possibilité objective par élimination des accidents, on détermine l'accident par référence à la possibilité objective ». Autrement dit, c'est par l'observation des cas singuliers que l'on établit une généralisation causale, généralisation qui servira ensuite à justifier tel ou tel jugement singulier de causalité. « Une fois mise au jour une relation adéquate, elle est utilisée pour fixer l'efficace des circonstances exceptionnelles, dans tel exemple particulier. La relativité des résultats qu'implique ce cercle est indiscutable. Mais, insistait Aron, ce cercle est « non vicieux ». « Car les deux démarches, établissement des généralités et explication de l'événement, sont solidaires l'une de l'autre, parce qu'elles représentent les moments successifs du travail scientifique (en histoire comme dans les autres sciences). (...) Il y a sans cesse comparaison des cas singuliers pour dégager des règles adéquates, puis emploi de ces possibilités objectives dans l'analyse historique. » R. Aron, *op. cit.* p. 208.

⁴⁸³ P. Ricoeur, *op. cit.* p. 219.

⁴⁸⁴ « Expliquer une action individuelle par des raisons, c'est « reconstruire le calcul (*calculation*) fait par l'agent des moyens qu'il doit adopter en vue de la fin qu'il a choisie à la lumière des circonstances dans lesquelles il s'est trouvé ». Autrement dit : pour expliquer l'action, il nous faut connaître les considérations qui l'ont convaincu qu'il devait agir comme il l'a fait. », Ricoeur, *op. cit.* p. 230. On peut rapprocher à cet égard William Dray de Georg Henrik Von Wright (connu pour ses travaux de logique déontique) qui a tenté de mettre sur pied un modèle d'explication dit « quasi-causal » applicable aux sciences humaines et à l'histoire, dans lequel il inclut l'intentionnalité de l'action.

⁴⁸⁵ P. Ricoeur, *op. cit.* p. 225.

problématique causale telle qu'elle se présente habituellement dans le droit de la responsabilité.

a. Identification de la ou des condition (s) *sine qua non*

128. Une condition *sine qua non* est particulièrement difficile à établir. En effet, il faut pouvoir justifier l'affirmation purement singulière selon laquelle « si pas x, alors pas y » sans recourir ici à une quelconque généralisation. Autrement dit, il faut établir que, dans cette situation particulière, toutes choses égales par ailleurs, l'effet ne se serait pas produit en l'absence de la condition considérée. Une telle preuve est nécessairement contrefactuelle : elle requiert d'éliminer par la pensée la condition considérée afin d'apprécier la différence que sa « non-occurrence » aurait produite sur le cours des choses. Alors qu'on pouvait, à la rigueur, voir l'opération de subsumption d'un cas particulier sous une loi causale comme une déduction, on se trouve ici en présence d'un exercice de *jugement*, au sens de « la sorte d'opération à laquelle se livre un juge quand il pèse des arguments contraires et prend une décision »⁴⁸⁶.

129. L'explication causale, dès qu'elle est singulière, requiert nécessairement cette forme de jugement. « Expliquer, pour un historien, c'est défendre ses conclusions contre un adversaire qui invoquerait un autre ensemble de facteurs pour soutenir sa thèse. Cette manière de juger sur des cas particuliers, ne consiste pas à placer un cas sous une loi, mais à regrouper des facteurs éparpillés et à peser leur importance respective dans la production du résultat final. L'historien, ici, suit la logique du choix pratique plutôt que celle de la déduction scientifique »⁴⁸⁷. Dans tous les cas, « cette épreuve inductive n'équivaut pas à une explication suffisante ; tout au plus constitue-t-elle une explication nécessaire, en éliminant de la liste des candidats au rôle de cause les facteurs dont l'absence n'aurait pas changé le cours des choses »⁴⁸⁸. Une explication complète suppose un processus de sélection, une imputation qu'il convient de justifier positivement.

⁴⁸⁶ P. Ricoeur, *op. cit.* p. 223.

⁴⁸⁷ *Ibid.*

⁴⁸⁸ P. Ricoeur, *op. cit.* p. 226.

b. Raisons de la sélection d'une condition *sine qua non*

130. Le critère de « manipulabilité ». Les raisons invocables pour justifier de donner le titre de cause à telle ou telle condition *sine qua non* sont largement ouvertes. Il faut souligner l'importance, à cet égard, des analyses de Collingwood⁴⁸⁹. Collingwood distinguait trois sens du terme « cause ». Selon le premier sens, assimilé par l'auteur au « sens primitif », qui serait également celui de l'histoire, une personne fait qu'une autre agit d'une certaine façon en lui fournissant un *motif* d'agir ainsi. Le deuxième sens dérive du premier par extension au comportement de n'importe quel être : par exemple, la cause de la malaria est la piqûre par un moustique. Ce sens est réservé aux sciences pratiques de la nature qui découvrent les lois causales par l'expérimentation. On peut résumer ce deuxième sens en disant que « la cause d'une chose est la « prise », la « poignée » (*the handle*) qui nous permet de la manier : c'est donc, par privilège, ce qu'il est en notre pouvoir de produire ou de prévenir »⁴⁹⁰. Enfin, le troisième sens établit une relation terme à terme en vertu de la *nécessité logique* entre deux événements ou états de chose : il équivaut à la notion de condition suffisante. Pour Dray, c'est, d'abord, la considération de *manipulabilité*⁴⁹¹ qui est importante : il faut déterminer ce sur quoi l'action humaine avait « prise ». Cette idée de manipulabilité, selon laquelle « A cause B, si peut être utilisé comme un moyen pour produire B » est également au centre des théories d'autres philosophes contemporains, tels Douglas Gasking ou Henry Von Wright⁴⁹². La conception de la causalité est, ici, *instrumentale*. En cela, elle correspond à notre conception intuitive de la causalité. Dans cette optique, Gasking a proposé une théorie de la causalité comme « *recette* » (*recipe*) qui sera, ultérieurement reprise par Hart et Honoré⁴⁹³.

131. Importance de l'argumentation. D'autres arguments peuvent jouer dans l'identification de la cause. On peut tenir compte de ce qui aurait *dû* être fait (donc ce qui peut être blâmé) et de ce qui a *précipité* le cours des choses. Le rapprochement entre le raisonnement tenu par l'historien et celui du juge fait l'objet d'une insistance de la part de

⁴⁸⁹ Collingwood, *An Essay on Metaphysics*, Oxford, Clarendon Press, 1948. V. P. Ricoeur, *op. cit.* p. 224 not. note 2.

⁴⁹⁰ P. Ricoeur, *op. cit.* p. 226.

⁴⁹¹ *Ibid.*

⁴⁹² Sacha Bourgeois-Gironde, *Temps et causalité*, PUF, Philosophies, 2002, spéc. p. 21.

⁴⁹³ Douglas Gasking, « *Causation and Recipes* », *Mind*, 64, 1955. V. *infra* n°255-256.

Dray, qui sera reprise par Ricoeur. Dray insiste sur la nécessité d'argumenter le choix de telle ou telle condition. Ce faisant, il conduit à « une dialectique subtile entre expliquer et comprendre lorsqu'il considère les procédures de justification de l'attribution causale et les rapproche des procédures en cours dans les affaires juridiques »⁴⁹⁴. En effet, « la recherche de « garants », la « pesée » et l' « appréciation » des causes, l' « épreuve » des candidats au rôle de cause, toutes ces activités de jugement relèvent d'une analogie entre l'argumentation historique et l'argumentation juridique qui demande à être explicitée »⁴⁹⁵. Autrement dit, l'imputation causale opérée par le juge obéit à une logique *délibérative* et *argumentative* qui doit aboutir à l'identification de la cause dont la *force explicative* est la plus importante. Quoi qu'il en soit, aucune loi causale ne joue dans l'ensemble de ce processus d'imputation.

B. L'explication causale selon Maurice Mandelbaum

132. La thèse de Mandelbaum, exposée dans *The Anatomy of Historical Knowledge*⁴⁹⁶, est pour nous capitale en ce qu'elle fut fortement influencée par l'ouvrage de Hart et Honoré *Causation in the Law* qui fera l'objet du titre suivant⁴⁹⁷. Il s'en sépare, toutefois, en ce qu'il rapproche davantage la causalité juridique ou historique de la causalité scientifique proprement dite. La thèse de Mandelbaum s'éloigne de William Dray après s'en être rapprochée⁴⁹⁸. Avec lui, et contre les tenants du modèle nomologique, Mandelbaum affirme le primat et l'*irréductibilité de l'attribution causale singulière*. Contre lui, il refuse d'opposer définitivement causalité singulière et régularité, et admet que

⁴⁹⁴ P. Ricoeur, *op. cit.* p. 228.

⁴⁹⁵ *Ibid.*

⁴⁹⁶ M. Mandelbaum, *The Anatomy of Historical Knowledge*, Baltimore, *The John Hopkins University Press*, 1977. Avant cet ouvrage, l'auteur s'était déjà interrogé sur l'objectivité de la connaissance historique dans *The Problem of Historical Knowledge*, New York, Geveright, 1938.

⁴⁹⁷ « *It is no exaggeration to say that since its appearance in 1959 the whole tenor of discussions of causation in anglo-american philosophy has changed* » écrit Mandelbaum au sujet de *Causation in the Law*, *op. cit.* p. 50. V. P. Ricoeur, *op. cit.* p. 352 note 1.

⁴⁹⁸ Pour l'ensemble de la théorie, v. P. Ricoeur, *op. cit.* p. 352 et s.

l'explication par des lois vient « cimenter » l'attribution causale » singulière⁴⁹⁹. A cet égard, Mandelbaum « aperçoit davantage qu'une dichotomie entre deux grands domaines d'application, une succession de niveaux explicatifs indifférents aux domaines d'application, partant de la perception de la causalité, passant par l'attribution causale au niveau du jugement, et s'élevant à l'établissement des lois comme « ciment » du lien causal »⁵⁰⁰.

133. La causalité comme processus continu. La théorie de Mandelbaum rompt nettement avec la tradition empiriste humienne qui fait de la causalité l'expression d'une liaison régulière entre deux types d'événements logiquement distincts. L'auteur attaque ce « caractère atomiste » des notions de cause et d'effet de la théorie humienne. Au contraire, la causalité traduit pour lui « la continuité d'un processus singulier : la cause est le processus entier, l'effet son point terminal. »⁵⁰¹. Ainsi, « c'est seulement pour des raisons de commodité que nous isolons du processus entier le facteur le plus variable et en faisons une cause distincte de son effet : ainsi le mauvais temps pour la mauvaise récolte ». Comme « l'explication causale revient toujours à « reconstituer les aspects d'un processus unique au cours ininterrompu » (*to constitute aspects of a single ongoing process*)⁵⁰², il faut admettre que « l'explication par un antécédent discret est le signe d'une explication abrégée et tronquée ». Si ce type d'explication présente un intérêt pragmatique, cela ne doit pas faire oublier que « la cause est un ensemble complet d'occurrences ou d'événements effectivement en cours (*actually ongoing*) aboutissant à cet effet particulier et à nul autre ».

134. Rôle du modèle nomologique. A quoi correspond, dans la théorie de Mandelbaum, l'explication nomologique ? En fait, les lois « ne visent pas à établir des liens entre des occurrences effectives, mais entre des propriétés caractéristiques d'occurrence de types donnés » ou, dit autrement, « entre des types de facteurs plutôt qu'entre des types

⁴⁹⁹ Mandelbaum fut fortement influencé par l'ouvrage célèbre de J. L. Mackie, *The Cement of the Universe : a Study of Causation*, Oxford, Clarendon Press, 1974, ouvrage commenté dans la préface à la seconde édition de *Causation in the Law*. Pour Hart et Honoré, en effet, les sciences d'un côté, l'histoire et le droit d'un autre côté constituent deux domaines très différents de connaissance auxquels s'appliquent l'explication causale et le recours aux généralisations qu'elle suppose.

⁵⁰⁰ P. Ricoeur, *ibid.*

⁵⁰¹ P. Ricoeur, *ibid.*

⁵⁰² M. Mandelbaum, *op. cit.* p. 76.

d'événements effectifs »⁵⁰³. Il y a donc « un abîme logique entre l'explication causale, qui porte toujours sur les facteurs responsables d'une occurrence *particulière*, et l'énonciation d'une loi, qui porte sur la connexion invariable entre des *types* d'événements ou de propriétés ». Cette position ne conduit pas à rejeter totalement l'insertion de régularités dans une attribution causale singulière. Mais il faut admettre que les lois ne sont que des *instruments* de l'explication causale, non des substituts de cette explication. Elles s'appliquent à la séquence des conditions au travers des séries envisagées : « il faut donc rendre compte causalement des séries d'occurrence conduisant au résultat final pour pouvoir appliquer des lois à ces séries »⁵⁰⁴.

En outre, même si « l'explication fait apparaître l'effet d'un processus continu comme nécessairement déterminé, une fois donné l'état initial du système », cela ne signifie pas que « l'événement en tant que tout » a été déterminé. Le processus peut être dit déterminé « dans un système clos ». Les conditions initiales, prises au point de départ du processus, ont pris place en tel moment et en tel lieu de manière purement contingente : on ne peut donc parler de déterminisme ici, même si l'on peut parler de détermination causale. « La nécessité causale est donc une nécessité conditionnelle : *étant donné* l'ensemble complet des conditions causales qui ont eu lieu (et non d'autres), il a été *nécessaire* que l'*effet* effectivement produit advienne »⁵⁰⁵. Ricoeur résume ainsi les traits de la théorie de Mandelbaum : « la causalité est le lien interne d'un processus continu ; (...) les généralisations en forme de lois sont à insérer dans l'explication causale singulière ; (...) la nécessité causale est conditionnelle et n'implique aucune croyance au déterminisme »⁵⁰⁶. Très philosophique, la théorie présente un intérêt pratique très inférieur à celui de la théorie de Dray. Elle évoque toutefois des théories déjà évoquées dans la pensée juridique.

135. Lien avec la théorie de l'efficience. La théorie de Mandelbaum, attachée à l'idée de *processus continu* rappelle des théories anciennement soutenues en matière juridique, telle la « théorie du transfert », selon laquelle la relation causale repose sur la transmission de quelque chose entre la cause et l'effet, telle une quantité physique, comme l'énergie. On peut citer, à cet égard, la théorie allemande de la « causalité efficiente », qui

⁵⁰³ M. Mandelbaum, cité par P. Ricoeur, *op. cit.* pp. 98-100.

⁵⁰⁴ P. Ricoeur, *op. cit.* p. 354

⁵⁰⁵ P. Ricoeur, *op. cit.* p. 355

⁵⁰⁶ P. Ricoeur, *op. cit.* p. 355.

fut parfois rattachée au principe aristotélicien du changement. Cette théorie, loin de se fonder sur d'éventuelles régularités empiriques, cherchait à évaluer l'efficacité des causes invoquées. Elle posait qu'une cause, pour être cause, doit avoir une certaine *efficacité* causale, même si certaines circonstances sont requises pour lui permettre de produire son effet. Birkmeyer estimait ainsi qu'une certaine quantité d'énergie est attachée à chaque condition d'un événement : la cause est la condition possédant la plus grande quantité d'énergie et ayant ainsi le plus contribué au dommage⁵⁰⁷. On retrouve le même ordre d'idée chez Marteau. Dans l'hypothèse de plusieurs contributions d'intensité équivalentes, chaque acte pouvait fonder la responsabilité. La difficulté était que la quantité d'énergie ne peut être précisément mesurée : pour cette raison, la théorie donnait explicitement au juge la possibilité de se décider de façon pleinement discrétionnaire pour déterminer le caractère causal d'un événement concret⁵⁰⁸. La théorie de l'efficace fut critiquée en raison de cette absence de critère de détermination ou de mesure de l'efficacité causale. Cette théorie, aujourd'hui dépassée, est parfois évoquée en Allemagne : on parle, à cet égard, de « condition essentielle ».

136. Conclusion de la section. Expliquer un événement particulier sans le rapporter à une loi causale générale n'est pas aisé. Certes, nous avons l'impression de formuler couramment des explications causales singulières qui nous paraissent, pour cette raison, familières. Mais ne rapportons-nous pas, spontanément et inconsciemment, les événements considérés à notre expérience passée, donc à des régularités connues⁵⁰⁹ ? Les théories qui tentent de fonder une approche purement singulière de la causalité peinent à proposer des modèles convaincants. Cela explique que le modèle dominant reste celui qui rapporte toute imputation causale à une liaison générale. Cependant, la théorie de William Dray apporte des éléments d'un intérêt incontestable pour le débat, notamment d'un point de vue juridique. On retiendra les deux principaux points de sa théorie : d'une part, la cause est avant tout une condition *sine qua non* de l'effet ; d'autre part, le choix, parmi les conditions *sine qua non*, de la cause doit donner lieu à une *pesée* d'arguments divers, parmi lesquels le

⁵⁰⁷ Birkmeyer, *Über Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht* [Sur le concept de cause et les relations causales en droit pénal], Rektoratsrede, Rostock (1885).

⁵⁰⁸ Hart et Honoré, *op. cit.* p. 438.

⁵⁰⁹ Tel était l'argument d'Aron. Toute recherche d'objectivité implique nécessairement, selon lui, l'introduction dans le raisonnement d'une « généralité virtuelle », indispensable « pour différencier le rapport causal de la simple succession », et ce même dans l'analyse d'un fait unique et singulier. La théorie de la causalité adéquate avait donc ses faveurs. R. Aron, *op. cit.* p. 199.

critère de « *manipulabilité* » est déterminant. Nous allons voir que le caractère de condition *sine qua non* se retrouve également dans l'approche « individualisante » de la causalité juridique.

Section 2. La condition *sine qua non*, expression d'une causalité singulière

137. Alors que le modèle probabiliste évoqué au chapitre précédent se fondait sur ce la « première définition humienne » de la causalité selon laquelle la cause est « un objet suivi d'un autre, et tel que tous les objets semblables au premier sont suivis d'objets semblables au second »⁵¹⁰, l'idée de condition *sine qua non* découle du propos qui suit, selon lequel la causalité est une relation telle que « si le premier objet n'avait pas existé, le second n'aurait jamais existé »⁵¹¹. *A priori*, l'identification d'une condition nécessaire implique un raisonnement purement *singulier*, qui ne mobilise aucune généralisation causale : la condition *sine qua non* est appréciée de manière concrète, dans chaque cas particulier. Dans le droit de la responsabilité, le critère existe en *Common Law*, sous l'appellation de *but for cause*⁵¹². Il est présent, en droit français, au travers de la théorie de l'équivalence des conditions. Nous verrons qu'en réalité, le critère de la condition *sine qua non* n'est pas totalement indépendant de l'idée de liaison causale générale. Ce paradoxe se retrouve dans l'origine de ce critère (§1) et affecte son intérêt (§2).

⁵¹⁰ Hume, *Enquête...*, *op. cit.* section VII, p. 144. V. *supra* n°28.

⁵¹¹ Hume, *ibid.* Un adage ancien du droit anglais reprend l'idée : *versanti in re illicita imputantur amnia quae seauuntur ex delicto tenetur etiam pro casu*, celui qui prend part à une activité illégale est responsable de tout dommage qui ne se serait pas produit en l'absence de son fait. Hart et Honoré, *op. cit.* p. 442.

⁵¹² V. *infra* n°197.

§1. Origine du critère de la condition *sine qua non* : l'équivalence des conditions

138. La justification du recours à l'idée de condition *sine qua non* pour exprimer la causalité tient à une théorie que nous appelons, en France, « équivalence des conditions ». D'origine allemande, la théorie peut également être rattachée à la pensée de John Stuart Mill. Nous présenterons ses principes (A) avant d'examiner sa mise en œuvre en droit positif (B).

A. La théorie de l'équivalence des conditions

139. Si on rapproche souvent la théorie de la philosophie de John Stuart Mill⁵¹³, il faut garder en mémoire que l'équivalence des conditions a, d'abord, été développée par des auteurs allemands qui ne s'y réfèrent pas. La pensée de Mill constituant toutefois le socle logique permettant de justifier la théorie, nous commencerons par l'évoquer (1) avant de présenter les théories allemandes (2).

1. La théorie de J. S. Mill : la cause comme ensemble causal

140. **La cause comme cause suffisante.** La théorie de la causalité attribuée à Mill est faussement identifiée par les juristes à l'idée selon laquelle toute condition nécessaire ou toute condition *sine qua non* du dommage peut être traitée comme cause. Il s'agit là d'une simplification excessive. Mill est un empiriste⁵¹⁴ qui raisonne à partir des mêmes prémisses que Hume. Il pense que tout événement a une cause, et que les mêmes causes produisent les mêmes effets. Ecartant toute considération qui dépasse le plan de l'observation sensible, il constate que « certains faits succèdent et, croyons-nous, succéderont toujours à certains autres faits. L'antécédent invariable est appelé la Cause, l'invariable conséquent l'Effet ; et l'universalité de la loi de causation consiste en ce que chaque conséquent est lié de cette manière avec quelque antécédent ou quelque groupe d'antécédents particuliers »⁵¹⁵. La

⁵¹³ John Stuart Mill, *Système de logique déductive et inductive*, t.1, 6^e éd. trad. L. Peisse, Paris, 1866, rééd. Pierre Madraga, 1988, Livre III, chap. V, p. 365 et s. V. égal. P. Marteau, thèse préc. p. 24 et s.

⁵¹⁴ Au sens où il veut « élever sur la base de l'expérience pure un système susceptible de conférer, en toute légitimité de raisonnement, l'universalité aux relations de causalité », Léon Brunschvicg, *L'expérience humaine et la causalité physique*, PUF, 1949, p. 53.

⁵¹⁵ J. S. Mill, *op. cit.* p. 370.

relation de causalité est donc *suffisante* : la cause X suffit à engendrer l'effet Y, ce qui signifie qu'elle est invariablement suivie de son effet⁵¹⁶.

Si la cause est invariablement suivie de l'effet, elle n'est pas, comme chez Hume, absolument *nécessaire* à la survenance de la conséquence. Hume, comme d'autres philosophes, estimait que la cause doit être à la fois *suffisante* mais aussi *nécessaire*. Cela signifie que telle cause X est invariablement suivie de l'effet Y (cause suffisante) et que Y ne peut se produire si X ne s'est pas produite (cause nécessaire). Mill évacue le caractère de nécessité : est une cause la cause suffisante pour produire l'effet. L'abandon du caractère de nécessité signifie qu'un événement donné peut avoir plusieurs types de causes⁵¹⁷. Telle est ce que l'on a appelé la *doctrine de la pluralité des causes* de Mill. Pour Mill, ce qui est fondamental à la causalité est la capacité de la cause à produire l'effet, ce qui est, d'ailleurs, conforme aux représentations courantes.

141. La cause comme ensemble de conditions. Or la cause suffisante ainsi définie consiste rarement en un fait unique. Le plus souvent, elle est constituée d'un ensemble complexe de conditions distinctes qui doivent se réunir pour produire l'effet. Alors que Hume tendait à relier deux objets ou deux événements simples, Mill souligne que la cause est, la plupart du temps, composée d'une *somme d'antécédents* permettant de produire l'effet. « Rarement, si même jamais, cette invariable succession a lieu entre un conséquent et un seul antécédent. Elle est communément entre un conséquent et la totalité de plusieurs antécédents, dont le concours est nécessaire pour produire le conséquent, c'est-à-dire pour que le conséquent le suive certainement. Dans ces cas, il est très ordinaire de mettre à part un de ces antécédents sous le nom de Cause, les autres étant appelés simplement Conditions »⁵¹⁸. Alors que Hume se référait à des causes singulières constituées d'événements ou d'objets, Mill refuse de restreindre la notion de cause à celle de « force active », de cause génératrice. Dans cette optique, il faut intégrer dans la somme des conditions les *faits négatifs*, les situations préexistantes, les omissions⁵¹⁹. En résumé, la

⁵¹⁶ Hart et Honoré, *op. cit.* p. 21.

⁵¹⁷ Il ne faut pas confondre cette idée avec celle selon laquelle on pourrait considérer comme cause à part entière chacun des éléments de l'ensemble nécessaire pour produire l'effet.

⁵¹⁸ J. S. Mill, *op. cit.* p. 370.

⁵¹⁹ « Tout fait ou phénomène qui a un commencement arrive invariablement lorsqu'une certaine combinaison de faits positifs existe, pourvu que certains autres faits positifs n'existent pas. », J. S. Mill, *op. cit.* p. 374. « Les conditions négatives du phénomène, dont l'énumération en détail serait en général très longue, peuvent se résumer en un seul fait, à savoir l'absence de causes préventives ou contraires. La

définition de Mill se présente ainsi : « La cause, philosophiquement parlant, est la somme des conditions positives et négatives prises ensemble, le total des contingences de toute nature qui, étant réalisées, le conséquent suit invariablement »⁵²⁰.

142. L'élément de nécessité *in concreto*. Nous venons de voir qu'est une cause, pour Mill, un ensemble causal *suffisant* pour produire invariablement l'effet. Dans ce schéma, peu importe que cet ensemble causal soit ou non *toujours* nécessaire pour produire l'effet : ce dernier peut également être causé par d'autres causes ou d'autres ensembles causaux. Cependant, le critère de nécessité réapparaît lorsqu'on s'intéresse *individuellement* aux conditions composant l'ensemble causal suffisant pour produire l'effet. En effet, toutes ces conditions sont *nécessaires*. L'énoncé de la cause est incomplet si l'on n'y introduit pas toutes les conditions. Autrement dit, si l'effet peut avoir, en général, différentes causes, les conditions qui composent un ensemble causal l'ayant produit à un moment donné sont, elles, nécessaires. Dans une occurrence particulière, lorsque tel ensemble causal a produit l'effet, il faut considérer *tous* les éléments qui le composent comme nécessaires. Il ne s'agit plus là d'une nécessité générale, invariable mais d'une nécessité relative au cas concret examiné, traduisant le caractère *sine qua non* de la condition considérée pour cette occurrence particulière. Malheureusement, la confusion entre les deux formes de nécessités, générale et singulière, est souvent opérée dans la littérature juridique. S'y ajoute parfois une troisième confusion liée, à l'emploi du terme « nécessaire » pour exprimer le fait qu'une cause suffisante engendre invariablement l'effet. Pothier évoquait, par exemple, les suites « nécessaire, immédiates et directes » d'une inexécution contractuelle. Or il est très différent de dire qu'une condition particulière a été nécessaire à la production d'un dommage et d'affirmer que tel événement va nécessairement engendrer la production d'un autre, au sens où il le produit invariablement⁵²¹.

Lorsque plusieurs causes suffisantes –donc plusieurs ensembles causaux- sont de nature à engendrer un effet donné, il est parfois possible de distinguer des conditions qui sont

propriété de cette expression est justifiée par ceci que les effets d'une cause qui agissent en sens contraire d'une autre cause peuvent, en toute rigueur scientifique, être considérés dans la plupart des cas comme une simple extension de ses effets propres et séparés », J. S. Mill, *ibid.* p. 375. En effet, ajoute-t-il plus loin, « La distinction entre agent et patient est purement verbale. Les patients sont toujours agents. », *ibid.* p. 379.

⁵²⁰ J. S. Mill, *op. cit.* p. 375.

⁵²¹ Nous sommes, pour éviter toute confusion, hostiles à l'emploi du terme « nécessaire » pour désigner la relation d'implication causale du type « si A, alors B ». Il vaut mieux parler de cause suffisante.

présentes dans *tous* les ensembles causaux produisant l'effet. Par exemple, la présence d'oxygène est *toujours* nécessaire au déclenchement d'un incendie, quelle qu'en soit la cause. A l'inverse, il y a des conditions présentes seulement dans un ensemble causal donné, tel l'acte de celui qui a jeté par terre la cigarette allumée qui a déclenché l'incendie. De ce point de vue, l'acte est une condition nécessaire de l'effet dans *ce cas précis*. Dans cette optique, la recherche des conditions nécessaires est singulière : on n'envisage pas les conditions nécessaires à un incendie *en général*, mais les conditions ayant conduit à tel incendie *particulier*. C'est ici qu'intervient l'idée de *relation causale particulière*. Paradoxalement, elle s'inscrit dans une conception de la causalité comme une relation invariable entre un ensemble causal suffisant et un effet. Prise dans le contexte d'une occurrence concrète précise, l'analyse devient toutefois singulière.

143. Impossibilité logique d'une sélection. La cause étant, la plupart du temps, composée d'un ensemble complexe de conditions, en identifier une seule suppose de faire un *choix*. Cependant, dit Mill, toutes les conditions de l'ensemble sont *logiquement* dans la même situation : chacune est nécessaire. Pour cette raison, elles sont *équivalentes*. Il n'est pas possible d'isoler, au sein de cet ensemble, une condition, positive ou négative. « Philosophiquement, nous n'avons pas le droit d'accorder le titre de cause à l'une d'entre elles, à l'exclusion des autres »⁵²². Si tel est le cas, alors la théorie se révèle impraticable en matière juridique puisqu'elle interdit d'isoler quelque condition que ce soit pour lui attribuer le titre de cause⁵²³. Mill admet toutefois que nous sommes amenés, dans *l'usage courant*, à opérer une sélection. « Il est très ordinaire de mettre à part un de ces antécédents sous le nom de Cause, les autres étant appelées simplement des Conditions »⁵²⁴. Mais « la cause réelle est le concours de tous ces antécédents ; et on n'a pas le droit, philosophiquement parlant, de donner le nom de cause à l'un d'eux à l'exclusion des autres »⁵²⁵. Lorsque, dans l'usage ordinaire, nous choisissons comme cause une condition, nous le faisons d'ailleurs de manière capricieuse⁵²⁶. Souvent, nous choisissons la condition précédant immédiatement l'effet. Mais « loin que la notion commune de la Causalité

⁵²² J. S. Mill, *op. cit.* p. 379.

⁵²³ V. A. Joly, thèse préc. n°28.

⁵²⁴ J. S. Mill, *op. cit.* p. 370.

⁵²⁵ *Ibid.* p. 371.

⁵²⁶ *Ibid.* p. 372.

implique nécessairement que la Cause soit dans une proximité plus étroite avec l'effet que les autres conditions, toute autre des conditions, ainsi que nous l'avons vu, soit positive, soit négative, peut, sans cette proximité, remplir, suivant l'occasion, le même office »⁵²⁷. Certes, il serait possible de tracer d'éventuels *critères de sélection* par la distinction entre ce que *sait* déjà celui qui entame une recherche causale et ce qu'il *recherche* en procédant à l'analyse⁵²⁸. Mais attention, précise-t-il, philosophiquement ou scientifiquement parlant, la cause est la *somme totale* des conditions d'un événement, donc identifier la cause en sélectionnant une condition parmi l'ensemble est incorrect et incomplet. Si l'usage courant éprouve le besoin de sélectionner une condition⁵²⁹, il n'y a aucune différence de « qualité causale » entre cette condition et les autres.

144. Conclusion du 1. L'apport de Mill est fondamental dans la mesure où il justifie, pour chaque cas concret, la recherche des conditions *nécessaires* qui, ensemble, ont permis la survenance de l'effet. Cependant, sa théorie se révèle délicate en matière juridique. L'idée d'*ensemble causal* fut critiquée au motif qu'on ne peut jamais connaître l'*intégralité* des éléments qui, mis ensemble, sont suffisants pour produire l'effet. Autrement dit, il n'est jamais possible d'isoler une cause *suffisante* qui puisse mériter le titre de « cause du dommage ». En outre, si, conformément aux prescriptions de Mill, on inclut dans l'ensemble causal toutes les conditions positives et négatives, toutes les omissions, quelles qu'elles soient, alors on en arrive à des propositions quasi-tautologiques du type « La naissance de M. X. est une condition nécessaire du meurtre de ce dernier, quarante ans plus tard ». Donc la naissance de M. X est l'une des causes de sa mort. On est, ce faisant, conduit à une régression à l'infini, comme l'ont remarqué souvent les juristes⁵³⁰. L'impossibilité de sélectionner entre les conditions rend l'explication causale impraticable.

⁵²⁷ *Ibid.* p. 375.

⁵²⁸ De même avons-nous tendance à distinguer entre un agent et un patient : mais cette distinction n'a aucun fondement logique. *Ibid.* p. 377.

⁵²⁹ Nous verrons que, pour Hart et Honoré, ces quelques remarques de Mill ouvrent la possibilité d'une conception courante de la causalité qui ne serait pas celle de la philosophie et permettrait de sélectionner la cause en fonction de critères variant d'une espèce à l'autre. Hart et Honoré, *op. cit.* p. 19.

⁵³⁰ « Le concept philosophique de causalité tel qu'il a été dégagé en particulier par Stuart Mill est peut-être logiquement exact mais inutilisable pour le technicien et en particulier pour le juriste. Si l'énoncé de la cause est incomplet, lorsque d'une façon ou d'une autre l'on n'y introduit pas toutes les conditions, l'on aboutit, de proche en proche, à la causalité de l'univers, et de toute façon à des constatations sans valeur pratique. », G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, tome 1, *les sources*, Sirey, 2^e éd. 1988, n°548. « Cette notion de la cause, qui conduit indirectement au rapport causal de l'univers est inutilisable par le droit, comme en général par la recherche empirique », Von Bar, cité par P. Marteau, thèse préc. p. 28.

Les théories allemandes ont toutefois tenté de justifier l'attribution du titre de cause à chaque condition.

2. Les théories allemandes de l'équivalence des conditions

145. Les premières théories de la causalité élaborées en Allemagne ne se fondaient en rien sur l'idée de loi causale. Elles se concentraient avant tout sur le « pouvoir causal » de la cause. La théorie de la *nécessité* stipulait qu'un événement est véritablement cause d'un autre événement dès lors qu'il doit nécessairement le produire de par sa « nature propre »⁵³¹. Autrement dit, la conséquence doit suivre nécessairement en raison d'une propriété intrinsèque de la cause et non pas d'une loi causale générale⁵³². Elle fut très vite critiquée. En 1803, Stübel, l'un des premiers auteurs allemands à avoir écrit sur la causalité, releva qu'elle ne correspondait en rien à l'expérience humaine de la causalité, la cause étant constituée, selon lui, de l'ensemble des conditions indispensables à l'effet⁵³³. Suite à ces critiques furent défendues d'autres théories individualisantes⁵³⁴, dont la théorie de l'*efficience*⁵³⁵ et, surtout, l'équivalence des conditions.

146. L'apport de Von Büri⁵³⁶. L'idée générale de la théorie de l'équivalence des conditions est que toute condition *sine qua non* d'un dommage en est la cause⁵³⁷. La détermination de cette dernière se fait par un raisonnement contrefactuel, qui consiste en une élimination en pensée de la condition considérée. Lorsqu'il s'exprime sur le sujet, en 1860, Von Büri⁵³⁸ -qui ne se réfère à aucun moment à Mill- s'oppose à une opinion

⁵³¹ Hart et Honoré, *op. cit.* p. 434.

⁵³² On a utilisé cette théorie en matière d'homicide en distinguant, dans cette optique, entre les blessures mortelles et les blessures non mortelles.

⁵³³ Stübel, *Über den Tatbestand der Verbrechen, die Urheber derselben, usw.* [De la situation infractionnelle et de ceux qui l'ont causé etc...] (1803). V. Hart et Honoré, *op. cit.* p. 437.

⁵³⁴ Elles n'ont jamais été mentionnées en droit français, et notamment ne figurent pas dans la thèse de Marteau.

⁵³⁵ V. *supra* n°135.

⁵³⁶ Von Büri *Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen* [La causalité et ses liens avec le droit pénal], Stuttgart, 1885.

⁵³⁷ N. Hosni, *thèse préc.* p. 70.

⁵³⁸ Il commença à développer sa théorie en 1860 dans un article célèbre : « *Zur Lehre von der Teilnahme und Begünstigung* » [Théorie de la participation et de la complicité] (1860) qui provoqua d'intenses discussions doctrinales. En 1885, on désignait la théorie de Von Büri comme « théorie dominante ». L'ensemble de sa pensée fut reprise dans *Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen*, préc. V. égal. *Über Kausalität und deren Verantwortung* [Sur la causalité et sa responsabilité], 1873.

généralement admise à l'époque par les auteurs allemands, favorables à une distinction entre les conditions pour la détermination de leur valeur causale⁵³⁹. L'auteur se fonde sur l'indivisibilité de l'effet. Son exemple est le suivant : si trois voleurs prennent chacun 1000 marks d'un coffre qui en contient 3000, le dommage est divisible, mais en revanche si trois personnes agressent et tuent une quatrième, le dommage est indivisible. Nous ne pouvons rattacher l'acte de chacun des protagonistes à un aspect, un élément du dommage⁵⁴⁰. Concernant la cause, Von Büri donne l'exemple du moulin : en supposant qu'une certaine quantité totale d'eau soit nécessaire pour faire tourner la roue du moulin, il serait correct de dire que chaque petite quantité d'eau est une cause du mouvement de la roue dans la mesure où chacune est également nécessaire et qu'aucune d'entre elle ne produirait le mouvement en l'absence des autres⁵⁴¹. Chacune des conditions du résultat peut donc prétendre au titre de cause de l'effet. « Toutes les forces dont est composée la conséquence réprimée sont également essentielles pour celle-ci, et (qu') aucune force ne peut être éliminée sans mettre en question la conséquence telle qu'elle a pris naissance *in concreto* », explique-t-il, en ajoutant « je croyais devoir tirer de cela que chaque co-activité cause toute la conséquence »⁵⁴². *L'indivisibilité du résultat* commande cette solution. Elle ne permet pas de ramener une partie déterminée de ce résultat à une condition déterminée. Du fait qu'il est impossible de préciser la part exacte de chaque condition dans la production du résultat, on peut déduire que chacune est cause de l'entière conséquence.

147. Objection logique à la théorie de von Büri. Mill soulignait qu'il n'est pas logiquement possible de déduire d'une définition de la cause comme somme de toutes les conditions nécessaires, le caractère causal de chaque condition nécessaire prise isolément. Toute déduction qui chercherait à aller plus loin s'avèrerait inexacte, qu'il s'agisse de

⁵³⁹ Il faut souligner que Von Büri n'est pas le tout premier à soutenir l'équivalence des conditions, même s'il est le premier à être véritablement entendu. La théorie juridique de l'équivalence des conditions avait été exposée par l'auteur autrichien Gläser en 1858 en ces termes : « Si l'on essaie entièrement d'éliminer en pensée l'auteur incriminé [de l'acte] de la somme des événements en question et qu'il apparaît alors que la succession des causes intermédiaires reste cependant la même, il est clair que l'acte et ses conséquences ne peuvent lui être rattachés...mais s'il apparaît qu'une fois la personne en question éliminée en pensée de la scène, les conséquences ne peuvent se produire, ou qu'elles peuvent seulement se produire d'une façon complètement différente, alors il est justifié de lui attribuer la conséquence et d'explicitement cette dernière comme l'effet de son activité », Hart et Honoré, *op. cit.* p. 443.

⁵⁴⁰ Nous retrouverons un tel raisonnement en matière de pluralité des causes.

⁵⁴¹ Von Büri aurait été en la matière nettement influencé par les conceptions mécanistes des partisans de la théorie de la causalité efficiente.

⁵⁴² Von Büri, cité par P. Marteau, thèse préc. p. 128.

reconnaître à chaque condition le même poids causal, ou –ce qui est lié- de soutenir que chaque condition a causé l'intégralité de l'effet⁵⁴³. A l'objection selon laquelle seule la somme des conditions peut être qualifiée de cause, chacune étant inefficace en l'absence des autres⁵⁴⁴, von Büri ne donne pas de réponse très claire. Il reconnaît que l'acte humain est dépourvu de toute valeur causale en tant que simple condition du résultat, mais soutient qu'envisagé par rapport aux autres conditions, il peut représenter à lui seul toute la valeur causale par rapport à l'effet⁵⁴⁵. Puisque chaque condition donne aux autres la possibilité de produire leur effet commun, c'est donc chaque condition à part qui détermine le rôle causal de l'ensemble des conditions : l'adjonction de la condition qui manque donne à l'ensemble des conditions la force causale qu'elle ne possédait pas et peut, à ce titre, être considérée comme la « cause de la causalité » des autres conditions. Si parmi ces conditions se trouve un acte humain, il faut admettre que ledit acte, étant « la cause de la cause » du résultat, est la cause du résultat. Cette explication reste maladroite. Von Liszt tenta d'améliorer la justification de la théorie.

148. Apports ultérieurs. Von Liszt⁵⁴⁶ fut, de tous les successeurs de von Büri, le plus célèbre. Il estimait, lui aussi, que toutes les conditions sont *également nécessaires* à la production de la conséquence et forcément *équivalentes* : « le rapport de cause à effet entre le mouvement du corps et la conséquence existe lorsque celle-ci n'aurait pas pris naissance sans le mouvement du corps »⁵⁴⁷. Autrement dit, l'équivalence entre les conditions existe à l'égard de ce caractère de *nécessité* que les conditions représentent *toutes* à l'égard du résultat concret. On peut donc correctement retenir un lien causal lorsqu'une condition s'est révélée nécessaire à la production du dommage. Le lien n'est rompu que lorsque le fait dommageable est dû à un *ordre causal indépendant* de celui où intervient la condition considérée : dans ce cas, cette dernière n'est, par rapport au fait dommageable, qu'un simple *antécédent*. Von Liszt donnait, par ailleurs, un exemple formulant le problème, ultérieurement très discuté, de la « surdétermination » causale, soit de l'hypothèse dans laquelle plusieurs causes suffisantes sont réunies dans les circonstances de l'espèce. B, qui

⁵⁴³ Cette dernière thèse est soutenue par M. Chabas pour fonder en droit l'obligation *in solidum* des coauteurs d'un dommage. V. *infra* n°466.

⁵⁴⁴ Telle fut l'objection de Birkmeyer, reprise par N. Hosni, thèse préc. p. 72.

⁵⁴⁵ N. Hosni, thèse préc. p. 72.

⁵⁴⁶ v. Von Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* [Manuel de droit pénal allemand], 13^{ème} éd. 1903.

⁵⁴⁷ V. P. Marteau, thèse préc. p. 132.

ne sait pas nager, est blessé par A alors qu'il se trouve dans sa barque. Mais avant que sa mort intervienne du fait de la blessure, la barque chavire et B se noie⁵⁴⁸. En l'espèce disait von Liszt, la cause de la mort est la noyade, même si une autre cause suffisante était présente.

149. Tarnowski⁵⁴⁹ tenta également de reformuler la théorie de Von Büri en dépassant la difficulté liée à la sélection d'une cause parmi un ensemble. Toutes les conditions d'un effet dont la suppression en pensée aboutirait à la suppression de l'effet sont équivalentes, dit-il. De cela, il tira que chacune de ces conditions nécessaires peut être regardée comme cause. L'inférence est justifiée, chez lui, par un argument supplémentaire selon lequel la *causalité juridique* ne correspond pas nécessairement à la causalité *logique*. Il est donc envisageable, pour les besoins de la cause, de faire le choix -non pas logique mais *subjectif*- de considérer comme équivalentes toutes les conditions nécessaires d'un événement donné dès lors qu'un tel choix convient aux besoins du raisonnement juridique. Et l'auteur de souligner que, chaque condition étant suffisante pour produire la conséquence à partir du moment où les autres conditions sont également présentes, chacune peut être regardée comme complétant l'ensemble. Dans son optique, une telle notion de « cause » exprime non pas la réalité des faits mais une appréhension juridique de ces faits au moyen d'une conception juridique de la causalité.

150. Conclusion du paragraphe. L'équivalence des conditions, dont le principe est de reconnaître à *chaque antécédent nécessaire* la qualité de cause, aboutit à consacrer le critère de la condition *sine qua non* en refusant de *sélectionner* entre les conditions. D'un point de vue logique, l'équivalence des conditions n'est pas totalement une théorie « individualisante » : les conditions *nécessaires* à l'effet sont supposées appartenir à un *ensemble causal* constituant le terme d'une *relation causale invariable*, comme l'illustre la théorie de Mill. Il est, cependant, concevable de s'affranchir de la logique de Mill pour considérer le simple *lien contrefactuel* comme exprimant l'idée de causalité. Il faut, à cet égard, souligner que le caractère *contrefactuel*, hypothétique, du raisonnement mené est essentiel⁵⁵⁰. Pour pouvoir qualifier de condition nécessaire un antécédent du dommage, il

⁵⁴⁸ P. Marteau, *ibid.* p. 134.

⁵⁴⁹ Hart et Honoré, *op. cit.* p. 444.

⁵⁵⁰ « Si nous devons admettre que le phénomène étudié aurait été autre en l'absence de cet antécédent (ou bien au cas où celui-ci aurait été différent), nous concluons que cet antécédent est une des causes d'une

faut pouvoir se représenter en pensée un autre état du monde, dans lequel l'antécédent n'a pas existé, et se demander ce qu'il en aurait été du dommage, si ce dernier se serait produit de toutes les façons, différemment, ou pas du tout. Un antécédent immédiat n'est que l'*occasion* de l'événement s'il paraît avéré que ce dernier se serait produit de toutes les façons⁵⁵¹.

Pour justifier l'équivalence entre les conditions, la théorie se fonde sur l'*impossibilité logique* de sélectionner entre les conditions positives et négatives de l'effet : elle en déduit la proposition selon laquelle ces conditions sont toutes *équivalentes*. Logiquement et philosophiquement, cette équivalence vaut pour l'*explication* du dommage : elle signifie que *toute* condition *nécessaire* à l'effet permet d'*expliquer* la survenance de ce dernier, donc que les conditions *sine qua non* ont *toutes* la même valeur *explicative*. Mais, dans le droit de la responsabilité, cette équivalence logique a été transposée par les juristes à l'*imputation* : de ce point de vue, *toutes* les conditions nécessaires au dommage peuvent entraîner la responsabilité, sans que l'on puisse en discriminer une seule.

B. L'équivalence des conditions en droit positif

151. La théorie de l'équivalence des conditions a eu un grand retentissement dans l'ensemble des pays de droit civil. De nombreux auteurs s'y sont ralliés dans les pays germaniques⁵⁵². L'Allemagne l'a consacrée dès 1880 en matière criminelle. Mais la théorie n'a pas eu le même impact dans la responsabilité civile malgré les arguments de certains auteurs qui l'ont défendue pour sa simplicité. La difficulté principale tient à la grande extension de la responsabilité à laquelle elle conduit. En droit français, l'équivalence des conditions a été admise à la suite de la thèse de Marteau. Quant aux droits de *Common Law*, ils connaissent, au travers de la *but-for cause*, une conception assez proche de celle promue par l'équivalence des conditions.

152. Succès partiel de l'équivalence des conditions en droit français. La théorie de l'équivalence des conditions fut exposée en 1913 dans la thèse de Marteau. L'auteur en soulignait les imperfections mais était toutefois favorable à son application au droit. « La

partie du phénomène effet, à savoir de la partie que nous avons dû supposer transformée » R. Aron, *op. cit.* p. 202.

⁵⁵¹ R. Aron, *op. cit.* p. 204.

⁵⁵² Outre von Liszt on peut citer Radbruch, Dohna, von Lilienthal, Beling.

dualité des expressions cause et condition correspond à deux notions distinctes et bien définies. (...) Il vaut mieux poser d'une façon définitive les bornes qui délimitent leurs domaines respectifs en indiquant que celui de la cause est inaccessible au droit ; qu'il faut et qu'il suffit pour fonder l'imputabilité matérielle que l'acte incriminé ait posé une condition du dommage »⁵⁵³. Le caractère contrefactuel du raisonnement mené ne lui échappait pas. « La formule : y a-t-il entre l'acte et le dommage un rapport de causalité ? doit s'interpréter ainsi : en l'absence de l'acte incriminé, le dommage aurait-il été évité ? Dans les espèces où la réponse à cette question est affirmative, la causalité juridique se trouve vérifiée »⁵⁵⁴.

L'équivalence des conditions a connu un succès certain en droit français⁵⁵⁵. Son premier aspect est indiscutablement consacré en droit positif : la cause doit impérativement constituer une *condition sine qua non* du dommage⁵⁵⁶, ce qui signifie que la causalité est écartée s'il n'est pas avéré que le dommage ne se serait pas produit en l'absence du fait du défendeur⁵⁵⁷. Quant au second aspect de la théorie, soit l'*équivalence de principe* entre toutes les conditions, il est fréquemment retenu. Un arrêt récent a, ainsi, mentionné le « principe de l'équivalence des causes dans la production du dommage en matière de responsabilité délictuelle »⁵⁵⁸. De fait, il arrive fréquemment que les juges n'exigent pas que le fait dommageable soit revêtu d'un caractère prépondérant ou qu'il ait sensiblement

⁵⁵³ P. Marteau, thèse préc. p. 133.

⁵⁵⁴ P. Marteau, *ibid.*

⁵⁵⁵ Viney et Jourdain *op. cit.* n°355.

⁵⁵⁶ Comp. P. Jourdain, « Causalité », *Jurisclasseur civil*, n°23.

⁵⁵⁷ Il n'y a, par exemple, pas de causalité s'il est avéré que la victime, dûment informée des risques d'une opération chirurgicale, aurait tout de même choisi de la subir. CA Paris, 20 novembre 2003, RCA 2004 comm. n°76 obs. Ch. Radé. Il en va de même lorsqu'il est établi que le respect, par un notaire, de son obligation de conseil, n'aurait pas modifié le comportement du client, Cass. 1^{re} civ. 25 novembre 1971, Bull. civ. I, n°296.

⁵⁵⁸ Cass. 2^e civ. 27 mars 2003, Bull. civ. II, n°76 ; JCP G 2004, I, 101, n°13, obs. G. Viney. Un accident de la circulation avait rendu possible des dommages matériels provoqués par différentes fautes. La deuxième Chambre civile a, pour les indemniser, mentionné « qu'en l'absence de survenance de l'accident, les dommages ne se seraient pas produits » et que la pluralité des causes n'était « pas de nature à faire obstacle à l'indemnisation de l'entier dommage par l'auteur initial, par application du principe de l'équivalence des causes dans la production du même dommage en matière de responsabilité délictuelle ». Dans une chronique récente, M. Jourdain évoque « le principe selon lequel toute condition nécessaire du dommage en est une cause juridique même si elle est en relation indirecte avec le dommage. » Selon l'auteur, tout rejet de l'équivalence des conditions est une exception au principe « même s'il faut reconnaître que les hypothèses où les exceptions au principe de l'équivalence des conditions doivent être admises sont difficiles à déterminer. » P. Jourdain, obs. sous Cass. 3^e civ. 19 février 2003, RTD civ. 2003, p. 508.

augmenté la probabilité du dommage. On citera, pour l'exemple, la condamnation d'un restaurateur ayant continué de servir à boire à un client manifestement ivre qui participa à une rixe au cours de laquelle son nez fut cassé, avant de décéder d'une asphyxie par régurgitation⁵⁵⁹. On mentionnera également la jurisprudence relative aux accidents médicaux consécutifs à des accidents de la circulation : le juge admet de rattacher le dommage final de la victime à l'auteur de l'accident initial, alors même que s'est interposé, entre les deux faits, la faute d'un médecin⁵⁶⁰, un accident thérapeutique⁵⁶¹ ou une transfusion de sang vicié⁵⁶². A dire vrai, de telles solutions s'expliquent par l'impératif d'indemnisation de la victime, dans un contexte où la réparation des accidents médicaux n'était pas encore assuré⁵⁶³. Toutefois, lorsque le recours est opéré non par la victime à l'encontre de l'automobiliste -pouvant lui-même recourir contre l'auteur direct du dommage- mais par le Centre de Transfusion Sanguine à l'origine de la contamination de la victime, la jurisprudence accepte d'appliquer l'équivalence des conditions, même si ce

⁵⁵⁹ Cass. 2^e civ. 20 juin 2002, RCA 2002 comm. n°279. Rapp. du cas du propriétaire d'un local qui avait laissé ledit local, ainsi que des pétards, à disposition de tiers à l'occasion du 14 juillet : le propriétaire fut condamné en raison du dommage provoqué par l'un des visiteurs, qui avait jeté un pétard dans l'ascenseur de l'immeuble dans lequel se trouvait la victime, Cass. 2^e civ. 4 mars 1966, D. 1966, somm. 110. En revanche, un droguiste ayant vendu un pétard à un enfant en contravention avec un arrêté municipal ne fut pas condamné, au motif qu'il n'était pas acquis que les pétards n'auraient pas servi aux mêmes fins s'ils avaient été vendus régulièrement, Cass. 1^{re} civ. 8 avril 1986, RTD civ. 1987, p. 557, obs. J. Huet.

⁵⁶⁰ Cass. crim. 14 janvier 1970, Bull. crim. 1970, n°23 ; RTD civ. 1970, p. 574 obs. G. Durry (aggravation de l'état de la victime à la suite d'une mauvaise thérapeutique).

⁵⁶¹ Cass. 1^{re} civ. 16 juin 1969, JCP 1970, II, 16402, note R. Savatier (victime d'un accident de la circulation qui décède des suites d'une artériographie réalisée à la demande du médecin conseil de l'assureur de l'automobiliste : causalité retenue entre le décès et l'accident). Cass. 2^e civ. 27 janvier 2000, JCP G 2000, I, chron. 247, n°7, obs. G. Viney ; JCP G II, 10363, note Ph. Conte, RCA 2000 comm. n°109 ; RTD civ. 2000, p. 335, obs. P. Jourdain. « L'intervention qui avait entraîné le trouble oculaire avait été rendu nécessaire par l'accident (...) de sorte que ce trouble ne se serait pas produit en l'absence de cet accident qui en est ainsi la cause directe et certaine ».

⁵⁶² CA Paris, 7 Juillet 1989, *Courtellemont*, Gaz. Pal. 2, p. 752 concl. Pichot. Cass. 1^{re} civ. 17 février 1993, JCP G 1994, II, 22226, note M.-A. Dorsner-Dolivet, RTD civ. 1993, p. 589 obs. P. Jourdain. Cass. 1^{re} civ. 4 décembre 2001, Bull. civ. I, n°310, RCA 2002 comm. n°126 obs. H. Groutel, JCP G 2002, II, 10198, note O. Gout ; RTD civ 2002 p. 308 obs. P. Jourdain ; D. 2002, jur. p. 3044 note M.-C. de Lambertye-Autrond. Cass. 1^{re} civ., 2 juillet 2002, D. 2002, IR, p. 2517. Rapp. Cass. crim., 11 janvier 1961, Bull. crim. 1961, n°18 (transfusion sanguine rendue nécessaire par l'accident et ayant entraîné une invalidité totale).

⁵⁶³ Face à la victime se trouve, en effet, un assureur automobile solvable qui a toute latitude pour se retourner ensuite vers l'hôpital, le centre de transfusion sanguine ou le médecin responsable. En particulier, en cas d'aléa thérapeutique, la victime n'avait, jusqu'à la loi du 4 mars 2002, aucun recours. Il est probable que la loi du 4 mars 2002 vienne tarir ce contentieux.

choix paraît choquant du point de vue de l'équité⁵⁶⁴. La solution vaut également dans la responsabilité pénale⁵⁶⁵, au sein de laquelle l'équivalence des conditions est largement appliquée⁵⁶⁶. De même, en cas de pluralité des causes, donc lorsque plusieurs événements ont concouru à la production du dommage, le défendeur est responsable dès lors que son fait a été l'une des conditions *sine qua non*⁵⁶⁷ du dommage. On admet, d'ailleurs, que la présence d'autres causes, ne réduit pas sa dette de réparation : le défendeur est responsable pour le tout, même s'il n'a fait que contribuer à la réalisation du dommage⁵⁶⁸.

Le principe d'équivalence n'est toutefois pas *toujours* appliqué. On invoque régulièrement les idées de *lien direct* ou d'*adéquation* pour écarter la responsabilité. Par exemple, le décès, dans un incendie, de la victime d'un accident de la circulation l'ayant laissée hémiparétique ne fut pas rattaché à l'accident, alors même que c'était son handicap qui avait empêché la victime d'échapper à l'incendie⁵⁶⁹. De même les tribunaux jugent-ils régulièrement que la négligence du propriétaire qui laisse son véhicule stationné sans verrouiller les portes, voire sans retirer la clef de contact, ne suffit pas à justifier sa responsabilité pour les dommages causés par le voleur s'étant emparé du véhicule⁵⁷⁰. Très récemment encore, la Cour de cassation a écarté l'équivalence des conditions. En l'espèce, l'incendie d'un appartement avait entraîné des travaux de toiture, qui avaient eux-mêmes

⁵⁶⁴ Cass. 1^{re} civ. 4 déc. 2001, JCP G 2002, II, 10198, note O. Gout; RTD civ 2002 p. 308 obs. P. Jourdain ; D. 2002, jur. p. 3044 note M.-C. de Lambertye-Autrand. Solution récemment confirmée par Cass. 2^e civ. 20 octobre 2005, D. 2005 IR p. 2772.

⁵⁶⁵ Cass. crim. 15 janvier 1958, JCP G 1959, II, 11026, note P. Esmein : même en présence d'une faute du médecin, le préjudice trouve sa « cause essentielle et première » dans la faute de l'automobiliste. *Contra* Cass. crim. 5 octobre 2004, D. IR p. 2972. La Chambre criminelle a ici refusé de rattacher le décès résultant d'une infection nosocomiale contractée par la victime à l'accident de la route ayant rendu l'hospitalisation nécessaire.

⁵⁶⁶ Telle est d'ailleurs la raison pour laquelle le législateur est intervenu par la loi Fauchon du 10 juillet 2000, afin de limiter les poursuites en matière d'*infractions* non intentionnelles. Cette loi explique la solution de l'arrêt précité du 5 octobre 2004 : le lien de causalité devait, en effet, permettre de qualifier un homicide involontaire.

⁵⁶⁷ La responsabilité d'un professionnel n'est pas subsidiaire par rapport à celle de tiers qui ont concouru avec lui au dommage subi par son client, v. Cass. 1^{re} civ. 13 déc 1988 Defrénois 1989 art.34554 n°56 obs. J.-L. Aubert.

⁵⁶⁸ V. *infra* n°462 et s.

⁵⁶⁹ Cass. 2^e civ. 8 février 1989, JCP G 1990, II, 21544 note N. Dejean de la Bâtie ; RTD civ. 1989, p. 556, obs. P. Jourdain.

⁵⁷⁰ Cass. civ. 6 janvier 1943, *Franck*, D. 1945, p. 117, note A. Tunc. Cass. 2^e civ. 27 octobre 1975, *Gaz. Pal.* 1976, 1, p. 169, note A. Plancqueel. Cass. 2^e civ. 17 mars 1977, D. 1977, p. 631, note Robert, RTD civ. 1977, p. 770, obs. G. Durry. Rapp. de l'irresponsabilité de celui qui a oublié son carnet de chèque dans une cabine téléphonique du fait des chèques émis par le tiers qui s'en est emparé et rejetés par la banque, Cass. 2^e civ. 7 décembre 1988, *Bull. civ.* II, n°246 ; RTD civ. 1989, p. 557, obs. P. Jourdain.

rendu possible un dégâts des eaux chez un autre locataire : la Cour de cassation a refusé de condamner le responsable de l'incendie du fait des conséquences du dégâts des eaux⁵⁷¹.

153. La but for cause en Common Law. Les droits de *Common Law* ne connaissent pas la théorie allemande de l'équivalence des conditions en tant que telle⁵⁷². S'ils consacrent le critère de la condition *sine qua non*, ils n'ont jamais admis le principe d'une *équivalence* fondamentale entre toutes les conditions nécessaires du dommage. Cela signifie qu'ils admettent le critère de la condition nécessaire tout en lui superposant d'*autres exigences* pour retenir la causalité juridique⁵⁷³. Dans ce contexte, le « test » permettant concrètement d'identifier les conditions nécessaires est appelé « *but-for-test* » : littéralement, il s'agit de la cause sans laquelle il n'y aurait pas eu de dommage. Autrement dit, il suffit de prouver que la cause a été nécessaire, au sens concret, particulier, à la production du dommage. Mais la question n'est pas toujours posée de la manière suivante : « l'effet se serait-il produit en l'absence de tel élément » ? On la présente parfois différemment : « le respect du droit (*compliance with the law*) aurait-il permis d'éviter le dommage ? » Il ne faut donc pas seulement *éliminer* l'acte (positif ou négatif) reproché au défendeur, mais aussi lui *substituer* une conduite conforme au droit⁵⁷⁴. En réalité, la différence n'est qu'apparente : le raisonnement contrefactuel conduit toujours, insensiblement, à remplacer le fait illicite par un fait licite. Par exemple, lorsqu'on s'interroge sur le caractère causal d'une information erronée donnée par un professionnel, on tente d'imaginer ce qui se serait passé si l'intéressé avait donné une information correcte. On remarquera toutefois que la théorie allemande de l'équivalence des conditions insistait sur le raisonnement « en pensée », « en imagination » en demandant : que se serait-il passé si le fait examiné ne s'était pas produit ? Les auteurs anglo-américains estiment que cette manière de poser la question fait dépendre l'identification de la cause des facultés d'imagination du juge et s'oppose à la formulation anglo-américaine, plus concrète et plus

⁵⁷¹ Cass. 3^e civ. 19 février 2003, RCA 2003, comm. n°125 ; RTD civ. 2003, p. 508.

⁵⁷² Dans *l'International Encyclopedia of Comparative Law*, Honoré assimile la théorie de l'équivalence des conditions et la condition *sine qua non* du *Common Law*. V. A. M. Honoré, *Causation and Remoteness of Damage, International Encyclopedia of Comparative Law*, Volume XI, Chapter 7, 1971.

⁵⁷³ En particulier, une certaine proximité entre la cause et l'effet. V. pour le droit anglais, *infra* n° 198 et s. et, pour le droit américain, *infra* n° 201 et s.

⁵⁷⁴ Hart et Honoré, *op. cit.* p. 455.

fiable⁵⁷⁵. L'opposition nous paraît largement superficielle. Répondre à la question de savoir ce qui se serait passé en cas de respect du droit suppose également, en effet, un raisonnement imaginaire.

A l'exception d'une minorité⁵⁷⁶, les auteurs anglo-américains estiment que le critère de la condition *sine qua non* exprimé par le *but for test* conduit à un jugement *objectif*. On souligne qu'il s'agit d'une « pure question de fait » (« *pure question of fact* ») à deux égards. D'une part, la réponse à la question posée découle des *données concrètes de l'espèce*, indépendamment de toute appréciation. D'autre part, le raisonnement mené pour répondre à la question s'effectue en dehors de toute considération relative à la règle de droit applicable, à commencer par le caractère approprié ou non d'un jugement de responsabilité. Identifier la condition *sine qua non* suppose donc simplement de se prononcer sur les circonstances de la cause : la question est donc dévolue au jury lorsque la procédure en prévoit un⁵⁷⁷. Par ailleurs, le critère de la condition *sine qua non*, qui découle de la logique de Mill, exprime, aux yeux de nombreux auteurs anglo-américains, la véritable notion de causalité. Il traduirait même la notion *scientifique* de causalité⁵⁷⁸. Pour cette raison, on parle de *factual causation* ou encore *causation in fact*⁵⁷⁹. Si l'on s'en tient à la position de Mill, cette vision est pourtant erronée : la seule cause, d'après lui, est la somme totale des antécédents du dommage, telle qu'elle est suffisante à produire l'effet.

154. Conclusion du paragraphe. Il est important de distinguer *deux apports* de l'équivalence des conditions. Le premier conduit à consacrer le critère de la condition *sine qua non* : à cet égard, le droit français et le *Common Law* l'ont adopté, tout en lui superposant parfois d'autres exigences. Le second apport de la théorie est relatif à l'équivalence entre toutes les conditions nécessaires du dommage. En effet, les promoteurs de l'équivalence des conditions ont voulu se fonder sur l'*impossibilité logique* d'opérer une

⁵⁷⁵ *Ibid.*

⁵⁷⁶ Le caractère objectif du *but for test* a été vivement contesté par certains auteurs américains estimant qu'on fait entrer, dans l'appréciation de la *but for cause*, des considérations subjectives et proprement juridiques. V. W. Malone, *Ruminations on Cause-in-fact*, (1956-7) 9 *Stanford Law Review* 60.

⁵⁷⁷ Ce qui est le cas aux Etats-Unis.

⁵⁷⁸ John G. Fleming, *The law of torts*, 8th ed, Law Book Company Ltd, Sydney, 1992, p. 112 et s. V. égal. Jane Stapleton, « *The Gist of Negligence Part II; The Relationship between « Damage » and Causation* », 104, *Law Quarterly Review*, 389 (1988); « *Perspective on Causation* », in J. Horder (dir.) *Oxford Essays in Jurisprudence, Fourth series*, Oxford University Press, 2000, p. 61.

⁵⁷⁹ Winfield & Jolowicz *on torts*, 14th ed. by W.V.H. Rogers, London, Sweet & Maxwell, 1994, p. 147 et s.

sélection entre les conditions nécessaires -ce qui signifie qu'elles ont toutes la même valeur explicative- pour en tirer une *règle* devant gouverner l'*attribution* de la responsabilité. La difficulté de justifier ce principe explique qu'il n'ait reçu qu'une reconnaissance *partielle* en droit positif : si les juges français admettent parfois de consacrer l'équivalence entre les conditions *sine qua non* du dommage, ils invoquent également régulièrement d'autres critères, tel celui du lien direct ou de la probabilité objective, pour limiter l'incroyable extension de la responsabilité qu'un tel principe engendrerait. Toute la difficulté est qu'on a cherché à tirer d'une *analyse logique* de l'explication causale, un principe d'*imputation* de la responsabilité. On retiendra donc que la théorie permet surtout de mettre en évidence le caractère *fondamental* de l'idée de condition *sine qua non* pour expliquer la survenance du dommage.

§2. Intérêt du critère de la condition *sine qua non*

155. Le critère de la condition *sine qua non* est solidaire d'une *logique contrefactuelle* qui suppose de se représenter *en pensée* le cours des événements en l'absence de la condition examinée. Philosophiquement, on a parfois assimilé l'idée de causalité à ce lien de *dépendance contrefactuelle*. Dans les années 1970, un philosophe anglais, David Lewis⁵⁸⁰, s'est, en effet, fondé sur la seconde définition humienne de causalité pour élaborer une *théorie contrefactuelle de la causalité*. Dans cette théorie, « l'événement *e* dépend causalement de l'événement *c* si les deux contrefactuels suivants sont vrais : si *c* avait eu lieu, *e* aurait eu lieu ; si *c* n'avait pas eu lieu, *e* n'aurait pas eu lieu »⁵⁸¹. La première affirmation est importante lorsqu'on se prononce sur des événements qui ne se sont pas effectivement produits (causalité d'une omission). La seconde est capitale pour les événements qui se sont effectivement produits. Dans les deux cas, il convient de se représenter un « monde possible » dans lequel la condition étudiée a, ou n'a pas, eu lieu. La réflexion se détache ici du raisonnement de Mill, pour qui la condition nécessaire n'était qu'un élément d'une cause suffisante, terme d'une relation générale et invariable. Il semble que l'on se trouve désormais, véritablement, dans une conception *purement singulière* de la causalité, indépendante de toute loi causale. Dans ce cadre,

⁵⁸⁰ David Lewis, « Causation », *Journal of Philosophy*, 10, 1973, repris in *Philosophical Papers*, vol. 2, Oxford, Oxford University Press, 1986. On peut associer au nom de Lewis celui de Nelson Goodman.

⁵⁸¹ Barberousse, Kistler, Ludwig, *op. cit.* pp. 116-117; v. égal. S. Bourgeois-Gironde, *op. cit.* p. 55 et s.

apprécier l'intérêt du critère de la condition *sine qua non* suppose d'examiner ses modalités de mise en œuvre (A) avant d'envisager les éventuelles difficultés de fond auxquelles il conduit (B).

A. Mise en œuvre du critère de la condition *sine qua non*

156. Etablir une condition *sine qua non* implique de mener un raisonnement contrefactuel ou hypothétique en se demandant si, en éliminant en pensée la condition considérée, l'effet se serait produit ou non. L'étude de la théorie de la causalité adéquate a montré que cette théorie mobilise également un raisonnement contrefactuel lorsqu'elle conduit à s'interroger sur l'augmentation de probabilité de dommage générée par un antécédent. Notre analyse a montré l'importance que revêt la formulation de la question posée pour le résultat de la recherche. Concernant la condition *sine qua non*, nous précisons la question posée (1), puis le raisonnement mené (2) avant d'envisager le résultat auquel il conduit (3).

1. Question posée

157. **Identification des termes de la question causale.** En principe, la question de la condition *sine qua non* se pose de manière concrète, en se limitant aux circonstances particulières au cas considéré. Si les difficultés posées par la nécessité de rattacher les faits de l'espèce à des événements-types ne se retrouve pas ici, la manière dont sont appréhendés l'effet et sa cause possible influe sur le raisonnement mené. Il faut d'abord décrire correctement l'effet. Prenons l'exemple d'une personne tuée alors qu'elle portait un manteau de fourrure : si l'on pose la question de savoir ce que sont les conditions *sine qua non* de la mort de la victime portant son manteau de fourrure, alors la vente du manteau à la victime est bien une condition *sine qua non* du fait que la victime est morte en portant son manteau⁵⁸²! Supposons qu'un médecin ait administré par erreur de la cocaïne à un patient au lieu de la novocaïne prescrite. Faut-il décrire l'effet causé comme « mort du patient » ou comme « mort par ingestion de cocaïne » ? Dans le second cas, l'erreur du médecin est bien

⁵⁸² Exemple donné par Hart et Honoré, *op. cit.* p. 450. Un autre exemple célèbre est celui du vase peint. Une personne peint un vase. Une autre le casse. Si la question causale est celle de savoir ce qui a causé le bris du vase, on désignera le fait de la personne l'ayant cassé. Mais s'il faut déterminer les conditions *sine qua non* du bris du vase *peint* alors l'action de celui qui a peint le vase est bel et bien une condition nécessaire! Hart et Honoré, *op. cit.* p. 450 note 19.

une condition *sine qua non* de la mort par ingestion de cocaïne. Mais dans le premier cas, l'erreur n'est plus une condition *sine qua non* car il est acquis que la victime serait morte de toutes les façons, même si elle avait pris la novocaïne.⁵⁸³ L'exemple illustre la nécessité de correctement identifier l'effet dont on recherche la cause, en le décrivant avec des éléments pertinents.

Quant à la description du *facteur causal* considéré, on peut estimer qu'elle doit être faite en considération des faits générateurs de nature à enclencher la responsabilité. Le meilleur critère pour identifier les précisions utiles est, en effet, de voir les éléments pertinents dans ceux qui permettent d'évaluer le caractère licite ou non du comportement du défendeur ou de la victime. Autrement dit, ce n'est pas le comportement du défendeur *en général* qui doit constituer la condition *sine qua non* mais ce qui, dans ce comportement, est *illicite*. Tel est l'exemple célèbre du conducteur qui n'est pas titulaire du permis de conduire et provoque un accident en roulant trop vite. Alors que la vitesse est incontestablement une cause du dommage, qu'en est-il de l'absence de permis de conduire ? D'un point de vue strictement singulier, l'absence de permis de conduire n'est pas une condition *sine qua non* du dommage, car le défendeur aurait pu rouler trop vite, même s'il avait été titulaire du permis de conduire. On peut objecter que le fait de conduire sans permis est généralement générateur de ce type d'accident : seul un détour par la causalité adéquate permet ici de trancher la question.

Dans une affaire anglaise célèbre⁵⁸⁴, les propriétaires d'un bateau lui avaient fait prendre la mer en l'absence d'officiers titulaires des certificats exigés par la réglementation de Hong Kong. L'officier en charge, considéré comme indiscutablement compétent, commit une négligence et provoqua une collision. Le juge estima que l'absence de certificat ne pouvait être une condition *sine qua non* du dommage dès lors que l'officier était compétent et qu'un certificat n'aurait certainement rien changé à son comportement. On pourrait toutefois objecter que l'envoi sur le bateau d'officiers titulaires du certificat aurait exclu la présence de l'officier en cause et aurait sans doute permis d'éviter le dommage. Si les juges anglo-américains tendent à se concentrer sur les conditions spécifiques à l'accident considéré⁵⁸⁵,

⁵⁸³ Le *Reichsgericht* décida, dans ce cas précis, d'acquitter le médecin. *Höchstrichterliche Rechtsprechung* 1930 n°2034 (RG). V. Hart et Honoré, *op. cit.* p. 451.

⁵⁸⁴ *Empire Jamaica* (1955) P. 52. V. Hart et Honoré, *op. cit.* p. 118.

⁵⁸⁵ V. Hart et Honoré p. 119 et s. Un exemple souvent cité par les auteurs anglo-américains est celui de l'automobiliste qui a commis un excès de vitesse, mais a ralenti lors de l'accident, au moment duquel il n'est plus en *infraction*. L'excès de vitesse est une conditions *sine qua non* du dommage : le défendeur ne

les tribunaux français adoptent une conception beaucoup plus large du facteur pouvant donner lieu à l'analyse causale. Dans un arrêt ancien, un employeur avait irrégulièrement demandé à un jeune ouvrier de 15 ans de rester au travail au-delà de l'horaire normal. L'enfant en avait profité pour se rendre dans un atelier dans lequel il n'aurait pas dû se trouver, et y commettre une imprudence. Le juge estima que l'accident dont l'employé fut victime, même engendré par une faute de sa part, était en relation causale avec la faute du patron consistant à l'avoir retenu tardivement au travail⁵⁸⁶.

158. Difficulté d'identification du « fait causal ». Mener le raisonnement contrefactuel en excluant ce qui, dans les faits de l'espèce, est illicite, peut paraître simple dès lors qu'on dispose d'emblée d'un fait générateur de responsabilité à partir duquel mener l'analyse. Les choses sont, en revanche, infiniment plus délicates lorsque le fait générateur ne ressort pas immédiatement de l'examen des faits. Dans cette hypothèse, ce qu'il y a d'illicite, dans la situation étudiée, ne saute pas forcément aux yeux et l'on ne sait sur quoi raisonner. Tel est le cas lorsque la causalité constitue le critère d'identification essentiel du fait générateur, donc lorsque ce dernier constitue, avant toute chose, un « *fait causal* ». Dans ce cas, l'analyse causale est menée *avant* l'identification du fait permettant d'engager la responsabilité. Par exemple, la responsabilité du fait des produits défectueux suppose non seulement d'établir la participation matérielle du produit à la réalisation du dommage, mais aussi ce qui, dans les caractéristiques du produit, a généré spécifiquement le dommage. Cette caractéristique doit donc être telle que, sans elle, le dommage ne se serait pas produit : le raisonnement contrefactuel conduit à imaginer un produit identique dépourvu de ce caractère. Ce n'est qu'une fois cette caractéristique identifiée qu'il est possible d'y voir, ou non, un défaut. Cela signifie que l'identification de cette particularité éventuellement constitutive d'un défaut ne pourra s'opérer que par tâtonnements. De même, la responsabilité du fait des choses fondée sur l'article 1384 al. 1 C. civ. suppose d'établir, en sus de l'intervention matérielle de la chose dans la réalisation du dommage, un élément constituant un « fait de la chose ». Il faut donc pouvoir envisager un aspect, un caractère de la chose, sans lequel le dommage ne se serait pas produit, dont on pourra dire, ensuite, qu'il

serait pas arrivé sur les lieux s'il n'avait antérieurement accéléré excessivement. Les juridictions américaines rejettent toutefois la causalité de l'excès de vitesse dans cette hypothèse. Hart et Honoré, *op. cit.* p. 121-122.

⁵⁸⁶ Cass. civ. 7 août 1895, D. P. 1896, 1, p. 81 note M. Planiol. De même, le fait de rouler sans permis de conduire n'est pas nécessairement la cause de l'accident. Cass. 2^e civ 28 mai 1975 D 1975 IR p. 182.

est illicite. Par exemple, si une vitre avait été moins fragile, elle ne se serait pas brisée. Là encore, seul le raisonnement par tâtonnements paraît être ici envisageable.

2. Le raisonnement contrefactuel

159. Nécessité de la logique contrefactuelle. La théorie de la causalité adéquate supposait de se représenter la probabilité de dommage en l'absence du fait examiné, pour pouvoir évaluer l'augmentation de probabilité générée par ce fait. Ce caractère contrefactuel est indispensable à l'établissement d'une causalité singulière, quelle que soit la théorie choisie. La chose est logique : il faut pouvoir s'assurer du *réel pouvoir causal* du facteur qui semble avoir pesé sur le cours des événements. Weber déplorait, à cet égard, l'absence, dans les sciences historiques, d'un « examen de la nature logique de cette sorte de jugements qui portent sur les résultats auxquels il « aurait » fallu s'attendre en cas d'omission ou de modification d'un élément causal singulier dans un complexe de conditions »⁵⁸⁷. Si le juriste ne peut s'offrir le luxe d'une méthodologie aussi élaborée que celle du savant, il convient néanmoins de déterminer comment le raisonnement est concrètement mené lorsqu'il faut identifier une condition *sine qua non* (a). A cet égard, le raisonnement, bien que centré sur l'espèce considérée, n'est pas totalement indépendant de tout recours à des généralités causales (b).

a. Principes du raisonnement contrefactuel

160. Le scénario contrefactuel. Le raisonnement en pensée suppose de construire, par l'imagination, un cours différent d'événements⁵⁸⁸. Alors que la causalité adéquate concentrait la réflexion sur la probabilité objective de réalisation du dommage, il convient

⁵⁸⁷ La question fondamentale, disait Weber, est la suivante, une fois la sélection des éléments essentiels effectuée : « par quelles opérations logiques parvenons-nous à saisir qu'une telle relation causale existe entre ces « éléments essentiels » de l'événement et certains éléments pris dans l'infinité des moments déterminants, et comment arrivons-nous à la justifier par des preuves ? » Weber, *op. cit.*, p. 272 Pour beaucoup d'auteurs favorables à la causalité adéquate, l'identification des condition *sine qua non* n'était, toutefois, que la première étape, certes essentielle du jugement de causalité adéquate Le jugement d'adéquation « n'est-il pas secondaire ? » se demande même Raymond Aron. « La prétention d'évaluer le degré d'adéquation d'une cause n'excède-t-elle pas notre curiosité et nos ressources ? » R. Aron, *op. cit.* p. 204.

⁵⁸⁸ Autrement dit, « le jugement affirmant que, si l'on modifie ou omet en pensée un événement historique singulier dans un complexe de conditions historiques, il s'en serait suivi, en ce qui concerne certaines relations historiquement importantes, un développement différent des événements historiques, semble (donc) avoir une valeur considérable pour la détermination de la « signification » historique de cet événement ». M. Weber, *op. cit.* p. 272.

simplement ici de se demander si, concrètement parlant, le dommage se serait réellement produit en l'absence du fait considéré. La question ne se pose donc plus de manière *générale* et *abstraite* mais de façon purement *individuelle* et *concrète*, par rapport aux circonstances précises du cas considéré. A cet égard, deux modes de raisonnement hypothétique peuvent être envisagés. Dans le premier cas de figure, on se contente d'éliminer en pensée la condition examinée : c'est une *élimination-simple*⁵⁸⁹. Dans le second, le raisonnement en pensée élimine le comportement considéré pour lui substituer un comportement conforme au droit : c'est une *élimination-substitution*. Dans certains cas, l'« élimination–substitution »⁵⁹⁰ s'impose, comme par exemple en matière d'omission. Apprécier le caractère causal d'une omission suppose, en effet, de se représenter ce qu'aurait été le cours des événements si l'acte positif correspondant avait été commis : que se serait-il passé si le Dr X avait correctement informé M. Y des risques inhérent à l'opération chirurgicale qu'il devait subir ? De même, éliminer en pensée un acte positif fautif revient souvent à lui substituer un comportement licite. Pour apprécier le caractère causal d'un comportement dangereux, on imaginera un comportement raisonnablement prudent. Il reste des cas où l'élimination simple peut paraître plus satisfaisante, notamment lorsque la condition examinée n'est pas un acte humain. On se demandera, par exemple, ce qui se serait produit si la canicule de l'été 2003 n'avait pas eu lieu, afin d'évaluer les effets causés par cette canicule.

En principe, le raisonnement contrefactuel doit être mené *toutes choses étant égales par ailleurs*, « sans tenir compte de simples hypothèses dont la réalisation eût été possible après l'événement dommageable »⁵⁹¹. S'il est acquis qu'une personne est décédée au cours de l'été 2003, qui ne l'aurait pas été en l'absence de canicule, on ne tiendra pas compte du fait que la victime souffrait d'un cancer qui l'aurait probablement conduite, tôt ou tard, à la mort. La difficulté provient ici de l'éventuelle présence, parmi les circonstances de l'espèce, d'une autre cause de nature à provoquer le résultat. Par exemple, le caractère de condition *sine qua non* du trajet choisi pour le Titanic peut être nié au motif qu'un autre trajet aurait, de toutes les façons, conduit le paquebot à heurter la banquise, ou l'un des

⁵⁸⁹ Hart et Honoré, *op. cit.* pp. 454-455.

⁵⁹⁰ C'est l'idée qui l'emporte en *Common Law*.

⁵⁹¹ René Savatier, *Traité de la responsabilité civile*, t. II, LGDJ, Paris, 2^e éd. 1951, n°459 bis. « Autrement dit, en appréciant la causalité, on ne fait état que des événements connus, non des événements hypothétiques ». Cela dit, la notion même de condition *sine qua non* conduit à nuancer cette affirmation du Doyen Savatier.

énormes blocs de glace qui flottaient alentours. Tel est le problème posé par la présence, dans les circonstances de l'espèce, d'autres causes suffisantes à produire le dommage.

161. Caractère possible du scénario contrefactuel. Le raisonnement contrefactuel suppose d'éliminer en pensée la condition considérée pour la remplacer, le cas échéant, par un autre événement. De notre point de vue, l'élaboration du scénario de substitution doit être limitée par le caractère *possible* du scénario alternatif. Logiquement, aucune responsabilité n'est envisageable s'il n'était pas possible, concrètement parlant, que les événements se déroulent différemment. Il faut pouvoir imaginer un scénario conforme à la réalité habituelle, telle que nous la connaissons. Rien ne sert, par exemple, d'imaginer un monde dans lequel la loi de gravitation universelle n'existerait pas. Il faut seulement s'interroger sur ce qu'aurait *pu* être le cours normal des événements, en l'absence de la condition étudiée, compte-tenu des circonstances connues. Lorsqu'une personne chute dans un escalier, affirmer que l'escalier est cause du dommage en soutenant que « sans l'escalier, il n'y aurait pas eu de chute » n'a aucun sens dès lors qu'il est impossible d'imaginer un état du monde vraisemblable dans lequel il n'y aurait pas eu d'escalier entre deux étages ! Il est, en revanche, parfaitement plausible d'imaginer un escalier moins raide ou moins glissant.

Le caractère *possible* du scénario contrefactuel constitue une limite parfaitement logique au raisonnement causal dans le cadre d'une responsabilité qui sanctionne un écart dans l'ordre normal des choses. Cette exigence logique a l'intérêt de *limiter* le nombre de facteurs pouvant être qualifiés de condition *sine qua non*. Ne peuvent, en effet, être pris en considération que les éléments dont il est permis de penser qu'ils auraient *pu* être différents. Sachant, par exemple, qu'il était impossible au Titanic d'éviter les glaces présentes sur sa route, on consacrerait l'enquête causale à ce qui aurait raisonnablement pu être différent : la vitesse, la conception du bateau, le nombre de chaloupes etc... De même, si raisonner à partir de l'hypothèse dans laquelle il n'y aurait pas eu de canicule au cours de l'été 2003 est utile pour identifier les effets à rattacher à la vague de chaleur, ce raisonnement ne présente guère d'intérêt dans le cadre de l'imputation d'une responsabilité, pour la simple raison qu'il était impossible que la canicule ne se produise pas. Si l'on veut, par exemple, mettre en jeu la responsabilité des autorités sanitaires, on supposera un scénario alternatif crédible, dans lequel seraient intervenues des mesures préventives, une réaction plus rapide, une meilleure organisation du système etc... Mais on ne supposera pas que lesdites autorités auraient pu empêcher la canicule ! De ce point de vue, il est inexact de dire que le critère de la condition *sine qua non* conduit à retenir comme cause n'importe quel facteur du

dommage. Les seules causes sont les faits dont on peut raisonnablement croire qu'ils auraient pu être différents dans un autre *état du monde possible*. Cette exigence n'est d'ailleurs pas propre à la responsabilité. On la retrouve en logique : la logique des conditionnels contrefactuels de David Lewis insiste ainsi sur l'importance de la *ressemblance* entre les situations contrefactuelles et la situation réelle⁵⁹².

Le caractère *possible* du scénario de substitution est susceptible de *degrés*. Supposons qu'un train à grande vitesse écrase une personne qui se trouvait sur la voie, en pleine campagne. Pour considérer que la présence de ce train constitue une cause *sine qua non* du dommage, il faut pouvoir affirmer qu'en l'absence de ce train roulant à grande vitesse, l'accident n'aurait pas eu lieu. La chose peut paraître évidente. Mais encore faut-il pouvoir raisonnablement envisager l'hypothèse dans laquelle aucun train ne serait passé ou dans laquelle le train aurait été à l'arrêt. Théoriquement possible, l'hypothèse est toutefois peu probable : sauf circonstances particulières, il est normal et habituel que les trains circulent et qu'ils circulent à grande vitesse lorsqu'ils sont en pleine campagne. Retenir comme cause l'action du train serait, dans cette optique, contestable. On pourrait tenter d'imaginer un scénario dans lequel le train aurait freiné en apercevant la victime. Mais, pour cela, il faut s'assurer que c'eût été possible, donc de la capacité qu'avait le conducteur de voir la victime et de freiner malgré la grande vitesse du train. Cette démarche conduira, d'ailleurs, à isoler comme cause non plus le « mouvement » du train, abstraitement parlant, mais le fait, pour ce dernier, de n'avoir pas freiné. Supposons, maintenant, que l'accident ne s'est pas déroulé en pleine campagne mais à l'entrée dans une gare. Dans ce cas, l'hypothèse d'un arrêt du train est infiniment plus convaincante car ce dernier est, à l'entrée en gare, censé rouler doucement et avec prudence. Le scénario alternatif dans lequel le conducteur aperçoit la victime et freine est donc encore plus crédible que précédemment. Le fait de n'avoir pas freiné pourra ainsi constituer une cause pertinente du dommage.

Ces derniers exemples montrent que *l'analyse causale recoupe celle du fait générateur*. En effet, toute recherche causale conduit intuitivement l'observateur à tenter d'imaginer le cas inverse, dans lequel le dommage ne s'est pas produit. Confronté à un drame, l'esprit

⁵⁹² « Les conditions de vérité d'un énoncé contrefactuel positif sont ainsi données : « si p était vrai, alors q serait vrai » est vrai si et seulement s'il existe un monde (ou un ensemble de mondes) dans lequel p et q sont vrais et qui est plus similaire au monde réel que tout autre monde dans lequel p est vrai, et q est faux. Pour Lewis, exprimer un lien de causalité entre deux états de chose, c'est utiliser de cette manière la relation vague de ressemblance entre des mondes possibles ou des situations contrefactuelles et le monde réel », S. Bourgeois-Gironde, op.cit. p. 57.

humain se représente spontanément l'hypothèse dans laquelle le drame n'aurait pas eu lieu, en recherchant les circonstances qu'il aurait fallu modifier pour cela. C'est ainsi que l'identification du caractère de condition *sine qua non* d'un événement permet souvent de caractériser le fait illicite. En éliminant en pensée la condition examinée, on élabore un scénario conforme au droit qui permet de mettre en évidence cet aspect illicite. Répondre à la question : « les choses auraient-elles *pu* se passer autrement ? » conduit insensiblement à répondre à celle de savoir si elles auraient *dû* se passer autrement. Or il est d'autant plus facile d'estimer que les choses auraient dû se passer différemment que cela était aisé : tel est le cas s'il avait suffi au conducteur du train de freiner en apercevant la victime. Le scénario imaginaire qui résulte de l'élimination en pensée de la condition causale correspond à un état du monde idéal, dans lequel le délit n'aurait pas été commis : ce faisant, le raisonnement causal constitue, en un certain sens, un jugement *normatif* puisqu'il faut établir quel aurait été le scénario préférable. Par ailleurs, l'observateur mobilise, fût-ce inconsciemment, une forme de savoir nomologique.

b. Raisonnement contrefactuel et généralités causales

162. Le recours aux règles d'expérience. Le scénario alternatif à envisager dans le cadre de l'enquête causale doit être *possible* au sens où il est inutile d'imaginer un monde sans gravitation universelle, un été 2003 sans canicule ou un immeuble sans escalier. Le scénario contrefactuel doit se dérouler *dans le monde que nous connaissons*. Or imaginer ce qu'aurait été le cours des événements en l'absence d'un fait donné suppose de mobiliser un *savoir d'expérience*⁵⁹³. On se référera au « cours ordinaire des choses » pour déterminer ce qui se serait passé en l'absence de la faute du défendeur. Bien que concrète et individuelle, cette recherche semble elle-même mobiliser, par la référence au cours normal ou habituel des choses, les règles d'expérience, les généralités causales qu'on croyait réservées à la théorie de la causalité adéquate⁵⁹⁴. En fait, la logique probabiliste de la théorie adéquate ressurgit dès que le caractère *sine qua non* de la condition examinée ne s'impose pas

⁵⁹³ Dans les termes de Weber, il faut déterminer si, le fait considéré une fois exclu ou modifié en pensée, le cours des événements aurait pu « suivant les règles générales de l'expérience, suivre une *quelconque autre* direction, relativement à des points *décisifs* pour notre recherche ? » M. Weber, *op. cit.* p. 289.

⁵⁹⁴ « En effet, pour établir qu'un antécédent est cause partielle, nous devons construire l'évolution irréaliste qui aurait été l'effet adéquat des circonstances (une fois l'antécédent supprimé ou transformé), rechercher les conséquences que comportaient les divers antécédents simultanément ou séparément ». R. Aron, *op. cit.* p. 205.

d'évidence. Le raisonnement contrefactuel suppose, en effet, de se représenter ce qu'aurait été le cours *probable* des événements en l'absence du facteur concerné. On conclura donc qu'en l'absence du facteur A, il se serait probablement passé ceci, ou cela, en vertu, d'une généralisation causale disant que de telles circonstances produisent tel ou tel résultat. Cela signifie que, bien souvent, on ne pourra pas conclure de manière affirmative qu'« en l'absence de A, B ne se serait pas produit », mais on dira qu'« en l'absence de A, le plus probable est que B ne se serait pas produit », même si l'on ne peut totalement exclure le contraire. Dans de telles hypothèses, on sera tenté d'exprimer le scénario contrefactuel et le résultat de l'enquête causale en termes de *probabilités*. Prenons l'exemple d'un homme qui, à la suite d'un accident de voiture le laissant handicapé, perd son travail. L'affirmation semble ici évidente : « si M. X n'avait pas été accidenté, il n'aurait pas perdu son travail ». Prenons maintenant l'exemple moins simple d'une banque qui, s'étant portée caution d'une entreprise en mauvaise situation financière, affirme qu'elle ne se serait pas engagée si elle avait connu la réalité du passif de l'entreprise. Le raisonnement est ici beaucoup moins évident : pour vérifier l'affirmation de la banque, il faut se représenter ce qu'aurait fait un banquier normalement raisonnable et consciencieux. Bien souvent, on parviendra seulement à affirmer que, correctement informé, la banque n'aurait « probablement » pas signé. La logique du probable entre ici en jeu : cela explique que certains juristes présentent la théorie de la causalité adéquate comme une technique de preuve de la condition *sine qua non*⁵⁹⁵.

163. Un raisonnement singulier. Si la détermination d'une condition *sine qua non* peut conduire à se référer à des règles d'expérience, elle ne suppose *pas*, par *principe*, le rattachement du cas particulier à une liaison causale générale. Le raisonnement contrefactuel peut mobiliser une certain « savoir nomologique », mais les arguments utilisés pour estimer que le dommage se serait, ou non, produit en l'absence de la condition examinée sont *propres à la situation concernée*. Lorsque, par exemple, il faut déterminer si M. X aurait commencé (ou continué) à fumer s'il avait été averti de la nocivité du tabac, on tiendra compte d'arguments généraux, par exemple ce qu'aurait fait un homme normal et raisonnable en de telles circonstances, mais aussi d'éléments propres à l'espèce, comme le caractère de la victime ou son mode de vie⁵⁹⁶. De même, lorsqu'il faut se prononcer sur ce

⁵⁹⁵ Viney et Jourdain, *op. cit.* n°347.

⁵⁹⁶ Certains auteurs américains sont partisans d'une approche purement singulière et concrète. J. G. Fleming souligne ainsi qu'il s'agit de déterminer ce que le demandeur a effectivement fait, et non ce qu'aurait fait un homme raisonnable *op. cit.* p. 172.

qu'aurait été le choix d'un patient s'il avait été dûment averti des risques liés à une intervention chirurgicale, les arguments pourront être relatifs au choix de l'homme « normal », mais aussi, et surtout, aux circonstances, à commencer par l'affection justifiant l'intervention, aux bénéfices attendus de cette dernière, au désir exprimé de l'intéressé. S'il faut, enfin, se prononcer sur ce que serait devenu le Titanic s'il avait heurté l'iceberg à une vitesse inférieure, les analyses techniques mêleront les références à un savoir nomologique et les caractéristiques du cas considéré. Autrement dit, les généralisations causales mobilisées pour établir ce qui se serait passé en l'absence du facteur considéré le sont à titre de *preuve*, de manière à élaborer le scénario contrefactuel le plus *crédible* possible, mais il ne s'agit pas ici de faire de l'imputation causale singulière l'instanciation d'une loi causale générale, comme c'est le cas dans la théorie de la causalité adéquate. Par ailleurs, au lieu de chercher à analyser le potentiel causal *ex ante* d'un fait donné, on cherche à se représenter la *probabilité* de dommage *en l'absence* de ce fait. La question est moins, ici, de se demander « le dommage *devait-il* se produire ? » (en vertu d'une loi causale générale), que de se dire « les événements auraient-ils *pu* se passer *autrement* ? » (dans ce cas précis)⁵⁹⁷. La théorie de la causalité adéquate consiste à comparer la *probabilité de dommage* en présence et en l'absence du facteur analysé. Le critère de la condition *sine qua non* conduit à se demander s'il existait *toujours* une probabilité de ce dommage en l'absence dudit facteur. Ce faisant on compare la séquence causale réelle (antécédent suivi du dommage) à la probabilité de dommage (ou de non dommage) au cas où l'antécédent aurait fait défaut.

164. Proximité des notions de condition *sine qua non* et de cause adéquate. Il faut toutefois admettre que condition *sine qua non* et cause adéquate se ressemblent singulièrement dès lors que l'on se trouve en situation d'incertitude. En principe, la cause adéquate est celle qui *augmente* la probabilité de dommage, et la condition *sine qua non* celle dont l'absence *annule* la probabilité de dommage. Dans bien des hypothèses, on ne peut être certain que le dommage n'avait *aucune* chance de se produire en l'absence du fait considéré. On ne peut qu'affirmer que l'absence de la condition considérée faisait *baisser la probabilité* de dommage. Si la condition *sine qua non* est celle dont l'absence fait baisser la probabilité de dommage et si la cause adéquate est celle qui fait augmenter la probabilité

⁵⁹⁷ « Les constructions irréelles doivent rester partie intégrante de la science, même si elles ne dépassent pas une vraisemblance équivoque, car elles offrent le seul moyen d'échapper à l'illusion rétrospective de fatalité ». R. Aron, *op. cit.* pp. 186-187.

de dommage, les deux causes se rejoignent⁵⁹⁸. Sans doute, dans un jugement de causalité adéquate, « la logique du probable intervient plus directement »⁵⁹⁹, mais le test de la condition *sine qua non*, bien que singulier et propre à un événement donné, fait appel à des généralisations causales et aboutit souvent à de simples probabilités. Les deux critères de la condition *sine qua non* et de la cause adéquate renvoient donc largement l'un à l'autre.

Au final, de deux choses l'une. Ou bien l'on est sûr qu'en l'absence du facteur considéré, le dommage ne se serait pas produit. Ou bien l'on ne peut s'exprimer qu'en termes de probabilité en estimant qu'on avait, par exemple, 75% de chances d'éviter le dommage, sans en être sûr. On dira ainsi que Mme X avait 70% de chances de refuser une intervention chirurgicale risquée si elle avait été avertie des risques. En droit français, un tel type d'incertitude est pris en considération par la technique de l'indemnisation pour perte de chance⁶⁰⁰.

3. *Résultat du raisonnement contrefactuel*

165. Le raisonnement contrefactuel conduit à comparer le cas *réel*, dans lequel le facteur considéré est un antécédent du dommage, et le cas *hypothétique* dans lequel les circonstances, sans le facteur considéré, conduisent au résultat le plus probable d'après le cours normal des choses. Si ce résultat est analogue à l'effet réel, le facteur considéré n'a aucune qualité causale. S'il diverge, on pourra retenir son caractère causal *dans la mesure de la différence entre le résultat contrefactuel et le résultat réel*. Supposons, par exemple, qu'il soit établi que le Titanic, construit avec un acier plus solide, aurait sombré dix heures plus tard qu'il ne l'a fait. Dans ce cas, la mauvaise qualité de l'acier n'a pas causé le naufrage en tant que tel, mais le naufrage *dix heures plus tôt*. Cet aspect n'est pas anecdotique : avec dix heures supplémentaires, il aurait sans doute été possible d'organiser les opérations de sauvetage et de voir les secours arriver : de nombreuses vie humaines auraient sans doute été épargnées. L'exemple montre que le raisonnement permet, en même temps qu'il établit un lien causal, de déterminer les *effets* correspondant à la condition

⁵⁹⁸ Cet aspect conduisait Aron à conclure que « dans tous les cas nous formulons des jugements de possibilité objective, qui correspondent à des relations plus ou moins adéquates entre faits historiques ». R. Aron, *op. cit.* p. 205.

⁵⁹⁹ R. Aron, *op. cit.* p. 205.

⁶⁰⁰ V. *infra* n°455 et s.

considérée. Encore faut-il que le lien de dépendance contrefactuelle puisse être établi avec objectivité, de manière à aboutir à une certitude ou à une probabilité suffisante.

166. Le problème de l'objectivité du raisonnement contrefactuel. Il est, bien évidemment, très difficile de se représenter ce qu'aurait pu être le cours des événements en l'absence d'une circonstance donnée. A cet égard, le caractère gratuit, imaginaire, de tels raisonnements peut être invoqué pour dénier toute fiabilité au test de la condition *sine qua non*. Faut-il admettre « qu'on laisse portes et fenêtres ouvertes à l'arbitraire subjectif »⁶⁰¹ ? Le caractère hypothétique du raisonnement mené en la matière a servi d'argument à certains auteurs américains pour nier l'objectivité du critère et soutenir qu'il ne sert qu'à faire prévaloir des arguments de politique juridique⁶⁰². D'autres ont remarqué qu'il vaut mieux s'intéresser à ce qui s'est effectivement passé plutôt qu'à ce qui aurait pu se passer⁶⁰³. Il est vrai que le raisonnement est délicat. La logique contrefactuelle repose en effet sur une comparaison entre différents mondes possibles dont on peut se demander si elles ne sont pas, elles-mêmes, tributaires de jugements de causalité. Mais le raisonnement contrefactuel, et les constructions imaginaires qu'il suppose, sont toutefois indispensables. Admettre la causalité, c'est supposer une *intervention* dans le cours des événements. Admettre la responsabilité, c'est reconnaître que les choses auraient pu se passer autrement. Weber soulignait « l'importance de ce raisonnement pour toute imputation « historique » de n'importe quel événement singulier, y compris ceux de la nature inerte »⁶⁰⁴. Il est vrai qu'on ne peut jamais, par hypothèse, ni avoir de preuve directe, ni obtenir une certitude absolue⁶⁰⁵, *a fortiori* lorsqu'il faut prendre en compte le comportement d'êtres humains. Mais il arrive souvent que la réponse s'impose d'elle-même, qu'elle soit évidente. Si M. X sort de chez lui à l'heure pour aller prendre un train et que l'autobus dans lequel il est monté tombe en panne, il sera aisé d'affirmer que M. X a manqué le départ du train à cause

⁶⁰¹ M. Weber, *op. cit.* p. 289.

⁶⁰² V. *infra* n°223.

⁶⁰³ R. W. Wright, « *Causation in Tort Law* », 73 *California Law Review*, 1985, p. 1735, spéc. p. 1803. Cette critique suppose de pouvoir dire comment on peut établir une causalité sans supposer que le cours des choses eût pu être différent. Cela nous paraît inconcevable.

⁶⁰⁴ M. Weber, *op. cit.* p. 272.

⁶⁰⁵ Hart et Honoré, *op. cit.* p. 55, p. 192 et s., p. 458.

de cette panne. Malgré la difficulté des constructions irréelles, le raisonnement nous paraît praticable, dès lors que des arguments existent pour justifier la solution⁶⁰⁶.

167. L'élaboration d'une probabilité subjective. S'il peut arriver que la proposition contrefactuelle soit certaine, ou quasi certaine (« si l'autobus n'était pas tombé en panne, M. X n'aurait pas manqué le départ du train ») on sera fréquemment amené à raisonner en termes de probabilités (« si Mme X avait été correctement informée des risques, on estime à 70% les chances qu'elle avait de refuser une intervention chirurgicale risquée »). L'emploi des probabilités signifie qu'en l'absence de la condition examinée, et toutes choses égales par ailleurs, il y a de bonnes raisons de penser que le dommage ne se serait pas produit, mais qu'on ne peut en être totalement sûr⁶⁰⁷. Autrement dit, dans le scénario contrefactuel, la probabilité de dommage n'est pas nulle, sans pour autant être élevée : la suppression en pensée de la condition ne conduit pas à exclure *totalem*ent l'éventualité de dommage, bien que la probabilité en soit faible. La probabilité élaborée, dans ce contexte, pour rendre compte de cette incertitude représente un *degré de croyance*. Elle constitue ce qu'on appelle une *probabilité subjective*⁶⁰⁸, soit une probabilité mesurant le degré de fiabilité, le « coefficient de certitude » de l'affirmation en cause. Lorsqu'on dit que Mme X avait 70% de chances de refuser l'opération chirurgicale si elle avait été informée des risques, on évalue la croyance que l'on a dans ce qu'aurait pu être la décision de cette dame. De même, si l'on peut affirmer avec certitude que le Titanic n'aurait pas coulé s'il n'avait pas heurté un iceberg, le raisonnement est plus délicat lorsqu'on

⁶⁰⁶ Même si, « naturellement, ces cas sont fictifs et n'existent que dans et par notre pensée, ces jugements n'en sont pas moins susceptibles de validité ou du moins de vraisemblance », R. Aron, *op. cit.* p. 204. La démarche est remarquablement formulée par Aron : « Nous nous efforçons de peser l'influence propre de chacun. Pour opérer cette discrimination, nous prenons un des antécédents, nous le supposons, par la pensée, disparu ou modifié, nous tâchons de construire ou d'imaginer ce qui se serait passé dans cette hypothèse. Si nous devons admettre que le phénomène étudié aurait été autre en l'absence de cet antécédent (ou bien au cas où celui-ci aurait été différent), nous concluons que cet antécédent est une des causes d'une partie du phénomène effet, à savoir de la partie que nous avons dû supposer transformée » R. Aron, *op. cit.* p. 202.

⁶⁰⁷ Weber remarquait qu'on ne peut souvent donner de réponse à la question posée « avec quelque probabilité marquante (...) même au cas où l'on dispose de la totalité « idéale » des sources d'information ». Le rapport de dépendance contrefactuelle donne lieu « par son essence même à des gradations. », il faut donc se le représenter « en s'appuyant sur les principes qu'on utilise dans l'analyse logique du « calcul de probabilités », M. Weber, *op. cit.* p. 289.

⁶⁰⁸ Il s'agit là du premier sens (chronologiquement parlant) du terme de probabilité qui relève de l'ordre de la croyance, et « appartient au même domaine logique que le doute, l'hésitation, la certitude ». V° « Probabilité » in *Vocabulaire A. Lalande, op. cit.* p. 832. Sur la notion de probabilité subjective, v. *supra* n°41.

s'intéresse à la manière dont le Titanic a heurté l'iceberg. On pourra, pour un certain nombre de raisons, estimer que la proposition selon laquelle le Titanic n'aurait pas coulé s'il avait heurté l'iceberg de front et non de côté, a 80% de chances d'être vraies.

Il se pourra que la probabilité *subjective* ainsi élaborée, qui exprime un degré de croyance, se fonde sur une probabilité *objective* correspondant aux fréquences observées de réalisation d'un fait⁶⁰⁹. Par exemple, on dispose d'une loi statistique disant que 40% des patients informés des risques d'une opération déterminée la refusent. On sera donc incité à conclure que Mme X, dûment informée des risques, avait 40% de chances d'échapper à l'opération. Il ne faut, toutefois, pas oublier que la statistique générale n'est qu'un élément parmi d'autres : il faut également tenir compte de la personnalité de Mme X, de son état physique etc... Prenons le cas d'un fumeur malade d'un cancer du poumon. On sait qu'un fumeur a une certaine probabilité de développer un cancer du poumon. Mais un non fumeur a, lui aussi, une probabilité (disons 5%) d'être atteint d'un tel cancer. On dira donc que, s'il n'avait pas fumé, le fumeur avait 95% de chances d'échapper au dommage.

168. Le problème du seuil de probabilités. Lorsque le résultat de l'enquête contrefactuelle n'est pas suffisamment certain pour être admis en tant que tel, donc qu'il donne lieu à une conclusion de type probabiliste, une question essentielle se pose : faut-il admettre la causalité lorsque la probabilité dépasse un certain seuil, la négliger lorsqu'elle y est inférieure, ou tenir compte de la probabilité dans la mise en jeu de la responsabilité ? En *Common Law*, on admet la causalité dès lors que la condition *sine qua non* est établie « *on the balance of probabilities* »⁶¹⁰. Cela signifie qu'on estime ce caractère acquis dès lors que le dommage avait au moins 50% de chances de ne pas se produire en l'absence de l'antécédent considéré. Dans l'exemple précédent, le tabac sera indiscutablement une cause du dommage. De même, s'il est avéré que Mme X avait au moins 1 chance sur 2 de refuser l'intervention chirurgicale en étant dûment informée de ses risques, l'absence d'information sera considérée comme une condition *sine qua non* du dommage. En revanche, si on estime que Mme X n'avait que 40% de chances de refuser l'opération, toute causalité sera écartée.

⁶⁰⁹ Différentes des probabilités subjectives, les probabilités mathématiques sont définies par Cournot comme « le rapport du nombre de chances favorables à l'événement au nombre total de chances », A. Cournot, *Théorie des chances et des probabilités*, chap. II §11, cité in *Vocabulaire A. Lalande, ibid.* L'exemple classique est celui du jeu de dé, dans lequel on dispose d'une chance sur six de tirer un six, par exemple.

⁶¹⁰ L'exigence de causalité « *beyond a reasonable doubt* » concerne le droit pénal.

En droit français, l'exigence traditionnelle de causalité « certaine » laisse penser que le test de la condition *sine qua non* doit donner lieu à une réponse avoisinant de très près les 100% : il faut pouvoir affirmer avec une quasi-certitude qu'en l'absence de tel fait, le dommage ne serait pas survenu. Lorsque l'absence de dommage dans le scénario contrefactuel est seulement probable, la technique de la *perte d'une chance* permet d'intégrer cette incertitude dans le jugement de responsabilité : on indemnise la victime en fonction des chances qu'elle avait d'échapper au dommage. Il est dommage, à cet égard, que le recours à la technique de la perte de chance soit régulièrement contesté par les juristes⁶¹¹.

169. Conclusion du A. Ce paragraphe nous a permis de mettre en évidence plusieurs caractéristiques de la détermination d'une condition *sine qua non*. La première d'entre elle, évidente, est le caractère *contrefactuel* du raisonnement mené. La deuxième résulte de la nécessité d'imaginer un scénario contrefactuel *plausible* : c'est, en effet, dans la mesure où les événements auraient pu être différents *dans le monde qui est le nôtre* que l'on impute une responsabilité. La troisième relève du recours à des « règles d'expérience » qui rapprochent le raisonnement de celui mené en matière de causalité adéquate. La quatrième consiste dans l'éventuel caractère *probabiliste* du résultat auquel conduit la mise en œuvre du critère : soit, en effet, il paraît certain que le dommage n'aurait pu se produire en l'absence du fait générateur ; soit l'affirmation ne peut être formulée qu'avec une probabilité qui traduit le degré de fiabilité de la proposition. Au total, la mise en œuvre du critère de la condition *sine qua non* nous paraît plus aisée que celui de la causalité adéquate : si elle peut conduire à se référer à des « règles d'expérience » générales, la théorie de la condition *sine qua non* n'oblige pas l'observateur à inscrire le cas particulier dans une régularité générale invariable ou probabiliste. Si elle suppose de correctement identifier les termes de la question causale, elle ne conduit pas au processus d'abstraction que nous avons décrit à propos de la causalité adéquate. Ces avantages donnent tout son intérêt à ce critère. Il comporte toutefois des limites.

B. Difficultés du critère de la condition *sine qua non*

⁶¹¹ V. *infra* n°458.

170. La première difficulté posée par le critère de la condition *sine qua non* tient, bien évidemment, à son caractère contrefactuel qui subordonne l'établissement de la causalité à un raisonnement purement hypothétique. Ce problème a été mis en évidence tant dans la réflexion épistémologique⁶¹² qu'en matière juridique. L'enquête est particulièrement difficile lorsqu'il faut apprécier ce qu'aurait été le comportement d'une personne ou se prononcer sur le caractère causal d'une omission. Nous avons vu toutefois qu'il est possible, grâce à des arguments convaincants, d'aboutir à un résultat qui peut s'exprimer, en cas d'incertitude, en termes probabilistes.

Indépendamment des difficultés probatoires, des problèmes purement logiques ont été mis en évidence. Le critère, dit-on, peut conduire à des propositions contre-intuitives, pour ne pas dire fausses. Les logiciens relèvent ainsi que le raisonnement pourrait être tenu à l'envers (*backtracking*) dans une affirmation faisant dépendre la cause de l'effet : on pourrait dire, par exemple, que s'il n'y avait pas eu d'éclipse solaire le 11 août 1999, le Soleil, la Lune et la Terre auraient eu des positions différentes la veille⁶¹³ ! Dans le même esprit, le critère pourrait mener à présenter comme interdépendants deux effets résultant, en réalité, d'une même cause. Supposons, par exemple, que le retard de leur train a fait manquer leurs rendez-vous respectifs à MM. Dupond et Dupont. Il est exact de dire que si M. Dupond avait pu être à l'heure, M. Dupont l'aurait été également. Pourtant ces deux faits ne dépendent pas l'un de l'autre. Ces objections, logiquement pertinentes, ne doivent pas nous arrêter. Elles intéressent le logicien, mais il est peu probable que le juriste, préoccupé par la recherche d'une explication satisfaisante pour l'esprit, s'y arrête.

En réalité, deux difficultés viennent réellement altérer l'intérêt du critère en matière juridique. D'une part, le raisonnement est faussé en présence de deux événements suffisants pour produire le dommage : tels sont les cas de « surdétermination causale »⁶¹⁴, qui mènent à exclure des causes évidentes (1). D'autre part, lorsque ne s'y ajoute aucune autre exigence, le critère ne permet de tracer aucune limite à l'enchaînement causal, qu'il s'agisse de réfléchir en amont en direction des causes, ou en aval en direction des effets (2).

⁶¹² Guillaume Wunsch, « L'analyse causale en démographie », in *Faut-il chercher aux causes...*, *op. cit.* p. 24 et s.

⁶¹³ Barberousse, Kistler, Ludwig, *op. cit.* p. 117.

⁶¹⁴ Les auteurs anglophones parlent de cas de « *overdetermined-causation* » ; v. not. Richard W. Wright, « *Causation in Tort Law* », *California Law Review* n°73 (1985) p. 1735.

1. L'exclusion de causes évidentes

171. Le test de la condition *sine qua non* étant d'établir qu'en l'absence de ladite condition, le dommage n'aurait pas eu lieu, il est évident qu'aucun lien causal ne peut être retenu s'il apparaît que le dommage se serait tout de même produit. Par exemple⁶¹⁵, si un syndicat organise une grève soudaine sans déposer au préalable un préavis de grève comme la loi l'y oblige, on peut envisager d'engager sa responsabilité pour les effets néfastes de la grève. Les choses se compliquent s'il est établi que, même organisée légalement, la grève aurait tout de même eu lieu, avec, *grosso modo*, les mêmes effets. Il est logique d'écarter tout lien causal si l'on parvient à la conclusion que le dommage se serait quand même produit. Mais le raisonnement est faussé si se trouve, parmi les circonstances examinées, une autre cause qui aurait conduit, de toutes les façons, au dommage : un automobiliste renverse un piéton et le tue, mais la victime était atteinte d'un cancer en phase terminale qui ne lui laissait plus que peu de temps à vivre. Ces hypothèses, dans lesquelles plusieurs causes suffisantes étaient réunies, sont appelées par les logiciens cas de « surdétermination causale » (1). Pour surmonter la difficulté a été proposé un critère aujourd'hui très en vogue dans les droits de *Common Law*, celui de la condition « NESS » (2).

a. Les cas de surdétermination causale

172. Les hypothèses de « surdétermination causale » peuvent avoir plusieurs visages⁶¹⁶. Ou bien les causes se sont additionnées les unes aux autres tout en étant chacune suffisante pour causer le dommage : tel est le cas de la causalité additionnelle (*additional causation*). Ou bien une seule des causes a produit son effet alors que l'autre aurait pu le faire : tel est le cas de la causalité alternative (*alternative causation*)⁶¹⁷.

1°) *Le cumul de causes suffisantes*⁶¹⁸.

⁶¹⁵ Hart et Honoré, *op. cit.* p. 457.

⁶¹⁶ Les logiciens parlent de *disjonction* de causes suffisantes en présence de différentes causes (ou ensembles causaux) chacun(e) suffisant(e)s pour produire l'effet. Il y a *conjonction* lorsque les causes se sont mêlées pour produire l'effet.

⁶¹⁷ Selon la terminologie de Hart et Honoré, largement reprise par les auteurs anglo-américains. *op. cit.* p. 122 et s.

⁶¹⁸ On se reportera, sur ce sujet, à l'important article de R. W. Wright, « *Causation in Tort Law* », art. préc. p. 1774 et s.

173. La difficulté est redoutable lorsque deux causes suffisantes agissent simultanément et produisent l'effet concerné (et non pas un effet redoublé) : c'est l'exemple célèbre des deux chasseurs qui tirent en même temps. Comme il y a (au moins) deux facteurs indépendants suffisants pour causer le dommage, le critère de la condition *sine qua non* ne prouve rien. D'autant que les deux causes suffisantes se sont matériellement produites, avec les effets qui leurs sont attachés. On peut distinguer ici les cas de « cause duplicative » (« *duplicative-causation* ») dans lesquels l'autre cause suffisante s'est combinée ou additionnée au fait générateur pour produire le dommage⁶¹⁹ et les cas de « cause préemptive » (« *preemptive-causation* ») dans lesquels les effets d'une cause suffisante ont été « préemptés » par les effets du fait générateur⁶²⁰

174. La « cause duplicative ». Dans cette hypothèse, plusieurs causes suffisantes se sont combinées, voire renforcées pour provoquer le dommage. Chacune des causes aurait été, toutefois, suffisante pour causer à elle seule le dommage. L'exemple classique donné en la matière est celui de l'homme tué par deux balles tirées par deux personnes différentes. Le dommage a été clairement causé par le comportement du défendeur, mais il aurait néanmoins pu advenir sans ledit comportement⁶²¹. Si deux défendeurs ont agi négligemment à la chasse et tiré tous deux des coups ayant atteint la victime à la jambe, si deux fournisseurs distincts d'une usine omettent de fournir leurs produits, empêchant l'usine de fonctionner, la victime doit-elle se voir dénier le droit à des dommages -intérêts par chaque fautif au motif que le dommage se serait produit de toutes les façons ? Les auteurs sont embarrassés par rapport à cette difficulté⁶²². Dans l'ensemble, elle n'a pas trouvé de réponse convaincante. Il semble que le droit anglais retienne la causalité des deux (ou plus) causes suffisantes en refusant toute exonération des défendeurs fondée sur cette

⁶¹⁹ Deux personnes font démarrer, chacune séparément, un incendie suffisant pour détruire la maison de la victime. Les deux feux se rencontrent et fusionnent avant de détruire la maison. Chacun des incendies est donc considéré comme une cause « duplicative » du dommage.

⁶²⁰ Une personne tire sur la victime et la tue au moment où cette dernière s'apprêtait à boire une tasse de thé empoisonnée qui l'aurait tuée. Les effets du poison ont été « préemptés » par le tir.

⁶²¹ Hart et Honoré parlent de causes additionnelles (« *additional* ») ou cumulatives. *op. cit.* p. 455.

⁶²² Parmi les auteurs, allemands, certains (Enneccerus) ont proposé de faire comme si, fictivement, le résultat s'était produit deux fois. D'autres (Tarnowski) ont estimé qu'il fallait exclure du raisonnement contrefactuel toute autre condition identique à celle examinée. Hart et Honoré, *op. cit.* pp. 455-456.

aporie⁶²³. Quant au droit français, il retient la responsabilité des deux défendeurs *in solidum*⁶²⁴.

175. La « cause préemptive ». Cette hypothèse recouvre un cas de figure dans lequel l'une des causes suffisantes a neutralisé l'effet de l'autre (« *neutralizing cause* »)⁶²⁵. Par exemple, A a administré un poison mortel à la victime mais, avant que le poison ne produise son effet, B a étranglé la victime et l'a tuée. L'effet de la faute de A a été neutralisé par la faute de B, qui a, seule, causé le dommage. Il reste que la faute de A était de nature à produire le même dommage (décès de la victime). Ici encore, l'application du critère de la condition *sine qua non* conduit à un résultat faussé. Dans une telle hypothèse, il n'est pas question de condamner A (puisque sa faute n'a rien produit). Le problème est que B pourrait soutenir qu'il n'est pas responsable, car, sans sa faute, le dommage se serait produit (ou un dommage équivalent). La solution proposée en *Common Law* est d'augmenter la précision de la question causale : au lieu d'examiner si la victime serait morte en l'absence de l'action meurtrière de B, on se demande si la victime serait morte *par strangulation* en l'absence de l'acte de B. Ici l'administration du poison par A ne peut servir d'argument à B pour nier son rôle causal dans le décès de la victime. Il ne semble pas que le droit français ait été particulièrement incommodé par cette difficulté.

2°) La présence d'une cause alternative⁶²⁶

176. Cause alternative réalisée ou potentielle La difficulté la plus fréquente et la plus délicate du critère de la condition *sine qua non* est l'hypothèse dans laquelle un fait extérieur aurait nécessairement conduit au dommage si le fait générateur ne l'avait pas déjà fait. Là encore, il est possible de dissocier l'hypothèse dans laquelle la cause extérieure s'est réalisée mais n'a pas pu produire ses effets en raison de la survenance du fait dommageable (« *overtaking causation* »), et celle de la cause alternative « simple » qui constitue un fait purement hypothétique, ne s'étant pas produit. Dans le premier cas, d'

⁶²³ Hart et Honoré, *ibid.*

⁶²⁴ Pendant un temps toutefois, le droit français écartait toute responsabilité. Puis divers fondements ont été retenus pour justifier la responsabilité des deux défendeurs : faute commune, garde en commun, théorie de la « gerbe unique ». V. Viney et Jourdain, *op. cit.* n°375. Cette solution est consacrée par l'avant-projet de réforme élaboré par la commission présidée par M. Catala. V. *infra* n°352.

⁶²⁵ Hart et Honoré *op. cit.* p. 245 et s. et p. 456 et s. V. ici *Dillon v. Twin State Gas* (N.H. 1932) 163 Atl. 111.

⁶²⁶ V. Hart et Honoré, *op. cit.* p. 243 et p. 455 et s.

« *overtaking cause* »⁶²⁷, la cause s'est produite mais ses effets n'ont pas pu se réaliser en raison de la survenance de l'effet dommageable. Tel est l'exemple du piéton tué dans un accident automobile alors qu'il souffrait déjà d'un cancer très avancé. Dans le second cas, la cause alternative est seulement hypothétique : ce ne sont pas les effets de la cause alternative qui n'ont pu se produire, mais la cause elle-même. Par exemple, A a tué B, mais s'il ne l'avait pas fait, C l'aurait fait⁶²⁸. Un exemple éclairant de cause alternative résulte du dénombrement des victimes de la canicule survenue dans l'été 2003. Les chiffres ont montré environ 15000 décès supplémentaires, durant cet été 2003, par rapport aux autres années. Or l'évolution du nombre de décès au cours de l'année suivante a permis de conclure que la plupart des personnes ayant trouvé la mort durant la canicule étaient des personnes âgées, qui seraient décédées dans l'année qui suivait. Cette circonstance n'a pas remis en cause le bilan de la canicule : la vague de chaleur est considérée comme ayant causé ces 15 000 morts, nonobstant le fait que ces personnes seraient mortes dans un délai assez court.

D'une manière générale, en France, l'existence d'une cause alternative ne conduit pas à nier la causalité. Ni les tribunaux, ni les assureurs n'ont pour habitude de rechercher, lors de l'indemnisation d'un décès, si la victime aurait pu décéder d'une autre cause potentielle, si elle était atteinte d'un cancer à un stade avancé etc... En revanche, l'existence d'une cause alternative a une incidence sur la détermination du dommage subi⁶²⁹. En effet, le dommage se définit comme la différence entre la situation effective de la victime et ce qu'elle aurait été en l'absence de fait dommageable. Les atteintes à l'intégrité corporelle ne sont donc pas évaluées de la même façon selon qu'elles atteignent un vieillard ou un enfant⁶³⁰. On notera

⁶²⁷ Cette hypothèse est proche de la « *preemptive-causation* » à ceci près qu'en cas de préemption, les effets de la cause étaient en cours, alors que la cause alternative suppose soit que la cause n'a pas pu se produire, soit qu'elle n'a pu produire ses effets.

⁶²⁸ On trouve dans le Digeste mention de ces difficultés avec, déjà, l'idée qu'il faut négliger la cause qui n'a pas été en mesure de produire ses effets. Ulpien, citant Celsus, écrit que celui qui blesse mortellement un esclave n'est pas responsable de la mort de l'esclave au regard de la Loi Aquilia si un tiers est intervenu pour tuer l'esclave avant que ce dernier ne décède de sa blessure. Il sera poursuivi seulement du fait de la blessure de l'esclave (D. 9. 2. 11. 3). Un peu plus loin, Ulpien réitère sa position dans l'hypothèse où l'esclave est mortellement blessé mais décède du fait de l'effondrement d'un bâtiment. Son motif est manifestement que le caractère mortel de la blessure ne peut être certain tant que la mort n'est pas intervenue (D. 9. 2. 15. 1).

⁶²⁹ V. *infra* n° 445.

⁶³⁰ Par exemple, le fait d'être défiguré est plus grave pour un enfant que pour un vieillard. V. Margeat et Picard, « La réparation du dommage chez l'enfant », *Gaz. Pal.* 1981, 1, doct. 254 ; et « La réparation du dommage chez le vieillard », *Gaz. Pal.* 1981, 1, doct. 258.

que l'évaluation de l'espérance de vie se fait de manière globale, sans rechercher les circonstances particulières à la victime⁶³¹.

En droit anglais, l'existence d'une cause alternative va également jouer sur l'appréciation du dommage⁶³². Dans une affaire célèbre, *Jobling v. Associated Dairies*⁶³³, la victime avait été blessée dans un accident en 1973, ce qui l'avait obligée à cesser de travailler. En 1976, se déclara une maladie, indépendante de l'accident, qui aurait, dans tous les cas, conduit la victime à abandonner son travail. Or le procès relatif à l'accident intervint en 1979. Le juge, bien que devant se placer au moment de l'accident (1973) choisit de considérer la maladie comme une circonstance préexistante et latente lors de l'accident : la victime ne fut indemnisée que pour la période 1973-1976, soit une compensation très inférieure à ce qu'elle aurait été si le procès avait eu lieu en 1975 ! Un arrêt américain tint également compte d'une circonstance ultérieure pour limiter l'indemnisation de la victime : en l'occurrence, il ne s'agissait plus d'un état de la victime « latent » lors de l'accident, mais d'un événement postérieur qui se serait produit en l'absence de dommage. Un enfant était tombé d'un pont et, au lieu de s'écraser sur les rochers en contrebas, s'électrocuta sur les fils électriques que le défendeur avait négligemment posés là. La Cour conçut l'indemnité en évaluant sa courte espérance de vie au moment de l'électrocution⁶³⁴. Dans ce genre de cas de figure, on peut envisager de tenter une distinction entre les faits « en cours » lors de l'accident, qui « existaient » déjà dans le patrimoine de la victime et les faits purement postérieurs qui ne peuvent jouer, le cas échéant, qu'en matière de calcul de la réparation.

b. Une tentative de solution : la condition NESS

177. Exposé de la solution. Alors que la question a été peu évoquée en France, les juristes anglo-américains ont consacré de longs développements au problème de la pluralité

⁶³¹ On peut rapprocher cette problématique de la prise en compte de faits postérieurs au dommage et de nature à le diminuer. Par exemple, la Chambre criminelle a refusé de diminuer l'indemnité accordée à une veuve au motif qu'elle était jeune et pouvait se remarier (Cass. crim. 7 juillet 1966, Bull. crim. n°370) ou qu'elle se remarierait probablement avec l'un de ses cousins, conformément à la tradition musulmane (Cass. crim. 11 octobre 1988, RCA 1989 n°6). V. H. Groutel, « L'interdiction de prendre en considération des circonstances hypothétiques pour l'évaluation du préjudice ». RCA 1989 chron. 3. Ces derniers exemples sont toutefois propre à l'évaluation du dommage : les faits hypothétiques invoqués ici étaient de nature à diminuer le dommage, mais ils n'auraient pas pu le causer.

⁶³² Hart et Honoré, *op. cit.* p. 249.

⁶³³ *Jobling v. Associated Dairies* 1982 AC 794 (1981).

⁶³⁴ *Dillon v. Twin State Gas & Electric Co.* (1932) 85 NH 449. Le même principe fut appliqué dans une décision anglaise *Cutler v. Vauxhall Motors* [1971] 1 Q.B. 418 (C.A.).

des causes suffisantes. La solution dominante fut proposée par Hart et Honoré en 1956, dans la première édition de *Causation in the Law*. Leur idée fut ensuite reprise et approfondie par Richard Wright⁶³⁵. Les auteurs proposent de substituer au critère de la condition *sine qua non* classique celui de la condition NESS (*Necessary Element of a Sufficient Set*). Pour le justifier, les auteurs reprennent les fondements philosophiques du concept de causalité, tels qu'énoncés par Hume, puis Mill. La causalité est une croyance découlant de l'observation récurrente de régularités, qui consiste à penser que tel événement A est toujours suivi de l'événement B. Alors que A doit être, pour Hume, une cause nécessaire et suffisante, l'approche de Mill admet que B puisse avoir d'autres causes que A, donc que A puisse être seulement une cause suffisante. Par ailleurs, la cause A est rarement un événement unique mais constitue souvent un ensemble de conditions positives et négatives. On est donc fréquemment conduit à attribuer la qualité de « cause » à une simple condition de cet ensemble causal, dont, le plus souvent, il est impossible de connaître l'intégralité des composantes. La condition dite « nécessaire » est, à cet égard, nécessaire à l'ensemble causal A pour que ce dernier puisse produire l'effet B. Dans cette optique, la condition NESS se définit comme la condition nécessaire appartenant à un ensemble causal donné suffisant pour entraîner l'effet⁶³⁶. Autrement dit, cette condition est une condition *sine qua non* dont la qualification s'opère en négligeant l'existence éventuelle d'une autre cause suffisante : il suffira, pour qu'elle soit qualifiée de cause, que la condition appartienne à un ensemble causal suffisant à lui seul pour produire le dommage.

L'idée de condition NESS a été reprise d'un point de vue philosophique sous le terme de condition INUS. (*Insufficient but Necessary part of an Unnecessary but Sufficient set of conditions*). L'idée a notamment été développée par le philosophe anglais J. L. Mackie⁶³⁷ qui évoque « *an Insufficient but Necessary part of a condition which is itself Unnecessary but Sufficient for the result* ». Comme la condition NESS, la condition INUS est une condition nécessaire et non suffisante d'un ensemble causal suffisant (et non nécessaire) à la production de l'effet. L'exemple type donné en la matière est celui du court circuit à

⁶³⁵ Richard W. Wright, « *Causation in Tort Law* », art. préc. p. 1788 et s.

⁶³⁶ « *A particular condition was a cause of (condition contributing to) a specific consequence if and only if it was a necessary element of a set of antecedent actual conditions that was sufficient for the occurrence of the consequence* », R. W. Wright, « *Causation in Tort Law* », art. préc. p. 1790.

⁶³⁷ J. L. Mackie, *The Cement of the Universe, A Study of Causation*, Oxford, Clarendon Press, 1974, ouvrage abondamment commenté par Hart et Honoré.

l'origine de l'incendie d'une maison. Le court circuit est une condition nécessaire, mais insuffisante, car il faut également la présence de matières inflammables pour que l'incendie soit déclenché. La conjonction du court circuit et des matières inflammables est, en soi, non nécessaire car, d'un point de vue général, un incendie peut résulter de multiples causes. Celui qui voudra conclure que le court-circuit est la cause d'un incendie donné devra démontrer que les autres causes possibles d'un incendie sont en l'occurrence absentes⁶³⁸. Ce raisonnement n'est conforté ici par aucun appel à des régularités statistiques. Et au total, souligne Mackie, on désignera comme cause une condition, qui bien que « nécessaire » dans le cas précis considéré, n'est, en général, ni une cause nécessaire ni une cause suffisante de l'effet. L'auteur souhaite démontrer, ce faisant, que l'on peut identifier une cause sans faire appel à une régularité causale générale.

178. Application du critère. Dans l'esprit de Hart et Honoré, le critère de la condition NESS doit être utilisé dans tous les cas où se retrouvent plusieurs causes suffisantes pour produire l'effet. Lorsque deux incendies se sont combinés pour détruire une maison alors que chacun aurait pu la détruire seul, le critère NESS permet de retenir la causalité de chacun des deux incendies. Certains auteurs, tel Richard Wright, relèvent toutefois que cette position est très restrictive et ne reflète pas la pratique des tribunaux⁶³⁹. Le critère de la condition *sine qua non* devrait, selon lui, être remplacé par le critère NESS dans tous cas un peu complexes, et pas seulement dans l'hypothèse d'une pluralité de causes suffisantes. Supposons, dit Wright, que, parmi les deux incendies qui se sont combinés pour détruire une maison, seul le premier était en lui-même suffisant pour la détruire, alors que le second avait besoin de se mêler à un incendie plus important pour pouvoir brûler la maison. Dans ce cas, la premier incendie, suffisant à lui seul pour détruire la maison, est une cause. Mais le second incendie, qui n'était pas suffisant, est néanmoins une cause selon le critère NESS. En effet, ce second incendie était indispensable pour que l'ensemble de conditions antécédentes dans lequel il s'insérait ait été suffisant à produire l'effet : le caractère suffisant de cet ensemble causal n'est, pour Wright, pas affecté par le

⁶³⁸ On retrouve avec cette idée d'absence d'autres causes un argument souvent repris par les tribunaux français.

⁶³⁹ R. W. Wright, « *Causation in Tort Law* », art. préc. pp. 1791-1792

fait que le premier incendie pouvait être suffisant à lui seul pour causer le dommage⁶⁴⁰. Le critère NESS permet également de retenir la causalité en présence d'une cause alternative. Inversement, le critère ne permet en aucun cas de retenir une cause qui ne s'est pas réalisée. Si la victime a été tuée d'une balle dans la tête avant de boire un thé empoisonné, cette dernière circonstance ne sera pas causale, n'ayant pas été en mesure de produire ses effets.

Dans l'ensemble, les auteurs anglo-américains ont tous repris, peu ou prou, l'idée qu'il faut apprécier le caractère nécessaire d'une condition sans tenir compte d'une éventuelle autre cause suffisante, qu'elle ait ou non produit ses effets. L'auteur anglais Glanville Williams⁶⁴¹ suggérait de négliger toute autre cause suffisante en posant comme règle que la cause doit être nécessaire « en l'absence de tout autre ensemble causal suffisant à produire le dommage ». Par exemple, si la victime est morte d'une balle dans la tête, il ne faut pas tenir compte du fait qu'elle serait probablement morte de l'ingestion d'un thé empoisonné, même si ce fait était quasiment certain⁶⁴². Un autre auteur, Rollin Perkins⁶⁴³, préconisait de régler le problème en détaillant davantage la manière dont le dommage s'est produit : si un homme meurt d'une balle dans la tête alors qu'il était déjà en train de mourir d'une maladie grave et fatale, il est incontestable que le tir de la balle est la cause de la mort telle qu'elle est intervenue (par balle). L'idée fut reprise par Becht et Miller⁶⁴⁴, qui préféraient davantage préciser le type de dommage subi plutôt que la manière dont il était intervenu. Par exemple, si un automobiliste inattentif heurte violemment un piéton qui s'est subitement placé sur sa route, il est clair que le conducteur, s'il avait été plus attentif, aurait sans doute ralenti, mais n'aurait pas pu éviter le choc. Cependant, l'inattention de

⁶⁴⁰ R. W. Wright, art. préc. p. 1793. Le critère NESS permet donc d'attribuer un caractère causal au second incendie même si ce dernier est tout petit. Mais ce sont des éléments d'opportunité ou de politique juridique qui permettent de décider si la personne responsable du petit incendie doit être tenue de la totalité du dommage.

⁶⁴¹ Glanville Williams, « *Causation in the Law* », *Cambridge Law Journal*, (1961) p. 62 et s. spéc. p. 72. Pour finir, Williams choisit de traiter les hypothèses de surdétermination causale comme des questions de politique juridique.

⁶⁴² La proposition de Williams ne vaut que dans les cas où la cause alternative n'a pas pu produire son effet, elle ne vaut plus si, par exemple, la victime a reçu une balle dans la tête alors qu'elle était déjà morte de l'ingestion d'un thé empoisonné.

⁶⁴³ R. Perkins, *Criminal Law*, 2 ed. 1969 p. 689 cité par R. Wright, « *Causation in Tort Law* », art. préc. p. 1778.

⁶⁴⁴ A. C. Becht & F. W. Miller, *The Test of Factual Causation in Negligence and Strict Liability*, St Louis, Miss. 1961, p. 17 et s. V. R. Wright, art. préc. p. 1778-1779.

l'automobiliste est la cause du dommage tel qu'il s'est produit, car s'il avait été plus attentif, le choc se serait produit différemment, donc le dommage aurait été différent, car moins grave. Le caractère causal de l'inattention est donc établi grâce à une conception détaillée du dommage. Becht et Miller admettaient toutefois que l'inattention du conducteur n'est plus causale dès lors que l'on choisit de négliger le fait que le dommage aurait été moins grave : le conducteur eût-il été attentif, la collision aurait quand même eu lieu puisque la victime s'était subitement placée sur la route de l'automobiliste⁶⁴⁵. De nos jours, on en trouve une version de la condition NESS chez Jane Stapleton sous le nom de « *targeted but for cause* »⁶⁴⁶.

179. Conclusion du 1. Les difficultés posées par les cas de « surdétermination causale », définis par la présence, simultanée ou non, de plusieurs causes suffisantes à produire le dommage, constituent indiscutablement un obstacle à l'établissement d'une condition *sine qua non*. Bien qu'ayant occupé les logiciens et les juristes, le problème nous semble toutefois franchement théorique, ce qui explique pourquoi les juristes français n'y ont guère prêté attention. En effet, l'établissement de la condition *sine qua non* constituant une opération concrète et singulière, il nous semble aisé de négliger la présence d'une autre cause suffisante en se concentrant sur l'ensemble causal auquel appartient la condition considérée. A cet égard, le critère NESS est un bon critère, à la condition que son usage ne conduise pas à un surcroît de complications. Il est, en revanche, un aspect plus problématique du critère de la condition *sine qua non*, résultant du caractère illimité des causes qu'il permet d'identifier.

2. L'absence de discrimination entre les causes

180. On répète souvent que l'intégralité des conditions du dommage ne peuvent être connues. En effet, l'ensemble composé des conditions d'un événement est *infini* si l'on inclut dans cet ensemble toutes les conditions positives et négatives, comme le faisait Mill. Toutefois, malgré la difficulté, il paraît toujours possible de déterminer un ensemble de

⁶⁴⁵ A vrai dire, la position de Becht et Miller les conduit à rejeter la causalité dans certains cas de surdétermination causale. Par exemple, un automobiliste omet de freiner et renverse un piéton. Or, même s'il avait essayé de freiner, il ne l'aurait pas pu en raison de la négligence du garagiste qui lui a rendu sa voiture avec des freins défectueux. Pour Becht et Miller, il faut rejeter la causalité des deux faits, celui du conducteur et celui du garagiste. Les deux auteurs retiennent toutefois la responsabilité des deux protagonistes, mais pour des raisons de morale et d'équité. V. R. W. Wright, art. préc. pp. 1787-1788.

⁶⁴⁶ Jane Stapleton, « *Legal Cause : Cause-in-Fact and the Scope of Liability for Consequences* », 54 *Vanderbilt Law Review* 2001, p. 941.

facteurs *positifs* suffisants pour produire le dommage dans des circonstances *normales*, en négligeant les autres conditions, à commencer par les conditions négatives. Mais une telle restriction ne suffit pas. Le critère de la condition *sine qua non* permet, en effet, de remonter à l'infini dans la chaîne des causes et de descendre également à l'infini dans l'enchaînement des effets. Adopté sans autre exigence –donc en acceptant le principe d'une équivalence entre les conditions- le critère ne fournit pas une explication vraiment satisfaisante pour l'esprit et conduit à un extraordinaire élargissement de la responsabilité. Pour pallier cette difficulté, une autre restriction peut être envisagée, qui consiste à exclure du raisonnement tout ce qui relève des présupposés de la question posée.

181. L'exclusion des présupposés. Le critère de la condition *sine qua non* présente de l'intérêt pour retracer un enchaînement causal liant des *faits* en les expliquant. Mais il perd toute utilité quand il sert à exprimer une simple *tautologie*. Tel est le cas lorsqu'on raisonne à partir de conditions qui sont forcément nécessaires car elles ne font que reprendre les *présupposés* de la question posée : il est nécessairement vrai que telle personne ne serait pas morte si elle n'était pas née. Une telle affirmation n'explique rien. Elle n'ajoute aucune information à l'interrogation initiale concernant la cause de la mort. Elle ne fait que reprendre les présupposés de la question : s'interroger sur les causes de la mort d'une personne suppose, bien entendu, que cette personne était en vie, donc née. Le danger de tels raisonnements par l'absurde est qu'on finit par remonter à la causalité de l'Univers⁶⁴⁷. Hart et Honoré estiment qu'on opère, par de telles affirmations, une confusion entre une relation *analytique* (la mort d'une personne suppose qu'elle est née) et une relation entre des *faits concrets*⁶⁴⁸. Lorsqu'on dit que telle femme ne serait pas veuve si elle ne s'était pas mariée, le fait d'avoir été mariée est le présupposé permettant de qualifier cette femme de veuve. Mais l'affirmation n'est qu'une *redite* du problème posé : il ne permet en rien d'expliquer pourquoi elle a perdu son mari. Prenons l'exemple d'une femme qui s'est fait voler son sac à main dans un quartier réputé dangereux. Dans une optique explicative, on dira : si elle n'était pas allée dans tel quartier, elle ne se serait pas fait voler

⁶⁴⁷ Les juges américains ont relevé le problème très tôt : « *for a reductio ad absurdum may be promptly established by calling to mind that if the injured person had never been born, the injury would not have happened.* », *Atlantic Coast Line Railway Company v. Daniels* (1911) 8 Ga App; 775, 70 SE 203, cité par Hart et Honoré, *op. cit.* p. 115.

⁶⁴⁸ Hart et Honoré, *op. cit.* p. 114. Les auteurs se servent de cette difficulté pour contester la vocation de la condition *sine qua non* à exprimer l'idée de causalité.

son sac. En raisonnant par l'absurde, on dira : si elle n'avait pas de sac, elle ne se le serait pas fait voler. D'un point de vue strictement *logique*, les deux affirmations sont également exactes. Mais leur portée *explicative* est différente : dire que la cause du vol d'un sac est le fait d'avoir un sac n'explique rien. En revanche, le fait de s'être rendu dans un quartier dangereux explique parfaitement pourquoi l'incident s'est produit. Le droit n'a que faire de relations simplement analytiques : il doit pouvoir tracer des relations causales entre des faits afin de pouvoir imputer une responsabilité. Ces relations causales concrètes doivent donc être dotées d'une réelle *valeur explicative*.

Il est vrai que le critère du caractère explicatif de l'enquête causale est délicat à mettre en œuvre lorsqu'on ne sait dire si une circonstance donnée fait partie des présupposés de la question posée ou si elle peut compter comme une explication cohérente. Supposons, par exemple, qu'une entreprise se trouvant dans une situation financière délicate soit conduite au dépôt de bilan par le défaut de paiement d'un client important. Il est évident que le dépôt de bilan n'aurait pas eu lieu si le client avait payé. Mais on peut aussi soutenir que ce dernier ne se serait pas produit si la situation financière de l'entreprise n'avait pas été à ce point obérée. Faut-il estimer que cette circonstance fait partie des présupposés de la question causale et ne peut, pour cette raison, compter comme cause, ou qu'elle peut néanmoins avoir une valeur explicative ? Dans l'ensemble, les différents droits positifs refusent de retenir l'état préexistant de la victime comme cause de son dommage. On dit en *Common Law* que le défendeur « *takes the plaintiff as he finds him* ». De même, en droit français, le rôle causal de la situation préexistante, notamment des prédispositions pathologiques, est en principe écarté⁶⁴⁹. Il reste que ces solutions, malgré leur cohérence, ne s'imposent pas d'évidence d'un point de vue logique. La difficulté illustre l'enjeu de poser correctement les termes de l'interrogation causale au départ de l'enquête.

182. Restreindre le caractère de condition *sine qua non* aux conditions *positives* qui peuvent conduire au dommage dans des conditions *normales* et sont douées d'une réelle *valeur explicative* suffit-il à tempérer le caractère très lâche du critère ? Malheureusement, ces restrictions ne parviennent pas à venir à bout du problème des limites de l'enchaînement causal (a). En outre, le critère de la condition *sine qua non* ne donne aucun élément permettant de choisir entre les différentes conditions s'étant combinées pour produire le dommage (b).

⁶⁴⁹ V. *infra* n°487 et s.

a. Le problème des limites de l'enchaînement causal

183. En amont comme en aval, le critère de la condition *sine qua non* conduit à tracer des relations causales à l'infini. Alors qu'on cite souvent, en France, le cas du nez de Cléopâtre, les juristes américains aiment répéter que l'histoire aurait pris un tour différent si Mme Oswald n'avait pas accouché d'un petit garçon... Le problème est juridique, mais aussi moral et philosophique : la chaîne des effets empiriques de nos actes est, en effet, virtuellement sans fin. La question est d'autant plus délicate que l'homme exerce aujourd'hui des pouvoirs de plus en plus grands, sur autrui et sur son environnement. Malheureusement, il n'existe pas de solution de principe au problème de la limitation d'un enchaînement causal. Seules peuvent être envisagées des pistes, davantage liées à la logique de la responsabilité juridique qu'à la causalité proprement dite.

184. Le problème des dommages en cascade. Dans le cas des dommages dits « en cascade », les dommages s'enchaînent en se conditionnant les uns et les autres, comme dans un jeu de dominos. L'exemple traditionnel de la vache de Pothier est bien connu. D'autres affaires de cette nature sont célèbres. Le jurisprudence ne présente pas de solution unifiée à cette question. Nous avons déjà évoqué l'exemple de la personne, restée hémiplégique à la suite d'un accident de voiture, qui périt dix ans plus tard dans l'incendie de sa maison, dont elle n'avait pu s'échapper du fait de son hémiplégie⁶⁵⁰. Dans cette hypothèse, le juge écarta la causalité. Nous avons également mentionné les cas où un accident rend possible d'autres dommages provoqués par des faits s'étant interposés dans l'enchaînement causal : la victime, transportée à l'hôpital en raison d'une blessure résultant de l'accident, est victime d'une erreur médicale⁶⁵¹, d'un aléa thérapeutique⁶⁵², d'une transfusion de sang contaminé⁶⁵³. Dans ce cas, la jurisprudence rattache massivement ces

⁶⁵⁰ En l'espèce, le juge refusa de retenir un lien de causalité entre l'accident initial et le décès, estimant que seul l'incendie avait causé ce dernier. Cass. 2^e civ. 8 février 1989, JCP G 1990 II 21544 note N. Dejean de la Bâtie ; RTD civ. 1989 p. 556 obs. P. Jourdain.

⁶⁵¹ Cass. crim. 14 janvier 1970, Bull. crim. 1970, n°23 ; RTD civ. 1970, p. 574 obs. G. Durry (aggravation de l'état de la victime à la suite d'une mauvaise thérapeutique).

⁶⁵² Cass. 1^{re} civ. 16 juin 1969, JCP 1970, II, 16402, note R. Savatier (victime d'un accident de la circulation qui décède des suites d'une artériographie réalisée à la demande du médecin conseil de l'assureur de l'automobiliste : causalité retenue entre le décès et l'accident). Cass. 2^e civ. 27 janvier 2000, JCP G 2000, I, chron. 247, n°7, obs. G. Viney ; JCP G II, 10363, note Ph. Conte, RCA 2000 comm. n°109 ; RTD civ. 2000, p. 335, obs. P. Jourdain..

⁶⁵³ CA Paris, 7 Juillet 1989, *Courtellemont*, Gaz. Pal. 2, p. 752 concl. Pichot. Cass. 1^{re} civ. 17 février 1993, JCP G 1994, II, 22226 note A. Dorsner-Dolivet. Cass. 1^{re} civ., 2 juillet 2002, D. 2002, IR, p. 2517.

dommages au fait de l'automobiliste responsable de l'accident initial⁶⁵⁴. L'exemple montre que se contenter du seul critère de la condition *sine qua non*, en admettant l'équivalence entre les conditions, conduit à retenir un lien causal très extensif.

185. Une affaire française récente⁶⁵⁵ montre que le raisonnement contrefactuel lui-même peut parfois conduire à limiter les effets d'un événement donné dans le temps et l'espace. En l'espèce, un homme avait subi un accident de voiture qui l'avait laissé handicapé. A la suite de cela, l'homme s'était marié et avait eu trois enfants qui, devenus majeurs, assignèrent le responsable de l'accident au motif qu'ils avaient été privés de « relations ludiques et affectives normales » avec leur père. A première vue le raisonnement semblait cohérent en termes de condition *sine qua non* : si le père n'avait pas eu cet accident, ces enfants auraient eu un père en bonne santé. Mais le raisonnement était toutefois affecté d'un vice : le mariage de l'intéressé et la naissance des enfants avaient eu lieu plusieurs années *après* l'accident. Il fallait donc pouvoir élaborer un scénario contrefactuel en supposant que l'homme aurait, dans tous les cas, épousé la *même* femme, eut des enfants au *même* moment etc.... Si le raisonnement contrefactuel permettant d'établir la condition *sine qua non* doit être mené « toutes choses égales par ailleurs », il n'est pas adapté aux événements éloignés dans le temps dont le lien avec le fait initial n'est pas évident. En l'occurrence, il est parfaitement exact de dire que si la victime n'avait pas eu d'accident, elle n'aurait pas été handicapée. De même, si la victime n'avait pas été handicapée, elle n'aurait pas eu besoin de l'assistance d'un tiers, ou elle n'aurait pas mené la même carrière professionnelle. Il est possible également d'estimer que la vie personnelle et familiale de la victime aurait été différente. C'est pourquoi il nous paraît excessif d'en tirer que les enfants de l'intéressé auraient, en l'absence d'accident, été élevés par un père en bonne santé : ils n'étaient pas en vie lors de l'accident et il n'était pas acquis que l'homme aurait épousé la même personne s'il n'avait été handicapé. Autrement dit, le raisonnement contrefactuel, pour être crédible, doit se faire toutes choses égales par ailleurs, mais ne doit pas préjuger d'événements éloignés dans le temps et l'espace dont il

Rapport. Cass. crim., 11 janvier 1961, Bull. crim. 1961, n°18 (transfusion sanguine rendue nécessaire par l'accident et ayant entraîné une invalidité totale).

⁶⁵⁴ En matière pénale, la jurisprudence n'accepte plus un tel raisonnement, conformément aux objectifs de la loi du 10 juillet 2000. V. Cass. crim. 5 octobre 2004, D. IR p. 2972. *Contra*. Cass. crim. 15 janvier 1958 JCP G, 1959, II, 11026, note P. Esmein.

⁶⁵⁵ Cass. 2^e civ. 24 février 2005, RCA comm. n°145, obs. S. Hocquet-Berg ; JCP G 2005 chron. I, 149 obs. G. Viney, RTD civ. 2005, p. 404 obs. P. Jourdain.

n'est pas acquis qu'ils auraient été identiques.

Pour le reste, l'extension problématique de la responsabilité, qui serait engendrée par la consécration du seul critère de la condition *sine qua non*, peut être limitée par des considérations s'y superposant propres au droit de la responsabilité. En effet, le critère de la condition *sine qua non*, découlant d'une analyse *logique* de la causalité, relève de l'*explication causale*, donc de la première étape du jugement de causalité dans la responsabilité. Autrement dit, la cause *sine qua non* et le lien de dépendance contrefactuelle qui la caractérise permettent de répondre à la question du « pourquoi ? ». Rien n'empêche d'y adjoindre des éléments relevant de l'administration de la responsabilité. En effet, la question de la délimitation, dans le temps et dans l'espace, d'un enchaînement causal relève surtout d'une *politique de la responsabilité*, et notamment de la question philosophique, morale, politique, de savoir ce qu'une société choisit d'entendre par « responsabilité »⁶⁵⁶. Il ne s'agit plus d'expliquer ce qu'il s'est passé, mais de désigner celui qui doit être responsable, et de quoi il doit être responsable. Les divers éléments devant permettre de répondre à ces questions ne relèvent pas de la logique de l'*explication causale*, mais de celle de l'*imputation*. Autrement dit, les arguments⁶⁵⁷ permettant de tracer une limite à

⁶⁵⁶ La solution envisagée, à ce sujet, par Ricoeur est ainsi tributaire d'une certaine vision de la responsabilité. « La responsabilité s'étend aussi loin que nos pouvoirs le font dans l'espace et dans le temps. Or les nuisances attachées à l'exercice de ces pouvoirs, qu'elles soient prévisibles, probables ou simplement possibles, s'étendent aussi loin que nos pouvoirs eux-mêmes. D'où la trilogie : pouvoirs, nuisances, responsabilité » (P. Ricoeur, « Le concept de responsabilité », art. préc. p. 44). C'est finalement, par référence à la vertu grecque de prudence, dit Ricoeur, que l'on doit « reconnaître parmi les conséquences innombrables de l'action celles dont nous pouvons légitimement être tenus responsables, au nom d'une morale de la mesure » : il convient donc de trouver une « juste distance entre les trois idées d'imputabilité, de solidarité et de risque partagé », *ibid.* p. 48.

⁶⁵⁷ Ils sont d'ordre divers. Le critère de la *proximité*, temporelle ou géographique, a connu un certain succès dans la plupart des systèmes juridiques, conformément au constat de Mill, pour qui l'esprit humain tend spontanément à retenir comme cause l'antécédent le plus proche de l'effet constaté. L'idée est présente dans les termes de l'article 1151 C. civ. qui évoque les « suites immédiates et directes » de l'inexécution contractuelle. Elle est également fondamentale en droit anglais comme en droit américain pour lesquels une condition *sine qua non* ne peut être juridiquement reconnue que si elle est *proximate*, prochaine. Le critère du *lien direct* n'est pas très éloigné de l'idée de proximité et explicitement mentionné dans l'article 1151 C. civ. Par ailleurs, on invoque souvent l'idée de *rupture* du lien causal par un événement marquant, prépondérant. Tel est le cas lorsqu'il s'agit d'une intervention volontaire. L'exemple classique est celui du suicide, qui constitue un acte volontaire et personnel difficilement insérable dans un enchaînement causal. Enfin, on a pu songer à pallier les excès de la condition *sine qua non* en restreignant les conséquences d'un fait donné à ce que ce fait rendait objectivement probable : il s'agit là d'identifier les conséquences de la responsabilité grâce à la causalité adéquate, toute en conservant le critère de la condition *sine qua non* pour désigner la cause. La difficulté de l'usage d'une telle logique est que, le plus souvent, chaque fait de la chaîne causal rendait probable le fait suivant, et ainsi de suite. Or l'esprit admet aisément la transitivité de telles relations causales.

l'enchaînement causal sont propre à la problématique de l'imputation et aux objectifs de la responsabilité : nous les aborderons dans notre seconde partie.

b. L'impossibilité d'évaluer la qualité du lien causal

186. La pluralité des causes. Outre l'enchaînement infini des causes et des effets auquel conduit la condition *sine qua non*, on lui reproche de ne proposer aucun critère de sélection entre les conditions qui se sont combinées pour produire le dommage. La question est liée à la précédente. En logique, toutes les conditions, positives et négatives, du dommage sont équivalentes⁶⁵⁸. Pourtant, dans la production d'un incendie, le jet d'une allumette enflammée paraît la cause active, alors que la présence d'oxygène semble une simple circonstance permettant l'action de la cause efficiente. Cette difficulté peut être contournée par l'une des restrictions que nous avons antérieurement proposées. Le contexte du droit de la responsabilité, qui évalue des causalités concrètement apparues dans la réalité quotidienne, peut négliger les circonstances *constantes*, qui sont toujours réunies pour voir apparaître l'effet, et ne peuvent constituer, à cet égard, des causes *efficientes* : le déclenchement d'un incendie suppose, toujours, la présence d'oxygène, quelle qu'en soit la cause. Cette restriction est, là, propre à la logique d'*explication* : il faut, en effet, pouvoir mettre en évidence les éléments permettant de dire *pourquoi* et *comment* le dommage s'est réalisé. On peut également mentionner une autre restriction déjà évoquée, à savoir le caractère *possible* du scénario contrefactuel : on n'envisagerait pas, en effet, un monde sans oxygène ou sans gravitation universelle. Ces deux restrictions –exclusion des conditions constantes, caractère possible du scénario contrefactuel- permettent de limiter le problème de pluralité des causes.

Restent les circonstances dans lesquelles une des conditions présente un caractère manifestement *prépondérant* par rapport aux autres conditions du dommage. Dans ce cas, le critère de la condition *sine qua non* n'autorise en rien à hiérarchiser entre les causes. Cela signifie qu'il faut pallier la difficulté par des considérations liées à la logique de la *responsabilité*. Par exemple, la gravité de la faute d'un des protagonistes pourra conduire à négliger un autre fait causal, par exemple en cas de faute intentionnelle. Dans le même esprit, il est possible d'estimer que les seules conditions à prendre compte doivent pouvoir constituer des faits générateurs de responsabilité. Faute de quoi le critère de la condition

⁶⁵⁸ V. *supra* n°141.

sine qua non conduirait à retenir l'influence causale de tout fait naturel ou de tout fait humain, même le plus simple, s'étant combiné au fait du défendeur.

187. Conclusion du B. Si le critère de la condition *sine qua non* présente des difficultés indiscutables, ce paragraphe a montré qu'un certain nombre de techniques peuvent être élaborées pour permettre d'aboutir à des solutions justifiées et équilibrées. L'hypothèse d'une pluralité de causes suffisantes à produire le dommage peut être abordée grâce à la logique de la condition NESS. Quant aux problèmes liés à l'extension de la responsabilité impliquée par la consécration du seul critère de la condition *sine qua non*, ils peuvent être largement limités grâce aux deux restrictions énoncées, qui relèvent de la logique contrefactuelle. Il s'agit, d'une part, du caractère *possible* du scénario contrefactuel, et, d'autre part, de l'exclusion des conditions *constantes*. Pour le reste, il revient moins à la logique de l'explication causale qu'à une théorie de la responsabilité, donc de *l'imputation*, de trancher les questions relatives au caractère éventuellement négligeable des conditions ne constituant pas des *faits générateurs* de responsabilité, au caractère prépondérant d'un événement donné, ou à la limitation de l'étendue de la réparation.

188. Conclusion de la section. L'équivalence des conditions, qui part d'une définition de la cause comme somme des conditions nécessaires à la production de l'effet, aboutit à consacrer le critère de la condition *sine qua non*. Cela signifie que le lien causal se définit comme un lien de *dépendance contrefactuelle* : A est une cause si, en l'absence de A, l'effet B ne se serait pas produit. La mise en œuvre de la causalité adéquate supposait également un raisonnement contrefactuel pour pouvoir comparer les probabilités *ex ante* de dommage en présence ou en l'absence du fait considéré. Mais il n'est plus question, ici, de fonder l'explication causale sur un potentiel causal évalué en référence à une loi causale. L'essentiel réside dans le *scénario contrefactuel* élaboré pour l'espèce considérée. Pour que le raisonnement soit cohérent et convaincant, il doit être encadré par plusieurs *contraintes*. D'abord, il doit se dérouler dans un monde semblable au nôtre : l'imputation d'une responsabilité n'est justifiée que s'il était *humainement possible* que le dommage ne se produise pas. Rien ne sert donc d'imaginer un monde sans oxygène ou sans gravitation universelle. Ensuite, il doit permettre de formuler des propositions ayant une réelle *valeur explicative*. Les propositions analytiquement vraies, mais n'apportant aucune explication doivent donc être bannies : dire que la cause du décès d'une personne réside dans le fait qu'elle soit née quarante ans plus tôt n'a aucun sens. Dans le même esprit, il peut, enfin, exclure les conditions *normales et constantes*.

Quant au résultat, le raisonnement contrefactuel mené pour identifier la condition *sine qua*

non peut ne pas aboutir à une *certitude*. Affirmer qu'en l'absence d'un événement déterminé, le dommage ne se serait pas produit suppose une expérience et des connaissances qui ne sont pas toujours à la portée de l'observateur. En cas de doute, le recours à des *probabilités subjectives*, traduisant le degré de confiance du juge dans le jugement causal, paraît justifié. Si la probabilité est suffisamment élevée, on pourra estimer la causalité acquise. Une autre option consiste à intégrer la probabilité dans le jugement de responsabilité en utilisant la technique de la *perte d'une chance*.

Par ailleurs, l'analyse *logique* de la causalité fondant la théorie de l'équivalence des conditions n'a pas seulement permis de consacrer le critère de la condition *sine qua non*, mais a également conduit les juristes à promouvoir le principe d'une *équivalence* entre les conditions dans la responsabilité juridique. Autrement dit, de l'*impossibilité logique* de sélectionner entre les conditions dans le cadre de l'*explication causale*, les juristes ont tiré un principe « *de droit* » relatif à l'*administration de la responsabilité*. Or ce n'est pas parce que toutes les conditions ont, en logique, la même *valeur explicative* qu'il doit en découler *nécessairement* une équivalence sur le plan du droit de la responsabilité, donc de l'*imputation causale*. Si la logique de l'*explication causale* impose de retenir le critère de la condition *sine qua non*, rien n'oblige la responsabilité juridique à estimer que toutes les conditions se valent : d'autres exigences, proprement juridiques, peuvent se superposer à la causalité *sine qua non* afin d'aboutir à des solutions satisfaisantes d'un point de vue juridique.

189. Conclusion du chapitre. Appréhender l'explication causale comme fondée sur une relation purement singulière conduit à consacrer l'idée selon laquelle est une cause l'événement en l'absence duquel le dommage ne se serait pas produit. Le critère de la condition *sine qua non* s'appuie sur le lien fondamental de *dépendance contrefactuelle* qui, aux yeux de certains philosophes, tel David Lewis, exprime l'essence de la causalité. Dans cette optique, la causalité ne se présente en rien comme l'exemplification d'une loi causale générale. Son établissement peut toutefois mobiliser des généralisations causales. Mais les lois causales utilisées le sont ici à titre de preuve : elles ne constituent pas la définition même du lien causal.

Envisagé par l'épistémologie contemporaine, tant en logique qu'en histoire, le critère de la condition *sine qua non* nous paraît traduire, au travers du lien de dépendance contrefactuel, un élément fondamental de la relation causale. Son adoption nous paraît inéluctable. Cela ne signifie pas pour autant que d'autres critères ne peuvent s'y superposer, qui relèvent de la logique imputative de la responsabilité juridique.

CONCLUSION DU TITRE I

190. L'explication causale, envisagée dans la logique des sciences, se fonde sur un modèle idéal de causalité qui définit le lien causal comme une liaison générale *invariable*, universelle, déterministe. Dans ce modèle *nomologique*, A est une cause de B si A est invariablement suivi de B, et B invariablement précédé de A. Autrement dit, A est la cause *nécessaire* et *suffisante* de B. Dans cette optique, toute relation causale individuelle n'est que l'exemplification de la relation générale. La pensée scientifique moderne a, toutefois, été amenée à admettre des *affaiblissements* à ce modèle nomologique. On a accepté de se contenter de l'idée de cause *suffisante*. Dire que la cause A n'est qu'une cause *suffisante* de B signifie que si A est invariablement suivi de B, l'événement B n'est pas invariablement précédé de A et peut avoir d'autres causes. En outre, les sciences contemporaines sont fréquemment en présence de relations non plus *invariables*, mais seulement *régulières* : A n'engendre plus B dans *tous* les cas mais seulement *le plus souvent*, ce qui signifie qu'il existe des contre-exemples à la loi causale. Cela signifie que la causalité n'est plus déterministe mais *probabiliste* : par exemple, A entraîne B dans 60% des cas. Enfin, les relations causales s'expriment fréquemment, de nos jours, en termes d'*augmentation des probabilités* engendrées par un fait donné, en particulier dans les sciences médicales et biologiques. Face à un événement B dont les causes peuvent être multiples, on peut seulement dire que A augmente de 40% les chances d'occurrence de B.

C'est dans l'esprit de ce modèle logique probabiliste que s'insère la *théorie de la causalité adéquate*, formulée, certes, par des juristes, mais surtout développée par un physiologiste, Von Kries, qui s'intéressait de près à la théorie des probabilités. Dans sa formulation la plus élaborée, la causalité adéquate mesure l'*augmentation de probabilité* générée par la cause envisagée. Cette augmentation traduit l'*adéquation* du facteur considéré à l'effet. Dans un cas concret, il est ainsi possible de mesurer le *taux d'adéquation* de chaque facteur et de désigner celui qui augmentait *le plus* les chances de production du dommage, soit la cause la plus adéquate. Cette démarche suppose un *raisonnement contrefactuel* au sens où elle contraint à s'interroger sur la probabilité de dommage si le facteur étudié avait été absent. Surtout, la mise en œuvre de la théorie implique systématiquement de pouvoir rattacher la relation causale concrète étudiée à une *liaison causale générale* dont le rapport singulier

constitue l'exemplification. Autrement dit, la théorie de la causalité adéquate est une théorie *généralisante*, au sens où elle identifie toute relation singulière à une régularité générale, fût-elle probabiliste, même s'il ne s'agit là que des règles de l'expérience humaine ou du « cours normal des choses ».

Ainsi conçue, la théorie de la causalité adéquate a pour défaut de désigner la cause en tenant uniquement compte de la probabilité *ex ante* de dommage, abstraction faite de ce qui s'est *effectivement* passé. En outre, elle oblige l'observateur à rattacher les événements concrets qu'il envisage à des régularités générales qui ne sont pas nécessairement disponibles. En réalité, les juristes –auteurs et tribunaux- ont moins utilisé la causalité adéquate comme une théorie *logique* permettant d'*expliquer* le dommage en désignant sa cause la plus adéquate, que comme un outil d'administration de la responsabilité juridique. La *probabilité objective* constitue ainsi un critère permettant, parmi d'autres, de désigner le défendeur fautif ou de limiter l'étendue de la responsabilité. Alors qu'en principe la théorie de la causalité adéquate se rapproche surtout de la logique de l'*explication scientifique*, on tend aujourd'hui à la confondre avec le critère de la probabilité *ex ante*, fût-il simplement employé pour limiter la réparation. Pour plus de clarté, nous suggérons donc de substituer à l'appellation de « causalité adéquate » celle de « *causalité probabiliste* », voire de *lien probabiliste*.

191. A l'opposé de l'appréhension « généralisante » du lien causal, la pensée logique contemporaine admet une conception *purement singulière* de la causalité en définissant la cause comme le fait en l'absence duquel le dommage ne se serait pas produit. Si l'on trouve l'idée chez Hume, elle a, surtout, été récemment défendue par le philosophe anglais David Lewis pour qui le rapport causal s'exprime par le lien de *dépendance contrefactuelle* unissant la condition à l'effet. Cette idée trouve un écho en droit positif. Le droit français et les droits de *Common Law* exigent clairement que la cause soit *au minimum* une condition *sine qua non* du dommage, même lorsque le critère de la probabilité objective, issu de la causalité adéquate, est employé pour limiter l'étendue de la responsabilité.

On lie fréquemment la consécration du critère de la condition *sine qua non* à la théorie de l'*équivalence des conditions*. Cette théorie se fonde sur l'idée de John Stuart Mill, pour qui la cause correspondait à la *somme* de toutes les conditions, actives et passives, ayant permis la réalisation du dommage. Or l'impossibilité *logique* d'opérer une discrimination entre les conditions conduit à admettre qu'elles sont toutes équivalentes entre elles. De cette *équivalence logique*, qui signifie que les conditions ont toutes la même *valeur explicative*,

faute de pouvoir les hiérarchiser, certains juristes ont tiré un *principe de droit* devant gouverner la responsabilité juridique. Cependant, si l'*explication causale*, qui constitue la première étape du jugement de causalité dans la responsabilité, doit indiscutablement tenir compte de la définition de J. S. Mill, et du critère essentiel de la condition *sine qua non*, le principe d'une sélection ou d'une équivalence entre les conditions relève de considérations propres à la responsabilité juridique. Autrement dit, la consécration d'un principe d'équivalence entre les conditions ne s'impose pas *en logique* dans le *droit* de la responsabilité : seules des considérations *juridiques* sont de nature à le justifier en droit positif. En tout état de cause, se fonder sur la notion de condition *sine qua non* pour formuler une explication causale n'implique pas nécessairement d'admettre le principe d'une équivalence entre les conditions.

192. On insistera, en conclusion de ce titre, sur l'importance, dans les deux théories précitées, du raisonnement hypothétique, *contrefactuel*. « La causalité effective ne se définit que par une confrontation avec les possibles », écrivait Raymond Aron. « Pour expliquer ce qui a été, (on) se demande ce qui aurait pu être. La théorie se borne à mettre en forme logique cette pratique spontanée de *l'homme dans la rue* »⁶⁵⁹. De ce point de vue, les deux idées de cause adéquate et de condition *sine qua non* se rejoignent largement. Par définition, la cause adéquate génère une certaine probabilité de dommage, ou augmente significativement cette probabilité de dommage. De même, par définition, la cause *sine qua non* est celle en l'absence de laquelle la probabilité de dommage est faible ou nulle. Les deux définitions se recourent donc.

Plus concret, le critère de la condition *sine qua non* a toutefois notre préférence. A cet égard, deux précisions principales, qui ne sont pas sans liens, doivent être formulées. D'une part, les conditions prises en compte ne doivent pas conduire à des propositions purement tautologiques, ou à des énoncés dépourvus de toute *valeur explicative*. D'autre part, le raisonnement contrefactuel doit conduire à élaborer des récits *crédibles*, donc se produisant dans un monde possible proche du nôtre. Affirmer qu'un escalier est la cause d'une chute parce que, sans escalier, il n'y aurait pas eu de chute, n'a aucun sens dès lors qu'un immeuble sans escalier est inconcevable. Enfin, il faut noter que le critère de la condition *sine qua non* peut aboutir, en cas d'incertitude, à des conclusions de type *probabiliste* traduisant le degré de fiabilité de la proposition contrefactuelle.

⁶⁵⁹ R. Aron, *op. cit.* p. 202.

TITRE II

THEORIE DE LA CAUSALITE

ORDINAIRE

193. Si la logique contrefactuelle précédemment évoquée ne fait qu'exprimer la pratique spontanée de l'homme de la rue, comme le dit Aron, elle est néanmoins théorisée au sein de conceptions philosophiques et scientifiques dont nos développements antérieurs ont montré toute la complexité. Or nous recourons couramment à l'idée de cause, sans, pour autant, verser dans la réflexion abstraite. A cet égard, il est tentant pour le juriste en quête d'une définition de la causalité de se tourner vers son sens le plus ordinaire. « Les lois sont faites pour les hommes », écrivait Portalis⁶⁶⁰. Il est, après tout, manifeste que les rédacteurs du Code n'ont jamais eu l'intention d'introduire dans la règle de responsabilité une notion logique ou philosophique de causalité.

De fait, si les juristes français ont, parfois, évoqué⁶⁶¹ le recours à la notion « vulgaire » ou ordinaire de causalité, ce fut sans jamais la définir ou justifier théoriquement le principe d'une telle référence. Cet effort est venu de deux auteurs anglais, H. L. A. Hart et Tony Honoré, qui, dans un ouvrage magistral, *Causation in the Law*, ont tenté d'identifier les

⁶⁶⁰ Portalis, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, préf. M. Massenet, éd. Confluences, coll. « Voix de la cité », 1999, p. 16.

⁶⁶¹ Marteau et Joly évoquaient la causalité « au sens vulgaire » pour la rejeter, v. P. Marteau, thèse préc. p. 34 et s. A. Joly, thèse préc. n°24 et s. Pour Starck, « l'établissement du rapport causal (...) est ce genre de questions qui échappent à une définition rigoureusement scientifique et où le bon sens, l'esprit d'équité et de mesure du juge sont les seuls moyens de les résoudre », Starck, Laurent, Boyer, *op. cit.*, n°1060.

traits principaux de la notion ordinaire de causalité. Paru en 1959 à Oxford⁶⁶², puis réédité en 1986⁶⁶³, leur traité fait aujourd'hui office d'ouvrage de référence. Le principe en est le suivant : seule une étude approfondie de la « causalité du sens commun » (« *common sense notion of causation* ») peut permettre de dégager des éléments de solution aux problèmes posés par la causalité en matière juridique. Le livre de Hart et Honoré revendique, à cet égard, deux objectifs principaux : identifier, d'une part, les sources d'incertitudes et de confusions qui affectent l'usage du langage causal dans le droit de la responsabilité ; contester, d'autre part, la position sceptique, développée au cours du XX^e siècle par le courant américain du *Legal Realism*⁶⁶⁴, qui fait de la causalité un simple « déguisement » pour faire prévaloir des décisions arbitraires ou fondées sur des considérations de politique jurisprudentielle.

La théorie de Hart et Honoré est inséparable du contexte dans lequel elle a été émise. Comme les pays de droit civil, les droits de *Common Law* en sont venus à se poser crûment la question du lien de causalité à la fin du XIX^e siècle, lorsque les effets de la révolution industrielle se sont fait sentir, dans le droit de la responsabilité. A cet égard, les *common lawyers* n'ont guère cherché, à peu d'exceptions près, à produire des théories analogues aux constructions abstraites élaborées par les auteurs allemands. La complexité de la notion de causalité a, au contraire, servi de prétexte pour adopter une position sceptique relativement aux règles encadrant l'attribution de la responsabilité. En particulier, le mouvement réaliste américain s'est emparé de la question causale en jetant le doute sur le caractère objectif du

⁶⁶² La première édition de cet ouvrage, en 1959, a donné lieu à une littérature considérable, qu'il n'est pas possible de citer intégralement. A. Becht & F. Miller, *The Test of Factual Causation in Negligence and Strict Liability Cases*, (1961). A. Harari, *The place of Negligence in the Law of Torts*, (1962). Robert Keeton, *Legal Cause in the Law of Torts* (1963). J. C. Mackie, *The Cement of the Universe*, (1980). John Borgo, « *Causal Paradigms in Tort Law* », 8 *Journal of Legal Studies*, 419 (1979). Henry Cole, « *Windfall and Probability : A study of « Cause » in Negligence Law* » (pt 1), 52 *California Law Review*, 459, 466-71 (1964). Richard Epstein, « *A Theory of Strict Liability* », 2 *Journal of Legal Studies*, 151, 181-84 (1973), J.G. Fleming, « *The Passing of Polemis* », 39 *Canadian Bar Review*, 489, 509 n.70 (1961). Leon Green, « *The Causal Relation Issue in Negligence Law* », 60 *Michigan Law Review*, 543, 565-69 (1962). Glanville Williams, « *Causation in the Law* », 1961, *Cambridge Law Journal*, 62 (1961). R. W. Wright, « *Causation in Tort Law* », 73 *California Law Review* 1735 (1985). V. en français, A. Tunc, note sous CA Paris 14 avril 1955, Dalloz 1956, p. 354.

⁶⁶³ Les intenses discussions provoquées par leur livre ont conduit un auteur à remarquer, lors de la seconde édition de l'ouvrage en 1986, que la causalité était « revenue hanter une nouvelle génération de juristes » (« *has reappeared to haunt a new generation of scholars* ») David Howarth, *Book Review*, 96, *Yale Law Journal*, 1987, 1389. V. égal. Mullany, « *Common Sense Causation – an Australian View* » (1992) 12 *Oxford Journal of Legal Studies* 431. Nigel Simmonds, « La causalité et la preuve », *Droits*, vol.23, 1996, p. 107.

⁶⁶⁴ V. *infra* n°206 et s.

jugement de causalité et la possibilité même d'aboutir à une définition praticable de la notion. La condition de causalité dans la responsabilité ne serait, selon eux, qu'un outil pour faire prévaloir des jugements politiques. Ce « minimalisme causal », selon l'expression de Hart et Honoré, a connu un vif succès parmi les auteurs américains. L'approche a été reprise et prolongée depuis par les partisans de l'analyse économique du droit, pour qui la condition de causalité, sans consistance véritable, n'est -ou ne doit être- qu'un moyen d'aboutir à des solutions économiquement efficaces. C'est contre cette tendance sceptique, très influente outre-Atlantique, que Hart et Honoré ont entendu réagir dans *Causation in the Law*.

194. Avant de présenter la théorie proposée par Hart et Honoré (Chapitre 2), nous évoquerons donc le contexte qui les a conduits à réagir (Chapitre 1).

CHAPITRE I

CONTEXTE DE LA THEORIE DE LA CAUSALITE ORDINAIRE : LE SCEPTICISME CAUSAL

195. Lorsque Hart et Honoré publient la première version de leur ouvrage en 1959, le débat est déjà vif parmi les juristes, en Angleterre comme aux Etats-Unis, à propos de ce que recouvre la condition de causalité dans le droit de la responsabilité. En 1927, le réaliste américain Leon Green avait publié un ouvrage important, *Rationale of Proximate Cause*⁶⁶⁵, qui critiquait la « pensée rigide » (« *rigid thinking* ») dominant, selon lui, la matière, et contestait le besoin même de principes généraux d'interprétation de la causalité⁶⁶⁶. Ce « scepticisme causal » fut rendu possible à la fois par les difficultés de la condition de causalité, tant en droit anglais qu'en droit américain, et l'émergence concomitante du réalisme juridique. L'analyse sceptique a ainsi conduit à promouvoir une analyse centrée sur les considérations de politique juridique jouant ou non en faveur de la responsabilité du défendeur, abstraction faite de toute analyse de la matérialité des faits. Nous évoquerons donc les circonstances ayant conduit à l'analyse sceptique de la causalité (section 1), avant d'envisager les principales caractéristiques de cette approche chez les auteurs qui l'ont adoptée (section 2).

⁶⁶⁵ Leon Green, *Rationale of Proximate Cause*, Vernon Law Book Company, Kansas City Mo. 1927.

⁶⁶⁶ « Je pense qu'il est plus sûr de dire qu'aucune règle ou formule ne peut être élaborée sur laquelle on puisse se fonder pour supplanter le pouvoir des juges éclairés (...) » ; « *I think it is safe to say that no rule or formula can be written that can ever be depended upon to supersede the power of enlightened judges (...)* », Leon Green, « *The Causal Relation Issue in Negligence Law* », 60 *Michigan Law Review* (1962), p. 543, spéc. p. 568.

Section 1. Circonstances d'apparition de l'analyse sceptique de la causalité

Deux circonstances principales ont conduit un certain nombre de juristes anglo-américains à se révéler désabusés au sujet de la causalité. D'une part, la condition de causalité se traduit, en *Common Law*, par l'exigence d'une *proximate cause* dont l'interprétation a donné lieu à d'intenses difficultés, tant en droit anglais qu'en droit américain (§1). D'autre part, la pensée juridique nord-américaine a connu l'émergence, à partir du début du XXe siècle, d'une école de pensée contestant les méthodes traditionnelles d'analyse des notions juridiques, le réalisme juridique (§2).

§1. Les difficultés de la condition de causalité en droit anglais et américain

196. Mill observait que le raisonnement ordinaire avait spontanément tendance à regarder comme cause la condition la plus proche de l'effet, celle qui l'avait immédiatement précédé dans le temps. C'est ainsi qu'est apparue, dans les droits de *Common Law*⁶⁶⁷, la condition de *proximate cause*, dont le sens et l'interprétation constituent aujourd'hui des questions particulièrement ardues.

La condition de *proximate cause* s'est développée au sein de droits qui, ne connaissant pas de règle générale de responsabilité comparable à l'article 1382 du Code civil⁶⁶⁸, exigent la causalité dans le cadre de différents délits (*torts*). Dans l'ensemble, l'étude de la causalité se fait, le plus souvent, dans le cadre du *tort of negligence*⁶⁶⁹. La condition de causalité

⁶⁶⁷ Si la notion existe dans tous les droits de *Common Law*, nous évoquerons ici les droits anglais et américains.

⁶⁶⁸ Il est intéressant de noter qu'après avoir évoqué notre article 1382 du Code Civil comme représentant « le » principe de responsabilité, Roscoe Pound ajoute : « il y a ainsi deux éléments de la responsabilité : la faute et la causalité. La responsabilité résulte du fait d'avoir causé un dommage de manière fautive ». « *Thus there are two elements of liability : fault and causation. Liability followed from culpable causation of damage* ». Roscoe Pound, « *Causation* » (1957) *Yale Law Journal*, 67, 1.

⁶⁶⁹ V. B. S. Markesinis, S. F. Deakin, *Tort Law*, 4th ed Clarendon Press, Oxford, 1999, p. 174 et s. Winfield & Jolowicz on *Tort*, 14th ed. by W.V.H. Rogers, London, Sweet & Maxwell, 1994, p. 147 et s.

intervient, à cet égard, à *deux niveaux* différents de la mise en œuvre de la responsabilité : d'abord pour adopter le *principe* de la responsabilité, puis pour en fixer *l'étendue*. Le principe de la responsabilité se fait, en principe, en référence au critère de la condition *sine qua non* : le fait du défendeur doit avoir été une *but for cause* du dommage. L'étendue de la responsabilité est fixée en recourant au critère de la *proximate cause* : le dommage invoqué ne doit pas être une conséquence trop éloignée (*too remote*) du fait dommageable.

Cette présentation rapide est toutefois schématique. En réalité, l'état actuel des droits anglais et américains quant à la condition de causalité résulte de développements longs et complexes. C'est d'ailleurs pour cette raison que certains auteurs américains ont été amenés à ne voir, derrière la causalité, qu'un écran de fumée masquant des choix arbitraires ou politiques. Nous évoquerons d'abord les origines anglaises de la notion de *proximate cause* (A) avant d'envisager les difficultés auxquelles elle a conduit en droit américain (B).

A. La condition de causalité en droit anglais

197. En droit anglais, tout acte humain, pour engager la responsabilité de son auteur, doit au moins constituer une condition *sine qua non* du dommage. Progressivement, cette exigence de *but for cause* a été conçue comme exprimant la réalité matérielle, la causalité dans les faits (*factual causation*). En revanche, la qualification de *proximate cause*, qui permet de ne retenir que des causes suffisamment proches du dommage⁶⁷⁰, est de plus en plus apparue comme une condition purement juridique (*legal cause*), indépendante des faits matériels⁶⁷¹. Cela ne fut pas toujours le cas. De fait, la condition de *proximate cause* a donné lieu à de grandes difficultés d'interprétation.

John G. Fleming, *The Law of Torts*, 8th ed., Law Book Company, Sydney, 1992, p. 112 et s. Street *on Torts*, by Margaret Brazier & John Murphy, Butterworths, 1999, p. 264 et s. Hart et Honoré, *op. cit.* p. 84 et s.

⁶⁷⁰ La condition *sine qua non* qui n'est pas suffisamment proche du dommage est une « condition simple » (*mere condition*). « *It is, in other words, a factor « without which » the loss would not have been incurred, but it is a factor to which, for one reason or another, the law attaches no causal responsibility in terms of liability in damages* », Markesinis et Deakin, *op. cit.* p. 174

⁶⁷¹ Howarth choisit de parler de « *causation* » puis de « *remoteness* », pour exprimer l'idée que le premier élément de la causalité « *has more to do with the facts of the case* », alors que le second concerne « *judgements about the facts* », David Howarth, *Textbook on torts*, Butterworths, 1995, pp. 88-89. V. égal. Glanville Williams, « *Causation in the Law* », *Cambridge Law Journal*, 1961, p. 62 : « *the usual analysis is that causation for the lawyer's purposes is compound of factual causation and what must, for*

198. Origines de la notion de *proximate cause*. Comme les magistrats français, les juges anglais se sont fondés, jusqu'au XIXe siècle, sur des conceptions intuitives de la causalité, sans se lancer dans une réflexion approfondie. Les premières mentions de la condition de causalité remontent au XVIIe siècle, à l'époque où l'on commençait tout juste à développer l'idée de responsabilité pour *negligence*, en la traitant par analogie avec le *tort of intentional aggression*. C'est le problème épineux des causalités successives qui cristallisa l'attention. Originellement, en effet, les défendeurs ne pouvaient être assignés conjointement que lorsqu'ils avaient agi conjointement. En revanche, s'ils avaient agi de manière indépendante et successive, il fallait en déterminer un seul, qui était tenu pour le tout. On chercha donc à formuler des principes. Dans *Roswell v. Prior* en 1701, on peut lire que « celui qui a commis la première faute doit répondre de tous les dommages qui en découlent » : il s'agissait, en l'occurrence, de troubles provoqués par un locataire et poursuivis par ses successeurs⁶⁷². Dans *Scott v. Shepherd* jugé en 1773 par la *Court of Common Pleas*, une personne avait jeté un objet enflammé dans un marché. L'objet enflammé tomba dans la stalle d'un marchand qui le rejeta aussitôt sur la stalle voisine et ainsi de suite jusqu'au moment où une personne fut brûlée. La première personne à avoir lancé l'objet enflammé fut déclarée responsable⁶⁷³. En 1806, *Vicars v. Wilcocks* évoque les « conséquences juridiques et naturelles » de la faute⁶⁷⁴. Par la suite, ce fut la notion de *proximate cause* qui servit de critère.

Il semble que l'on trouve l'idée de *proximate cause* dans les *Year Books* à partir de 1471⁶⁷⁵. Elle est toujours liée à la problématique de l'étendue de la responsabilité. On la rattache souvent à la célèbre maxime de Bacon « *In jure non remota causa, sed proxima spectatur* »⁶⁷⁶. L'auteur ajoutait qu' « il serait infini pour le droit de prendre en considération les causes des causes et leurs influences les unes sur les autres : c'est pourquoi il se contente de la cause immédiate et juge les actes en fonction de cette dernière sans

want of a better expression, be called legal (or proximate) causation », V. égal. Peter Cane, *Atiyah's Compensation and the Law*, 6th ed. Butterworths, 1999, chap. 5 p. 91 et s.

⁶⁷² « *He that does the first wrong shall answer for all consequential damages* », *Roswell v. Prior* (1700) 12 Mod. 636, 639; K. B. (1701).

⁶⁷³ *Scott v. Sheperd* (1773) 2 W. Bl. 892.

⁶⁷⁴ « *The damages must be the legal and natural consequence* » of the wrongful act », *Vicars v. Wilcocks* (1806).

⁶⁷⁵ V. G. Marty « La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile (étude comparative des conceptions allemandes, anglaises et françaises) », *RTD civ.* 1939 p. 685.

⁶⁷⁶ Bacon, *Maxims of the Law* (1630), Reg. 1.

regarder plus loin »⁶⁷⁷. Le principe fut pris en compte pour la première fois en 1830, dans *Ward v. Weeks*, qui parle de « *natural and proximate consequence* » (suite proche et naturelle)⁶⁷⁸. Bien que le principe fût parfois contesté⁶⁷⁹, le droit anglais s'est presque constamment référé depuis lors à l'idée de *proximate cause*. La jurisprudence a oscillé à cet égard entre deux critères. D'une part, la théorie de la *prévision raisonnable*, énoncée pour la première fois dans *Rigby v. Hewitt* en 1850, décide qu'une conséquence est trop éloignée dès lors qu'un homme raisonnable ne pouvait la prévoir⁶⁸⁰. D'autre part, le critère du dommage *direct* conduit à retenir la responsabilité pour toutes les conséquences directes de l'action fautive, qu'elles aient été ou non prévisibles⁶⁸¹.

199. La « proximate cause » entre lien direct et prévisibilité. D'après *Rigby v. Hewitt* (1850)⁶⁸², la *proximate cause* devait être entendue comme « toute circonstance de nature à entraîner le dommage d'après la prévision d'un homme raisonnable » (« *the foresight of a reasonable man* »). Ce critère fut consacré par la Chambre des Lords dans

⁶⁷⁷ « *It were infinite for the law to judge the causes of causes, and their impulsions one of another : therefore it contenteth itself with the immediate cause; and judgeth of acts by that, without looking to any further degree* ». Pour autant, souligne Roscoe Pound, aucun des seize exemples donnés par Bacon pour illustrer sa maxime ne relevait de la « négligence ». L'un concernait le tort de « fraud » et un autre relevait du droit pénal, mais l'auteur écartait justement la maxime dans l'un et l'autre cas. D'ailleurs, ajoute Pound, l'ouvrage de Broom (*Legal Maxims*, 1st ed 1845), qui reprit les maximes de Bacon, releva ces deux exceptions et ne donna en exemple de la règle que dans des hypothèses relatives au droit des assurances. Il reste que les éditions ultérieures de l'ouvrage firent place à cette maxime telle qu'elle se constitua progressivement en matière de « négligence ». R. Pound, « *Causation* », 67, *Yale Law Journal*, 1 (1957), spéc. p. 9 notes 22, 23, 24.

⁶⁷⁸ *Ward v. Weeks* (C. P. 1830) Mais cette expression ne voulait pas toujours dire que la cause du dommage était le facteur l'ayant immédiatement précédé.

⁶⁷⁹ Un auteur de l'époque, Greenleaf se référa à l'idée de « suites naturelles » et soutint que les seuls dommages réparables en cas de dommages corporels étaient les conséquences naturelles de la cause efficiente (« *natural results of the efficient cause* »). Greenleaf, *Evidence* § 268 (1st ed. 1846), cité par R. Pound, art. préc. p. 9.

⁶⁸⁰ « *Consequences are too remote if a reasonable man would not have foreseen them* », critère proposé par Pollock C.B. dans *Rigby v. Hewitt* (1850) 5 Ex. 240.

⁶⁸¹ L'adoption du critère du lien direct pour déterminer l'étendue de la responsabilité n'exclut pas le jeu du critère de prévisibilité par ailleurs. En effet, le critère de la prévisibilité permet de qualifier la négligence : le défendeur est responsable dès lors qu'un homme raisonnable pouvait prévoir qu'un dommage (n'importe lequel) se produirait. « *If a reasonable man would have foreseen any damage to the plaintiff as likely to result from his act, then he is liable for all the direct consequences of it suffered by the plaintiff, whether a reasonable man would have foreseen them or not* », *Weld-Blundell v. Stephens*, [1920] A.C. 956.

⁶⁸² *Rigby v. Hewitt* (1850) 5 Ex. 240.

l'affaire *Lynch v. Knight* en 1861⁶⁸³. Dans cette affaire, un tiers avait informé un mari que sa femme avait été séduite avant son mariage par un homme de sa connaissance. A la suite de cela, le mari avait renvoyé sa femme. Celle-ci agit en dommages et intérêts contre le tiers indiscret. La Chambre des Lords rejeta l'action au motif que ledit tiers ne pouvait, d'après la prévision d'un homme raisonnable, se douter que son acte aurait pour conséquence la rupture entre les deux époux. Mais par la suite, il arriva que le critère de la prévision raisonnable fût parfois écarté. Dans *Smith v. London and Southwestern Railway*⁶⁸⁴ (1870), des ouvriers chargés de faucher l'herbe et tailler les haies le long des voies de chemin de fer avaient laissé sur place l'herbe et les branches coupées. En raison de la chaleur estivale, un feu finit par prendre naissance qui alla brûler une maison avoisinante. La Chambre de l'Echiquier jugea que la Compagnie de chemin de fer employant les ouvriers était responsable du dommage subi par le propriétaire de la maison bien que la conséquence de la négligence ne fût pas normalement prévisible. Elle justifia sa position en soutenant que la question de la prévisibilité n'a d'importance que pour la faute⁶⁸⁵ : « ce que le défendeur a raisonnablement pu prévoir n'influe que sur la question de savoir s'il a été négligent, et, dans l'affirmative, ne peut restreindre sa responsabilité ». La décision renvoie donc le critère de prévisibilité à l'examen de la faute (« *duty of care* »)⁶⁸⁶. On retrouve néanmoins le critère de la prévisibilité dans l'arrêt *Wild Blundell v. Stephens* jugé par la Chambre des Lords en 1921⁶⁸⁷.

L'arrêt *Re Polemis v. Furness Withy C^o* en 1921⁶⁸⁸ retint un autre critère de la *proximate cause* : l'idée de lien direct. Les propriétaires d'un navire avaient loué ce dernier à un affrèteur. Les préposés de l'affrèteur firent tomber par négligence un plateau dans une cale

⁶⁸³ *Lynch v. Knight* 1861 9 H.L.C. 577. V. A. Tunc, « Les récents développements des droits anglais et américain sur la relation de causalité entre la faute et le dommage dont on doit réparation », *RID comp.* 1953, p. 5.

⁶⁸⁴ *Smith v. London and Southwestern Railway* (1870) L.R. 6 C. P., 14 ; 40 L.J.C.P. 21 (Ex. Ch.).

⁶⁸⁵ « *Where there is no evidence of negligence the question what a reasonable man might foresee is of importance in considering the question whether there is evidence for the jury of negligence or not... but when it has been once determined that there is evidence of negligence, the person guilty of it is equally liable for its consequences whether he could have foreseen or not* ».

⁶⁸⁶ Tunc remarquera qu'« en ne proposant aucun critère à la place de celui qu'elle rejette et qui, d'ailleurs, était le seul critère précis qui ait été proposé en Angleterre à cette époque, elle semble ouvrir la porte à une réparation presque illimitée ». A. Tunc, « Les récents développements... » art. préc.

⁶⁸⁷ *Wild-Blundell v. Stephens* [1920] A.C. 956, 984

⁶⁸⁸ *Re Polemis v. Furness Withy C* [1921] 3 K. B. p. 560 et s. V. sur cet arrêt les commentaires de Marty et Tunc, art. préc.

dans laquelle se trouvaient des fûts de pétrole. La chute du plateau provoqua une étincelle qui enflamma les vapeurs résultant des fûts et le bateau fut détruit. La société locataire du bateau refusait d'indemniser le propriétaire au motif que le dommage ne pouvait être considéré comme la conséquence naturelle et probable de la négligence commise par ses préposés. Mais la *Court of Appeal* estima que la seule question à trancher était celle d'un lien de causalité suffisamment *direct* entre la cause et le dommage, lien qui existait, selon elle, en l'espèce. Mais les juges précisèrent peu ce qu'ils entendaient par « lien direct »⁶⁸⁹. Seul le juge Scrutton, définit, de manière un peu elliptique, le dommage direct comme « le dommage que l'on peut faire remonter à la négligence d'une manière suffisamment directe et qui n'est pas dû à l'effet de causes indépendantes sans rapport avec elle »⁶⁹⁰. La portée de la jurisprudence *Polemis* fut discutée⁶⁹¹. L'intérêt d'un tel critère était qu'il permettait de séparer clairement l'appréciation de la faute, fondée sur ce que le défendeur aurait pu prévoir, et celle de la réparation, basée sur le lien direct entre le fait du défendeur et le dommage.

La consécration (ou le retour) du critère de la prévision raisonnable fut opérée dans l'arrêt du *Wagon Mound (n°1)* rendu en 1961 par le Conseil Privé⁶⁹². L'étendue de la responsabilité du défendeur ne se définit plus selon le critère du lien direct, mais en

⁶⁸⁹ Par exemple, le juge Bankes, tout en semblant adopter le critère de la causalité directe, se contente de reprendre en guise de définition un *dictum* de Lord Sumner dans l'arrêt *Weld-Blundell v. Stephens* selon lequel « la causalité directe exclut ce qui est indirect et exprime la distinction nécessaire plus clairement que ne fait la distinction entre *causa causans* et *causa sine qua non* ».

⁶⁹⁰ « *To determine whether an act is negligent, it is relevant to determine whether any reasonable person would have foreseen that the act would cause damage: if it would not, the act is not negligent. But if the act would or might probably cause damage, the fact that the damage it in fact causes is not the exact kind of damage one would expect is immaterial, so long as the damage is in fact directly traceable to the negligent act and not due to the operation of independent causes having no connection with the negligent act...* ». L'idée selon laquelle on peut retenir la causalité entre un dommage et une négligence définie par rapport à la prévisibilité d'un autre type de dommage que celui qui s'est produit, est essentielle. Marty concluait de cette jurisprudence que « la conception anglaise de causalité rejoindrait ici la théorie de l'équivalence des conditions dans des conditions analogues à celles que nous retrouverons en France » (art. préc.) Cette interprétation de l'arrêt *Polemis* nous paraît erronée.

⁶⁹¹ Si la décision fut rendue dans le domaine contractuel, son autorité s'étendit au domaine des *torts*. Tunc (art. préc.) releva que cet arrêt fut considéré comme édictant la nouvelle règle de droit en la matière, bien qu'il n'ait pas été rendu par la Chambre des Lords et qu'il ait fait l'objet de nombreuses critiques profondément erronées. Toutefois, la pratique et les tribunaux « s'efforçaient de l'ignorer » et aucune décision ne s'y rapporta jusque 1933, disent Winfield & Jolowicz. Cette décision fut néanmoins confirmée en 1933 par la Chambre des Lords.

⁶⁹² *The Wagon Mound (n°1)* [1961] AC 388[1961], 3 K.B. 568. On évoqua de nouveau, dans cette décision, des « conséquences naturelles et probables » de l'acte du défendeur.

référence aux conséquences raisonnablement prévisibles de l'acte illicite⁶⁹³. Depuis le *Wagon Mound (n°1)*, les juges anglais ont toujours semblé hésiter entre prévisibilité et lien direct. Chacun a eu des périodes ascendantes mais aucun des deux n'a jamais obtenu complètement gain de cause.

200. Conclusion du A. De nos jours, les auteurs anglais évoquent la maxime traditionnelle de Bacon tout en précisant qu'elle ne correspond pas réellement au droit positif. Ceux qui la citent encore ne s'en servent que pour illustrer l'idée qu'il faut des limites à l'enchaînement causal⁶⁹⁴. Honoré remarque que les expressions de *proximate cause* et de *remoteness* « ne sont pas prises littéralement (...), ne se réfèrent pas à ce qui est proche ou éloigné dans l'espace ou dans le temps. Elles sont simplement des raccourcis pour recouvrir toutes les considérations, causales ou non, qui permettent de faire en sorte que le lien entre le défendeur et le dommage sera juridiquement insuffisant »⁶⁹⁵. De fait, le débat est grand, parmi les juristes anglo-américains, sur le point de savoir si les critères de cette causalité juridique correspondent toujours à l'idée générale de causalité, fût-elle imprécise, ou s'ils s'en éloignent franchement pour renvoyer à des éléments de pure politique juridique. Beaucoup relèvent en effet que le juge opère, sous prétexte d'examiner la *proximate cause*, des choix relevant de jugements de valeur et de considérations de politique juridique. La condition de *proximate cause* ne serait plus, dans cette optique, que l'expression du pouvoir modérateur du juge⁶⁹⁶. C'est dire que l'idée de *proximate cause* s'est progressivement détachée de la matérialité des faits, en renonçant à exprimer la causalité réelle pour devenir surtout un critère juridique de la responsabilité. Pour autant, voir la *proximate cause* comme une condition purement formelle de la responsabilité, servant de « camouflage » à l'arbitraire du juge ou à des jugements politiques, est vivement contesté par Hart et Honoré.

⁶⁹³ La prévisibilité influe ainsi sur la réparation tant dans son principe que dans son étendue. Dans l'ensemble, le critère a donné lieu à une interprétation large et favorable aux victimes en cas de dommages corporels, et à un test plus restrictif pour les dommages aux biens et la perte économique.

⁶⁹⁴ Hart et Honoré, *op. cit.* p. 87, p. 89 et s.

⁶⁹⁵ « *These expressions are not taken literally. They do not refer to what is far or near in space or time. They are simply a shorthand used to denote all those considerations, causal or other, which may make the connection between the tortfeasor and the damage legally insufficient.* », Honoré, *International Encyclopedia ...*, *op. cit.*, 7-3.

⁶⁹⁶ « *The legal cause is the legally significant factual cause. What is legally significant may vary from one branch of the law to another* », Glanville Williams, art. préc.

B. Difficultés de la proximate cause en droit américain

201. Comme en droit anglais, le droit américain requiert, en principe, une causalité établie à deux niveaux. D'une part, l'acte du défendeur doit être une *but for cause* du dommage. D'autre part, cet acte doit être suffisamment proche, donc constituer une *proximate cause* du dommage pour être juridiquement retenue⁶⁹⁷. Là encore, la définition de la *proximate cause* s'est progressivement éloignée de la matérialité des faits. Le terme de *proximate cause* est, aujourd'hui, synonyme de « cause juridique » : il ne désigne pas un facteur dont la proximité avec le dommage justifie la qualification de cause, mais simplement un fait dont on a estimé qu'il était approprié de le qualifier de cause juridique⁶⁹⁸. S'il est certain que la *proximate cause* doit, au minimum, être une condition *sine qua non* du dommage, sa définition en droit américain est devenue tellement complexe et variable qu'elle en est presque insaisissable.

202. Apparition du critère de *proximate cause*. Le droit américain, d'abord analogue au droit anglais⁶⁹⁹, vit se développer, à la fin du XIX^e siècle, une responsabilité pour négligence fondée sur un devoir général de prudence raisonnable (« *reasonable standard of care* »). Les critères de négligence (« *standards of care* ») devenant de plus en plus sévères avec l'augmentation des accidents liée au développement industriel, les

⁶⁹⁷ Certains Etats américains ont toutefois abandonné la *proximate cause* au profit du critère de prévisibilité qui se superpose à la condition *sine qua non*.

⁶⁹⁸ William L. Prosser, *Handbook of the Law of Torts*, 4th ed. Hornbook series, West Publishing, 1971, chap. 7, p. 236.

⁶⁹⁹ Herbert Hovenkamp, « *Pragmatic Realism and Proximate Cause in America* », 3 *The Journal of Legal History*, 3 (1982). Avant la guerre de Sécession, la responsabilité en droit américain se présentait, comme en droit anglais, sous deux formes, deux types d'actions distinctes. D'une part, si le dommage était « direct » (un attelage renversait un piéton par exemple), l'action était un « *trespass* » et le défendeur était strictement responsable, ce qui signifiait que la victime était indemnisée simplement en démontrant que le défendeur l'avait renversée. D'autre part, si le dommage était « indirect » (par exemple le maréchal ferrant brise la jambe du cheval du demandeur), l'action était intentée « *in case* » : on estimait qu'un accord implicite était intervenu entre le demandeur et le défendeur selon lequel ce dernier ferrerait le cheval sans le blesser. Qu'il s'agisse de l'action de « *trespass* » ou de l'action « *in case* », la responsabilité était stricte, sans faute, (« *strict liability* ») : la victime n'avait pas à démontrer que le défendeur avait été négligent (« *careless* ») mais devait seulement prouver ce qu'il avait fait (le renverser, briser la jambe du cheval). Petit à petit, d'ailleurs, les tribunaux se mirent à ne plus distinguer entre les deux actions, abandonnant ainsi le critère du caractère direct ou indirect du dommage. Vers le milieu du XIX^e siècle, il apparut aux yeux de nombreux juristes que la règle de responsabilité « stricte », selon laquelle il était inutile de prouver la négligence, était préjudiciable au développement industriel et commercial de l'Amérique. En effet, pour les Américains, la multiplication des accidents, et les responsabilités qui en découlaient, pénalisaient les entreprises locales et freinaient l'innovation technologique. C'est ainsi que fut mise en place une règle de responsabilité pour négligence.

avocats des grandes entreprises se mirent, dans les années 1860, à invoquer la causalité comme moyen de défense en se référant à la notion anglaise en pleine émergence de « *proximate cause* ». On se référa pour la première fois à la maxime de Bacon⁷⁰⁰ dans une affaire jugée en Pennsylvanie en 1863, *Scott v. Hunter*. A l'époque, l'expression la plus habituelle mentionnait les « *natural and usual consequences* »⁷⁰¹. Elle se modifia au profit de « *natural and proximate consequences* », qui devint d'usage général aux Etats-Unis dans le dernier quart du XIXe siècle⁷⁰². Le premier traité américain relatif à la *negligence*, écrit en 1869 par Thomas Shearman et Amasa Redfield⁷⁰³, évoque en moins d'une page la *proximate cause* en citant les quatre seuls arrêts américains s'étant référés alors à cette notion. Le principe était ainsi énoncé : « *the law stops at the first link in the chain of causation and looks only to the person who is the proximate cause of the injury* »⁷⁰⁴. A l'origine, la notion de *proximate cause* était surtout évoquée dans les cas de pluralité des causes. Petit à petit, et notamment dans les deux dernières décennies du XIXe siècle, la *proximate cause* devint de plus en plus complexe et s'éloigna de la notion anglaise. Dans la cinquième édition du *Shearman and Redfield*, en 1898, le chapitre consacré à la *proximate cause* était devenu plus long et compliqué. « *The proximate cause of any event is a cause which in a natural and continuous sequence, unbroken by any new, independant cause, produces that event, and without which the event would not have occurred* »⁷⁰⁵. Des dizaines de cas étaient cités, illustrant cette définition⁷⁰⁶. Dès la fin du XIX siècle, la

⁷⁰⁰ Telle qu'elle était présentée dans un ouvrage anglais, celui de Broom : les ouvrages traditionnels de droit anglais faisaient, à cette époque, l'objet de rééditions systématiques aux Etats-Unis.

⁷⁰¹ N. St. J. Green écrivait dès 1874 : « *where a court says the damage is remote, it does not follow naturally, it is not proximate, all they mean and can mean is that they think that in all the circumstances the plaintiff should not recover* », Hart et Honoré, *op. cit.*, p. 5.

⁷⁰² Elle fut mentionnée pour la première fois par l'ouvrage de Cooley (*Torts* 1880). V. R. Pound, art. préc. p. 9.

⁷⁰³ On peut noter à ce sujet que les premiers cours de droit de la responsabilité civile (*Tort Law*) en tant que tel, eurent lieu vers 1870. Auparavant, les « *torts* » étaient étudiés dans le cours de droit des contrats ou de droit pénal.

⁷⁰⁴ H. Hovenkamp, art. préc., p. 6.

⁷⁰⁵ H. Hovenkamp, art. préc., p. 7.

⁷⁰⁶ Un exemple des décisions de cette époque peut être trouvé dans la décision de la *Supreme Judicial Court of Massachussetts* de 1898, *Stone v. Boston and Albany Railroad Co.* Les employés de la compagnie de chemin de fer avait négligemment renversé le contenu de plusieurs barils de pétrole dans la gare de fret contiguë à la propriété où M. Stone entreposait son bois. Un homme fumant la pipe, passa par là et, sa pipe s'éteignant, il la ralluma en jetant l'allumette enflammée par terre. La gare entière explosa et la propriété de Stone fut brûlée. Stone poursuivit la compagnie de chemin de fer en estimant que la négligence de ses employés était à l'origine du dommage. La Cour admit que la négligence était évidente,

condition de causalité au sens strict était distinguée de la *proximate cause*, question propre aux hypothèses dans lesquelles l'enchaînement causal était particulièrement long ou lorsque le dommage s'était produit de manière imprévisible. La *proximate cause*, de plus en plus fréquemment invoquée par les avocats, devint, au fil des espèces, particulièrement complexe, donnant lieu à toutes sortes de spéculations philosophiques, à tel point que l'on en retira la solution aux jurys.

Au début du XX^e siècle, les définitions de la *proximate cause* étaient devenues très compliquées⁷⁰⁷. En 1913, la sixième édition du traité de Shearman et Redfield expliquait : « la *proximate cause* est devenue l'aspect le plus important et le plus difficile de la définition générale de l'action pour négligence »⁷⁰⁸. Deux tendances divisaient alors les juristes. D'un côté, les avocats des grandes entreprises industrielles, avaient tendance à compliquer autant que possible l'établissement de la *proximate cause*. Ils affirmaient que les victimes devaient démontrer non seulement que le défendeur avait « causé » le dommage mais aussi que son acte en avait été la « cause efficiente », ce qui signifiait que cette cause efficiente avait conduit directement au dommage dans un enchaînement continu et naturel, en l'absence de toute cause étrangère pouvant le rompre⁷⁰⁹. D'un autre côté, les avocats des victimes considéraient que les défendeurs devaient être responsables de toutes les conséquences éventuelles de leurs actes, sans limitation aucune. L'extrême difficulté de

mais lui répondit qu'elle n'était pas la *proximate cause* de son dommage. La *proximate cause* était, en l'espèce, selon la Cour, la négligence du fumeur de pipe. L'un des juges de la Cour Suprême, le Juge Allen, reconnut néanmoins que si le pétrole n'avait pas été répandu de cette façon, « l'incendie ne se serait sans doute pas produit avec de telles conséquences ». Cependant, dit-il, la *proximate cause* est « *the cause responsible for the damage* » et, sur ce point, « le droit ne doit pas regarder plus loin que la dernière cause suffisante ». Pour lui, la dernière cause suffisante était l'allumette enflammée du fumeur.

⁷⁰⁷ Selon H. Hovenkamp, on aurait pu dire, à l'époque, que la « *proximate cause* » correspondait à « la cause efficiente, qui, dans un enchaînement naturel et continu, non rompu par une cause nouvelle et indépendante, a produit le dommage, et sans laquelle ce dernier ne se serait pas produit. Une « *proximate cause* » doit être ce qui précède immédiatement et produit l'effet, au contraire de ce la cause éloignée (« *remote* », indirecte), médiate ou préalable (« *predisposing cause* »). C'est donc la cause la plus proche, la cause immédiate, la cause directe, la cause efficiente, la cause qui surpasse la ou les autres causes (?), ou la cause dominante. » « *Proximate Cause means the efficient cause, which in a natural and continuous sequence, unbroken by any new and independant cause, produced the event, and without which that event would not have occurred. A proximate cause must be that which immediatly precedes and produces the effect, as distinguished from the remote, mediate or predisposing cause. It is thus the nearest, the immediate, the direct cause ; the efficient cause ; the cause that sets another or other causes in operation, or dominant cause.* », H. Hovenkamp, art. préc. p. 5.

⁷⁰⁸ « *Proximate cause has become 'the most important and difficult part of the general definition of a right of action upon negligence'* », H. Hovenkamp, art. préc. p. 10.

⁷⁰⁹ H. Hovenkamp, art. préc. p. 10.

déterminer un critérium précis de causalité donna ainsi lieu à d'intenses discussions doctrinales.

203. Complexités des théories formalistes. Le développement de la notion de *proximate cause* encouragea les juristes formalistes, à la fin du XIXe siècle, à élaborer un concept juridique de causalité conforme à leur méthode. Aux Etats-Unis, le formalisme juridique (« *legal formalism* »)⁷¹⁰, alors dominant dans la pensée juridique, prétendait se concentrer exclusivement sur les décisions passées pour y trouver des éléments de solution aux problèmes juridique posés. L'idée était de construire, à partir du *caselaw*, des concepts juridiques sophistiqués, purement techniques, débarrassés de toute influence extra-juridique⁷¹¹.

La question de la pluralité des causes fut ainsi abordée par, un formaliste, Francis Wharton⁷¹², qui craignait que la multiplicité des causes ne mène à un « communisme pratique » (« *practical comunism* ») dans la responsabilité civile. Favorable à la « neutralité » du droit, Wharton redoutait que l'on utilise la causalité pour faire prévaloir des arguments politiques, en se servant de la responsabilité comme d'un outil de redistribution des richesses permettant de faire systématiquement payer le ou les plus riches. Pour ces raisons, l'auteur développa la théorie de la séquence naturelle (« *natural sequence* »). Par l'observation de l'enchaînement naturel des événements (« *natural sequences of events* »), les juristes pourraient développer une théorie scientifique de la causalité prochaine qui éviterait un trop grand pouvoir discrétionnaire du juge.

D'autres auteurs formalistes proposèrent, à la même époque, des théories analogues de la causalité, qui rivalisaient de complexité. En 1920, Joseph H. Beale, partisan orthodoxe du modèle formaliste⁷¹³, entreprit d'analyser la notion de *proximate cause*. Beale était convaincu que la *proximate cause* était une catégorie douée d'une existence objective que

⁷¹⁰ V. Philippe Jestaz et Christophe Jamin, *La doctrine*, Dalloz coll. Méthodes du droit, 2004, p. 269 et s. V. égal. et Françoise Michaut, « Etats-Unis (Grands courants de la pensée juridique américaine contemporaine) » in *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.* p. 661 et s.

⁷¹¹ Hovenkamp insiste sur le caractère fermé de la recherche du juriste formaliste : « *Legal formalism was an intense concern for language, rules and consistency, often at the expense of legislative or popular feelings about the best public policy* », p. 9.

⁷¹² Francis Wharton, *A suggestion as to causation*, Cambridge, Mass. Reverside Press, 1874. On estime que Wharton fut lu par les théoriciens allemands de la causalité adéquate.

⁷¹³ Pour Beale, « le *common law* est fondé sur un petit nombre de principes intemporels qui déterminent la nature scientifique d'un système juridique parfait et clos, incapable d'être affecté par les « mauvaises décisions » », Jestaz et Jamin, *op. cit.*, p. 272.

les juristes pouvaient découvrir dans les décisions jurisprudentielles de la même manière que les chimistes découvrent les éléments dans l'atmosphère. Seule une telle méthode pouvait, selon Beale, préserver le statut scientifique du Droit. Dans son article, « *The Proximate Consequences of an Act* »⁷¹⁴, il distingua entre causalité « passive » et « active », entre conséquences « directes » et « indirectes », entre « causes » et « conditions »⁷¹⁵. Son travail, abstrait et peu empirique⁷¹⁶, péchait par sa complexité. Ce fut cette obscurité de la causalité, couplée à l'obsession des concepts manifestée par les formalistes, qui conduisit les auteurs pragmatiques et réalistes à contester la pertinence et l'objectivité de la *proximate cause*.

204. Conclusion du paragraphe. L'indétermination du critère de la *proximate cause* en droit anglais a pour pendant la grande complexité atteinte par la notion en droit américain. Devant l'impossibilité de déterminer un critère précis de causalité, les juristes anglo-américains ont été amenés à voir dans la notion un concept purement juridique, au sens où il est détaché de la réalité matérielle. La *proximate cause*, plutôt que de traduire une quelconque réalité matérielle, devient l'outil d'une qualification juridique laissée à la discrétion du juge. Cette analyse, surtout portée par les auteurs américains, fut radicalisée par le courant réaliste.

§2. L'influence du réalisme américain

205. Le courant réaliste, né aux Etats-Unis dans l'entre deux guerres, s'est structuré autour de l'hostilité partagée par tous les réalistes contre les idées formalistes, à commencer par celles de Langdell⁷¹⁷, auxquelles ils reprochaient de ne pas rendre compte de l'activité concrète des juges. Le réalisme refuse de voir le droit comme un ensemble cohérent de règles et de concepts dont on pourrait déduire les solutions des litiges grâce à un raisonnement déductif et logique. Au contraire, l'analyse réaliste se veut concrète. Pour

⁷¹⁴ Joseph H. Beale, « *The Proximate Consequence of an Act* » (1920) 33 *Harvard Law Review*, 633.

⁷¹⁵ H. Hovenkamp, art. préc., p. 10.

⁷¹⁶ Beale « *showed that even a great legal scholar could wander endlessly in a forest of words without empirical meanings (...) Reading Beale today is rather like strolling with Alice through Wonderland. The conversation fills the spaces but means something less than nothing* », H. Hovenkamp, art. préc. p. 10.

⁷¹⁷ Christopher Columbus Langdell devint doyen de la Faculté de droit de l'Université de Harvard en 1870 et fut à l'origine de la méthode des cas. Cette méthode doit permettre aux étudiants de déduire, à partir des cas concrets, les principes généraux sur lesquels se bâtissent les décisions des juges..

cela, elle se concentre d'abord sur *l'activité du juge*. John Chipman Gray s'intéressa ainsi aux facteurs personnels influençant le juge dans la création du droit. Sa démarche fut approfondie par Olivier Wendell Holmes dans *The Path of the Law*⁷¹⁸. L'essentiel est de pouvoir *prévoir les décisions* en tenant compte de la psychologie de ceux qui décident et des influences qui s'exercent sur eux⁷¹⁹ ..

206. Principes de l'analyse réaliste. Le point de vue réaliste aboutit donc à une conception du droit comme n'existant qu'en fonction des *jugements judiciaires concrets*, et non des règles. Les réalistes modérés, sans nier l'éventuelle autorité possible des règles juridique, soulignent leur caractère *indéterminé*, alors que les plus radicaux ne voient le droit que dans les décisions des tribunaux, fruits du choix arbitraire des juges. Le caractère nécessairement indéterminé des règles juridiques est lié à la présence de *termes vagues* rendant problématique leur application à des cas concrets. Dans le cadre de cet argument, la causalité était l'exemple idéal. Les théories de la causalité élaborées par les auteurs formalistes furent ainsi vigoureusement contestées. On leur opposa « l'expérience à la logique comme moteur dans le développement du droit »⁷²⁰. Cela signifiait que la condition de causalité devait moins faire l'objet de réflexions abstraites et théoriques que de permettre au juge de mener une politique de « *social engineering* », comme le préconisait Roscoe Pound⁷²¹. Dans cette optique, plusieurs juristes contribuèrent au débat sur la causalité en apportant des vues qui se voulaient pragmatiques. Nous évoquerons successivement N. St. J.Green (1), O. W. Holmes (2) et B. Cardozo (3).

1. Nicholas St John Green

207. Nicholas St John Green fut le premier professeur américain à enseigner le droit des « *torts* ». Pour lui, le droit est un instrument de politique sociale, sa fonction pratique

⁷¹⁸ O. W. Holmes, « *The Path of The Law* » (1897), 10 *Harvard Law Review*, 460.

⁷¹⁹ Ultimentement, on aboutit à une « conception instrumentaliste ou fonctionnaliste du droit selon laquelle le droit sert de moyen de satisfaire les différentes politiques mises en œuvre par le gouvernement d'un pays, notamment celles qui concernent l'allocation des ressources disponibles ». J.-C. Billier et A. Maryioli, *op. cit.* pp. 179 et 180.

⁷²⁰ F. Michaut, « Etats-Unis », art. préc. p. 662

⁷²¹ Roscoe Pound (1870-1964) a sévèrement critiqué le modèle formaliste, qualifié de « *mechanical jurisprudence* » au profit de la « *sociological jurisprudence* » qui, de manière pragmatique était supposée s'intéresser aux conséquences concrètes des décisions et évaluer la finalité sociale des principes juridiques. Pound opposait, ainsi, le « *Law in Books* » au « *Law in Action* ». V. R. Pound, « *Mechanical Jurisprudence* » (1908) 8 *Columbia Law Review*, 605 et « *Law in Books and Law in Action* » (1910), 44 *American Law Review*, 12.

est de maximiser les conséquences sociales positives et de minimiser les mauvaises⁷²². Alors que Langdell voyait le droit dans l'ensemble des décisions passées, N. St. J. Green le cherchait dans ses conséquences sociales mesurables. Concernant la causalité, N. St. J. Green, influencé par Mill, développa une conception empirique de la causalité en fondant l'analyse causale sur des éléments de « *social policy* ».

208. Une approche pragmatique de la causalité. On relève souvent l'influence, réelle ou supposée, du pragmatisme philosophique sur N. S. J. Green⁷²³. Cette philosophie se concentre sur l'expérience et n'évalue les théories qu'à l'aune de leurs résultats concrets. Son principal représentant, Charles Sanders Peirce, affirmait, en citant Hume, que la causalité n'est rien de plus qu'une *corrélation* établie entre des *statistiques* réalisées sur des événements observables. Toute autre acception ne pourrait qu'être l'expression d'une politique jurisprudentielle et n'aurait aucune valeur scientifique. Peirce, relevant que chaque acte initie une série infinie de conséquences⁷²⁴, proposait de limiter la responsabilité grâce au critère de *prévisibilité*. Il valait mieux, disait-il, que le critère de la responsabilité repose sur l'expérience humaine et la manière dont se produisent les événements plutôt que sur l'analyse « verbeuse » d'une idée métaphysique.

Dans son essai sur la causalité⁷²⁵, Green reprit les idées de Peirce en insistant sur le rejet nécessaire de toute interrogation philosophique : trop souvent « la philosophie et la métaphysique sont utilisées dans des discussions qui leur sont étrangères »⁷²⁶. Le fait, pour

⁷²² C'est pourquoi l'approche des faits par le droit est pour lui bien différente de celle de la science. N. St. J. Green intervint en 1871 dans le débat relatif à la définition de la pathologie en psychiatrie. Face au psychiatre Isaac Ray qui estimait que le droit devait développer une définition universelle de la pathologie valable à la fois en droit civil et en droit pénal, Green répondit que cette définition « universelle » n'était pas possible, même à l'intérieur du droit : d'une part, juristes et psychiatres ne peuvent avoir la même définition de la pathologie puisqu'ils n'ont pas les mêmes objectifs : le psychiatre veut soigner alors que le juriste doit protéger la société ; d'autre part, à l'intérieur du droit lui-même, il est bien évident que les fonctions sociales du droit civil et du droit pénal sont distinctes, ce qui suppose des approches distinctes de la pathologie. Par ailleurs, Green développa une théorie de la vérification qui se rapprochait du positivisme logique : pour avoir un sens, une proposition ou un mot doit désigner un fait sensible, donc être vérifiables. Il écartait par exemple les questions relatives aux motivations, ou à l'intention : on ne peut pas mesurer les intentions, écrivait-il, seulement les conséquences. V. Hovenkamp, art. préc. notes 25 et 26.

⁷²³ Il fit partie des fondateurs du *Cambridge Pragmatists' « Metaphysical Club »*.

⁷²⁴ La causalité n'était, du reste, pour lui, guère indispensable, la seule question essentielle étant surtout de savoir s'il faut que le défendeur paie pour le dommage compte-tenu des circonstances.

⁷²⁵ Nicholas St John Green, « *Proximate and Remote Cause* », (1870), 4 *American Law Review*, 201 et « *The Three Degrees of Negligence* » (1874) 8 *American Law Review*, 649.

⁷²⁶ *Too often « philosophy and metaphysics are... brought into a discussion to which they do not belong ».*

les juges, d'appliquer des idées métaphysiques à des faits particuliers n'a aucun sens : les réflexions philosophiques sur la causalité ne sont que des traités spéculatifs relatifs à une idée abstraite. Si le juriste restreint sa recherche des causes à celles qui sont relatives à son objectif, alors on découvrira que les termes « proches » (« *proximate* ») et « éloigné » (« *remote* ») n'ont aucune signification claire, distincte et définissable. Le critère de la responsabilité, estimait Green, n'a rien à voir avec la causalité mais est une affaire d'« éthique sociale » (« *social ethics* ») qu'il faut résoudre en se reposant sur nos intuitions et notre expérience. En effet, « nos anticipations du futur sont fondées sur notre expérience du passé ». C'est pourquoi le droit, qui s'appuie sur notre capacité à apprendre par l'observation, « nous rend responsable des effets de nos actes volontaires qui auraient pu être raisonnablement prévus, ou qui sont analogues à des effets qui auraient pu être prévus ».

Pour finir, Green se prononçait pour le critère de la prévisibilité. Il nous permet, disait-il, de déterminer « si certaines causes et certains effets sont proches ou éloignés, au sens juridique du terme, à partir de notre propre expérience de la succession des causes et des effets ». Les résultats qui peuvent être anticipés sont ceux pour lesquels les défendeurs doivent être responsables.

2. *Olivier Wendell Holmes Jr*

209. Très influencé par N. St. J. Green, Holmes articulait un rejet de la spéculation philosophique à la conviction que le droit doit définir et mesurer ses conséquences sociales mesurables. Dans « *The path of the Law* », il déclarait « les prophéties de ce que feront effectivement les cours et les tribunaux, et rien de plus prétentieux voilà ce que j'entends par « droit » ». Son point de vue a souvent été décrit comme celui du *bad man*, le gangster qui se préoccupe seulement d'éviter les conséquences désagréables de ses actes. La question n'est plus « quel est mon devoir ? » mais « quelle probabilité y a-t-il qu'une juridiction sanctionne mon comportement ? »⁷²⁷ Pour Holmes, non seulement le droit n'est

⁷²⁷ Aussi souligne-t-on qu'il ne convient plus, dans le système de Holmes, de parler de validité de la règle. « Tout au plus pourra-t-on accorder qu'une règle est vérifiée *a posteriori* s'il s'avère que la prédiction qu'elle formulait se réalise effectivement. », M. Van de Kerchove, F. Ost, *Le système juridique, op. cit.* p. 103.

rien de plus que ce que disent les juges mais son objectif est la maximisation de la richesse globale (« *general welfare* »)⁷²⁸.

210. Le critère de la prévisibilité. Cette analyse conduit à fixer comme objectif à la responsabilité de rendre certaines conduites très onéreuses, de manière à ce que les agents les évitent. Il faut donc que les juges qualifient le lien de causalité de manière à maximiser la sécurité et le respect des individus tout en protégeant les entrepreneurs de toute responsabilité pour les conséquences incontrôlables. Comme beaucoup de juristes de l'époque, Holmes craignait qu'une théorie trop large de la causalité ne décourage le développement économique et l'avancée technologique. Butant sur la complexité de la notion de *proximate cause*, ne voyant aucun sens aux distinctions souvent tracées par les juges entre causalité directe et indirecte ou éloignée, Holmes préférait rejeter la *proximate cause* et se prononçait lui aussi pour le critère de prévisibilité : les entreprises devaient éviter la responsabilité tant qu'elles ne créaient pas un risque de dommage prévisible⁷²⁹. D'autres auteurs vinrent appuyer la position de Holmes. Francis H. Bohlen⁷³⁰ se prononça ainsi en faveur d'une utilisation de la responsabilité civile pour redistribuer les coûts sociaux. Joseph W. Bingham⁷³¹, mit l'accent sur les questions politiques (« *public policy* ») posées en l'occurrence, en excluant vigoureusement « *the metaphysics of proximate cause* » des questions pertinentes. En 1924, Henry W. Edgerton⁷³² tenta de démontrer que

⁷²⁸ En 1971-1872, Holmes professait qu'une loi (« *statute* ») n'est du droit (« *law* ») que dans le sens « où nous croyons que le fondement (« *motive* ») qu'il offre aux juges va prévaloir et les conduire à décider une espèce donnée dans un certain sens, en influençant ainsi notre conduite sur la base de cette anticipation. (...) Dans un état civilisé, ce n'est pas la volonté du souverain qui fait (...) le droit (...) mais ce qu'un ensemble de sujets, les juges, par lesquels le droit est appliqué (« *enforced* »), dit ce qu'est cette volonté. Les juges ont d'autres motifs de décision que leur propre volonté arbitraire, après le commandement du souverain (...) La seule question pour le juriste est : comment les juges vont-ils agir ? ». « *In 1871-1872 (...), Holmes was lecturing that a statute is law only in the sense « that we believe that the motive which we think that it offers to the judges will prevail, and will induce them to decide a certain case in a certain way, and so shape our conduct on that anticipation (...). In a civilized state it is not the will of the sovereign that makes (...) law (...) but what a body of subjects, namely the judges, by whom it is enforced, say is his will. The judges have other motives for decision, outside their own arbitrary will, beside the commands of their sovereign (...). The only question for the lawyer is how will the judges act? »* : Hovenkamp, art. préc. note 31.

⁷²⁹ O. W. Holmes, *The Common Law*, 1881, Howe ed. Boston.

⁷³⁰ Francis H. Bohlen, « *The Probable or the Natural Consequences as the Test of Liability in Negligence* » (1901) 40 *American Law Register*, 79.

⁷³¹ Joseph W. Bingham, « *Some Suggestions Concerning « Legal Cause » at Common Law* », (1909) 9 *Columbia Law Review* 16.

⁷³² Henry W. Edgerton « *Legal Cause* » (1924) 72 *University of Pennsylvania Law Review* 211.

l'existence de la « *proximate cause* » dépendait d'un équilibre entre des intérêts opposés, individuels et sociaux⁷³³. Il concluait que la seule règle de détermination de la causalité juridique (« *legal cause* ») est notre propre *intuition* quant à ce qui est juste. Comme ses prédécesseurs, Edgerton se prononçait en faveur du critère de la prévisibilité pour caractériser à la fois la causalité et la négligence, en justifiant ce choix par l'intérêt social qu'il y a à décourager les comportements négligents. Concernant les délits intentionnels, en revanche, l'auteur estimait que l'intérêt social commandait une réparation intégrale de toutes les conséquences d'une attitude intentionnelle, fussent-elles éloignées ou inattendues.

3. Benjamin Cardozo

211. Le juge Cardozo eut une influence non négligeable sur les juges américains, qui, à la fin du XIX^e siècle, utilisaient massivement la notion de *proximate cause* en la considérant comme l'expression d'un phénomène physique réel. Sensible à l'appréhension pragmatique de la causalité développée par N. St. J. Green, le juge Cardozo la fit prévaloir dans ses *opinions*.

Dans une décision de 1918⁷³⁴, *Bird v. St Paul Fire and Marine Ins. Co.*, il souligna qu'il fallait renoncer à rechercher ce qu'est la causalité dans l'absolu en imaginant qu'elle pourrait se constater en soi : la causalité, dans la sphère du droit, n'est pas un problème philosophique. La causalité est, pour Cardozo, une question relative à la manière dont on perçoit et agit dans la vie de tous les jours, qui doit être traitée par le recours à la *compréhension subjective* et non en référence à une nature objective. « *There is nothing absolute in the legal estimate of causation... Proximity and remoteness are relative and changing concepts* »⁷³⁵. Il s'agissait en l'occurrence de déterminer la portée d'une police d'assurance qui couvrirait tous les dommages « causés par un incendie ». Pour Cardozo, le sens de l'expression -qu'il fallait prendre en son sens le plus commun- était clair et concernait tous les dommages causés par la fumée ou le feu lui-même. En revanche, le jeu de la police était à exclure lorsque l'incendie était si éloigné que le dommage ne pouvait

⁷³³ L'auteur reconnaissait la difficulté de définir les intérêts sociaux (« *social interests* »), mais estimait qu'un consensus pouvait se dégager à ce sujet, emportant l'adhésion de la plupart des gens.

⁷³⁴ *Bird v. St Paul Fire and Marine Ins. Co.*; 1918, 224 N.Y. 47 spéc. pp. 54-55.

⁷³⁵ *Bird v. St Paul Fire and Marine Ins. Co.*, préc. V. égal. B. Cardozo, *The paradoxes of Legal Science*, Columbia University Press, 1927, p. 86.

être considéré comme un danger lié au feu (en l'espèce, une explosion déclenchée par un incendie avait soufflé toutes les vitres d'un bateau installé à mille pieds). Et Cardozo de conclure qu'il faut concevoir la *proximate cause* comme « quelque chose dans l'esprit des hommes, dans la volonté des parties, et pas seulement dans le lien matériel entre les événements »⁷³⁶. Sa conception de la causalité, telle que le droit doit l'appréhender, s'inspire des propos d'Egerton : « Une cause juridique est une cause que l'on rattache de manière juste (*justly-attachable cause*) ; une conséquence juridique est une conséquence que l'on rattache de manière juste (*justly-attachable consequence*) ; une cause juridique est une cause qui est en relation avec sa conséquence de telle manière qu'il est juste de donner un effet juridique à cette relation ; étant entendu par « juste », non seulement l'équité (*fairness*) entre les parties mais aussi le caractère socialement avantageux de ce lien, en tant qu'il sert le plus important des intérêts individuels et sociaux impliqués »⁷³⁷. Il s'agit là d'une approche pragmatique, fonctionnelle, presque utilitariste de la causalité.

L'opinion de Cardozo dans l'arrêt *Palsgraf v. Long Island R.R.Co* (1928)⁷³⁸ est connue. Alors qu'un train démarrait, deux voyageurs s'étaient élancés pour y monter. Avec l'aide de deux employés, ils étaient parvenus à monter dans le train en marche, mais l'un d'entre eux laissa tomber un paquet qui se révéla rempli de feux d'artifices. Une explosion se produisit qui eut pour effet de renverser une balance entreposée non loin de là, qui blessa Mme Palsgraf. En l'occurrence, Cardozo ne mit pas la question sur le terrain de la causalité, mais sur celui de la faute aquilienne. La conduite des employés de la compagnie de chemin de fer avait, certes, été imprudente, mais il s'agissait d'une faute à l'égard du porteur du paquet, pas à l'encontre de Mme Palsgraf. En revanche, estimait-il, dès lors qu'une négligence est établie grâce au critère de prévisibilité, la responsabilité vaut pour toute conséquence, quelque extraordinaire ou nouvelle qu'elle puisse être. C'est un autre juge, le juge Andrews, qui plaça le débat au niveau de la causalité. « Ce que nous entendons par le terme « *proximate* » est ce que par commodité, pour des raisons de politique publique ou en considération de ce qui est juste, le droit considère arbitrairement comme marquant le point au-delà duquel il ne remontera plus dans l'enchaînement des événements. Cela n'est pas

⁷³⁶ “*Proximate cause* « is something in the minds of men, in the will of the contracting parties, and not merely in the physical bond of union between events...”, Justice Cardozo, préc.

⁷³⁷ Henry W. Edgerton, « *Legal Cause* », art. préc. p. 211, spéc. p. 343.

⁷³⁸ *Palsgraf v. Long Island R.R.Co* (1928) 248 NY 339, 162 NE 99. V. A. Tunc, « Les récents développements... », art. préc., spéc. p. 11-13.

une affaire de logique. Il s'agit de politique concrète »⁷³⁹. Le juge privilégiait toutefois une conception de la cause comme cause prochaine du dommage, ce qui excluait la responsabilité en l'espèce.

212. Conclusion du paragraphe. Les juristes d'inspiration réaliste et pragmatique, soucieux de la dimension sociale et économique du contentieux de la responsabilité, ont récusé toute approche essentialiste et philosophique de la causalité. Il n'est pas question, pour eux, d'élaborer une théorie de la causalité *en soi* : il suffit de savoir pour quels motifs la retenir d'un point de vue *juridique*⁷⁴⁰. Mais le rejet de principe de toute appréhension de la causalité « dans l'absolu » ne les conduit pas encore à des conceptions purement sceptiques. En général, c'est le critère de *prévisibilité* qui a l'adhésion de ces auteurs, car il est le mieux à même, dans leur esprit, d'exprimer la logique de la responsabilité. Dans le droit américain de la responsabilité, la notion de *proximate cause* n'en fut pas pour autant simplifiée. En 1962, un auteur remarqua que, dans beaucoup d'Etats américains, l'analyse de la *proximate cause* par les juges restait « empêtrée » dans la métaphysique⁷⁴¹. C'est avec des auteurs plus radicaux que sera formulée une critique franchement sceptique de la notion de causalité dans la responsabilité civile.

⁷³⁹ « *What we do mean by the word « proximate » is that because of convenience, of public policy, of a rough sense of justice, the law arbitrarily declines to trace a series of events beyond a certain point. This is not logic. It is practical politics.* »

⁷⁴⁰ N. St. J. Green déclarait en 1874 : « Quand un tribunal dit que le dommage est trop éloigné, (...); tout ce qu'il dit et peut dire c'est qu'il pense qu'en de telles circonstances le demandeur ne doit pas être indemnisé » « *Where a court says the damage is remote, (...) all they mean and can mean is that they think that in all the circumstances the plaintiff should not recover.* », Hart et Honoré p. 5.

⁷⁴¹ Leon Green, « *The Causal Relation Issue in Negligence Law* », 60 *Michigan Law Review* 543 (1962). Et l'auteur de donner l'exemple de la législation du travail. En 1908, les Etats-Unis ont adopté le premier *Federal Employers Liability Act* qui prévoyait l'indemnisation des employés blessés dans le cadre de leur travail (« *in the course of such employment* ») sans qu'il soit besoin de prouver la négligence de l'employeur. La simplification qui devait découler de cette législation -qui fut « transposée » dans chaque Etat- fut largement limitée par le recours à la causalité. En effet, malgré l'abandon de la négligence, les juges continuèrent à exiger une *proximate cause* : cela fut notamment le cas pour les législations visant les dommages corporels « résultant du travail » (« *arising out of employment* »), alors que les choses furent plus simples lorsque le texte visait les dommages survenus « à l'occasion du travail » (« *during the course of employment* »).

Section 2. L'analyse sceptique de la causalité

213. « Sceptique ». Le mot « sceptique » n'est pas d'usage facile. On peut globalement dire que le scepticisme constitue une posture générale tendant à nier tant la possibilité d'une connaissance objective ou neutre de la réalité sensible que l'existence ou la connaissance des valeurs ou des normes. Il n'y a pas, pour le sceptique, de vérité tangible, toute connaissance, toute réflexion étant irrémédiablement vouée à l'adoption préalable d'un point de vue axiologique subjectif. « Il n'y a pas de faits, rien que des interprétations »⁷⁴². Pour notre sujet, l'analyse sceptique intervient à deux niveaux, remettant en question à la fois la possibilité de connaître la réalité et celle d'appliquer objectivement les normes. Autrement dit se juxtaposent un scepticisme quant aux faits et un scepticisme quant au droit.

Doutant, dans la filiation de Hume, de la possibilité de connaître la réalité en soi⁷⁴³, l'approche sceptique, sans nier nécessairement toute objectivité au concept de causalité, invoque son flou et l'absence de critère précis pour conclure que l'usage de la notion en matière juridique est voué à l'incertitude et aux appréciations subjectives. Les auteurs ne nient pas nécessairement la vocation de la causalité à constituer une condition de la responsabilité, voire à restituer une certaine forme de réalité, mais ils croient l'idée de causalité inaccessible au juriste. L'argument se double d'un scepticisme quant au sens de la norme et la possibilité de son application de manière rationnelle et objective : la théorie « réaliste » de l'interprétation juridique conteste toute possibilité d'analyse et d'application neutre des notions juridiques, la décision judiciaire étant nécessairement soumise à la subjectivité du juge, donc à l'arbitraire. Dans cette optique, la causalité –à supposer même qu'elle dispose, en elle-même, d'un sens défini- est remise en cause en tant qu'élément

⁷⁴² « Le monde, pour nous, est redevenu infini, en ce sens que nous ne pouvons pas lui refuser la possibilité de prêter à une infinité d'interprétation », F. Nietzsche, *Le Gai Savoir*, §374. Et Foucault d'ajouter « si l'interprétation ne peut jamais s'achever, c'est, tout simplement qu'il n'y a rien à interpréter... car au fond tout est déjà interprétation », M. Foucault, « Nietzsche, Freud, Marx », in *Nietzsche*, Actes du colloque de Royaumont, Ed. de Minuit, 1967, pp. 189, 187, cité par Luc Ferry et Alain Renaut, *La pensée 68 (Essai sur l'antihumanisme contemporain)*, Folios Essais, 1948, pp. 45-46.

⁷⁴³ V. *supra* n°28 et s.

d'une norme : toute norme juridique étant par nature indéterminée, la causalité ne peut prêter qu'aux interprétations les plus diverses. A ce scepticisme de principe s'ajoute, chez certains, le refus d'un conceptualisme trop poussé : le droit, discipline pragmatique, ne doit pas s'embarrasser de notions ou de réflexions abstraites.

214. De ce point de vue sceptique, il est inutile de chercher à préciser ce qu'est ou peut être la causalité (§1) En effet, il vaut mieux se servir de la notion de causalité pour faire prévaloir des arguments de politique juridique (§2).

§1. L'inutilité de définir la causalité en droit

215. Concrètement, les auteurs sceptiques ont combiné deux objections à l'approche traditionnelle de la question causale : non seulement les critères de la causalité -en particulier de la *proximate cause*⁷⁴⁴- ne peuvent pas être trouvés⁷⁴⁵, mais, à supposer qu'ils le soient, il ne serait pas souhaitable d'en faire dépendre la responsabilité. Ces arguments se retrouvent dans le scepticisme causal modéré illustré par Leon Green (A) et dans le scepticisme radical de Wex Malone (B).

A. Le scepticisme causal modéré : Leon Green

216. Green était un avocat spécialisé dans la responsabilité civile qui commença à enseigner le droit en 1915⁷⁴⁶. A l'instar d'autres auteurs, Green refusa toute recherche « métaphysique » pour privilégier une approche empirique du droit. La détermination des règles juridiques, les tentatives de définition des concepts sont pour lui illusoire : les véritables questions ne peuvent être traitées que dans chaque cas particulier⁷⁴⁷. Green

⁷⁴⁴ Dont la variabilité est illustrée par les multiples tournures qu'elle peut prendre : « *consequence* », « *effect* », « *caused by* », « *too remote* », « *insufficiently proximate* », « *superseding cause* ».

⁷⁴⁵ Pour les réalistes, « la causalité en droit est moins un concept à analyser qu'un fantôme à exorciser » « *Causation in the law is less a concept to be analysed than a ghost to be exorcised* », Hart et Honoré, *op. cit.*, p. 3.

⁷⁴⁶ Leon Green confiait à la fin de sa vie que son intérêt pour la question de la causalité avait été provoqué par son expérience d'avocat défendant les victimes des compagnies de chemins de fer. En effet, les compagnies soulevaient systématiquement la condition de « *proximate cause* » pour échapper à la responsabilité, H. Hovenkamp, art. préc. note 37.

⁷⁴⁷ « *Rules will carry [judges] into the neighbourhood of a problem and then {they} must get off and walk* », Green, *Judge and Jury*, Vernon Law Book Co. Kansas City, Mo. 1930, p. 214.

estime que la solution la plus satisfaisante, rationnellement et socialement, est de laisser le juge trancher dans chaque espèce les questions relatives aux limites de la responsabilité⁷⁴⁸. L'élément de causalité, simple question de fait, est d'ailleurs pour Green d'importance mineure dans la responsabilité, ce qui ne l'empêchera pas de lui consacrer plusieurs ouvrages et articles.

La première remarque formulée par Green à propos de la causalité est relative à la confusion fréquemment faite, selon lui, entre les conditions de faute et de causalité dans le cadre de la *negligence*. En effet, le standard de la négligence étant l'attention et la prudence apportées par une personne ordinaire, cette condition s'apprécie à l'aune de ce qu'une personne ordinaire peut percevoir comme la conséquence probable de sa conduite : la prévisibilité s'avère donc être le critère de la négligence. L'utiliser pour la causalité revient donc à confondre causalité et négligence. Green va donc proposer un critère de la causalité qui n'emprunte rien à la négligence. D'abord, il propose de remplacer le critère de la condition *sine qua non* par celle de facteur substantiel (1). Ensuite, il écarte la notion de *proximate cause* (2).

1. Le remplacement de la but for cause par la notion de facteur substantiel

217. Le critère du facteur substantiel. Green n'est pas sceptique au point de nier toute objectivité à la notion de causalité ou de la croire incapable de retracer la réalité matérielle. Mais il rejette le critère de la condition *sine qua non* dont le caractère hypothétique conduit selon lui à des résultats inexacts. La *but for cause*, en ce qu'elle implique un raisonnement contrefactuel, est pour lui inapplicable : il est impossible au juge, dit-il, de déterminer ce qui aurait pu se passer en l'absence d'un fait donné. Green invoque, par ailleurs, à l'encontre de la *but for cause*, le problème des cas de surdétermination causale. Lorsque deux fautifs ont indépendamment accompli un acte suffisant pour provoquer le dommage, l'application stricte du *but for test* conduit à l'irresponsabilité des deux défendeurs.

La causalité, pour Green, se rapproche bien plutôt de l'idée de « facteur substantiel » (« *substantial factor* »), que l'on peut également appeler facteur matériel (« *material* ») ou

⁷⁴⁸ « *The sweep of judgement quickly passes beyond the reach of any rules that can be framed. And, what is more, the judicial process ought to be left free of hampering restraints in fixing limits of protection in the particular cases.* », Green, *Judge and Jury*, *op. cit.* p. 214. Comme d'autres réalistes, Green considère que l'établissement de la politique sociale est fondamentalement une tâche législative et non une tâche judiciaire : le critère de la responsabilité civile revient donc avant tout à localiser les sources du droit.

appréciable (« *appreciable* »). La notion de facteur substantiel avait été originellement formulée par Jeremiah Smith⁷⁴⁹ pour résoudre les difficultés posées par la *proximate cause*. Dans l'esprit de ce dernier, le facteur substantiel devait non seulement constituer une condition *sine qua non*, mais aussi être un facteur efficace de façon appréciable et continue jusqu'à ce que le dommage se produise⁷⁵⁰. Pour Green, le fait du défendeur constitue un facteur substantiel s'il a joué un rôle « appréciable » dans la survenance du dommage, en comparaison des autres facteurs⁷⁵¹. Il voulait l'utiliser en remplacement du critère de la *but for cause*.

Malgré son manque de précision, la notion de *substantial factor* doit, selon Green, être soumise telle quelle au jury sans faire l'objet d'une explicitation particulière. Comme elle suffit à épuiser la causalité⁷⁵², toute autre question ne peut être qu'une affaire de politique juridique. Sont ainsi des questions de politique juridique, celles de savoir si l'intérêt du demandeur est effectivement protégé par le droit ou si ce dernier est protégé contre l'occurrence (« *hazard* ») particulière en cause⁷⁵³. Green donne l'exemple⁷⁵⁴ du chasseur qui part chasser un dimanche alors que c'est interdit. Pendant qu'il marche avec son fusil, il est renversé par une voiture en raison de la négligence de son conducteur. La violation de la règle qui prohibe la chasse le dimanche est clairement un facteur substantiel du dommage (« *a substantial cause factor in every sense of that term* »), dit Green. Ce sont donc des motifs politiques qui permettent d'exclure la responsabilité : en l'occurrence, la règle prohibant la chasse le dimanche et celle accordant une réparation pour négligence ont des objectifs différents et imposent des obligations différentes⁷⁵⁵. Si ultérieurement, Green s'est

⁷⁴⁹ Jeremiah Smith, « *Legal Cause in Actions of Tort* », *Harvard Law Review* n°25 (1911-1912) p. 103. « *Defendant's tort must have been a substantial factor in producing the damage complained of* » (*ibid.* p. 309)

⁷⁵⁰ C'est dans cette version que le critère de facteur substantiel fut repris par le premier *Restatement of Torts* de 1934, puis dans *Restatement (Second)* de 1965.

⁷⁵¹ La position de Green est, à cet égard, bien paradoxal : rejetant la *proximate cause* comme la *but for cause* en raison de leur incertitude et de la marge de manœuvre laissée au juge, il choisit un critère supposant que ce dernier établisse non seulement que le fait générateur ait contribué au dommage mais aussi qu'il ait contribué suffisamment. V. R. W. Wright, « *Causation in Tort Law* », art. préc. p. 1782.

⁷⁵² *It « cannot be reduced to any lower terms. It has no multiples. » Rationale of Proximate Cause*, Vernon Law Book Company, Kansas City Mo. 1927, p. 137.

⁷⁵³ Tel était justement le point abordé par Cardozo dans l'arrêt *Palsgraf*.

⁷⁵⁴ *Judge and Jury*, op. cit. p. 234-235.

⁷⁵⁵ Hart et Honoré contestent vigoureusement cette analyse. Ils estiment en l'occurrence que la violation de l'interdiction de chasser un dimanche ne peut même pas être considérée comme une condition *sine qua*

éloigné de la notion de facteur substantiel, il a continué à rejeter le critère de la *but for cause* et à penser que la question de la contribution causale devait être soumise au jury sans aucune précision supplémentaire pouvant le guider.

218. Succès de la notion de facteur substantiel. L'idée de facteur substantiel a reçu le soutien de Prosser, qui l'a défendue dans les éditions successives de son traité de *Tort*⁷⁵⁶ : « *as applied to the fact of causation alone, no better test has been devised.* »⁷⁵⁷. Prosser, après avoir souligné les grandes difficultés de la causalité⁷⁵⁸, reprend dans ses grandes lignes l'argumentation de Green. Croyant lui aussi que la causalité est une question de fait permettant de restituer les événements passés⁷⁵⁹, Prosser souligne les insuffisances du critère de la condition *sine qua non*, qui, même s'il permet d'écartier certains facteurs, conduit à retenir de trop nombreuses conditions du dommage. C'est donc le critère du facteur substantiel qu'il convient de retenir pour exprimer la condition de causalité⁷⁶⁰. Prosser déplore aussi, comme tant d'autres, l'amalgame opéré par les juridictions américaines qui tendent se servir du langage causal pour des questions de politique juridique⁷⁶¹.

La notion de « facteur substantiel » fut consacrée en 1920 par la Cour du Minnesota⁷⁶² et reprise dans la version originale du premier *Restatement of Torts* qui l'utilisa pour l'ensemble de la question causale. Le *Restatement* de 1948 retint également le critère du facteur substantiel mais en précisant, cette fois, qu'il ne concernait que la causalité matérielle (*factual causation*). Dans le *Restatement (Second) of Torts* de 1965, le critère du

non du dommage au sens qu'ils donnent à ce terme. Les auteurs fustigent, en outre, le caractère vague de la notion de « facteur substantiel », Hart et Honoré *op. cit.* p. 294.

⁷⁵⁶ William L. Prosser, *Handbook on the Law of Torts*, 4th ed. 1971, chap. 7, p. 236 et s.

⁷⁵⁷ Prosser, *op. cit.*, p. 240.

⁷⁵⁸ « *There is perhaps nothing in the entire field of law which has called forth more disagreement, or upon which the opinions are in such a welter of confusion. Nor, despite the manifold attempts, which have been made to clarify the subject, is there yet any general agreement as to the proper approach. (...) In a philosophical sense, the consequences of an act go forward to eternity, and the causes of an event go back to the discovery of America and beyond* », Prosser, *op. cit.*, p. 236.

⁷⁵⁹ « *Causation is a fact. It is a matter of what has in fact occurred.* », Prosser, *op. cit.*, p. 237

⁷⁶⁰ L'auteur évolua toutefois sur ce sujet. Prenant conscience du caractère vague et indéterminé de la notion, il se mit à la présenter comme un simple substitut à la *but for cause* dans les cas de surdétermination causale.

⁷⁶¹ Deux types de considérations de politique juridique sont, selon lui, en œuvre dans le droit de la responsabilité : ce qui relève, d'une part, de l'idée d'obligation (« *duty* ») et ce qui concerne, d'autre part, les intérêts protégés par la règle.

⁷⁶² *Anderson v. Minneapolis St P & S. S. M. R. Co.* 1920, Minn. 430, 179 N. W. 45

facteur substantiel joue en lieu et place du critère de la *but for cause*, lorsque deux causes actives (« *actively operating factors* »)⁷⁶³ et suffisantes sont réunies. On remarque souvent, toutefois, que le recours au critère du facteur substantiel dans le *Restatement* a engendré beaucoup de confusions dans l'esprit des juges, qui ont souvent confondu condition *sine qua non* et facteur substantiel, voire *proximate cause* et facteur substantiel⁷⁶⁴. Quoiqu'il en soit, les tribunaux américains tendent à se servir du critère du « facteur substantiel » lorsque celui de la condition *sine qua non* ne donne pas de résultat probant.

2. Le rejet de la *proximate cause*.

219. Le scepticisme quant à la *proximate cause*. Green pensait qu'il faut se méfier des mots. Certes, le langage permet de représenter des centaines d'objets individuels grâce à un mot, mais l'emploi de ce terme unique ne doit pas faire croire que les choses considérées présentent une véritable uniformité. La notion de *proximate cause* n'avait, selon lui, pas grand sens. Non seulement elle peut recouvrir des réalités très différentes mais les juges américains ont tendance à se référer au vocabulaire causal dès qu'ils ont du mal à justifier les solutions qu'ils ont au préalable choisies. Le critère de la *proximate cause* n'est donc qu'une sorte d'écran de fumée masquant les vrais problèmes. D'ailleurs, relevait l'auteur, les décisions s'appuyant sur la *proximate cause* aboutissent à de mauvaises solutions⁷⁶⁵. Il serait donc plus honnête d'évoquer et discuter les véritables

⁷⁶³ Le *but-for test* continue donc à s'appliquer lorsqu'on ne se trouve pas en présence d'une autre cause suffisante et agissante. L'argument selon lequel une autre cause aurait agi en l'absence du fait du défendeur permet donc d'exonérer ce dernier dès lors que cette cause alternative ne s'est en rien réalisée.

⁷⁶⁴ David W. Roberston, « *The Common Sense of Cause in Fact* », 75 *Texas Law Review*, 1765 (1997) spéc. p. 1777 et s.

⁷⁶⁵ Et Green de fustiger une décision de l'époque, *Stone v. Boston & Albany Railroad Co.* (Mass. 1898) dans laquelle un homme, nommé Casserly, avait, pour allumer sa pipe, jeté une allumette sur le sol d'une gare de chemin de fer dans laquelle se trouvaient des barils de pétrole dont certains s'étaient répandus par terre en raison de la négligence des employés de la compagnie de chemins de fer. En l'espèce, la *Supreme Judicial Court of Massachusetts* retint la négligence des employés mais estima que la cause prochaine, efficiente du dommage résultant de l'incendie était le geste de Casserly. Et Green d'accuser la cour d'avoir tenu, en l'occurrence, un raisonnement illogique car il fallait dans chaque cas évaluer la prévisibilité et aucune raison ne justifiait d'aboutir à des conclusions opposées dans l'un et l'autre. De même, Green critique vigoureusement un arrêt de la *Supreme Court* du Texas refusant d'indemniser le décès de la fille du plaignant, morte en tentant d'éteindre l'incendie de sa maison provoqué par des négligences imputables à une compagnie de chemin de fer. Pour la Cour, en effet, les négligences de la compagnie étaient des conditions trop éloignées du décès de la jeune fille. Pour Green, les juges croyaient rendre un jugement scientifique (« *thought they were being scientific* ») alors qu'ils étaient manipulés, derrière l'argument de la « *proximate cause* », par les avocats du défendeur. Leon Green, « *Are Negligence and « Proximate Cause » Determinable by the Same Test? Texas Cases Examined* » (1923) 1 *Texas Law Review*, 243 et 423.

questions qui se posent, et qui sont relatives à *l'intérêt social et économique* de la décision. En effet, le problème de la *proximate cause* intervient surtout pour fixer *l'étendue* de la réparation. Or *aucun critère* n'est en mesure de déterminer les conséquences qui ont résulté d'une faute. Il suffit, dans chaque cas d'espèce, que les tribunaux soupèsent divers *arguments politiques* pour décider si le dommage subi relève bel et bien du *type de risque* pour lequel le défendeur doit être tenu responsable. Ces considérations politiques doivent être mises en balance avec les circonstances de l'espèce, les divers facteurs ayant contribué au dommage et la prévisibilité de ce dernier.

220. Influence de l'analyse de Green. D'autres auteurs ont insisté, à la suite de Green, sur les difficultés posées par la *proximate cause*⁷⁶⁶. Ils ont surtout relevé l'ambiguïté du concept, dont on ne sait s'il pose une question de fait ou une question de droit. En effet, dit-on, si le caractère factuel de la *but for cause* ne fait aucun doute et soulève des questions de preuve, voire d'expertise scientifique, la nature de la condition de *proximate cause* n'est en rien évidente. En outre, la notion a parfois donné lieu à des conclusions différentes dans des circonstances de fait similaires⁷⁶⁷. Et Prosser de conclure que tout ce qui relève de la *proximate cause* concerne des enjeux de politique juridique que l'on ferait mieux de désigner par les termes de « cause juridique » (« *legal cause* ») ou de « cause-responsabilité » (« *responsible cause* »)⁷⁶⁸.

Des auteurs anglais, tel Fleming, ont également été influencés par l'analyse de Green. Fleming estime ainsi que la question des limites de l'indemnisation ne peut être réglée par aucune définition précise, ni aucune formulation en termes de règles fixes⁷⁶⁹. D'ailleurs, à supposer même qu'un critère général de détermination de la *proximate cause* puisse être

⁷⁶⁶ V. Clarence Morris, « *On the teaching of Legal Cause* », (1939), 39 *Columbia Law Review* 1087.

⁷⁶⁷ V. Morris donne des exemples qui montrent que la *proximate cause* ne repose pas sur des critères objectifs et factuels.

⁷⁶⁸ Tout cela n'empêche pas Prosser de conclure son chapitre sur la causalité par une citation célèbre: « *proximate cause* is ordinarily a question of fact for the jury, to be solved by the exercise of good common sense in the consideration of the evidence of each particular case ». Prosser, *op. cit.* p. 282.

⁷⁶⁹ J. G. Fleming, *op. cit.* p.180. Ni la tentative d'élaborer un système de règles formelles, une sorte de formule moniste (« *monistic* »), ni la référence (« non juridique » dit-il) aux « *common sense notions of attributing causal responsibility* » ne trouvent grâce aux yeux de Fleming. Ce qui est signifié par « *proximate* » est « *that because of convenience, of public policy, or a rough sense of justice, the law arbitrarily declines to trace a series of events beyond a certain point. This is not logic. It is practical politics* » (cf le juge Andrews in *Palsgraf v. Long Island R.R.*). L'auteur cite également Lord Wright dans *The Edison* ([1933] A.C. 449, 460) : « *the law must abstract some consequences as relevant, not perhaps on the grounds of pure logic but simply for practical reasons* ».

trouvé, il faudrait le délaissier au profit d'arguments plus adaptés aux questions juridiques. En effet, une notion unique de causalité, qui gouvernerait à la fois le déclenchement des responsabilités civile et pénale est une erreur, dès lors que les considérations de politique juridique gouvernant les limites de la responsabilité sont différentes dans chacune de ces responsabilités. En droit pénal, dit Fleming, la question est avant tout de déterminer s'il est socialement avantageux de donner un effet juridique à la relation entre le fait du défendeur et un résultat donné compte - tenu des fonctions de la responsabilité pénale qui oscillent entre rétribution et de prévention (*deterrence*). De même le jugement de causalité dépend des *fonctions* de la responsabilité civile, notamment lorsque l'on envisage le problème de la cause étrangère ("*superseding cause*") ou du fait d'un tiers ("*novus actus interveniens*"). Ainsi, la question de savoir si l'intervention d'un acte humain délibéré interrompt ou non l'enchaînement causal n'est pas, d'un point de vue causal, d'un très grand intérêt : la véritable question est de savoir quels arguments raisonnables de *politique sociale* militent ou non pour retenir la responsabilité en l'espèce.

221. Conclusion du A. L'analyse de la question causale par Leon Green, bien que se situant dans la mouvance du *Legal Realism*, fait preuve d'un scepticisme modéré à l'égard de la notion de causalité. La causalité n'est pas inconnaissable. Elle se traduit, au contraire, par l'idée de facteur substantiel que Green promeut en lieu et place de la condition *sine qua non*. En réalité, le scepticisme de Green n'a qu'une cible : la condition de *proximate cause* dont la fonction principale est de fixer l'étendue de la responsabilité. C'est là, dit-il, qu'interviennent des considérations de politique juridique qui doivent être pleinement et officiellement prises en considération⁷⁷⁰. Il s'est toutefois trouvé des auteurs pour douter de la possibilité même d'élaborer un critère de causalité qui ne constitue pas un simple instrument entre les mains des juges.

B. Le scepticisme causal radical

222. La grande majorité des auteurs américains admettent que la condition de causalité dans la responsabilité civile comporte une dimension objective : il s'agit du

⁷⁷⁰ A cet égard, les conclusions de Green rejoignent celles qui ont été les nôtres à propos de la limitation de l'enchaînement causal. Cet aspect, avons-nous dit, est moins une question intéressant la définition de la causalité qu'un problème propre à la théorie de la responsabilité.

critère de la condition *sine qua non*, qui permet de retranscrire la réalité des faits et relève, pour cette raison, de la compétence du jury. Ce caractère objectif a toutefois fait l'objet d'une attaque vigoureuse par un auteur, Wex Malone, aux yeux duquel un tel critère ne permet en rien de restituer la causalité en soi, et ne sert lui aussi qu'à masquer l'arbitraire judiciaire.

1. Les « ruminations » de Wex Malone

223. Dans un article de 1956 très célèbre, intitulé « *Ruminations on Cause-in-Fact* »⁷⁷¹, Wex Malone radicalisa l'analyse sceptique. Non seulement le critère de *proximate cause* ne fait que masquer des choix de politique juridique, mais la *but-for cause*, n'est, elle aussi, qu'une manière de dissimuler l'influence de considérations politiques. En effet, le caractère contrefactuel de la condition *sine qua non* donne toute latitude au juge pour faire prévaloir ses sentiments personnels ou des considérations d'opportunité. Examinant la jurisprudence américaine, Malone concluait que l'identification de la condition *sine qua non* dans le droit positif n'obéissait pas à un critère objectif. Seraient, au contraire, pris en compte des arguments relevant de la logique de la responsabilité tels la faute du défendeur ou le champ d'application de la règle violée. Autrement dit, l'imputation d'une responsabilité n'aurait plus rien à voir avec la causalité⁷⁷². L'arbitraire du juge, les considérations de politique juridique l'emporteraient sur la matérialité des faits.

Pour justifier sa position, Malone affirmait que le critère de la condition *sine qua non* avait été rejeté par les philosophes au motif qu'on ne peut se prononcer sur des faits purement hypothétiques. Nous avons vu que ce n'est pas exact⁷⁷³. Toutefois, ces vues furent reprises et prolongées par Thode⁷⁷⁴. L'auteur, influencé par la philosophie de Karl Popper, estimait que les propositions contrefactuelles auxquelles mène le critère de la condition *sine qua non* ne sont ni vérifiables, ni falsifiables. Pour cette raison, concluait-il, le critère de la *but for cause* ne pouvait, lui-même, être considéré comme reflétant la causalité matérielle de manière neutre et objective. Nous avons pourtant vu que les propositions contrefactuelles

⁷⁷¹ Malone, « *Ruminations on Cause-in-Fact* », 9 *Stanford Law Review* 60 (1956)

⁷⁷² Ce faisant, Malone nous semble confondre qualification causale et attribution d'une responsabilité, « *Causation in Tort Law* », art. préc. p. 1742.

⁷⁷³ V. *supra* n°160 et s.

⁷⁷⁴ E. W. Thode, « *The Indefensible Use of the Hypothetical Case to Determine Cause in Fact* » (1968) 46 *Texas Law Review*, 423.

peuvent toujours être étayées⁷⁷⁵. En outre, elles sont convaincantes lorsqu'elles se déroulent dans un monde possible qui ressemble au nôtre⁷⁷⁶.

On a parfois rapproché des thèses sceptiques de Thode et Malone la jurisprudence américaine relative au dommage causé par une personne indéterminée au sein d'un groupe⁷⁷⁷. Lorsqu'il est possible de déterminer le type de produit qui a causé le dommage sans pouvoir identifier le producteur concerné, certains juges américains ont admis de condamner les producteurs au prorata de leurs parts de marché⁷⁷⁸. Il est vrai que cette jurisprudence aboutit à condamner le défendeur sur la base d'une simple probabilité de causalité. Mais, si la causalité est seulement probable, elle ne nous paraît pas pour autant fictive. Le rapprochement nous semble donc excessif. Dans l'ensemble, les analyses de Malone ont eu une grande influence sur les auteurs américains⁷⁷⁹. Lorsque Keeton reprit le célèbre traité de Prosser⁷⁸⁰, il souligna les difficultés d'application du *but for test*, le nombre d'exceptions auxquelles il conduit, qui rend indispensable une approche en termes de politique juridique. De même, l'économiste Guido Calabresi, estime qu'il valait mieux remplacer la condition *sine qua non* par des considérations d'efficacité économique. Et le juriste anglais Fleming souligne, dans son traité, la difficulté du raisonnement hypothétique⁷⁸¹ qui laisse une grande latitude au juge ou au jury.

2. Le scepticisme causal des auteurs français

224. Trouve-t-on, en France, des analyses comparables à celles de Malone ? Bien que formulées dans un contexte et une culture juridique différents, des propos sceptiques sont apparus au sujet de la causalité. « C'est par sentiment que les juges décident si la

⁷⁷⁵ On retrouve chez David Robertson, professeur à l'Université du Texas, une description du *but for test* quasiment équivalente à celle que faisait Raymond Aron : « *The five steps are a) identify the injuries in suit ; b) identify the wrongful conduct ; c) mentally correct the wrongful conduct to the extent necessary to make it lawful, leaving everything else the same ; d) ask whether the injuries would still have occurred had the defendant been acting correctly in that sense, and e) answer the question.* » David W. Robertson, « *The Common Sense of Cause in Fact* », 75, *Texas Law Review*, 1765 (1997) spec. p. 1771.

⁷⁷⁶ V. *supra* n°163.

⁷⁷⁷ Hart et Honoré, *op. cit.* p. 424.

⁷⁷⁸ *Sindell v. Abbott Laboratories* (1980) 163 Cal. Rep. 132.

⁷⁷⁹ V. par ex. Richard Delgado, « *Beyond Sindell : Relaxation of Cause-In-Fact Rules for Indeterminate Plaintiffs* », 70, *California Law Review*, 881 (1982) spéc. p.891 : « *The requirement of a but-for causation is, in reality, a contextual, policy-sensitive instrument* » .

⁷⁸⁰ Prosser and Keeton, *on the Law of torts*, 5th ed. 1984.

⁷⁸¹ Fleming, *op. cit.* p. 172.

réalisation d'un dommage est une conséquence trop imprévisible d'un acte pour que son auteur en soit responsable », écrivit Paul Esmein, à propos des « affres de la causalité »⁷⁸². Il ne fut pas le seul. Au sein de la doctrine française, nombreux sont les auteurs qui ont souligné la difficulté d'une définition générale et écarté la possibilité d'une recherche systématique de critères. Le doyen Ripert se prononçait ainsi en faveur d'une attitude purement pragmatique à cet égard. « La jurisprudence sera bien inspirée en refusant de se livrer à l'analyse de la causalité » car celle-ci « a suscité de brillantes études doctrinales qui n'ont apporté aucune solution de ce problème général qui est peut-être insoluble »⁷⁸³. Plus récemment, Boris Starck affirmait que « sur ce point tout essai de raisonnement scientifique s'avère inefficace »⁷⁸⁴. En effet, « l'établissement du rapport causal (...) pose un problème qui *théoriquement* n'a pas reçu de réponse satisfaisante, peut-être parce qu'il n'est pas possible d'en trouver une. C'est ce genre de questions qui échappent à une définition rigoureusement scientifique et où le bon sens, l'esprit d'équité et de mesure du juge sont les seuls moyens de les résoudre »⁷⁸⁵. On a, en outre, pu écrire que « les efforts de réflexion de la doctrine sont restés partiellement vains »⁷⁸⁶, et que « l'examen concret des principales questions pratiques dont la solution est liée à l'analyse de cette notion confirme cette part déterminante qu'y joue le sentiment »⁷⁸⁷. On a souligné, enfin, que, sur ce sujet, « toute conception *a priori* et schématique est vouée à l'échec »⁷⁸⁸.

225. La « part de l'arbitraire »⁷⁸⁹. Est-ce à dire que les auteurs français voient dans les solutions de la jurisprudence l'expression d'un pur arbitraire judiciaire ou de considérations d'opportunité ? Palpable chez Esmein, qui soulignait que le juge ne réglait la question qu'en fonction des intérêts en présence, cette position n'est guère exprimée. Certes, les méandres de la jurisprudence conduisent parfois les auteurs à souligner le

⁷⁸² P. Esmein, « Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité », D. 1964 chron. p. 205.

⁷⁸³ G.. Ripert, D. 1945, p. 237.

⁷⁸⁴ B. Starck, *Droit civil, Obligations*, 1^{ère} éd. 1972, n°747.

⁷⁸⁵ Starck, Laurent, Boyer, *op. cit.* n°1060.

⁷⁸⁶ Flour, Aubert, Savaux, *op. cit.* n°162. « Cette analyse a donné lieu à un immense effort doctrinal dont la portée reste indéfinie », Malaurie, Aynès, Stoffel-Munck, *op. cit.* n°91.

⁷⁸⁷ Flour, Aubert, Savaux, n°163.

⁷⁸⁸ Ph. le Tourneau, *op. cit.* n°1713.

⁷⁸⁹ Denys de Béchillon, Olivier Cayla, Yan Thomas, « L'arrêt Perruche, le droit et la part de l'arbitraire », Le Monde du 21 décembre 2000, p. 18.

caractère incertain et aléatoire de la condition de causalité. Mais on ne trouve pas, chez eux, l'idée que le juge se servirait systématiquement de la condition de causalité comme d'un « écran de fumée » pour faire prévaloir son sentiment subjectif ou mener une politique déterminée par lui. Au contraire, les principaux traités et manuels réservent une place non négligeable à la causalité, examinent les critères, les décisions, et analysent, techniquement, les principaux problèmes posés par la qualification du lien causal.

Une circonstance fut, toutefois, l'occasion pour certains de manifester leur scepticisme. Les questions posées par l'arrêt Perruche⁷⁹⁰ sont bien connues. Un médecin et un laboratoire avaient commis une erreur de diagnostic concernant la rubéole dont souffrait Mme Perruche, enceinte de quelques mois. Ayant accouché d'un enfant gravement handicapé, Mme Perruche décida d'agir contre le médecin et le laboratoire fautif, tant en son nom personnel qu'au nom de son enfant. L'argumentation était simple : si Mme Perruche avait été avertie qu'elle souffrait d'une rubéole, elle aurait immédiatement fait procéder à une IVG, ce qui lui aurait évité le préjudice d'accoucher d'un enfant très handicapé... et évité à ce dernier le préjudice d'être *né handicapé*. C'est à propos de la « vie préjudiciable » de l'enfant que le raisonnement devenait délicat. En l'absence de faute du médecin, le seul scénario possible était celui de l'avortement. Cela signifiait que l'application du critère de la condition *sine qua non* aboutissait à indemniser Nicolas Perruche pour le fait d'être en vie : en l'absence d'erreur médicale, il ne serait, en effet, pas né du tout. Pour éviter la difficulté éthique liée à une telle indemnisation, la Cour de cassation choisit le compromis : dans l'indemnisation du jeune Perruche, ce n'est pas le fait d'être en vie qui est réparé, dit-elle, mais le simple fait d'être handicapé. La grande difficulté de ce raisonnement est que la naissance était logiquement indissociable du handicap : la seule alternative possible, à laquelle menait le raisonnement contrefactuel, était l'avortement, donc la « non vie ». Autrement dit, on ne pouvait retenir *logiquement* un lien causal entre la faute médicale et le seul handicap : le médecin avait causé la *naissance* de l'enfant *handicapé*, pas le handicap. A ce sujet, certains auteurs, tout en admettant qu'il est « difficilement niable que la faute médicale n'est pas, en elle-même, la source du handicap (...) qui est, scientifiquement, dû à la seule rubéole contractée par la mère », ont estimé « que l'absence de faute médicale

⁷⁹⁰ Cass. ass. plén. 17 novembre 2000, JCP G 2000, II, 10438, rapp. P. Sargos, concl. J. Sainte-Rose, note F. Chabas.

aurait permis d'empêcher la survenance du handicap »⁷⁹¹. Il serait possible de s'exprimer sans « rabattre la notion juridique de causalité, celle en tout cas dont il est question en droit de la responsabilité, sur la notion scientifique ou logique de causalité ». Le refus de séparer conceptuellement la naissance de Nicolas Perruche et l'existence de son handicap serait, à cet égard, « un paralogisme, où l'examen du lien de causalité est en effet biaisé dès le départ »⁷⁹². Refuser la causalité ne serait que l'expression d'un parti pris idéologique⁷⁹³. « S'érigeant en zélé gardien du temple de la déesse Causalité », le parti « anti-perruchiste » ferait valoir « qu'on ne saurait voir la causalité là où il n'y en a pas et qu'il n'est pas permis d'en dénaturer le concept, précisément parce que le rapport de cause à conséquence est affaire de nature et de nécessité à l'égard desquelles toute liberté est par principe proscrite »⁷⁹⁴. Ce serait nier par là la dimension fondamentalement *politique* et *idéologique* du débat. « Car enfin qui croira que les tenants d'un lien direct ou indirect entre l'erreur de diagnostic et le handicap subi ne controversaient que pour les beaux yeux de la déesse Causalité ? »⁷⁹⁵ Autrement dit, il n'y aurait pas de notion tangible de causalité dans le droit de la responsabilité. Concept sans réelle consistance, il serait voué à être déformé en fonction des intuitions politiques, morales, personnelles des juges⁷⁹⁶. Ce scepticisme quant à la causalité vaut, d'ailleurs, pour l'ensemble des concepts juridiques : « selon toute

⁷⁹¹ Olivier Cayla, « Le droit de se plaindre, analyse du cas (et de l'anti-cas Perruche) », in *Du droit de ne pas naître*, Le débat, Gallimard, 2002, pp. 30-31.

⁷⁹² O. Cayla, « Le droit de se plaindre », *op. cit.* p. 34. L'auteur admet néanmoins quelques pages plus loin que « puisque c'est l'avortement qui a été empêché par l'erreur de diagnostic, on peut difficilement disconvenir que la plainte de Nicolas Perruche porte sur le fait non seulement d'être handicapé, mais aussi, et nécessairement d'être tout simplement né », *ibid.* p. 60.

⁷⁹³ « Un choix politique et idéologique foncièrement « Pro Life » qui, au nom du concept contemporain de « dignité de la personne humaine », ne fait que réactualiser la guerre traditionnelle que les anti-Modernes livrent sans relâche, depuis le XVIII^e siècle, contre les droits subjectifs de l'individu, c'est-à-dire contre la liberté de disposer de soi ». O. Cayla, « Le droit de se plaindre », *op. cit.* p. 35.

⁷⁹⁴ O. Cayla, « Le droit de se plaindre », *op. cit.* p. 36.

⁷⁹⁵ Ph. Jestaz, « Une question d'épistémologie », RTD civ. 2001, p. 547, spéc. p. 550. V. égal. Denys de Béchillon, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? Réflexions, à propos de la controverse Perruche, sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire », RTD civ. 2002, p. 47.

⁷⁹⁶ « Peu m'importe que les notions de causalité ou de dommage aient été -peut-être- déformées : ce sont de pures créations de l'esprit, non des êtres de chair et de sang. Et d'ailleurs déformées par rapport à quoi ? Par rapport à un état antérieur qui lui-même déformait le précédent et ainsi de suite. La prétendue déformation (à connotation péjorative) est en réalité une évolution qu'on a aussi le droit d'approuver ! Les notions juridiques ne cessent d'évoluer et leurs rares moments de stabilité sont plus apparents que réels. » D'ailleurs, « certains d'entre elles ont, dans le même temps historique, une géométrie variable. On les dit alors fonctionnelles, mais en vérité elles le sont toutes puisqu'étant au service de l'homme et non l'inverse » Ph. Jestaz, « Une question d'épistémologie », art. préc. p. 554.

probabilité (...) les essences n'existent pas en droit »⁷⁹⁷. Le droit charrie des valeurs et des idéologies, mais « pris en lui-même et indépendamment des valeurs qu'on lui insuffle dans tel ou tel système particulier », il « se réduit à une pure technique »⁷⁹⁸. Concernant la causalité, comme pour le reste, le droit « ne peut (et ne fait) qu'opter pour un parti ontologique, logique ou moral, sans détenir plus de titre que quiconque pour ce faire »⁷⁹⁹. Dans cette optique, il pourrait même tenir des propos absurdes⁸⁰⁰.

Si ces propos ont une intention et une portée dépassant largement la simple question du lien de causalité⁸⁰¹, ils expriment un scepticisme rappelant celui des auteurs américains. La notion de causalité n'ayant aucun véritable sens qui s'imposerait au juge, celui-ci ne s'y référerait que pour apporter une justification purement formelle à une solution choisie en fonction de considérations foncièrement politiques. Tout, d'ailleurs, ne serait jamais que choix politique, la technique juridique n'étant qu'un habillage. Certes, on a précisé qu'il ne faudrait pas voir dans cette perspective « l'idée d'un arbitraire complet », défini comme le fait de faire « triompher une prétention quand tous les bons arguments vont en faveur de la prétention adverse »⁸⁰². Simplement, dans les cas difficiles, le juriste, lorsqu'il propose une solution « ne peut prétendre après coup que celle-ci se déduit simplement du droit existant et par la seule vertu de la technique juridique », « car, en réalité, sa solution découle du

⁷⁹⁷ Ph. Jestaz, « Une question d'épistémologie », art. préc. p. 554 note (8).

⁷⁹⁸ Ph. Jestaz, *ibid.* p. 555.

⁷⁹⁹ En revanche, il revient au juriste « d'aider à forger ensuite des instruments et des techniques pour rendre praticable, en droit, la réponse politique à laquelle il s'est rallié », D. de Béchillon, O. Cayla, Y. Thomas, « L'arrêt Perruche, le droit et la part de l'arbitraire », art. préc.

⁸⁰⁰ Il faut pouvoir « envisager la liberté (...) comme une sorte de droit inaliénable à la folie » en permettant à l'individu de commettre une contradiction performative, en s'abstenant de tenir pour « nécessairement interdit ce qui apparaît comme logiquement impossible ». « Dénier à la parole entachée de contradiction performative toute capacité de signifier, c'est alors priver le *refus suicidaire* de communication de la possibilité même de *se dire*, et c'est donc *a contrario* aussi empêcher d'accéder à l'existence l'expression de la *libre adhésion* et participation à la communauté formée autour d'un jeu de langage. » O. Cayla, « Le droit de se plaindre... », *op. cit.* pp. 66-67. « C'est par la liberté de commettre une contradiction performative que se pense, au rebours de la démarche contemporaine, la possibilité d'un *fondement démocratique* de l'ordre politique. », *ibid.* pp. 72-73.

⁸⁰¹ M. Cayla défend une *théorie de la signification*, qui vaudrait pour les qualifications ordinaires ou scientifiques, selon laquelle l'emploi d'un mot est effectué non pas pour son « adéquation à la chose attestée par un pur jugement de fait », mais pour « sa convenance à la « qualité » de l'interlocuteur qu'on veut bien prendre en considération, à la suite d'un jugement de valeur, selon lequel il est préférable de s'entendre avec lui, en procédant aux mêmes qualifications que lui, en usant du même vocabulaire que le sien, bref en allouant aux mots le même sens que lui et en instaurant avec lui une communauté de langage ». O. Cayla, « La qualification », *Droits* n°18 1993. V. égal. sa thèse, *La notion de signification en droit, Contribution à une théorie du droit naturel de la communication*, thèse Paris 2, 1992.

⁸⁰² P. Jestaz, « Une question d'épistémologie », art. préc. p. 549.

choix ontologique (ou moral ou logique) opéré par lui, la technique n'étant ici qu'une façon d'habiller ce choix »⁸⁰³. Concernant la causalité, qui est, toujours, une question difficile, cette optique conduit à admettre que les juges tranchent les questions de causalité « par sentiment ». Peu importe la réalité matérielle des faits donnant lieu au litige : seuls comptent les points de vue subjectifs que les tribunaux entendent faire prévaloir.

226. Conclusion du paragraphe. Ce paragraphe nous a permis de mettre en évidence un scepticisme modéré qui, admettant une conception minimale de la causalité au travers de la notion de *facteur substantiel*, renvoie la plupart des questions de causalité à l'administration de la responsabilité, donc à une *politique juridique* menée dans une optique de *social engineering*. En particulier, la question relative à la limitation, dans le temps et dans l'espace, des effets d'un acte humain –donc la question de l'étendue de la responsabilité- serait d'abord une affaire de politique jurisprudentielle. Dans une autre perspective, un scepticisme plus radical conduit à dénier toute consistance au concept même de causalité qui ne serait, dans le droit de la responsabilité, qu'un *instrument* technique permettant la légitimation des choix préalablement opérés par le juge. En particulier, la condition *sine qua non*, de par le raisonnement contrefactuel qu'elle implique, ne peut constituer un critère objectif et laisse libre cours à l'appréciation subjective. Le scepticisme radical, qui consiste à ne voir dans les jugements de causalité que l'expression d'un arbitraire judiciaire, a été relayé en France lors des débats engendrés par l'arrêt Perruche. Aucune notion tangible de causalité ne permettrait, dit-on, de contester le lien tracé par la Cour de cassation entre la faute médicale et le handicap du jeune Perruche. La solution de l'affaire Perruche, quelle qu'en soit la direction, ne pouvait découler que de choix politiques, et même idéologiques.

Dans leur principe même, ces dernières positions sont inquiétantes. Si « les règles de responsabilité reposant sur la causalité ne dissimulent en fait que des enjeux politiques, l'intégrité du droit privé est une illusion »⁸⁰⁴. Il ne servirait à rien d'étudier les notions juridiques : toute théorie serait illusoire. Cependant, aux Etats-Unis, la majorité des auteurs sceptiques ne se sont pas contentés d'invoquer l'arbitraire judiciaire. Assumant le principe

⁸⁰³ P. Jestaz, *ibid.* p. 551.

⁸⁰⁴ N. Simmonds, « La causalité et la preuve », art. préc. p. 108. L'idée d' « intégrité du droit » (*Law as integrity*) est une thématique souvent reprise par les auteurs qui se situent dans le sillage de R. Dworkin.

d'une politique sociale menée par le juge, ils ont élaboré d'autres théories et d'autres critères de la responsabilité.

§2. Implications de l'analyse sceptique

227. Etant posé que l'attribution de la responsabilité n'a rien à voir avec ce que l'on peut entendre –philosophiquement, scientifiquement ou ordinairement- par le terme de « cause », il convient d'identifier les arguments permettant de trancher les questions de responsabilité. Ces considérations, pour les réalistes, sont, pour la plupart, des arguments de « politique juridique ». Mais la notion de « politique juridique » est toutefois bien imprécise. Ceux qui l'invoquent ont, en effet, en tête des optiques très différentes. En particulier, tous les auteurs ne sont pas d'accord sur la nécessité de conserver, ou non, le critère de la condition *sine qua non*, même s'ils se retrouvent sur le rejet et le remplacement de la notion de *proximate cause*. Nous mentionnerons ici trois pistes envisagées par les auteurs américains, qui ont également été mentionnées en France. Il s'agit d'une part, du critère de prévisibilité, justifié par la théorie du risque (1), d'autre part, de considérations morales (2) et, enfin, des éléments tirés de l'analyse de l'efficacité économique de la responsabilité civile (3).

1. La théorie du risque

228. Pour la majorité des auteurs américains⁸⁰⁵, c'est l'idée de risque qui doit gouverner les décisions en matière de responsabilité. Le dommage est attribué à celui sur qui pèse le risque. En outre la responsabilité doit s'étendre aux dommages qui correspondent aux *types* de dommages dont le risque constituait la raison, ou une raison, de la responsabilité.

229. La « *risk theory* »⁸⁰⁶. Les auteurs américains ne sont pas toujours clairs sur la question de savoir sur qui, de la victime ou du défendeur, doit peser le risque du dommage,

⁸⁰⁵ V. Fleming James and Perry, « *Legal cause* », (1951) 60 *Yale Law Journal*, 761. Goodhart, *Essays in Jurisprudence and the Common Law*, chap 6 et 7 in *Cambridge Legal Essays*, p. 101 et s. et (1930) 39 *Yale Law Journal* 449.

⁸⁰⁶ Seavey « *Mr Justice Cardozo and the Law of Torts* » (1938-9) 52 *Harvard Law Review*, 372; « *Principles of torts* », 56 *Harvard Law Review*, (1942), 72. Glanville Williams « *The Risk Principle* » (1961) 77 *Law Quarterly Review* 179.

et pourquoi⁸⁰⁷. Il est toutefois logique que le risque soit supporté par celui qui l'a généré. Le risque se définissant comme la probabilité de causer un dommage, la théorie aboutit à reprendre et généraliser le critère de la probabilité. La responsabilité doit correspondre, dans son principe et son étendue, *aux types de dommages dont la probabilité de survenance a justifié la règle de responsabilité*. Autrement dit, la probabilité, ou prévisibilité, s'applique tant pour décider du principe de la responsabilité, en permettant de qualifier la négligence⁸⁰⁸, que pour désigner les dommages réparables. On l'a également mobilisée dans le cadre de la responsabilité objective (« *strict liability* »)⁸⁰⁹. Dans la responsabilité pour faute, la théorie aboutit à faire de la prévisibilité à la fois le critère de la négligence et celui de la causalité⁸¹⁰. De fait, on a trouvé cette solution dans des décisions tant anglaises qu'américaines. On peut, à cet égard, lui rattacher la jurisprudence anglaise relative au *Wagon Mound n°1*⁸¹¹. La théorie est également illustrée par la position adoptée du Juge Cardozo dans l'arrêt *Palsgraf* de 1928, qui restreint la responsabilité aux hypothèses dans lesquelles le dommage relevait bel et bien du risque protégé⁸¹².

D'autres affaires furent commentées, dans cette perspective, par Leon Green. Tel fut le cas d'une affaire texane impliquant une succession d'événement, *Hines v. Morrow* (1921)⁸¹³. Le défendeur avait laissé un trou sur une route, en violation d'une obligation légale (« *statutory duty* »). La victime se cassa une jambe en tentant d'aider un camion à sortir du trou. Le défendeur arguait que le dommage était imprévisible et trop éloigné de la faute. Mais « ce n'était pas la question. Le seul problème était de savoir *si le risque concerné tombait sous le coup de la règle sur laquelle la victime s'était fondée*,⁸¹⁴ c'est-à-dire

⁸⁰⁷ Hart et Honoré, *op. cit.* p. 285.

⁸⁰⁸ On parlera surtout de prévisibilité dans le cadre de la négligence, alors que d'autres *torts* feront plutôt appel à l'idée de probabilité objective.

⁸⁰⁹ On la retrouve aussi dans la responsabilité pénale. Dans les projets successifs de *Model Penal Code* de l'*American Law Institute*, la condition de causalité est réduite à la condition *sine qua non*, à laquelle on ajoute la question de savoir si le dommage était recherché par l'accusé ou « dans le risque » (« *within the risk* ») dont il aurait dû être conscient.

⁸¹⁰ Hart et Honoré, *op. cit.*, p. 254 Les auteurs estiment que la prévisibilité est bien plus liée à la notion de responsabilité que la causalité.

⁸¹¹ *The Wagon Mound (N°1)* [1961] AC 338.

⁸¹² V. *supra* n°211.

⁸¹³ *Hines v. Morrow* (1921) 236 SW 183 (Texas Civil Appeals).

⁸¹⁴ Nous soulignons.

l'obligation du défendeur de conserver le carrefour dans un état convenable »⁸¹⁵. Dans une autre affaire jugée dans le Connecticut, *Mahoney v. Beatman* (1929), le conducteur d'une voiture conduisait du mauvais côté de la route. La victime arrivait, à une vitesse excessive, de la direction opposée. Une collision s'ensuivit qui amena le véhicule de la victime à s'encaster entre un arbre et un rocher. Le juge de première instance décida que la vitesse déraisonnable à laquelle roulait la victime n'avait pas eu d'influence sur la collision, mais avait largement contribué à faire perdre le contrôle du véhicule de la victime après l'impact. Il accorda donc réparation pour la collision initiale mais pas pour le dommage final (à l'exception de « *nominal damages* »)⁸¹⁶. En appel, on jugea que la victime pouvait se faire indemniser pour l'intégralité de son dommage au motif que la faute du défendeur constituait un « facteur substantiel » du dommage. Pour Green, le premier juge avait confondu causalité et responsabilité : en prétendant opérer un jugement de causalité, le juge avait seulement exprimé l'idée selon laquelle la vitesse excessive de la victime ne devait pas exonérer le défendeur de sa responsabilité⁸¹⁷. « Si la règle, ajoutait l'auteur, qui interdit de rouler à gauche avait pour objet d'éviter les collisions, en revanche la règle limitant la vitesse ne visait certainement pas l'hypothèse dans laquelle un automobiliste roulerait du mauvais côté de la route. Ainsi, les deux obligations ont des champs différents, elles comprennent différents risques. La violation de l'une ne peut être utilisée comme une cause d'exonération pour la violation de l'autre, même s'il est admis que les deux violations ont contribué au même résultat »⁸¹⁸.

230. La probabilité, critère d'illicéité⁸¹⁹. Le critère de prévisibilité conduit logiquement à la responsabilité pour le dommage prévisible et l'exonération pour le dommage imprévisible. Il faut toutefois distinguer une première version, qui persiste à

⁸¹⁵ « *This was not the issue. The only problem was whether this risk fell within the radius of the rule which the plaintiff relied on, i. e. the defendant's duty to keep the crossing in proper repair* », *Rationale...*, *op. cit.*, p. 22.

⁸¹⁶ En effet, le droit du Connecticut n'admettait pas, à l'époque, de morcellement de la réparation (« *apportionment of damages* »). La faute de la victime (« *contributory negligence* ») exonérait donc intégralement le responsable. Les juges ont indiscutablement tenu compte de cette règle dans leur décision, pour ne pas priver la victime de réparation.

⁸¹⁷ *Judge and Jury*, *op. cit.* p. 231 et s.

⁸¹⁸ « *The two duties have different scopes; they comprehend different risks. The violation of one cannot be set off as a defence to the violation of the other, even though both violations admittedly contributed to the same result* » *Judge and Jury*, *op. cit.*, p. 234.

⁸¹⁹ V. Keeton, *Legal Cause in the Law of Torts* (Columbia, 1963).

exiger la preuve de la condition *sine qua non*, avant de se fonder sur la prévisibilité, et une seconde version, dans laquelle seule la probabilité compte. Dans cette dernière version, la théorie dispense la victime de prouver une causalité dès lors que son dommage relève du risque qui a justifié la responsabilité. Peu importe, donc la causalité effective. Le droit allemand a admis, dans le cadre de la théorie de la relativité aquilienne, des considérations analogues. « C'est la considération des intérêts protégés –qu'il s'agisse d'une norme légale ou d'une norme conventionnelle- qui doit permettre de dire si et dans quelle mesure l'auteur répond des conséquences de son acte ou de son fait »⁸²⁰.

231. Le problème des dommages en cascade. La principale objection à la théorie concerne le problème la réparation du *dommage consécutif*⁸²¹ (« *ulterior harm* ») que la théorie conduit à exclure de la réparation. On a proposé de considérer le dommage comme prévisible dès lors qu'immédiatement après le fait initial, sa survenance était probable aux yeux de celui qui connaissait les circonstances. Le dommage consécutif peut ainsi être réparé, même celui qui découle d'une erreur médicale postérieure à un accident de la route⁸²². Cette analyse conduit à vider la théorie de son contenu. Inversement, d'autres conceptions, plus restrictives, ont suggéré que le défendeur ne soit responsable que des conséquences prévisibles survenues *de manière* prévisible, de façon à exclure les hypothèses où le dommage, certes prévisible en lui-même, s'est produit de manière inhabituelle grâce à l'intervention d'événements imprévisibles. Ces discussions montrent que le critère retenu, loin de régler toutes les difficultés, engendre des solutions diamétralement opposées.

Au total, la probabilité de dommage ou prévisibilité constitue indiscutablement un critère important de la responsabilité, largement retenu en *Common Law*. Il n'a toutefois pas abouti à exclure totalement la condition de causalité. Bien souvent, on ne fait que l'ajouter au critère préalable de la condition *sine qua non*. Certains Etats américains voient ainsi la condition de causalité dans la *but-for cause* à laquelle s'ajoute la condition de prévisibilité : ce faisant, toute référence à la *proximate cause* est exclue. .

⁸²⁰H. Deschenaux, « Norme et responsabilité », art. préc. p. 401.

⁸²¹ Hart et Honoré, *op. cit.*, p. 289.

⁸²² Ce qui revient à changer la théorie puisque le risque d'erreur médicale n'est pas celui qui justifie la responsabilité en cas d'accident de la circulation (même si l'on peut admettre que l'erreur médicale n'est pas totalement improbable du point de vue de celui qui est blessé).

2. L'appréciation morale

232. Le critère de l'appréciation morale en *Common Law*. Si la condition de causalité n'est qu'un critère dépourvu de sens, rien n'exclut que sa qualification intègre des considérations morales relatives au comportement des parties. Certains auteurs ont ainsi proposé la prise en compte de critères moraux⁸²³. Ont ainsi été évoquées les idées de culpabilité morale (« *moral guilt* ») ou de blâme (« *blameworthiness* »). Ces critères sont conçus comme se superposant à l'exigence d'une condition *sine qua non*. Si l'acte du défendeur constitue une condition *sine qua non* du dommage et qu'il est, en outre, moralement blâmable, la responsabilité est acquise. Comme le risque, l'idée de blâme moral (« *moral blameworthiness* ») n'est d'ailleurs pas propre à l'appréciation de la causalité : elle constitue un élément pris en compte de manière générale dans la mise en œuvre de la responsabilité⁸²⁴. On a, par ailleurs, suggéré de tenir compte de la gravité des actes commis pour déterminer la limite de l'enchaînement des causes et des conséquences. Ainsi, pour une même place dans la chaîne causale, le juge retiendra ou non la responsabilité selon la gravité de la faute⁸²⁵. La gravité de la faute doit d'ailleurs être évaluée à la fois en fonction de l'élément moral du délit, soit l'état d'esprit du défendeur, et de l'élément matériel du même délit, qui engendrait une certaine probabilité de dommage plus ou moins grave. Le critère de probabilité est ainsi réintroduit dans celui de l'appréciation morale de la conduite du défendeur.

233. La théorie de la causalité morale. En France, Paul Esmein, dont nous avons évoqué le scepticisme à l'égard de la causalité⁸²⁶ proposa également une conception morale de la condition de causalité. La prise en compte de la causalité par le droit n'est pas seulement celle d'une causalité matérielle, mais aussi celle d'une causalité morale. La faute étant le fondement général et nécessaire de toute responsabilité, c'est l'idée d'obligation violée qui doit gouverner la mise en œuvre de cette dernière. Il ne peut donc y avoir de causalité que fondée sur une telle faute, ce qu'exprime l'idée de causalité morale. Seule la

⁸²³ Kelley, « *Causation and Justice: a comment* », (1978) *Washington University Law Quarterly* 635.

⁸²⁴ Clarence Morris, « *Policy and Remoteness* » (1973-4) 6 *Ottawa Law Review* 18.

⁸²⁵ « *The more reprehensible the conduct, the more readily will judges find a causal connexion between the conduct and the injury complained of* » F. S. Cohen, « *Field Theory and Judicial Logic* » (1950) 59 *Yale Law Journal*, 238, cité par Hart et Honoré, p. 303 note 42.

⁸²⁶ P. Esmein, « Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité », D. 1964 I p. 205 ; « Trois problèmes de responsabilité civile », RTD civ. 1934 p. 317. Planiol, Ripert et Esmein, *Traité pratique du droit civil français*, t. VI, *Obligations*, 1^{re} partie, 2^e éd. n°538 et s.

causalité morale justifie la sanction d'une omission. Seule la causalité morale permet de trancher le problème de pluralité des conditions du dommage en désignant, parmi les conditions *sine qua non*, l'acte fautif. Seule, enfin, la causalité morale permet de régler la question de l'étendue des effets de la responsabilité. A ce sujet, la limite des effets de l'acte fautif doit être tracée à l'aide de ce qu'il était raisonnablement possible de prévoir du point de vue du défendeur. En effet, l'imprévisibilité du dommage correspond nécessairement à une absence de culpabilité de l'auteur. En résumé, Esmein admettait volontiers le critère de la condition *sine qua non* à la condition de lui ajouter d'autres considérations. En particulier, la considération de prévisibilité était, chez lui déterminante. La causalité morale permet de vérifier que le défendeur est à la fois juridiquement dans son tort et moralement blâmable.

3. L'efficacité économique

234. Si la théorie du risque et l'appréciation morale sont des critères présents depuis longtemps tant en France qu'en *Common Law*, l'argument tiré de l'efficacité économique est plus nouveau pour les juristes français⁸²⁷. Il s'est développé outre-Atlantique à partir des années 1960. En effet, les critiques virulentes formulées à l'encontre de la condition de causalité, et notamment la *proximate cause* ont incité les économistes à proposer leurs propres analyses de la notion.

Pour Guido Calabresi et Richard Posner, inspirés en cela par R. Coase, l'objectif principal de la responsabilité civile est de maximiser la richesse globale d'une société par la minimisation des coûts sociaux. Le droit de la responsabilité doit donc avoir, à la fois, un aspect de dissuasion (*deterrence*) des agents vis-à-vis de comportements générateurs de coûts et un effet plus général d'allocation des ressources. En cela, l'approche économique est « *forward looking* », tournée vers les conséquences de la responsabilité pour l'avenir. Dans ce cadre, la causalité n'a qu'un rôle limité à jouer dans l'attribution de la responsabilité. Le responsable doit être celui qui, pour l'avenir, est en mesure d'éviter, au moindre coût, la survenance d'un dommage de même type.

⁸²⁷ V. toutefois Grégory Maître, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, préf. H. Muir Watt, LGDJ, coll. Droit et Economie, Paris, 2005.

235. L'analyse fonctionnelle de la causalité. Dans une étude célèbre⁸²⁸, Guido Calabresi promeut une approche purement *fonctionnelle* de la causalité dans le droit de la responsabilité⁸²⁹. L'essentiel, dit Calabresi, est que le terme « cause » soit flexible et permette de faire jouer à la responsabilité civile les différentes fonctions qui lui sont assignées. Il suffit donc de se reporter à ces fonctions⁸³⁰ pour identifier les principes d'interprétation de la notion de causalité dans la responsabilité civile, peu important le sens profond du terme « cause ».

La première d'entre elles est la *prévention des accidents* par l'imputation des coûts sociaux à ceux qui sont en mesure de les diminuer. L'auteur parle de « dissuasion de marché » (*market deterrence*) pour désigner le cas où le coût du dommage est tellement élevé qu'il entraîne, via le jeu du marché, une incitation à l'éviter. La prévention des accidents peut, par ailleurs, se faire de manière directe par la voie d'une interdiction générale de certaines activités (*collective deterrence*). En outre, il faut tenir compte de l'impératif *d'indemnisation des dommages (compensation goals)* qui comporte, pour Calabresi, deux aspects : d'une part, l'idée selon laquelle la répartition des coûts sociaux (*loss-spreading*) entre un grand nombre d'intervenants permet d'atténuer leur poids, comme c'est le cas dans la mutualisation qu'opère l'assurance ; d'autre part, l'objectif de redistribution des richesses réalisable par l'imputation des coûts aux plus riches (« *deep pocket* »)⁸³¹.

C'est à l'aune de ces différentes fonctions qu'il faut, dit Calabresi, apprécier les trois conceptions de la causalité présentes dans le droit de la responsabilité : l'idée de « lien causal » probabiliste, fondée sur la probabilité de dommage, celle de condition *sine qua non*, et la notion de *proximate cause*, dont il estime qu'elle correspond à toute action à laquelle le système juridique attache une responsabilité (totale ou partielle)⁸³². A cet égard, la notion de *proximate cause*, peut véhiculer n'importe quelle politique juridique et servir

⁸²⁸ Guido Calabresi, « *Concerning Cause and the Law of Torts, an Essay for Harry Kalven Jr* », 43, *University of Chicago Law Review* 69 (1975). V. égal. « *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts* » 70 *Yale Law Journal*, 499 (1961).

⁸²⁹ « *In the law, cause-in-fact (as it was once called), like proximate cause, is in the end a functional concept designed to achieve human goals* », art. préc. p. 107.

⁸³⁰ Ces fonctions font l'objet de l'étude précitée « *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts* ».

⁸³¹ Aux yeux de l'auteur, ces autres fonctions sont elles aussi, de nature à promouvoir la minimisation des coûts sociaux.

⁸³² A cet égard, la *proximate cause*, qui est une cause *juridique*, peut fort bien n'être ni une condition *sine qua non* du dommage, ni une cause augmentant la probabilité de ce dernier.

les quatre objectifs de la responsabilité civile. De leur côté, le critère de probabilité et la condition *sine qua non* -qui peuvent se recouper ou diverger- servent particulièrement l'impératif de prévention des dommages et, en particulier, l'identification de celui qui peut éviter le dommage au moindre coût. En revanche, elles sont sans intérêt lorsqu'on cherche à imputer la réparation des dommages dans une optique de répartition des coûts (*loss spreading*)⁸³³ ou de redistribution des richesses.

L'approche exclusivement fonctionnelle de la causalité revendiquée par l'auteur conduit à faire varier le concept de cause selon les situations et l'objectif poursuivi. La notion de causalité est à ce point relative et vide de sens⁸³⁴ qu'elle permet seulement de servir les fonctions de la responsabilité identifiées par l'auteur. Cela signifie, dans son esprit, qu'il vaut mieux s'intéresser aux objectifs de la responsabilité et aux moyens de les atteindre plutôt que s'interroger sans fin sur ce que recouvre l'idée de causalité.

236. Conclusion du paragraphe. Le scepticisme causal a conduit les auteurs à proposer des éléments de solution à la question de l'attribution de la responsabilité sans se fonder sur une notion de causalité qui ne peut être déterminée ou donner lieu à un examen objectif. Ce faisant, les propositions élaborées restent relativement proches de la notion de causalité en consacrant une large place au critère de la probabilité *ex ante*. Quels que soient les auteurs abordés, les optiques retenues, la même idée revient : probabilité, ou prévisibilité. Or nous avons vu que la probabilité est intrinsèquement liée à la causalité : c'est parce que nous avons l'expérience de causalités passées que nous sommes en mesure de prévoir ce qui se produira dans l'avenir. Quant à l'analyse économique, elle récuse tout examen des faits de l'espèce au profit de considérations d'efficacité déterminées par rapport à certains objectifs généraux : la causalité est en principe évacuée.

On notera que, parmi les auteurs sceptiques, certains se sont opposés au principe même de l'élaboration de théories de rechange, estimant qu'il revient au seul juge d'élaborer la politique qu'il entend mener. En outre, il serait impossible de proposer des solutions à la question de l'existence ou de l'étendue de la responsabilité : aucun principe général ne peut

⁸³³ Pour laquelle Calabresi admet que la meilleure solution consiste en la création de fonds mutualistes.

⁸³⁴ « In law the term « *causes* » is used in different guises, but always to identify those pressure points that are most amenable to the social goals we wish to accomplish (...). Where goals differ, so does the practical definition of causation. », G. Calabresi, « Concerning cause... », art. préc. p. 106

être élaboré⁸³⁵. Autrement dit, non seulement il est impossible de déterminer ce qu'est vraiment, la causalité, mais il est également impossible d'identifier des principes guidant la mise en œuvre de la responsabilité. Au juge de trouver la solution de manière plus ou moins intuitive afin d'aboutir à une décision socialement acceptable. Ce qui compte est le sens du jugement (« *sense of judgement* ») du juge dans chaque espèce, fondé sur sa propre perception de ce qui est opportun ou juste.

237. Conclusion du chapitre. Parties des difficultés engendrées par la notion de *proximate cause* et la question de l'étendue de la responsabilité, les analyses sceptiques en sont venues à douter de la possibilité même de tracer des règles ou des principes gouvernant l'attribution de la responsabilité civile. Certes, il se trouve des auteurs pour vouloir déterminer et analyser les objectifs de politique sociale poursuivis par le droit de la responsabilité. Mais la question de la causalité est, dans l'ensemble, renvoyée à l'analyse du juge. On comprend donc, au regard des analyses sceptiques des auteurs américains, que Hart et Honoré aient souhaité restaurer la notion de causalité en tentant de prouver qu'elle avait un véritable sens.

⁸³⁵ « *These considerations are indefinite in number and in value and incommensurable* ». Edgerton. « *Legal Cause* », (1972) 72 *University of Pennsylvania Law Review* 211. Clarence Morris, « *The Teaching of Legal Cause* » (1939) 39 *Columbia Law Review* 1087. Comp. Hart et Honoré, *op. cit.* p. 257.

CHAPITRE II

CONTENU DE LA THEORIE DE LA CAUSALITE ORDINAIRE

238. « Beaucoup de mots n'ont pas de sens strict, disait Wittgenstein, mais il ne s'agit pas d'un défaut. Penser le contraire serait comme dire que la lumière de ma lampe de travail n'a rien d'une véritable lumière, parce qu'elle n'a pas de frontière nette »⁸³⁶. Ces propos résument la position de Hart et Honoré face au scepticisme causal. Dépasser le problème ontologique posé par la causalité au moyen d'une réflexion sur le langage, tel est le programme ambitieux que les deux auteurs se sont fixés, dans la filiation de la philosophie du langage ordinaire de l'Ecole d'Oxford. Mais leur réflexion va plus loin qu'une simple incitation à l'étude du langage ordinaire. Par le rejet de tout conceptualisme (*conceptualism*) et le renvoi à la causalité telle qu'elle est entendue dans le langage quotidien⁸³⁷, les auteurs livrent une magistrale réflexion sur le recours au « sens commun » dans le raisonnement juridique⁸³⁸. Quelle autre notion, en effet, que la causalité pouvait

⁸³⁶ Ludwig Wittgenstein, « Le cahier bleu », *Le cahier bleu et le cahier brun*, Gallimard, coll. Tel, 1996, p. 71.

⁸³⁷ « Isoler les principaux aspects des concepts latents dans le langage causal, bien que cela implique certainement l'étude des tendances dominantes de leur usage, ne correspond pas à fournir un code pour l'utilisation d'un tel langage : encore moins s'agit-il d'élaborer des règles à partir desquelles les décisions jurisprudentielles relatives à la causalité pourraient être déduites. L'utilité d'un examen conceptuel de cette sorte est d'augmenter notre compréhension et notre capacité critique à propos du contexte juridique à l'intérieur duquel la pensée juridique évolue et de permettre la formulation claire de facteurs constamment récurrents qui ont du poids, même de façon non concluante dans les décisions » (« *To isolate the main features of the concepts latent in causal language, though it certainly involves the study of the dominant trends of usage, is not to provide a code for the use of that language : still less is it to construct rules from which legal decisions on causal questions can be deduced. The utility of a conceptual investigation of this sort is to increase our understanding and powers of criticism of the framework within which legal thought moves and to permit the clear formulation of constantly recurrent factors which count, though not conclusively, for or against decisions.* »), Hart et Honoré *op. cit.* p. 3.

⁸³⁸ En filigrane de ces discussions se profilent des débats théoriques concernant les modes de création du droit et le rôle du juge sur lesquels les différents auteurs ont tendance à se prononcer en fonction de leur bagage culturel. Les auteurs américains font plus confiance aux tribunaux que les anglais. David Howarth, *Book Review*, 96, *Yale Law Journal* (1987) 1389.

intéresser le théoricien⁸³⁹ ? Si la démarche est louable, reste à déterminer si la causalité du langage ordinaire permet de résoudre les problèmes posés par la mise en œuvre de la responsabilité civile. Nous étudierons d'abord les principes de la théorie (section 1), puis son intérêt (section 2).

Section 1. Principes de la théorie de la causalité ordinaire

239. La tentative de Hart et Honoré s'inscrit dans une conception du langage juridique comme devant refléter les représentations courantes, du moins pour tout ce qui a trait aux « questions de fait » (*question of fact*), ici entendues comme les questions donnant lieu à des jugements d'existence⁸⁴⁰. Le droit, disent les deux auteurs, n'est pas supposé se représenter la réalité autrement que le ferait l'homme de la rue⁸⁴¹. A cet égard, l'objectif revendiqué par Hart et Honoré n'est pas de proposer une solution nouvelle à la question causale, mais de faire état de l'utilisation effective de la notion de causalité dans le droit de la responsabilité. A cet effet, les auteurs se reposent, dans leur ouvrage, sur environ 1 100 décisions rendues dans les pays de *Common Law*, notamment en Angleterre et aux Etats-Unis. Afin d'expliquer la manière dont le juge démêle les questions de causalité, il convient donc d'étudier le langage ordinaire (§1) ce qui permet de dégager une notion ordinaire de causalité (§2).

⁸³⁹ La question de la causalité a cristallisé, au cours du XXe siècle l'intérêt de tous ceux qui, parmi les juristes anglo-américains, ont souhaité promouvoir une certaine conception du droit et du raisonnement juridique. Formalistes, pragmatistes, réalistes, économistes du droit, positivistes : chaque courant de pensée a produit des analyses de la causalité, conçue comme *la* question, par excellence, illustrant les difficultés de la « *jurisprudence* ».

⁸⁴⁰ Pour les *common lawyers*, la distinction entre « question de fait » et « question de droit » n'a pas la même signification ni les mêmes implications qu'en droit français. La question de fait met en jeu une représentation de la réalité passée, alors que la question de droit est relative à la décision qu'il convient de prendre. La distinction n'a une incidence procédurale qu'en droit américain, dans lequel les questions de fait relèvent du jury.

⁸⁴¹ Il ne faut pas croire que l'idée d'un droit dominé par les notions de l'homme de la rue serait la marque d'un droit primitif (« *the metaphysics of the Stone Age* »), Hart et Honoré, *op. cit.* p. 2.

§1. L'étude du langage ordinaire

240. Le principe de l'étude du langage ordinaire est justifié par la « texture ouverte » du droit (A). Cette étude ne passe pas par la recherche de la signification ultime du terme considéré mais du contexte dans lequel il est couramment employé (B).

A. La « texture ouverte » du droit

241. **La philosophie du langage ordinaire.** La théorie de Hart et Honoré se situe dans le sillage de la philosophie du langage ordinaire de l'Ecole d'Oxford, très influente au milieu du XXe siècle⁸⁴². Cette philosophie peut se définir comme « un courant philosophique plus ou moins structuré qui soutient que le sens des concepts, y compris les concepts fondamentaux de la philosophie traditionnelle – par exemple les concepts de vérité et de connaissance – est déterminé par la pratique du langage »⁸⁴³. Les problèmes philosophiques ne sont que des malentendus linguistiques. Dissiper ces malentendus, répondre aux questions concernant le langage permettrait de résoudre, ou de dissoudre, les grands problèmes de la philosophie, qu'ils soient ontologiques, éthiques, esthétiques, épistémologiques et logiques⁸⁴⁴. L'essentiel est donc de se concentrer sur l'usage actuel des mots.

Dans la pensée de Hart, cette démarche philosophique est étendue aux notions utilisées en

⁸⁴² Au sein de la philosophie anglaise de cette époque, on oppose habituellement l'Ecole de Cambridge au courant de la philosophie analytique de l'Ecole d'Oxford. Pour résumer, les membres de l'Ecole de Cambridge estiment que le langage ordinaire est vague, ambigu, inapte à refléter le caractère « scientifique » de la nature des choses extérieures. Cette Ecole s'attache donc à construire des formes logiques et des concepts clairs, bien définis, influencés par les sciences exactes, notamment les mathématiques. En revanche, l'Ecole d'Oxford se concentre sur l'analyse du langage ordinaire, faisant valoir que les concepts des langues naturelles sont très riches. Les partisans de cette Ecole sont empiristes et évacuent toute métaphysique : ils recherchent, plutôt que la nature des choses auxquelles renvoient les termes, les diverses fonctions des concepts dans leur contexte d'emploi. Au sein de la philosophie analytique anglo-saxonne, l'Ecole de Cambridge est représentée par Russell et Wittgenstein alors que l'Ecole d'Oxford, dans laquelle s'inscrit la pensée hartienne, est marquée par J. L. Austin.

⁸⁴³ Eduardo Silva-Romero, *Wittgenstein et la philosophie du droit*, PUF 2002 n°22 note 2.

⁸⁴⁴ E. Silva-Romero, *op. cit.* n°12.

droit, pour peu que ces dernières aient pour fonction de désigner une réalité extérieure, comme c'est le cas de la causalité. Tout en adoptant un refus affiché de « faire système »⁸⁴⁵, la démarche consiste s'intéresser au « fonctionnement concret du langage » considéré comme un « instrument », en estimant que « le mode d'emploi, l'usage des mots, met sur la trace de structures qui restent invisibles dans toute autre perspective »⁸⁴⁶. Certes, la question du langage, et notamment du langage du droit n'est pas une problématique fondamentalement contemporaine⁸⁴⁷. Mais Hart la renouvelle en l'intégrant à une conception du droit à la fois théorique et pragmatique qui rejette toute prise de position philosophique⁸⁴⁸. On peut envisager, croit-il, la possibilité d'une théorie du droit sans philosophie. *Causation in the Law* se présente donc comme une réflexion fondée sur l'idée du caractère révélateur de l'usage des mots.

242. La « texture ouverte » du droit. Hart s'est inspiré de Friedrich Waissman, qui avait promu l'idée d'une « texture ouverte » des langages naturels en insistant sur la trame souple et lâche du langage ordinaire⁸⁴⁹. Waissman avait, en effet, remarqué que « nos énonciations saisissent parfois exactement, ou s'accordent exactement avec les caractéristiques du monde tandis que dans d'autres cas, ou à d'autres moments, il subsiste un doute, une ambiguïté sur ce qui est exactement saisi ou visé par ce que nous disons »⁸⁵⁰. Hart reprend, dans *Le concept de droit*⁸⁵¹, cette idée de « texture ouverte » pour l'appliquer au langage juridique. En effet, si les règles juridiques paraissent parfois s'appliquer très facilement et sans discussion à des cas et des situations particulières, dans d'autres

⁸⁴⁵ H. Ph. Visser't Hooft, « La philosophie du langage ordinaire et le droit », APD, 1972, p. 19 et s.

⁸⁴⁶ H. Ph. Visser't Hooft, « La philosophie du langage ordinaire et le droit », art. préc. p. 20. Cette optique permet de révéler « l'existence et la vertu régulatrice de l'usage des mots, qui opère au niveau pré-réflexif et que nous ne « connaissons » donc pas nous-mêmes », H. Ph. Visser't Hooft, « Causalité et sens commun », art. préc. p. 96.

⁸⁴⁷ V. Mohamed El Shakankiri, « Analyse du langage et droit chez quelques juristes anglo-américains de Bentham à Hart », APD, 1970, *Les philosophies du droit anglaises et américaines*, p. 113 et s.

⁸⁴⁸ On pourrait objecter que le refus de la philosophie est déjà une philosophie.

⁸⁴⁹ Friedrich Waissmann, « *Verifiability* », *Proceedings of the Aristotelian Society*, Supplementary Volume 20 (1946). v. Neil Max Cormick, « La texture ouverte des règles juridiques », in *Controverses autour de l'ontologie du droit*, sous la dir. de Paul Amselk et Christophe Grzegorzczak, PUF, 1989, p. 109.

⁸⁵⁰ N. MacCormick, art. préc.

⁸⁵¹ H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, trad. Michel Van De Kerchove, Publications des facultés universitaires St Louis, Bruxelles, 1976 ; *The concept of law*, Oxford, 1961. *Le concept de droit*, se veut à la fois une clarification des grands concepts de la pensée juridique par la méthode de l'analyse du langage et un essai de sociologie juridique descriptive.

occasions, l'application peut être problématique et exiger de faire appel à des arguments interprétatifs plus précis⁸⁵². Or les deux procédés permettant d'assurer la communication des modèles généraux de conduite⁸⁵³ -soit la règle générale, d'une part, qui fait « un usage maximum de termes généraux établissant des catégories » (la « législation ») et l'exemple, d'autre part, dont l'archétype est le précédent- laissent l'un comme l'autre ouvertes toute une série d'éventualités et d'incertitudes⁸⁵⁴. En effet, « il existe une limite, inhérente à la nature du langage, au pouvoir de nous guider que possèdent les formes générales d'expression du langage ». S'il y aura « des cas évidents, qui reviennent constamment dans des contextes identiques et auxquels il est clair que certaines expressions générales s'appliquent », « il y aura aussi des cas où le fait de savoir si ces expressions s'appliquent ou non, n'est pas clair »⁸⁵⁵. En effet, « les cas évidents dans lesquels les termes généraux paraissent ne requérir aucune interprétation et dans lesquels l'identification des cas d'application paraît ne poser aucune difficulté et être « automatique » ne consistent que dans les cas les plus familiers qui reviennent constamment dans des contextes semblables et pour lesquels il existe un accord général entre les jugements relatifs à l'applicabilité des termes qualificateurs ». Dans les autres hypothèses, « pour résoudre les doutes (...), celui qui se trouve appelé à les résoudre doit nécessairement poser un acte qui a la nature d'un choix entre différentes possibilités qui lui sont ouvertes »⁸⁵⁶. Au total, « l'incertitude au niveau des limites constitue le prix que l'on doit payer pour avoir recours à des termes généraux dans n'importe quelle forme de communication relative à des questions de fait », puisque « nous sommes des hommes et non des dieux » et que « le premier handicap réside dans notre relative ignorance de fait », le second résidant dans « notre relative

⁸⁵² N. MacCormick, art. préc.

⁸⁵³ « Une grande partie de la théorie du droit de ce siècle a pris progressivement conscience du fait important (qu'on a parfois exagéré) que la distinction existant entre les incertitudes de la communication assurée par un exemple qui fait autorité (le précédent) et la certitude de la communication assurée par une formulation linguistique générale dotée d'autorité (la législation), est beaucoup moins rigide que ne le suggère ce contraste naïf », H. L. A. Hart, *op. cit.* p. 155.

⁸⁵⁴ H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, *op. cit.* p. 157.

⁸⁵⁵ Ces derniers cas « constituent des situations de fait que la nature ou le génie inventif de l'homme renouvellent continuellement et qui ne possèdent que certains des traits qui caractérisent les cas évidents, et auxquels d'autres font défaut » Ainsi « l'idée selon laquelle le langage de la règle nous permet de repérer en toute simplicité des cas d'application facilement reconnaissables, s'effondre sous cet angle ; les notions de subsomptions et de conclusion tirées d'un syllogisme ne caractérisent plus le nerf du raisonnement emprunté pour déterminer le comportement qu'il convient d'adopter. », H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, *op. cit.* p. 158.

⁸⁵⁶ *Ibid.*

indétermination au niveau des fins »⁸⁵⁷.

L'indétermination du langage étant irréductible, il n'est pas possible de souscrire à la position formaliste selon laquelle le raisonnement juridique est purement déductif⁸⁵⁸. Hart concède donc au juge un certain pouvoir discrétionnaire en renvoyant à l'idée de « choix »⁸⁵⁹. Sa position se démarque pourtant du réalisme. Les notions juridiques sont, certes, indéterminées, mais pas de manière à laisser place aux décisions arbitraires des juges⁸⁶⁰. Le caractère nécessairement indéterminé –non pas radicalement, comme le soutiennent les réalistes, mais de manière relative- des catégories juridiques oblige seulement le juge, dans les hypothèses de doute, à opérer des choix qui dépendront de jugements de valeur, du poids qu'il souhaite accorder aux intérêts en présence, de l'objectif probable de la loi. Dans cette optique, la position de Hart est un moyen terme entre le positivisme traditionnel et le réalisme juridique. Concernant la causalité, il est possible d'admettre l'impossibilité de définir de façon nette et précise une notion aussi complexe, tout en refusant d'en déduire que son interprétation est à la discrétion (arbitraire) du juge. Le juge applique en la matière les idées du sens commun, celles de l'homme de la rue : le langage des juges, mais aussi leur état d'esprit, est toujours dominé par l'un ou l'autre des groupes de concepts causaux correspondant à la pensée ordinaire en matière de causalité.

B. L'approche contextuelle : la référence au sens commun

⁸⁵⁷ H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, *op. cit.* p. 159-160.

⁸⁵⁸ « Le défaut d'une théorie du droit que l'on dénonce sous le terme de formalisme ou de conceptualisme consiste en une attitude à l'égard des règles formulées verbalement qui cherche à la fois à déguiser et à minimiser la nécessité d'un tel choix, après que la règle générale a été édictée. » H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, p. 161.

⁸⁵⁹ C'est là que le bât blesse et que les critiques se font les plus virulentes, v. Pierre Bouretz, « Le droit et la règle : H.L.A. Hart » in *La force du droit, Panorama des débats contemporains*, sous la dir. de P. Bouretz, éd. Esprit, 1991, p. 41.

⁸⁶⁰ « En fait, tous les systèmes adoptent, selon des procédés différents, un compromis entre deux besoins sociaux : le besoin, d'une part, de règles certaines que les simples particuliers puissent appliquer à leur propre conduite en toute sécurité dans des domaines extrêmement vastes (...), et le besoin, d'autre part, d'abandonner à un règlement ultérieur faisant intervenir le choix avisé d'une autorité, des questions qu'on ne peut apprécier à leur juste valeur et résoudre adéquatement qu'au moment où elles se posent dans le cadre d'une situation concrète. (...) La théorie du droit possède à cet égard, une histoire curieuse ; elle est en effet aussi bien capable d'ignorer que d'exagérer l'imprécision des règles de droit. » H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, *op. cit.* p. 162. Dans ses écrits ultérieurs, Hart insistera de plus en plus sur l'idée d'indétermination en acceptant l'idée que « les cas nets eux-mêmes ne tirent pas leur clarté purement des conventions sémiotiques *in abstracto* mais à la lumière du contexte juridique et d'une sorte de lecture intentionnelle des termes utilisés », relativisant ainsi sa position sur le « noyau de certitude » des règles juridiques claires. N. MacCormick, art. préc. p. 112.

243. Pas d'essence, mais un contexte. La définition est un exercice particulièrement difficile : « nous sommes tous parfois dans cette situation difficile qui est fondamentalement celle de l'homme qui dit « je puis reconnaître un éléphant quand j'en vois un, mais je ne puis le définir » »⁸⁶¹. De fait, en se tournant vers l'examen du contexte sociologique et sémantique des concepts, on s'aperçoit qu'ils ont toujours un sens relatif, une fonction déterminée selon les propositions dans lesquelles ils sont employés (ce que traduit l'expression de « texture ouverte »). Pour donner un sens clair aux propositions, il faut connaître l'intention qui les anime, les circonstances et le milieu dans lesquels elles sont manipulées. La vraie méthode analytique est celle qui essaye de cerner une réalité ou un concept linguistique sans jamais prétendre découvrir son *essence*⁸⁶² : ce que nous croyons être le sens d'une certaine expression ne correspond pas toujours à la manière dont nous utilisons cette expression. En définitive, comme « tout concept est (...) soustrait à la tentative d'une définition exhaustive pour rester toujours de « texture ouverte » variable selon les circonstances de l'usage et la structure des propositions »⁸⁶³, il faut aborder de préférence le *contexte social* dans lequel le langage est utilisé. Il convient de chercher les circonstances dans lesquelles on recourt au concept, ainsi que sa fonction spécifique dans les phrases de notre langage ordinaire. Le langage ordinaire est en effet le dépositaire d'un *sens commun* qui opère dans notre jugement avant tout raffinement théorique.

244. L'application de cette méthode d'analyse du langage courant à la sphère du droit, sans nier pour autant la spécificité du langage juridique, paraît, sur le principe, fructueuse⁸⁶⁴. Elle suppose de revenir sur l'habitude intellectuelle, courante dans notre

⁸⁶¹ Il s'agissait, en l'occurrence d'illustrer les difficultés de la définition du droit. H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, *op. cit.* p. 27. L'anecdote renvoie à Saint Augustin : « Qu'est-ce donc que le temps ? Si personne ne me le demande, je le sais, mais si on me le demande et que je veuille l'expliquer, je ne le sais plus », Saint Augustin, *Confessions, livre onzième, chap. XIV*, trad. J. Trabucco, GF Flammarion, 1964 p. 264.

⁸⁶² D'ailleurs, Hart estime que les concepts juridiques ne peuvent avoir de contreparties sensibles et bien définies dans le monde de la réalité. M. El Shakankiri, art. préc. p. 141.

⁸⁶³ M. El Shakankiri, art. préc. p. 137.

⁸⁶⁴ « Le langage du droit, s'il cherche évidemment un systématisme propre et élabore un vocabulaire particulier se leurre souvent sur le mécanisme de ses propres opérations ; le juriste est souvent la victime d'un « essentialisme » philosophique qui lui cache le fonctionnement effectif, la réalité opératoire de ses concepts. Il n'est que de constater la fréquence de digressions axées sur telle ou telle notion juridique, qui cherchent à en dégager la substance sans se préoccuper véritablement de la variété de ses cas d'applications ou bien du champ sémantique dans lequel cette notion s'inscrit. ». H. Ph. Visser't Hooft, « La philosophie du langage ordinaire et le droit », art. préc. p. 22. Pourtant, remarque M. Visser't Hooft, les principes de la philosophie du langage ordinaire -qui auraient dû permettre de découvrir dans le langage juridique, un mode de fonctionnement particulier du langage tout court- n'ont rien livré de très

culture juridique, qui accorde une confiance de principe au théoricien cherchant « une représentation rationnelle ou idéale ayant pour tâche de guider son langage »⁸⁶⁵ pour un champ de discours donné (en l'occurrence la causalité)⁸⁶⁶. En matière de causalité, comme pour le reste, le juge mettrait en œuvre, dans la majorité des cas, « certains principes du sens commun logés dans notre langage quotidien »⁸⁶⁷. Ce « sens commun » nous livrerait des facteurs de jugement concernant le lien causal et son interruption que les « théories » de la causalité ne nous permettent pas d'obtenir. La démarche consiste donc à analyser l'usage courant de la causalité pour y trouver le sens commun qui le sous-tend : il faudra recenser les cas d'application du mot « causalité » et chercher à en dégager le principe organisateur⁸⁶⁸.

245. La « causalité du sens commun ». L'idée selon laquelle il y aurait un « sens commun de la causalité » repose sur un postulat revendiqué par les auteurs : nous saurions tous, dans la majorité des cas, résoudre le problème causal ne serait-ce que par intuition⁸⁶⁹. Nous arriverions en effet à tomber d'accord dans nos jugements sur des cas particuliers de causalité dans un très grand nombre d'hypothèses. La preuve en est que nous réussissons, après tout, à communiquer avec cette notion de façon satisfaisante sur une majorité de sujets⁸⁷⁰. Certes, il est difficile d'isoler des éléments communs aux espèces relatives à la causalité. Mais Hart et Honoré n'en estiment pas moins que nous sommes guidés en cette

convaincant. La raison tient à la spécificité du droit. « Le langage du droit est un usage spécialisé du langage ordinaire » sans toutefois constituer un « langage à part » comme le langage mathématique, par exemple.», H. Ph. Visser't Hooft, *ibid.*

⁸⁶⁵ H. Ph. Visser't Hooft, « Causalité et sens commun : esquisse d'une analyse conceptuelle » in *Etudes de logique juridiques*, dir. Ch. Perelman. Vol. 5, Bruylant, Bruxelles, 1973 art. préc. p. 98.

⁸⁶⁶ Pour M. Visser't Hooft, il y aurait implicitement, derrière la théorie de Hart et Honoré, non seulement la philosophie anglaise du langage ordinaire mais également la phénoménologie de Husserl, telle qu'elle permet (concurrentement avec les thèses du psychologue Michotte) d'installer la causalité, « en deçà du langage quotidien, au niveau préréflexif des structures de la perception », « Causalité et sens commun », art. préc. p. 100. Comp. Julien Cantegreil, « Sur la conception non philosophique d'un concept juridique de cause », in Adolf Reinach, « Sur le concept de cause dans le droit pénal en vigueur », APD, à paraître.

⁸⁶⁷ H. Ph. Visser't Hooft, « Causalité et sens commun... », art. préc. p. 93.

⁸⁶⁸ Se référer à l'usage ordinaire pour en tirer une signification juridique est une manière de conférer une certaine normativité au fait, ici le fait social correspondant à l'usage du mot. L'opération pose directement un problème de source du droit, du moins pour le juriste continental.

⁸⁶⁹ L'idée fut également soutenue par Becht & Miller, qui estiment que nous serions capables de déterminer s'il y a ou pas un lien de causalité, sans avoir besoin pour cela de nous référer à un concept systématique ou à une liaison causale générale. A. C. Becht & F. W. Miller, *The Test of Factual Causation in Negligence and Strict Liability*, (St Louis, Miss.) 1961.

⁸⁷⁰ Hart et Honoré, op. p. 26.

matière par des impératifs subtils et complexes qu'il est possible d'examiner et clarifier⁸⁷¹. En effet, l'invocation du sens commun ne dispense pas de l'analyse ou de la clarification : l'homme ordinaire utilise sans difficultés dans la vie courante un certain nombre de concepts, donc il faut déterminer les principes impliqués dans l'utilisation de ces concepts. Une notion du sens commun n'est pas une affaire de seule impression ou une notion si intuitive qu'elle ne peut être élucidée : elle peut être clarifiée au moins pour les cas types, les affaires simples (« *standard cases* »), quelle que soit la confusion qui l'entoure. « Le bon sens n'est pas une affaire d'assertions inexplicables ou arbitraires, et il peut être démontré que les notions causales qu'il emploie, bien que flexibles, complexes, et subtilement influencées par le contexte, reposent, au moins en partie, sur des principes déterminables, même si l'homme ordinaire n'est pas capable, sans aide, de les rendre explicites »⁸⁷². Il y a donc place pour une définition explicite et une clarification des principes impliqués dans l'usage de tels concepts⁸⁷³.

Cet examen est bien différent de l'analyse traditionnelle des notions juridiques : il ne s'agit pas ici, en effet, d'un effort de définition par l'examen descriptif des principales caractéristiques de la notion. « Isoler les principaux aspects des concepts latents dans le langage causal, bien que cela implique certainement l'étude des tendances dominantes de leur usage, ne correspond pas à fournir un code pour l'utilisation d'un tel langage : encore moins s'agit-il d'élaborer des règles à partir desquelles les décisions jurisprudentielles relatives à la causalité pourraient être déduites. L'utilité d'un examen conceptuel de cette sorte est d'augmenter notre compréhension et notre capacité critique à propos du contexte juridique à l'intérieur duquel la pensée juridique évolue et de permettre la formulation claire de facteurs constamment récurrents qui pèsent, même de façon non concluante, sur les décisions »⁸⁷⁴. Il revient au juge doué de sens commun de « comparer les cas d'espèce,

⁸⁷¹ Hart et Honoré, *op. cit.* p. 3.

⁸⁷² « *Common sense is not a matter of inexplicable or arbitrary assertions, and the causal notions which it employs, though flexible and complex and subtly influenced by context, can be shown to rest, at least in part, on stable principles ; though the ordinary man who uses them may not, without assistance, be able to make them explicit.* », Hart et Honoré, *op. cit.* p. 26.

⁸⁷³ Un commentateur fera ainsi remarquer que le « sens commun » perd, au fil de l'analyse de Hart et Honoré, « cette connotation de simplicité ou de confusion que nous sommes facilement prêts à lui accorder ». H. Ph. Visser't Hooft, « Causalité et sens commun », art. préc. p. 100.

⁸⁷⁴ « *To isolate the main features of the concepts latent in causal language, though it certainly involves the study of the dominant trends of usage, is not to provide a code for the use of that language : still less is it to construct rules from which legal decisions on causal questions can be deduced. The utility of a conceptual investigation of this sort is to increase our understanding and powers of criticism of the*

tracer des limites, garantir une cohérence minimum »⁸⁷⁵. Hart et Honoré insistent : une investigation conceptuelle est mieux servie par la délimitation des principales tendances de l'usage que par une compilation de dictionnaire.

246. Rejet d'une définition philosophique de la causalité. L'approche de la causalité au travers de l'usage linguistique et du sens commun implique le rejet de la perspective philosophique. Si la philosophie a permis d'éclairer la causalité dans les sciences naturelles, elle n'a que peu d'intérêt pour le juriste, que les auteurs rapprochent de l'historien. Les tentatives de définition philosophique de la causalité, disent-ils sont impraticables pour celui qui doit opérer des jugements de causalité *singuliers*⁸⁷⁶. Et les auteurs de souligner qu'il ne s'agit pas de découvrir des relations entre certains types d'événements et de formuler des lois ou des généralisations, mais de pouvoir établir que *tel événement* précis qui s'est produit à *telle date* à été causé par *tel fait*. En ce qu'ils sont singuliers, disent Hart et Honoré, les jugements de causalité de l'historien ou du juriste sont analogues aux jugements causaux de la vie courante. Pour cette raison, la philosophie inspirée par la conception humienne de lois causale invariables, doit être écartée. L'analyse humienne ne permet pas, en effet, de régler les questions causales se posant au juriste, à l'historien ou à l'homme ordinaire, qui doivent identifier la cause parmi les circonstances, les conditions, les occasions du dommage. Si, dans ce travail, ils peuvent éventuellement être amenés à faire usage de généralisations causales, il s'agira plutôt de *règles d'expérience forgées par le sens commun*.

En outre, ceux qui, sous l'influence de la théorie de l'équivalence des conditions, assimilent la cause à toute condition nécessaire, en estimant qu'aucune distinction ne peut être objectivement dressée entre de telles conditions, se fourvoient : cherchant les causes d'un décès, on n'acceptera pas comme cause la naissance de la personne décédée, ou le mariage antérieur des parents du défunt, bien qu'il s'agisse là de conditions nécessaires. L'exemple montre que l'équivalence des conditions n'est pas une théorie tenable, disent Hart et Honoré. Enfin, la difficulté de toute détermination d'un enchaînement causal est d'en

framework within which legal thought moves and to permit the clear formulation of constantly recurrent factors which count, though not conclusively, for or against decisions. », Hart et Honoré, *op. cit.* p. 3.

⁸⁷⁵ *Ibid.*

⁸⁷⁶ « *To make causal statements about particulars, to establish that on some particular occasion some particular occurrence was the effect or consequence of some other particular occurrence* ». Hart et Honoré, *op. cit.* pp. 9-10.

définir la limite : là encore, la conception de la causalité comme loi causale invariable ne donne pas d'élément de réponse.

247. Le sens commun, technique habituelle du juge. En invoquant le sens commun, Hart et Honoré n'ont pas le sentiment de proposer une technique nouvelle d'appréciation de la causalité ou, plus largement de raisonnement juridique. Au contraire, les auteurs estiment exprimer un principe constamment utilisé et évoqué par les tribunaux eux-mêmes. Pour cette raison, ils s'opposent violemment à ceux qui voient dans la causalité une notion inaccessible, n'ayant pas un seul véritable sens, et ne pouvant avoir aucune signification à laquelle on puisse s'intéresser. Hart et Honoré refusent la conclusion réaliste selon laquelle la causalité est un problème insoluble et ne constituerait qu'un écran de fumée⁸⁷⁷. Quelles que soient les difficultés entourant la causalité, nous réussissons, après tout, à communiquer entre nous de façon satisfaisante avec cette notion, à tomber d'accord dans nos jugements sur des cas particuliers de causalité dans un très grand nombre d'hypothèses⁸⁷⁸. Les choses ne peuvent donc être si désespérées qu'on le dit. Certes, les notions causales du sens commun ont des aspects vagues, indéterminés, comme tous les concepts fondamentaux. Il a pu arriver que des décisions intervenues dans des hypothèses complexes aient, à juste titre, pris en compte des considérations d'équité ou de politique juridique. Mais les juges font, d'une manière générale, prévaloir des considérations de bon sens. Ainsi, bien que l'homme ordinaire ne soit sans doute pas capable de rendre explicites les notions causales qu'il emploie, les auteurs croient possible de dégager quelques principes fondamentaux, de trouver un noyau (« *core* ») d'usage commun permettant d'éclairer un peu le concept et d'explicitier les décisions⁸⁷⁹.

§2. La causalité ordinaire

⁸⁷⁷ Hart et Honoré *op. cit.* p. 3.

⁸⁷⁸ Hart et Honoré, *op. cit.* p. 26.

⁸⁷⁹ Les auteurs admettent volontiers que cette clarification a ses limites. Comme tous les concepts fondamentaux, la causalité du sens commun a des aspects vagues, indéterminés. Il faut donc s'attendre à de l'ambiguïté, du flou, à des variations liées aux adaptations plus ou moins systématiques de la notion à des contextes différents. Il sera impossible de faire plus que sélectionner des exemples types (« *standard examples* ») de la façon dont les expressions causales sont constamment utilisées dans la vie ordinaire. Les auteurs espèrent seulement trouver un noyau d'usage commun relativement bien stabilisé parmi ce qui est fluctuant et vague, comme pour toute autre notion empirique. L'étude de ce noyau peut être néanmoins suffisant pour éclairer les aspects les plus confus.

248. La détermination du concept de causalité ordinaire, telle qu'elle est opérée dans *Causation in the Law*, part de la « notion centrale de cause » définie comme l'idée d'une intervention -humaine, le plus souvent- initiant une série de changements physiques. Nous allons reprendre progressivement l'analyse de Hart et Honoré, qui commencent par étudier l'usage de la causalité dans le langage ordinaire (A) avant de présenter des critères de la causalité mis en œuvre dans le contexte judiciaire (B).

A. L'usage de la causalité dans le langage ordinaire

249. Le langage ordinaire n'utilise pas de la causalité en son sens philosophique : il faut, pour cette raison, écarter toute analyse philosophique, à commencer par celle de Mill, très influente dans le monde juridique anglo-américain (1). Il convient ensuite de délimiter les emplois du langage causal dans les communications courantes (2). Il faut, à cet égard, souligner la spécificité de la causalité d'actions humaines (3).

1. Le rejet de la définition philosophique de J. S. Mill

250. Mill, disent Hart et Honoré, est le premier auteur à avoir émis l'idée qu'il y aurait place pour une notion courante de cause à côté de la notion philosophique ou scientifique. Il est vrai que Mill avait remarqué la tendance de l'esprit humain à retenir une seule condition comme cause : la sélection d'une condition, disait-il, s'opère, généralement « pour le but immédiat du discours »⁸⁸⁰. Il ne faut toutefois pas exagérer la portée des propos de Mill : il déniait, en effet, toute valeur logique à cette sélection, en soulignant qu'elle s'opérait de manière « capricieuse ». De fait, la philosophie de Mill est rejetée par Hart et Honoré à plusieurs égards.

251. **Rejet de la causalité philosophique.** Philosophiquement, la causalité est une séquence invariable reliant des événements naturels, ce qui signifie qu'un événement donné est invariablement suivi de sa conséquence⁸⁸¹. Ce modèle de causalité comme liaison invariable constitue, selon Hart et Honoré, une version idéalisée du concept, mais ne saurait refléter la causalité telle qu'elle se présente dans tous les cas⁸⁸². En effet, il nous arrive

⁸⁸⁰ J. S. Mill, *op. cit.* p. 372.

⁸⁸¹ V. *supra* n°144

⁸⁸² Hart et Honoré, *op. cit.* p. 22.

fréquemment de formuler des jugements de causalité que nous estimons parfaitement justifiés sans faire référence à pour autant des lois causales invariables. Les généralisations auxquelles on fait appel dans un jugement ordinaire de causalité ne sont pas des relations invariables entre des ensembles de conditions et leurs conséquence : *les généralisations utilisées par le sens commun sont plus larges, moins spécifiques et précises.*

En outre, la cause est, selon Mill, constituée d'un ensemble complexe de conditions consistant non seulement en des événements positifs mais aussi en des états préexistants et des faits négatifs. Seule la totalité des conditions peut être dite cause de l'effet dans cette perspective. Au contraire, la cause au sens ordinaire peut être sélectionnée parmi l'ensemble des conditions⁸⁸³. A cet égard, Hart et Honoré reconnaissent l'importance et l'intérêt de la notion de condition *sine qua non*. Mais la condition *sine qua non* et la cause sont, pour eux, deux choses fondamentalement différentes⁸⁸⁴. Il arrivera, soulignent-ils, qu'une condition *sine qua non* ne soit pas une cause, ou qu'une cause ne soit pas une condition *sine qua non*. Le critère présente, en outre, des difficultés insurmontables dans certaines hypothèses, par exemple en présence de plusieurs causes suffisantes pour produire le dommage. Il conduit, d'ailleurs, à une régression à l'infini et à des propositions sans valeur explicative du type « si X n'était pas né, il ne serait pas mort assassiné ».

Enfin, la définition de Mill, comme la majorité des définitions philosophiques, concerne des faits naturels. Or la causalité, dans l'usage ordinaire, juridique, ou historique, peut concerner des actions humaines. A côté des jugements relatifs à la cause d'un fait matériel, la pratique juridique suppose des jugements établissant la cause d'une action humaine⁸⁸⁵. En principe, une telle explication ne requiert pas l'utilisation de généralisations formulant des relations régulières entre des types d'événements donnés. En effet, la causalité humaine se rapproche surtout de l'idée de raison d'agir.

252. Causalité explicative, causalité attributive. Pour finir, Hart et Honoré reprochent à Mill de n'avoir guère poussé son étude des *types de contextes* dans lesquels intervient l'enquête causale. Mill s'était surtout intéressé à l'hypothèse dans laquelle la

⁸⁸³ Certes, le lien reliant la condition sélectionnée à l'effet est parfaitement analogue au lien reliant les autres conditions à l'effet : rien ne permet de les différencier. Ce seront des considérations relevant du contexte et de l'objectif de l'enquête causale qui permettront de justifier cette sélection.

⁸⁸⁴ « Plainly, to be a condition *sine qua non* of some event on some given occasion and to be causally connected with it are not the same thing », Hart et Honoré, *op. cit.* p. 128.

⁸⁸⁵ Hart et Honoré, *op. cit.* p. 23.

recherche de la cause a pour objet d'expliquer la production d'un événement qui nous surprend. Cet objectif d'explication est, bien sûr, très fréquent mais, dans le contexte juridique, la recherche causale peut intervenir alors que l'on *sait* déjà comment le dommage s'est produit. Dans cette hypothèse, le juge cherche s'il peut réellement *attribuer* la production du dommage à tel ou tel fait illicite. De tels jugements de causalité sont attributifs. Les difficultés à les établir sont d'un ordre différent des difficultés se présentant en matière d'explication, qui tiennent moins à l'ignorance des faits qu'à *l'indétermination du concept* de relation causale. D'autant que le fait du défendeur a souvent été accompagné de circonstances extérieures qu'il est également possible de considérer comme des causes. Il faut donc distinguer deux types de propositions causales. Un premier type est généralement utilisé lorsqu'il faut *expliquer* un événement qui nous étonne parce que nous ne comprenons pas comment il s'est produit. Cet aspect permet d'insister sur le fait que l'enquête causale est, dans le sens commun, une recherche *particulière* à l'événement considéré : il ne s'agit pas de se demander si tel type de cause produit généralement tel type d'effet, mais de déterminer *pourquoi*, dans telles circonstances particulières, tel événement particulier s'est produit. A côté de ces propositions causales *explicatives*, qui sont singulières et concernent la majorité des usages de la causalité ordinaire, on peut distinguer des propositions causales seulement *attributives*⁸⁸⁶. Ces propositions causales attributives interviennent, disent Hart et Honoré, lorsque les événements ont été expliqués, mais qu'il reste à savoir si l'on peut vraiment attribuer le dommage à l'action du défendeur. Par exemple, le contentieux relatif aux contaminations transfusionnelles postérieures à un accident de la circulation n'exige pas d'expliquer les faits, mais d'attribuer une responsabilité. Les difficultés d'une telle question sont ici bien différentes des problèmes posés par l'explication de la survenance d'un fait. Il s'agit moins, disent Hart et Honoré, d'un problème de connaissance des faits que de la difficulté à cerner l'*essence* de la notion de causalité. Cette question de l'attribution se pose surtout dans les cas de causalité complexe, lorsque un autre facteur se superpose à l'action du défendeur et dispose de caractéristiques qui permettraient au sens commun de le retenir comme cause. On peut donc distinguer les hypothèses dans lesquels la recherche causale vise à *expliquer* la survenance du dommage, ce qui permettra d'attribuer une responsabilité, des cas dans lesquels les faits sont connus et déjà expliqués, mais où la causalité est difficile à attribuer, ce qui met en jeu

⁸⁸⁶ Hart et Honoré, *op. cit.* p. 24.

des questions de *responsabilité*⁸⁸⁷. La première hypothèse suppose une explication, qui sera suivie d'une attribution, alors que la seconde constitue une attribution proprement dite.

En définitive, l'analyse de la causalité inspirée de la philosophie de Mill, ne permet pas d'aborder tous ces cas de figure très différents de causalité. En particulier, elle oublie que le droit peut avoir à identifier la cause de *faits matériels*, mais aussi la cause d'*actions humaines*. Elle oublie également que le jugement de causalité peut être requis, alors même que l'on connaît le déroulement des faits de l'espèce, lorsqu'un simple doute subsiste sur le fait devant être considéré comme la cause : dans ce cas de figure, seule la dimension *attributive* de la causalité joue, à l'exclusion de tout aspect explicatif. Ayant à l'esprit ces précisions, il convient d'examiner les caractéristiques de l'emploi du langage causal.

2. Caractéristiques du langage causal

253. Variété des emplois du langage causal. Une difficulté initiale particulière se présente à celui qui cherche à examiner la causalité dans son usage courant. On pourrait en effet penser qu'il y a un seul concept de causalité, centré autour des notions de « cause » et d'« effet », et attendant que nous le mettions au jour. Mais le langage causal est largement métaphorique. Certes, les nombreuses expressions causales pourraient n'être que des variantes stylistiques : « conséquence », « résultat », « causé par », « dû à », « mené à », « fait » etc.... Dans certains cas, on peut admettre que de telles expressions sont équivalentes et peuvent être substituées les unes aux autres sans altération de sens. Mais, bien souvent, cette substitution ne peut être opérée sans changement de signification. Par exemple, l'usage du terme « effet » est réservé aux cas où l'antécédent est un changement ou une activité d'une certaine sorte (au contraire d'un état préexistant ou d'une condition négative) et l'effet un changement produit sur une personne ou un état préexistant. L'effet, par opposition à la conséquence, se produit généralement « sur » quelque chose et constitue, la plupart du temps, le terme d'un processus de changements souvent initiés par une intervention humaine (sans toutefois impliquer nécessairement une intervention délibérée). Quant au terme de « conséquence », il est d'usage plus large, mais ne peut pas toujours être utilisé là où le terme « effet » serait approprié : il n'est pas, par exemple, utilisé pour désigner le terme d'une courte série de changements physiques ou chimiques.

⁸⁸⁷ C'est sur ces dernières questions que de nombreux auteurs contemporains voient se poser exclusivement des questions de politique juridique ne soulevant aucune question authentiquement causale, au contraire des propositions explicatives. Hart et Honoré incluent, au contraire, ces aspects dans la question du lien de causalité.

On pourrait également formuler des observations à propos de l'usage du terme « résultat ». De ces différences d'usage entre les divers termes du langage causal, Hart et Honoré déduisent qu'il n'y a *pas un seul concept de causalité* mais un *groupe*, une *famille de concepts*, unis non par un ensemble de caractéristiques communes mais par des *points de ressemblance*, dont certains sont ténus. Il est vrai, toutefois, que les termes « cause » et « effet » ont une importance particulière au sein de ce groupe de concepts et peuvent être considérés comme exprimant la *notion centrale* de cause, autour de laquelle se structurent et se comprennent les autres notions causales⁸⁸⁸. Il faut donc mettre en valeur les *traits saillants* de cette notion centrale, puis montrer comment les *analogies* avec cette notion caractérisent l'identification des causes dans l'usage ordinaire et permettent de distinguer entre la cause et les simples circonstances (« *mere conditions* »)⁸⁸⁹.

254. La « notion centrale » (« *central notion* ») de cause. A l'intérieur du groupe de concepts causaux identifiés par Hart et Honoré, les termes de *cause* et d'*effet* ont une importance particulière et fondamentale dans l'usage courant. Ils expriment la notion centrale (« *central notion* ») de causalité, à partir de laquelle les autres termes doivent être compris. Les auteurs partent du constat suivant : les êtres humains ont appris, par divers mouvements de leur corps, à modifier leur environnement ou les objets qui les entourent et à l'exprimer par des verbes transitifs comme pousser, tirer, casser, blesser... Le phénomène évoqué consiste en une manipulation physique de la chose considérée et a un caractère relativement instantané. Mais les hommes ont appris à élargir leurs possibilités d'action et découvert qu'ils peuvent, par des actions simples, amener des changements secondaires sur des objets autres que les objets effectivement manipulés. Il s'agit là d'une série de changements, de nature souvent différente, initiés par une action parfois délicate, pouvant prendre un certain temps. C'est dans ce contexte précis que l'on utilise, selon Hart et Honoré, les termes de « cause » et d'« effet » puisque les simples verbes transitifs ne suffisent plus. *L'effet* est le *changement secondaire désiré* et la *cause* notre *action de produire ledit changement*, voire le premier changement lui-même. Par exemple, nous pouvons briser une vitre en lançant des pierres, blesser autrui en créant une explosion, détruire certaines choses en allumant un incendie... Ici les notions de cause et d'effet sont

⁸⁸⁸ Même si les auteurs soulignent que ces deux termes ne suffisent pas à épuiser l'idée de cause.

⁸⁸⁹ « L'extension et l'application de notre conception de sens commun de la causalité repose sur notre disposition à trouver des analogies défendables entre le modèle central et l'incident considéré ». N. Simmonds, « La causalité et la preuve », art. préc. p. 109.

liées à la notion de « moyens pour parvenir à des fins et à celle de production d'une chose en en faisant une autre »⁸⁹⁰. Ces cas très simples ne sont pas seulement des hypothèses dans lesquelles les expressions de cause et d'effet ont leur application la plus évidente, ils constituent, en outre, les *paradigmes* de la compréhension du langage causal en général. En effet, dès lors que l'on recourt au langage causal, quel que soit le contexte, des *analogies* sont discernables avec ces cas simples. D'ailleurs, les expressions utilisées en leur sens littéral dans les cas simples le sont également, mais de façon métaphorique, dans des hypothèses très éloignées de leur usage habituel. Ce sont donc ces cas paradigmatiques qu'il faut étudier pour cerner les caractéristiques principales du recours à l'idée générale de causalité.

255. La cause « fait la différence ». Partant des cas-types ainsi définis, Hart et Honoré estiment que l'action humaine causale simple –qui consiste à produire un effet désiré par la manipulation d'un objet- constitue une *interférence* dans le cours naturel des choses. Elle « produit une différence » (« *makes a difference* »)⁸⁹¹ dans la manière dont les événements vont se développer. L'expérience commune nous enseigne que, livrées à elles-mêmes, les choses ont une « nature », ou plutôt une façon *habituelle* et *caractéristique* de se comporter en l'absence d'intervention de notre part. Ces considérations permettent d'exprimer ce qui constitue la notion centrale, fondamentale de causalité : par opposition au cours naturel des choses, la cause est quelque chose qui interfère dans le cours des événements devant normalement se produire⁸⁹². Par analogie avec cette idée d'une intervention humaine modifiant le cours normal des choses, on va généralement estimer qu'*est une cause tout événement marquant une différence par rapport au déroulement normal des choses et produisant un résultat distinct*, même lorsqu'il ne s'agit plus d'un fait humain⁸⁹³. On a ainsi tendance à parler d'action, de mouvement, même s'il n'y en a pas eu⁸⁹⁴. C'est, en outre, cette conception de la cause comme action ou mouvement générant

⁸⁹⁰ « *The notion of means to ends and of producing one thing by doing another* », Hart et Honoré, *op. cit.*, p. 29.

⁸⁹¹ Hart et Honoré, *op. cit.* p. 29. Les auteurs utilisent également les termes d'intervention ou d'intrusion.

⁸⁹² Pour Hart et Honoré, cette idée est au moins aussi essentielle à la notion de cause que celle de séquence invariable dont Mill et Hume avaient fait l'idée principale de causalité.

⁸⁹³ « *The cause, though not a literal intervention, is a difference from the normal course which accounts for the difference in the outcome* », Hart et Honoré, *op. cit.* p. 29.

⁸⁹⁴ Les auteurs citent les termes suivants : « *operating* », « *coming to rest* », « *having power* » etc.... A supposer que la remarque soit transposable au français, on pourrait citer les termes de « générer »,

des effets matériels qui conduit à des difficultés théoriques dans les hypothèses d'absence de mouvement (« *static condition* »)⁸⁹⁵ ou de condition négative (« *negative condition* ») ou omission⁸⁹⁶. Pourtant, soulignent les auteurs, il est courant et parfaitement compréhensible de recourir à l'idée de cause pour évoquer des conditions « statiques » ou négatives : on peut discerner, même dans ces hypothèses, disent-ils, des analogies avec les cas-types justifiant l'emploi du langage causal.

256. La causalité ordinaire repose sur des propositions générales. L'emploi de la causalité, fût-ce dans le contexte du langage ordinaire, passe nécessairement par un recours à une *proposition générale* : lorsque nous parlons d'une intervention humaine délibérée - voire des premiers changements initiés par cette intervention- en tant que causes d'un événement, nous nous reposons sur une connaissance générale. Mais Hart et Honoré insistent sur la différence, en l'occurrence, entre une telle référence et le recours à des lois causales ou à l'idée de séquence invariable. Nos propositions font usage de la *connaissance commune*, générale, en se référant à la façon *ordinaire*, familière, de produire, par la manipulation de certaines choses, des changements qui ne se produiraient pas normalement, sans notre intervention. Lorsque cette *expérience commune* est formulée, elle ressemble à des *recettes* (« *recipes* »), des formules, dans lesquelles nous pouvons dire que faire une certaine chose va, dans des conditions normales, en produire une autre. Ce faisant nous nous reposons sur un *savoir général* (« *general knowledge* ») et formulons une *proposition générale* (« *general proposition* »). Mais cela ne relève pas, soulignent Hart et Honoré, de relations *invariables* entre un ensemble complexe de conditions spécifiques et un événement donné.

« produire », « avoir pour effet » etc... Dans un arrêt américain de 1928, les juges ont utilisé l'expression de « force active » pour traiter du cas de la vente d'un pistolet à un enfant qui avait provoqué un accident, en se demandant si la vente avait eu la « force active » de produire le dommage, Hart et Honoré, *op. cit.* p. 30.

⁸⁹⁵ Hart et Honoré donnent en exemple les difficultés posées par la responsabilité du fait des choses en droit français (qu'ils traduisent par le terme « *acts* » of a thing). D'un côté, il est courant et compréhensible de parler de conditions négatives ou statiques en tant que causes : il n'y a pas d'autres termes employables pour exprimer l'idée, par exemple, que le manque de pluie a empêché le maïs de pousser ou que le caractère verglacé de la route a causé l'accident. Mais d'un autre côté, cette façon d'opérer une analogie avec les cas où il y a eu action ou mouvement est gênante pour le théoricien. Cela paraît nécessairement impropre. On peut néanmoins trouver des analogies justifiant l'extension du langage causal. Hart et Honoré, *op. cit.* p. 30.

⁸⁹⁶ Certains ont ainsi pu dire que les omissions peuvent seulement constituer des « causes hypothétiques » (« *hypothetical causes* ») alors que les actes positifs peuvent être des « causes simples » (« *simple causes* »), Hart et Honoré, *op. cit.* p. 30 note (3). V. Becht & Miller, *The test of Factual Causation in Negligence and Strict Liability*, 1961.

Cet aspect de la théorie de Hart et Honoré se rapproche de la considération de « manipulabilité » mise en évidence par William Dray⁸⁹⁷. Certains philosophes voient, en effet, dans la causalité une réalité avant tout *humaine*, liée à notre capacité d'agir. « Notre connaissance de l'existence et de la nature des relations causales dépend de notre capacité à intervenir expérimentalement dans la nature »⁸⁹⁸. Dans la théorie de Douglas Gasking⁸⁹⁹, « l'agir humain constitue l'essence de la causalité. D'après cette conception anthropocentrique, seuls nos actes sont des causes *au sens strict*, tandis que les processus qui se déroulent hors de portée de notre influence ne sont causaux que par *analogie* mais non littéralement »⁹⁰⁰.

En tout état de cause, la conception, héritée de Mill, qui voit le sens commun sélectionner la cause parmi un ensemble de conditions, est contre-intuitive et de nature à induire en erreur, disent Hart et Honoré. Même si l'expérience nous permet d'en savoir de plus en plus sur les conditions requises pour que notre intervention soit un succès, nous n'avons pas *spontanément* tendance à *sélectionner* parmi les conditions celles dont nous estimerons qu'elle est la cause. En effet, nous considérons notre intervention comme la cause *dès l'origine*, avant même d'en savoir plus sur les autres conditions nécessaires. D'ailleurs, le fait de ne pas pouvoir préciser l'ensemble des conditions nécessaires à l'événement considéré ne nous conduit pas pour autant à douter de notre jugement de causalité. Par exemple, il est légitime d'estimer que le coup de poing de A a fait saigner le nez de B même si nous ne pouvons faire ici de généralisation permettant de préciser les conditions nécessaires pour qu'un coup de poing soit invariablement suivi d'un saignement de nez⁹⁰¹. S'il est possible, par exemple, qu'une coïncidence ait fait qu'au moment où A l'a frappé, B se soit mis à saigner du nez de façon fortuite, une telle coïncidence est exceptionnelle. Il faut admettre une présomption simple selon laquelle lorsque nous agissons délibérément pour produire certains effets qui se produisent effectivement, aucune autre explication de leur apparition ne peut être trouvée. Certes, il faudra parfois admettre que l'explication n'est pas valable. Mais, en tout état de cause, rien de tout cela n'implique que les propositions causales que nous émettons soient des applications de propositions générales

⁸⁹⁷ V. *supra* n°124.

⁸⁹⁸ Barberousse, Kistler, Ludwig, *op. cit.* p. 115.

⁸⁹⁹ Douglas Gasking, « *Causation and Recipes* », *Mind*, 64 (1955) p. 479.

⁹⁰⁰ Barberousse, Kistler, Ludwig, *op. cit.* p. 115.

⁹⁰¹ Hart et Honoré, *op. cit.* p. 32.

constituées de séquences invariables, et ce même dans les cas complexes⁹⁰².

Dans l'ensemble, l'idée principale mise en œuvre par la jurisprudence anglaise serait qu'un acte est la cause d'un dommage dès lors qu'il constitue une *intervention* dans le cours des événements *suffisante* pour produire le dommage sans l'intervention de circonstances anormales, l'action volontaire ou la coopération d'autrui⁹⁰³. Il convient donc d'appliquer ces réflexions aux deux cas de causalité que connaît le droit de la responsabilité. Le premier cas correspond aux hypothèses où une action ou un événement provoque un *dommage matériel* (« *causing harm* »). Le second a trait aux hypothèses plus délicates dans lesquelles une personne a, par ses paroles ou ses actes, fourni à une autre l'opportunité ou le motif d'accomplir un *acte dommageable* (« *inducing or occasioning harmful acts* »).

3. Spécificité de la cause d'actions humaines

257. Hart et Honoré réservent une place particulière, dans leur analyse, à la recherche de la *cause d'un acte humain* dommageable. En général, l'explication d'une action humaine relève des motifs, des raisons d'agir, plutôt que de la causalité proprement dite. On peut toutefois tenter de recourir à la causalité pour expliquer une action humaine en la reliant à une autre action⁹⁰⁴. Cette causalité présente des caractéristiques différentes de celles étudiées dans le cas d'un dommage matériel. En particulier, elle ne suppose pas de recourir à des généralisations comme c'est le cas pour des faits physiques. Si des généralisations causales peuvent être utilisées, elles auront une place réduite par rapport à l'hypothèse habituelle. On peut à cet égard distinguer l'hypothèse où un homme donne, par sa parole ou ses actes, *une raison* à un autre de faire quelque chose (a) et celle où quelqu'un fournit l'*opportunité* à autrui de faire quelque chose (b).

a. L'incitation à agir

258. Il arrive qu'une personne provoque, par ses actes ou ses paroles, l'action d'une autre. On dira que telle personne a agi « à cause de » telle autre ou « en conséquence de » tel acte etc... De fait, il n'est pas vraiment naturel dans le langage ordinaire de dire « untel

⁹⁰² *Ibid.*

⁹⁰³ « The courts (...) have sought to apply the notion that an act is the cause of harm if it is an intervention in the course of affairs which is sufficient to produce the harm without the co-operation of the voluntary actions of others or abnormal conjunctions of events ». Hart et Honoré, *op. cit.* p. 5.

⁹⁰⁴ La relation pouvant être tracée entre deux actions humaines est désignée par les auteurs par le terme de « relations interpersonnelles » (« *interpersonal transactions* »). Hart et Honoré, *op. cit.* p. 51 et note (21).

est la cause de mon acte »⁹⁰⁵, même si l'agent a été contraint d'agir par la force ou la menace. Il est, en outre, particulièrement trompeur d'utiliser une telle expression lorsqu'une personne a été simplement conseillée, avisée ou tentée⁹⁰⁶ par autrui d'accomplir tel ou tel acte. Mais il est néanmoins envisageable de recourir à la notion de causalité lorsqu'une personne a incité ou induit une autre à commettre un acte qui n'est, pour cette raison, pas entièrement volontaire. S'il est tentant d'assimiler une telle causalité avec la notion centrale identifiée précédemment, il s'agit néanmoins d'une relation causale radicalement différente⁹⁰⁷.

Hart et Honoré identifient quatre caractéristiques particulières au lien de causalité dans cette hypothèse. D'une part, les paroles ou les actions de la première personne doivent être connues (et comprises) de la seconde. D'autre part, ces paroles ou actions constituent les raisons, ou une partie d'entre elles, qui ont conduit l'agent à commettre l'acte considéré. Cela signifie que la commission de l'acte est devenue plus attractive du fait de ces paroles ou de ces actes. Tel est le cas de celui qui agit sur la base d'un mauvais conseil donné par son médecin ou son avocat⁹⁰⁸. En outre, il faut que l'agent se soit décidé à agir après l'intervention de ces paroles ou de ces actes. Enfin, il faut que la première personne ait eu précisément l'intention de faire agir la seconde de la manière dont elle l'a fait, à l'exception des hypothèses où elle s'est contentée de donner un conseil.

Finalement, ces caractéristiques visent à établir que les agissements de la première personne ont constitué une condition *sine qua non* de l'action de la seconde. Autrement dit pour reconnaître la causalité, il faut prouver que la seconde personne n'aurait pas agi ainsi si l'autre s'était abstenue des paroles ou des actes incriminés. En tout état de cause, soulignent Hart et Honoré, il ne faudrait surtout pas en déduire que la détermination de la causalité va dépendre ici du recours à quelque généralisation que ce soit. Il serait absurde de vouloir démontrer que X a agi à cause de la menace de Y en cherchant à prouver que les gens obéissent généralement aux menaces, ou que X obéit généralement aux menaces : X peut fort bien avoir réagi différemment dans des circonstances antérieures. En fait, il faut parvenir à reconstruire l'état d'esprit de l'agent au moment où il s'est décidé à agir, de

⁹⁰⁵ On dira plutôt « il m'a fait faire telle chose » (« *he made me do it* »), Hart et Honoré, *op. cit.* p. 52.

⁹⁰⁶ Par l'octroi d'une récompense par exemple.

⁹⁰⁷ A l'exception peut-être des hypothèses où la victime agit en état d'hypnose, ou bien est victime d'un choc nerveux. Hart et Honoré, *op. cit.* p. 52.

⁹⁰⁸ Hart et Honoré, *op. cit.* p. 54.

façon à déterminer les raisons effectives pour lesquelles il s'est comporté de telle ou telle manière. Dans cette optique, la parole de l'agent lui-même doit être particulièrement prise en considération⁹⁰⁹. Des généralisations peuvent toutefois être prises en compte à titre de preuve : on cherchera à déterminer la réaction de la plupart des gens dans les mêmes circonstances. Mais de telles généralisations serviront seulement de *preuve*, alors que les généralisations utilisées pour le cas type de causalité font véritablement partie de la *signification* de la relation causale elle-même.⁹¹⁰ Il faut donc insister sur la distinction entre la causalité d'un événement matériel (le cas type) et la causalité d'une action humaine⁹¹¹.

b. La fourniture d'une opportunité d'agir

259. Il arrive qu'une personne fournisse -bien souvent sans le vouloir- non plus une raison d'agir mais l'*opportunité* d'agir⁹¹². Elle peut par exemple fournir le *moyen* ou l'*information* nécessaires pour agir. Ce qui compte, c'est que l'action de la première personne rend celle de la seconde *possible* ou plus facile. Tel est le cas de celui qui oublie de fermer à clef la porte de sa maison, facilitant ainsi la venue de cambrioleurs : on dira que la cause du vol est l'oubli du propriétaire, en négligeant ainsi l'acte délictueux du voleur. On assimile souvent cette forme de causalité avec le *cas type* de causalité, bien qu'il s'agisse de relations conceptuellement distinctes. Il arrive aussi que l'on parle de l'*omission* de fournir une certaine opportunité à quelqu'un. Le fournisseur qui n'a pas livré des matières premières a privé son client de la possibilité de les transformer et de les revendre : on dira qu'il est la cause de la perte de profit en découlant. Dans toutes ces hypothèses, on identifie la causalité en se référant à ce qui est habituel, normal, voire répréhensible. En particulier, en cas d'omission de la fourniture d'une opportunité, l'argument permettant d'établir le lien causal est *hypothétique* : il faut prouver ce qui se serait produit si

⁹⁰⁹ Hart et Honoré, *op. cit.* p. 56.

⁹¹⁰ En effet, ces généralisations ont été construites à partir de l'observation de régularités habituelles ayant permis de déduire une causalité. Dit autrement : identifier ces généralisation revenait à identifier la causalité. Au contraire, lorsque intervient une généralisation quant au comportement général des gens, on a cherché à généraliser des profils de relations causales déjà établies. Dit autrement : établir la généralisation ne revient pas ici à établir la causalité, Hart et Honoré, *op. cit.* p. 56.

⁹¹¹ Les auteurs identifient toutefois des cas mixtes où le second protagoniste peut quasiment être assimilé à une chose manipulée par le premier. Tel est le cas en matière d'hypnose, de réactions instinctives de peur, du cas de la provocation, Hart et Honoré, *op. cit.* p. 58.

⁹¹² Comp. F. Grua, « La responsabilité civile de celui qui fournit le moyen de causer un dommage », RTD civ. 1994 p. 1.

l'opportunité avait été régulièrement fournie. Mais il est inutile d'établir que l'omission provoque *invariablement* le même résultat dommageable⁹¹³.

260. Conclusion du A. Pour Hart et Honoré, la cause ordinaire est l'événement qui « fait la différence ». Elle intervient sur une « scène déjà dressée » et engendre une modification dans l'enchaînement des événements. Cela signifie que des facteurs *constants et normaux*, telle la loi de la gravitation universelle, ne sont pas des causes, dans une telle perspective. Seuls seront considérés comme des causes les événements qui introduisent une *modification* dans le cours normal des choses. C'est ainsi qu'une circonstance préexistante au fait du défendeur (prédispositions pathologiques, par exemple) ne rompra pas la causalité puisqu'elle fera déjà partie des circonstances. Par ailleurs, Hart et Honoré n'excluent pas la prise en compte de *généralisations causales*, en tout cas pour établir la causalité matérielle. Mais ces propositions générales n'ont rien à voir, insistent-ils, avec les lois invariables du modèle scientifiques. Elles se réfèrent simplement à *notre expérience* et à nos *habitudes* concernant notre aptitude à produire des changements dans le monde. Il faut, d'ailleurs, tenir compte de la particularité des liens de causalité relatifs à des *actes humains*. Ces principes acquis, il est possible de préciser les modalités précises d'identification de la cause ordinaire, qui sont en œuvre, selon les auteurs, dans la jurisprudence anglaise.

B. Critères d'identification de la cause ordinaire

261. Trois points sont importants dans l'identification de la cause. Le premier consiste à être en mesure de différencier la cause des simples conditions du dommage (1).

⁹¹³ Le *Common Law* est allé assez loin dans la responsabilité de ceux qui ont donné l'opportunité à d'autres de causer un dommage. En effet, dès lors que leur attitude constitue la violation d'une règle légale, les tribunaux admettent très facilement la causalité : il suffit que le dommage ait relevé du risque considéré (« *within the risk* ») au sens où le dommage est d'un type que la règle violée était destinée à prévenir. La responsabilité peut donc être acquise quelle que soit la façon dont le dommage s'est produit, même si son occurrence était totalement anormale ou fortuite (« *unusual intervention or coincidence* »). Il a même pu arriver que les juges attribuent aux règles légales l'intention ou l'objectif de prévenir toutes sortes de dommages qu'ils estimaient souhaitables de faire réparer par le défendeur. Hart et Honoré soulignent que l'on arrive ici au point où les notions ordinaires du lien de causalité disparaissent en tant qu'éléments de la responsabilité : « *this is the vanishing point of ordinary notions of causal connections as an element in responsibility* ». Hart et Honoré, *op. cit.* p. 6.

Le second est relatif à la mise en œuvre des généralisations causales auxquelles le sens commun peut être amené à avoir recours (2). Le troisième concerne, enfin, le délicat problème des limites de l'enchaînement causal (3).

1. Critères de distinction entre causes et conditions simples

262. Le simple bon sens conduit, disent Hart et Honoré, à distinguer entre cause et conditions simples⁹¹⁴. Pour les besoins de la démonstration, les auteurs admettent provisoirement l'hypothèse de Mill, selon laquelle cette distinction se fait parmi un ensemble de conditions nécessaires qui, lorsqu'elles sont réunies, produisent invariablement le dommage. Les principes permettant de sélectionner les causes varient, disent-ils, de façon subtile et complexe, en fonction du *type de question* causale posée et des *circonstances* dans lesquelles la question se pose : il y a toujours un danger, en les exposant, de trop les simplifier⁹¹⁵. Hart et Honoré distinguent, pour leur part, deux critères, sous-jacents à l'idée de cause. Il s'agit de la distinction entre normalité et anormalité (a), et celui du caractère délibéré d'une action humaine (b).

a. La distinction entre conditions normales et anormales

263. Le critère de l'anormalité. D'un point de vue scientifique, les causes sont souvent supposées expliquer non pas des événements singuliers mais des *types* d'événements qui se produisent normalement ou habituellement. En revanche, dans la vie quotidienne, l'explication concerne un événement *particulier* dont la survenance étonne, car il se distingue du cours des événements ordinaires ou auquel on pouvait raisonnablement s'attendre : un accident, une catastrophe. Certains facteurs, tout en comptant parmi les conditions *nécessaires* du dommage, sont présents à la fois dans l'hypothèse où l'accident se produit et dans l'hypothèse où il ne se produit pas. Cette remarque permet de comprendre d'entrée de jeu pourquoi certains facteurs ne peuvent être que des conditions simples et non pas des causes : ils ne permettent pas de *faire la*

⁹¹⁴ Au contraire de l'idée véhiculée par la théorie de l'équivalence des conditions selon laquelle toutes les conditions nécessaires du dommage se valent.

⁹¹⁵ Ecueil dans lequel sont tombés d'autres auteurs cités en l'occurrence. On relèvera notamment deux auteurs rencontrés dans notre premier chapitre. P. Gardiner, *The Nature of Historical Explanation*, et R. G. Collingwood, *An Essay on Metaphysics*. Collingwood, entre autres, assimilait la cause à ce qui permet de produire ou de prévenir un effet, ce qui est bien trop restrictif en ne permettant pas d'apprécier des causalités ne résultant pas d'un acte humain, telle la cause d'un cancer, par exemple, Hart et Honoré, *op. cit.* p. 33.

différence entre les circonstances de l'accident et des circonstances *normales*, même s'ils étaient indispensables à la survenance de l'accident. Ainsi, dans l'hypothèse d'un incendie, la présence d'oxygène ne sera pas considérée par le sens commun comme une cause, cette présence étant une donnée invariable de notre environnement. Les conditions normales sont des conditions simples, non causales, qui se reconnaissent au fait qu'elles font partie de l'état ou du mode opératoire *habituel* de l'objet considéré par l'enquête causale. Il peut s'agir de caractéristiques omniprésentes dans l'environnement humain (présence d'oxygène) ou de traits particuliers à ce que l'on étudie (vitesse d'un train)⁹¹⁶. On retrouve donc ici le paradigme de la causalité comme production d'un effet par une action, un mouvement qui renvoie à l'idée d'intervention, d'intrusion dans le cours usuel des choses.

264. Relativité de la distinction. La distinction entre conditions normales et anormales n'est pas subjective, mais elle peut toutefois s'avérer *relative* dans une mesure qu'il convient de préciser⁹¹⁷. La distinction est relative à deux égards. Elle est, d'une part, relative au *contexte des événements* : il faut étudier les circonstances habituelles de la situation ou de l'activité étudiée pour pouvoir les comparer aux circonstances de l'accident. Il existe, d'autre part, une relativité concernant le *contexte du jugement* causal lui-même. Un même événement pourra donner lieu à des attributions causales très différentes selon la personne qui l'étudie : un famine en Inde sera, pour le paysan indien due à la sécheresse, alors qu'elle sera vécue par les autorités internationales comme causée par l'échec de l'action gouvernementale dans la constitution de réserves. Certains estiment que la recherche de la cause est toujours dominée par un *intérêt pratique* et dépend des différents objectifs poursuivis par ceux qui l'opèrent⁹¹⁸. En particulier, le fait de pouvoir ou non *contrôler* la condition considérée et son pouvoir causal jouerait largement dans l'établissement du jugement causal. Cependant, Hart et Honoré nuancent fortement une telle relativité du jugement de causalité. Il est vrai que le pouvoir de contrôler certains facteurs pourra être pris en compte. Par exemple, l'innovation technologique nous permettant d'agir sur les phénomènes naturels aidera à définir ce qui est normal ou

⁹¹⁶ Mill a émis l'idée que les conditions simples sont celles que l'observateur connaît déjà au démarrage de sa recherche causale. Hart et Honoré estiment que cette remarque ne peut constituer un critère en soi : on n'est pas toujours, au préalable, au courant des facteurs dont une enquête montrera qu'ils sont parfaitement habituels, *op. cit.* p. 34.

⁹¹⁷ Hart et Honoré, *op. cit.* p. 35.

⁹¹⁸ Hart et Honoré, *op. cit.* p. 36.

anormal : on estimera anormal de ne pas utiliser telle ou telle technique pour prévenir un dommage. Il est vrai également que la recherche de la cause sera influencée par le contexte de l'analyse. Dans la recherche des causes de la mort d'un individu, le juge recherchera l'acte criminel (coup de feu tiré par X) alors que le médecin relèvera les conditions biologiques (hémorragie causée par le coup de feu). Mais au total, estiment les auteurs, la recherche causale de l'homme ordinaire reste relativement objective.

265. Difficultés d'identification de la normalité. Un autre écueil consiste à confondre les circonstances normales et le *cours ordinaire de la nature* non affecté par l'action humaine. Le point de vue est pourtant plus large : ce qui est considéré comme normal est le plus souvent le reflet de nos habitudes humaines, de nos coutumes, de nos conventions. Les hommes ont découvert que, si la nature est parfois dommageable lorsque nous intervenons, elle peut l'être aussi malgré notre intervention : ils ont développé des techniques, des procédures et des habitudes pour éviter autant que possible les dommages. Cela est devenu une deuxième « nature » et une deuxième « norme » : par exemple, on utilise des parapluies contre la pluie. Ces *habitudes humaines* sont considérées comme des circonstances normales et celui qui s'en écarte sera considéré comme sortant de la normalité. Certes, il ne faut pas confondre, en l'occurrence, ce qui est anormal avec ce qui est illicite. Mais il est vrai que, dans le cas de l'omission, l'abstention qui sera sélectionnée comme cause parmi l'ensemble des conditions coïncidera souvent avec ce qui est critiquable du point de vue des *standards normaux de comportement*⁹¹⁹. Ce n'est que notre tendance à assimiler l'idée de cause à celle d'action humaine positive qui nous conduit à accepter difficilement le caractère causal de l'omission⁹²⁰.

Par ailleurs, le critère d'anormalité de Hart et Honoré a vocation à s'appliquer tant en présence de circonstances contemporaines, que pour des circonstances *postérieures* à l'événement anormal identifié comme cause. Celui qui a allumé un feu en jetant

⁹¹⁹ Les « propositions négatives » (*negative statements*) faisant état d'une omission n'expriment pas « rien » mais un état du monde décrit par opposition à ce qui est conçu comme normal. Ainsi, l'omission du jardinier d'arroser les plantes est un événement causal à part entière car ce jardinier a l'obligation d'arroser lesdites plantes : son abstention n'est pas seulement une violation de son obligation mais aussi une déviation par rapport à l'habitude. En revanche, toute autre personne n'ayant pas arrosé les plantes ne saurait être un agent causal dès lors qu'il n'était ni habituel, ni obligatoire pour elle de se livrer à cette activité. Hart et Honoré, *op. cit.* p. 38.

⁹²⁰ De façon un peu arbitraire, les auteurs soulignent que le sens commun, loin de rejeter le caractère causal de l'omission mais, au contraire, estime qu'une abstention peut être causale. « *Common sense, far from rejecting the idea that an omission may be the cause of something, insists on regarding it as such* », Hart et Honoré, *op. cit.*, p. 40.

négligemment sa cigarette allumée sera, pour les auteurs, cause de l'entier dommage même si ce n'est que postérieurement à son fait que le vent s'est levé et a permis au feu de se propager. Mais il faut, bien entendu, que ce vent puisse, en l'occurrence, être considéré comme une circonstance habituelle, normale, à l'endroit concerné. En revanche, si le vent s'est révélé *anormalement* violent, on pourra le regarder comme une cause. Il faut, en outre, relever que, lorsqu'un fait anormal s'est produit, d'autres faits en découlant vont intervenir qui sont *habituellement* liés au fait anormal identifié. De ce point de vue, on ne pourra pas qualifier ces faits subséquents de cause. Par exemple, l'hémorragie qui suit un coup de feu fait partie de l'accomplissement du processus causal.

b. Le caractère délibéré d'une action humaine.

266. Si toutes les actions humaines, volontaires, intentionnelles ou non, peuvent être regardées comme des causes au regard du critère de l'anormalité tracé par Hart et Honoré, les actes *intentionnels*, commis en vue d'aboutir à un résultat déterminé, présentent un profil causal particulier. L'acte volontaire est le plus souvent considéré comme la limite à laquelle on peut faire remonter l'enquête causale dans le temps. Dès lors qu'il est volontaire, il sera, en outre, toujours regardé comme cause malgré l'intervention antérieure d'événements anormaux dont le caractère causal pourrait également être retenu⁹²¹. Si une autopsie permet d'établir que l'ingestion d'arsenic a causé la mort, l'enquête causale pourra être poussée plus loin afin de déterminer les circonstances dans lesquelles la victime a absorbé le poison. S'il est avéré qu'une personne a délibérément administré de l'arsenic à la victime, ce geste intentionnel marquera la *limite* de l'enquête causale : le fait, par exemple, qu'un tiers ait amené, par différents moyens, le meurtrier à administrer le poison pourra éclairer l'enquête, établir une complicité, sans toutefois que l'on puisse identifier l'acte du tiers comme une cause du décès. On ne passe pas « au travers » d'un acte délibéré⁹²².

Inversement, il arrive que l'on recherche la cause en remontant « au travers » de différentes causes afin d'aboutir à un acte délibéré. Cette remontée dans le temps de l'enquête causale ne se fait pas lorsque les causes des causes ne sont pas des gestes volontaires : si le caractère verglacé d'une route est à l'origine d'un accident de voiture, on ne va pas en déduire pour autant que le froid ayant provoqué l'apparition du verglas est la cause de

⁹²¹ Hart et Honoré, *op. cit.*, p. 42

⁹²² « *We do not therefore trace the central type of causal inquiry through a deliberate act.* », Hart et Honoré, *op. cit.* p. 43.

l'accident⁹²³. En revanche, la présence, à un endroit ou l'autre de la chaîne, d'un acte volontaire va permettre de remonter dans l'enchaînement causal en négligeant des événements anormaux qui seraient, en l'absence de l'acte, considérés comme des causes. « L'acte délibéré « réduit » le fait anormal intermédiaire au statut de simple « moyen » » en vertu d'un adage traditionnel de *Common Law* selon lequel « les conséquences intentionnellement recherchées ne sont jamais trop éloignées » »⁹²⁴. Bien entendu, un acte involontaire peut parfaitement être une cause en vertu du critère d'anormalité. Mais il ne sera pas une cause du même type que l'acte volontaire. L'acte humain non intentionnel n'a pas le même pouvoir causal que l'acte délibéré. Il ne joue pas nécessairement comme une limite de l'enquête causale et se trouve, à cet égard, à égalité avec les autres événements anormaux⁹²⁵.

2. Propositions générales et principes causaux

267. Bien qu'acceptée provisoirement à titre pédagogique, l'idée, issue de Mill, d'une sélection parmi des conditions constituant un ensemble causal générant invariablement le dommage est vigoureusement rejetée par Hart et Honoré. Lorsque nous disons que le lait bout parce qu'il a été mis sur le feu, nous en sommes sûrs sans toutefois connaître l'intégralité des conditions nécessaires pour que le lait vienne à ébullition, et sans recourir consciemment à des séquences causales invariables. On pourrait éventuellement soutenir que les généralisations du sens commun sont, au lieu d'être invariables, hautement probables au sens où la séquence se produit dans la majorité des cas⁹²⁶. Mais cela ne correspond toujours pas, disent Hart et Honoré, à l'idée de causalité du sens commun. En effet, c'est après avoir déterminé les causes que nous en arrivons, par l'expérience, à mieux connaître les autres facteurs nécessaires à la production de l'effet. C'est, par exemple, en

⁹²³ Cela signifie que les relations causales ne sont pas toujours transitives : la cause de la cause n'est pas nécessairement la cause de l'effet. On peut estimer, toutefois, que la cause de la cause est cause de l'effet lorsque elle est connue pour produire habituellement ce type d'effet, ce qui permet de négliger la cause intermédiaire, Hart et Honoré, *op. cit.* p. 43.

⁹²⁴ « *The deliberate act « reduces » the intermediate abnormalities to the status of mere « means » and the law recognizes somewhat similar principles in its adage that « intended consequences cannot be too remote »* », Hart et Honoré, *op. cit.* p. 43.

⁹²⁵ Ce critère de l'acte volontaire présente la difficulté d'obliger à déterminer la mesure dans laquelle un acte est volontaire ou non, au sens où l'agent est libre ou non d'agir ou de ne pas agir. Hart et Honoré, *op. cit.* p. 41 et note (12).

⁹²⁶ Telle était la position de Hart et Honoré dans la première édition de leur ouvrage. Nous avons vu qu'elle est également celle des philosophes des sciences contemporains.

sachant déjà qu'une chute a provoqué la fracture du tibia d'un enfant que l'on apprendra que cette fracture n'a été rendue possible que par une fragilité préexistante du tibia de l'enfant. En outre, l'idée, selon laquelle identifier la causalité suppose d'être capable de *prédire* l'effet avec certitude est fautive, soutiennent les deux auteurs. Logiquement parlant, rechercher une cause *a posteriori* n'a rien à voir avec la détermination de la prévisibilité *ex ante* d'un événement.

268. Les propositions générales du sens commun. Pour Hart et Honoré, la recherche de la cause d'un fait après qu'il s'est produit consiste à expliquer un événement surprenant ou inhabituel par la recherche d'un fait antérieur présentant lui-même un caractère d'anormalité. L'explication sera jugée suffisante par le sens commun dès lors que le rapport entre la cause et l'effet apparaîtra acceptable parce que reflétant *une relation habituelle* selon *l'expérience courante*. Bien souvent, la relation causale sera *indirecte* au sens où elle devra être retracée au travers d'un certain nombre d'étapes reliées entre elles par des rapports causaux qu'il faudra établir les uns après les autres⁹²⁷. La caractéristique essentielle des généralisations utilisées ici est que ces dernières sont suffisamment *générales* pour concerner non seulement le cas particulier envisagé en l'occurrence mais aussi des cas similaires. C'est cet aspect des généralisations invoquées qui leur donne leur *force explicative*. « Si le cas particulier, estiment les auteurs, ne peut être connecté par une large généralisation avec une multiplicité de cas antérieurs, la force explicative minimum que doit avoir la découverte de la cause, fera défaut »⁹²⁸.

Mais ce caractère de généralité est bien différent de celui qui est requis lorsqu'il faut *prédire* un événement donné. Il faut en effet, en matière de prédiction, non pas chercher une explication mais obtenir une certitude en recourant à une généralisation se rapprochant le plus possible d'une *séquence invariable* : chacune des généralisations utilisées relie des événements décrits de manière très précise (ce qui est le propre des liaisons invariables). Or cette précision ne correspond pas au sens commun, qui cherche au contraire à rapprocher les cas analogues au moyen de *généralisations causales très larges*. C'est précisément le

⁹²⁷ « In all but the simplest cases, the causal connection will be « indirect », i.e. will have to be traced through a number of successive stages which exemplify a number of different familiar general connections », Hart et Honoré, op. cit., p. 46.

⁹²⁸ « If the particular case cannot be connected in this way by a broad generalization with a multiplicity of past cases, the minimum explanatory force, which discovery of the cause must have, will be lacking », Hart et Honoré, op. cit., p. 47.

fait qu'une généralisation causale est large et peut embrasser de nombreux cas antérieurs qui lui donne sa *force explicative*. Trop précises, les généralisations prédictives ne permettent pas de justifier de manière convaincante une explication causale dans un cas particulier. Les seules hypothèses où les généralisations prédictives ont une force explicative aussi importante que les vastes généralisations du sens commun, c'est lorsqu'elles sont déduites d'une théorie plus large⁹²⁹ : tel est le cas, par exemple, lorsqu'on cherche l'explication d'une panne.

Par ailleurs, il ne faut pas déduire du fait que les généralisations du sens commun sont formulées de façon large qu'elles consistent seulement en de fortes *probabilités*, du type « telle cause est suivie de tel effet dans la grande majorité des cas »⁹³⁰. De telles propositions, comme « un court-circuit cause fréquemment un incendie » ou « la diphtérie cause rarement la mort du malade » ne constituent certainement pas des généralisations causales utiles. Les propositions générales relevant une séquence à fortes probabilités ne sont pas *suffisantes* pour justifier individuellement des propositions causales. La proposition affectée d'une forte probabilité suppose nécessairement que dans des cas *minoritaires* l'événement concerné n'a pas été suivi de l'effet. Ce qui suppose un critère pour établir que l'on ne se trouve pas dans une hypothèse minoritaire. Il faudra donc dans tous les cas fournir une description précise, en termes non scientifiques, des étapes successives d'un accident pour identifier les généralisations reliant les différentes étapes et de préciser l'hypothèse dans laquelle on se trouve. Si une tuile, tombée d'un toit, tue un passant, peu importe la probabilité générale selon laquelle une tuile peut tuer quelqu'un en tombant d'un toit.

269. Principes causaux. Les « principes causaux » (« *causal principles* ») désignent à la fois les généralisations justifiant des imputations causales singulières et la manière dont on les mobilise dans un cas particulier. A cet égard, Hart et Honoré énoncent trois règles. D'une part, lorsqu'il est soutenu que quelque chose est la cause d'un événement particulier, il doit être montré -le cas échéant par la description circonstanciée des différentes étapes du

⁹²⁹ « *Only when highly specific generalizations are deductions from a single wider theory do these form part of the ground for singular causal statements. In such cases the theory has a unifying and explanatory force comparable to those of the loosely framed generalizations of common sense.* », Hart et Honoré, *op. cit.*, p. 47.

⁹³⁰ Il s'agirait d'établir que la cause identifiée comme telle serait suivie par l'effet dans la « grande majorité » des cas; Hart et Honoré, *op. cit.* p. 48.

cheminement causal- que le cas considéré *exemplifie* des propositions générales suffisamment *larges* pour pouvoir couvrir une variété de cas différents. D'autre part, il faut montrer en quoi l'hypothèse considérée n'appartient pas aux *cas minoritaires* qui font exception à la généralisation invoquée. Enfin, s'il s'avère, en retraçant les étapes successives du cheminement causal, que, parmi les facteurs devant s'ajouter à la cause pour produire l'effet, se trouvent des faits *volontaires* ou *anormaux*, il faut impérativement réétudier la question. En effet, de tels facteurs sont, le plus souvent, assimilés par le sens commun à des causes à part entière. Le fait qu'un incendie ne se serait pas communiqué à une maison en l'absence d'un vent normal n'empêche pas que le jet d'une cigarette allumée en soit la cause, mais il en irait différemment si quelqu'un avait aspergé la maison d'essence. Il y a également des hypothèses où deux facteurs peuvent être qualifiés de cause car ils sont chacun anormaux, tout en ne présentant aucune caractéristique permettant d'estimer que le caractère causal de l'un surpasse celui de l'autre au point d'en faire la cause unique.

Si ces trois principes rendent correctement compte des jugements de causalité du sens commun, il faut ajouter deux nuances. D'une part, la proposition générale servant d'appui implicite à une qualification causale peut être parfois différente des propositions générales du sens commun, telle la liaison invariable utilisée pour expliquer une panne, par exemple. D'autre part, les principes causaux ainsi définis ne sont pas valables pour le cas particulier de l'*omission*. C'est le caractère adéquat des faits omis à empêcher la survenance de l'effet dans des conditions habituelles (« *under standard conditions* ») qui permet d'en retenir le caractère causal. Ainsi, l'omission de se couvrir peut être la cause d'un rhume. Il faut pour cela démontrer qu'il faisait un froid tel que le simple fait de se couvrir aurait empêché le dommage. Mais il est inutile de prouver qu'un rhume résulte systématiquement d'une omission de se couvrir : cela n'aurait aucun sens.

3. Limites de l'enchaînement causal

270. La question de l'étendue de la responsabilité est le terrain d'élection du critère de la *proximate cause*. La question des limites de l'enchaînement causal est redoutable. On relève fréquemment que les conséquences de chaque événement sont infinies ou qu'il est toujours possible de retenir un lien de causalité entre un événement et l'une de ses

conditions *sine qua non*, quelle qu'elle soit⁹³¹. Pour Hart et Honoré, l'aporie ne concerne pas la causalité telle qu'ils la conçoivent⁹³². Non seulement l'assimilation de la cause à la condition *sine qua non* ne reflète en rien le raisonnement opéré par le sens commun, mais, surtout, *l'idée ordinaire de causalité contient en elle-même des limites*. Les notions causales employées habituellement dans un objectif d'explication, d'attribution d'une responsabilité ou de détermination des rôles de chacun, contiennent toutes, en elles-mêmes des limites *implicites*. Toute notre pensée causale, disent Hart et Honoré, intègre des concepts permettant de restreindre le nombre de conséquences provenant d'un fait précis. Les limites varient d'après les *types* de relations causales considérées. Les conséquences pourront ainsi être restreintes à ce qui était intentionnellement recherché, à ce qui pouvait être raisonnablement prévu, à ce qui s'est produit jusqu'à l'intervention volontaire d'un tiers etc...

Ces critères ne seront bien sûr pas toujours suffisants. Certes, admettent Hart et Honoré, si l'on assimilait la causalité à une liaison universellement invariable, il serait sans doute plus aisé de limiter les chaînes causales. Mais, même dans un tel cas, plusieurs liaisons générales sont impliquées dans le raisonnement causal, qui s'appliquent de manière différenciée à chaque étape⁹³³ : on lie ensemble des faits qui ne sont habituellement pas reliés en établissant l'enchaînement des événements étape par étape et en se référant chaque fois à une loi universelle. Là encore, établir une limite est ardu.

271. Causalité matérielle (« *causing harm* »). Dans les cas simples de causalité matérielle, les faits permettant de rompre l'enchaînement causal seront *l'intervention volontaire* d'un tiers (« *intervening cause* »), ou une conjonction de faits assimilable à un *cas fortuit* (« *superseding causes* » ou « *extraneous causes* »). Les raisonnements nous permettant d'identifier les ruptures de causalité reposent, disent Hart et Honoré, sur des distinctions implicites entre les types de facteurs examinés. Spontanément, nous avons tendance à classer certains d'entre eux dans la catégorie « cause » et d'autres parmi les

⁹³¹ « *Every event which would not have happened if an earlier event had not happened is the consequence of that earlier event* ». Cette dernière proposition est le pendant de l'idée selon laquelle est une cause toute condition nécessaire. En remontant dans le passé à la recherche de toutes les causes nécessaires, on construit le « cône » de causalité (« *cone of causation* ») ainsi que l'appelait Glanville Williams. Comme nous l'avons vu, cette identification de la cause à la condition nécessaire ne traduit pas l'idée logique de cause formulée par John Stuart Mill pour qui la cause était la totalité des conditions nécessaires.

⁹³² Hart et Honoré, *op. cit.* p. 68.

⁹³³ Exemple de la tuile qui tombe et tue quelqu'un.

conditions simples (« *mere conditions* »)⁹³⁴. Dans tous les cas, nous sommes, pour chaque problème causal, influencés par le « *cas-type* », par l'hypothèse habituelle de causalité qui l'illustre, et peut elle-même correspondre aux cas très simples exprimés par les verbes transitifs tels que : il l'a poussé, il l'a cassé, etc. La difficulté de cette analogie avec le cas le plus simple est qu'elle n'opère plus dans un enchaînement causal complexe pour lequel on doit retenir certains facteurs et pas d'autres. En effet, nous percevons le résultat d'une action comme l'extension, le développement (« *mere extension* ») de cette action. Le fait qu'il ait fallu, dans une hypothèse donnée, que *d'autres éléments* se rajoutent à la condition de départ pour produire le résultat rompt l'analogie avec le cas simple et nous conduit à voir une rupture dans l'enchaînement causal⁹³⁵. Tel est le cas lors de l'intervention volontaire d'un tiers : on estime souvent qu'une intervention qui n'est pas pleinement volontaire ne pourra pas, la plupart du temps, rompre la chaîne causale⁹³⁶.

Quant à la « *coincidence* » (cas fortuit) elle correspond au cas où la conjonction de deux ou plusieurs éléments indépendants les uns des autres était très peu probable mais s'est tout de même produite sans intervention humaine⁹³⁷. Telle est l'hypothèse où A bouscule B, où B tombe et où, au même moment, un arbre tombe sur B et le tue. Mais un élément supplémentaire doit s'ajouter aux critères de la « *coincidence* » pour pouvoir rompre l'enchaînement causal. En effet, la pensée ordinaire distingue spontanément la circonstance anormale existante *au moment* de l'acte de l'agent de l'événement anormal intervenu *après* l'acte considéré⁹³⁸ : or la circonstance préexistante ne peut en rien être assimilée au cas fortuit⁹³⁹. L'identification du cas fortuit dépend de deux aspects délicats à préciser. Il est difficile, d'une part, de délimiter le *degré d'improbabilité* requis pour qu'une conjonction d'événements puisse être considérée comme fortuite et de déterminer le *type de savoir* au regard duquel on peut évaluer cette probabilité (*likelihood*) : si l'on estime, comme Hart et Honoré, que seul le savoir de l'homme ordinaire est pertinent ici, une large part de liberté est laissée au juge. Il faut être conscient, d'autre part, que notre jugement dépend largement

⁹³⁴ Hart et Honoré, *op. cit.* p. 72

⁹³⁵ Hart et Honoré, *op. cit.* pp. 73-74

⁹³⁶ L'intervention volontaire ne permet d'ailleurs pas d'interrompre l'enchaînement causal lorsqu'on estime que l'agent initial a fourni une opportunité ou une raison d'agir au tiers concerné.

⁹³⁷ Hart et Honoré, *op. cit.* p. 79

⁹³⁸ Distinction qui est opérée dans la plupart des systèmes juridiques.

⁹³⁹ « *In the familiar controlling imagery theses are part of « the stage already set » before the « intervention »* », Hart et Honoré, *op. cit.* p. 80.

de la manière dont ces événements sont relatés et notamment de la *précision* avec laquelle on les décrit. La « bonne description » dépend du savoir courant (« *common knowledge* ») et de l'intérêt poursuivi par celui qui s'interroge.

272. Causalité humaine (« *interpersonal transactions* »). L'établissement des limites de l'enchaînement causal est différent pour celui qui a fourni l'opportunité ou le motif d'accomplir un acte dommageable. L'intervention volontaire d'un tiers ne peut avoir en l'occurrence le même impact. Pour Hart et Honoré, l'intervention ultérieure d'un tiers ne rompt pas l'enchaînement causal dès lors que cette intervention était *probable* et que cette probabilité (*likelihood*) est justement le motif permettant de retenir la faute de l'agent initial⁹⁴⁰. Par exemple, la venue de cambrioleurs dans une maison que son propriétaire a omis de fermer à clef est probable. La notion à laquelle il est fait référence ici est celle de risque créé. Il reste qu'il est difficile de déterminer les comportements probables, de même que leur probabilité d'apparition : on a parfois parlé de « conséquence naturelle », mais cela reste vague⁹⁴¹. Un arrêt américain a, par exemple, estimé, dans l'exemple précédent, que la venue d'un pyromane qui met le feu à la maison n'est pas une conséquence naturelle de la négligence de celui qui a omis de verrouiller la porte⁹⁴². Par ailleurs, lorsqu'une personne a donné à une autre le *motif* de commettre un acte dommageable par le biais d'un conseil ou d'une suggestion, l'acte commis, fût-il volontaire, ne rompt pas la causalité et peut être traité comme la conséquence du conseil donné. Toute la question est de déterminer la mesure dans laquelle les actions de B découlent des arguments donnés par A. Les arguments pertinents, disent Hart et Honoré, sont à chercher dans les intentions initiales de A et le contenu exact de ses paroles et de ses actes.

⁹⁴⁰ Lorsqu'il est clair que la raison de considérer un acte comme négligent ou la raison pour l'interdire dans une règle légale est le fait que cet acte fournit une opportunité à autrui pour un délit intentionnel, il serait parfaitement absurde de considérer l'intervention volontaire d'autrui (pour commettre le délit) comme un moyen d'exonération de la personne ayant fourni l'occasion en question. C'est logique, surtout qu'on estime souvent que la personne qui ne prend pas les précautions suffisantes pour éviter le dommage comme la cause de ce dernier.

⁹⁴¹ Comme nous l'avons vu, le risque a souvent été invoqué comme critère général de détermination du lien causal. La difficulté de l'idée de dommage « dans le risque » est qu'elle ne permet pas de rendre compte d'hypothèses où la causalité est évidente bien que le dommage n'ait pas été « dans le risque ». Hart et Honoré estiment à ce sujet qu'il faut toutefois savoir distinguer entre la causalité matérielle et le cas de celui qui fournit l'opportunité ou le motif de provoquer un dommage : tout dépend, selon eux, de l'analogie possible avec les hypothèses de causalité instantanée illustrée par les verbes transitifs, dont la pertinence varie selon les cas.

⁹⁴² *Bellow v. Worcester Storage Co* (1937) 297 Mass. 188. Hart et Honoré, *op. cit.* p. 82.

273. Conclusion du B. La cause ordinaire est, pour Hart et Honoré, cet événement qui est *intervenu* dans le cours de choses pour y introduire une modification par rapport à ce qu'aurait dû être leur cours « normal ». Ce faisant la cause est un événement *anormal* que l'on sélectionnera parmi l'ensemble des conditions *sine qua non* du dommage. La détermination de la cause fera donc appel à des règles d'expérience, des propositions générales, qui n'ont toutefois rien à voir avec les lois causales du modèle scientifique. Il s'agit, en effet, de *généralisations causales du sens commun*. Il faut souligner, par ailleurs, la *force causale* particulière des actes intentionnels. S'agissant, enfin, de la question délicate des limites de l'enchaînement causal, il convient de relever les événements de nature à rompre la chaîne des causes : la survenance d'un événement *anormal* par rapport à ce qui aurait dû découler normalement des circonstances, celle d'une *action humaine délibérée*, ou la réalisation d'un *cas fortuit*, qui constitue une conjonction très improbable d'événements. Ces principes généraux, estiment Hart et Honoré, permettent d'expliquer les solutions du droit positif anglais, voire américain, en matière causale.

274. Conclusion de la section. Hart et Honoré ont tenté de formuler une solution médiane entre une approche philosophique trop complexe pour être accessible au juriste, et une conception purement sceptique, voyant dans la condition de causalité l'expression de considérations partisans et politiques. Les principes qu'ils ont dégagés « reflètent le type de jugements sur la causalité que l'on fait dans la vie ordinaire, incorporant certains des principes fondamentaux qui gouvernent la perception que chacun a de sa propre identité »⁹⁴³. A cet égard, les jugements de causalité sont relatifs à la *perspective* adoptée et au point de focalisation de l'intérêt de l'observateur. Le physicien se penchant sur une séquence n'aborde pas les faits de la même manière que le juge. Cela n'invalide pas la conclusion du juge : ce dernier va s'intéresser aux facteurs *relevants*, *pertinents* pour le droit, sans pour autant que sa recherche soit dépourvue d'objectivité⁹⁴⁴.

⁹⁴³ N. Simmonds, « La causalité et la preuve », art. préc. p. 108.

⁹⁴⁴ « Nos valeurs et nos intérêts peuvent forger les questions que nous considérons comme pertinent de poser : mais elles ne conditionnent pas les réponses que nous leur donnons. Plus encore, même si nos jugements de sens commun sur la causalité démontrent un certain degré de relativité vis-à-vis du contexte, ils ne sont pas seulement fonction de nos jugements en matière de politique sociale. Les jugements de la causalité en droit reflètent un arrière-plan de compréhension de sens commun : ils ne dissimulent pas des décisions sur les finalités désirables pour la société ». N. Simmonds, « La causalité et la preuve », art. préc. p. 109.

Certes, la notion ordinaire de causalité présente des aspects flous⁹⁴⁵. Dès que l'on sort des cas simples, les questions de causalité perdent leur évidence et impliquent des jugements pouvant varier d'une personne à l'autre. D'autant qu'il faudra construire un raisonnement relatif à la manière dont les choses se seraient passées si le responsable avait agi conformément aux usages⁹⁴⁶. Cependant, la plupart des questions de causalité de la vie courante se règlent sans difficultés, par le bon sens. Il est, en général, possible, en tenant compte du contexte et de l'objet de l'enquête causale, d'identifier des arguments rationnels permettant d'aboutir à un jugement de causalité fiable. De ce point de vue, « les principes de causalité dans le droit reflètent les jugements de la vie quotidienne qui font partie de l'ensemble des relations éthiques constitutives de la société civile »⁹⁴⁷.

⁹⁴⁵ Hart et Honoré, *op. cit.*, p. 62.

⁹⁴⁶ A noter que Hart et Honoré n'insistent guère sur la question du raisonnement contrefactuel sauf en cas d'omission.

⁹⁴⁷ N.Simmonds, « La causalité et la preuve », art. préc. p. 111.

Section 2. Intérêt de la théorie de la causalité ordinaire

275. Notre étude n'a pas pour objet d'évaluer si la théorie de Hart et Honoré retrace effectivement, comme elle le prétend, la manière dont les juges anglo-américains tranchent la question causale⁹⁴⁸. En revanche, cette théorie peut intéresser le juriste français en ce qu'elle identifie les principaux traits d'une notion juridique de causalité correspondant aux représentations courantes. De ce point de vue, la théorie est séduisante. Afin de l'apprécier, nous évoquerons d'abord l'intérêt du principe même du recours à l'usage ordinaire (§1) avant d'envisager l'intérêt des solutions proposées par la théorie (§2).

§1. Intérêt de principe du recours à la causalité ordinaire

276. La première des qualités de la théorie de la causalité ordinaire est qu'elle est conforme, dans son principe, à la perception que le législateur, puis les juges, ont eue de la question du lien de causalité. Jamais, répète-t-on régulièrement, il n'a été question d'user, dans le droit de la responsabilité, d'une notion élaborée, philosophique ou scientifique, de la cause. A cet égard, le principe du recours à la notion ordinaire de causalité paraît découler des textes eux-mêmes (A). En outre, la référence à l'usage ordinaire des termes juridiques constitue, en soi, une technique d'interprétation attractive (B).

A. Le renvoi du Code civil à la causalité

277. **Le Code civil et la notion ordinaire de causalité.** S'il a pu arriver que les juristes français préconisent l'empirisme, la notion ordinaire de causalité n'a jamais fait l'objet d'une véritable synthèse ou d'une théorisation. Il ne fait, toutefois, aucun doute que les rédacteurs du Code civil se référaient à la notion ordinaire de cause, d'abord parce que

⁹⁴⁸On trouve, chez Jane Stapleton, la même idée selon laquelle les tribunaux (britanniques en tout cas) adoptent une approche pragmatique en suivant l'usage ordinaire de la notion de causalité. V. not. Jane Stapleton, « *Perspective on Causation* », in J. Horder (dir.) *Oxford Essays in Jurisprudence, Fourth series*, Oxford University Press, 2000, p. 61.

ces derniers s'exprimaient en langage courant, ensuite parce qu'ils n'avaient aucune volonté d'introduire dans le Code des notions très élaborées. Durant les travaux préparatoires, le tribun Andrieux cita un jour Montesquieu : « le style des lois doit être simple (...) Les lois ne doivent point être subtiles ; elles sont faites pour des gens de médiocre entendement ; elles ne sont point un art de logique, mais la raison simple d'un père de famille »⁹⁴⁹. Si les rédacteurs se sont autorisés un langage relativement technique pour ce qui relevait de l'art juridique proprement dit, les représentations du monde se sont faites de la manière la plus ordinaire.

Un auteur a ainsi remarqué que, dans le Code civil, « les concepts juridiques apparaissent au premier plan, dans leur richesse et leur netteté de contours, tandis que la vie apparaît comme lointaine et estompée, ne passant en avant que par des contacts fréquents assurément, mais brusques et sur lesquels la loi ne s'appesantit pas »⁹⁵⁰. Il n'y est pas question de se référer à une quelconque notion scientifique. « Il n'y a absolument rien dans le Code civil qui fasse songer à ce que pourrait être une représentation scientifique de la nature ou des phénomènes. Çà et là le législateur se trouve amené à faire allusion à des faits ; il se contente d'en emprunter la représentation à l'opinion courante. (...) En définitive, la place que tient dans le Code la représentation de la nature et des choses matérielles est extrêmement réduite ; et elle est empruntée presque entièrement aux conceptions courantes. Il n'y a rien ou presque rien dans la loi qui se rattache à la représentation des phénomènes naturels tels que la science les conçoit »⁹⁵¹. Dans l'ensemble, les « représentations du monde et de l'homme » sont empruntées par le législateur du Code civil à la pensée courante. « Sauf exceptions, elles sont accueillies sans critique ni définition »⁹⁵².

On relèvera que le Code civil est resté peu prolixe sur la condition de causalité. L'article 1382 C.civ. fut adopté sans commentaires. L'article 1151 C. civ., reprenant un propos de Pothier, ne provoqua guère de discussions. On a pu en conclure qu'il exprimait

⁹⁴⁹ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, liv. XXIX, chap. XVI, Gallimard, Folio essais, 1995, p. 1031 et 1033.

⁹⁵⁰ Jean Ray, *Essai sur la structure logique du Code Civil français*, Alcan, 1926, p. 118.

⁹⁵¹ « Jusque dans ses formes les plus récente, la loi vit en dehors de la science ; et cela est d'autant plus notables que la pratique judiciaire fait constamment appel aux savants, aux experts. Cette constatation vient confirmer la distinction précédemment exposée entre le droit et le fait. », J. Ray, thèse préc. pp. 119-120.

⁹⁵² J. Ray, thèse préc. p. 117. Le Code civil montrerait que « la représentation du monde et de l'homme dans la pensée juridique est extraordinairement pauvre ».

« l'expression des conceptions un peu vagues des législateurs de 1804 relativement au lien de causalité en matière de responsabilité civile »⁹⁵³. Certains commentateurs notèrent que les rédacteurs souhaitaient se référer, ce faisant, aux développements des anciens auteurs. « Ce silence vaut sans doute comme un renvoi implicite aux théories admises en la matière »⁹⁵⁴. C'est donc vers les analyses de Pothier, inspirateur de l'article 1151 C. civ. qu'il convient de se tourner si l'on veut préciser ce qu'était, aux yeux des rédacteurs, la condition de causalité.

278. La causalité ordinaire avant le Code civil. En tant que telle, la condition de causalité préoccupait peu les auteurs de l'Ancien Droit⁹⁵⁵. Ils ne l'ont abordée qu'au travers de la réparation du préjudice découlant d'une inexécution contractuelle dolosive. Une règle remontant au droit romain prévoyait, en effet, que l'inexécution contractuelle devait donner lieu à une indemnisation limitée au dommage prévisible, sauf si elle se révélait dolosive, auquel cas l'indemnisation était due pour l'intégralité du dommage causé. A cet égard, les auteurs ont surtout raisonné sur des cas d'espèce en proposant des solutions intuitives ou empiriques dans des exemples qui sont devenus célèbres⁹⁵⁶. Leur conception de la causalité, certes peu systématisée, comportait toutefois certaines caractéristiques. Pothier fut, sur ce point, influencé par d'autres auteurs l'ayant précédé, à commencer par Dumoulin. Dumoulin distinguait entre le dommage *communiter* et le dommage *singulariter*. Le dommage *communiter* correspondait à « toute suite qui, d'après ce que nous enseigne l'expérience courante de la vie, devait arriver à toute autre personne si elle se trouvait dans les mêmes conditions »⁹⁵⁷. En revanche, le dommage *singulariter* advenait de façon

⁹⁵³ André Joly, *Essai sur la distinction du préjudice direct et du préjudice indirect*, thèse Caen, 1938, n°17 et n°22.

⁹⁵⁴ Marthe Filippi, *Le préjudice indirect*, thèse Lille, 1933, p. 36 et s. C'est aussi l'opinion d'A. Joly, thèse préc. n°28.

⁹⁵⁵ « Il est même assez surprenant que Pothier ait consacré à cette question de la causalité les quelques pages de son traité des obligations. », Mihail Nicolesco, *La notion de dommage direct, Etude de doctrine et de jurisprudence sur le problème causal en matière de responsabilité civile*, thèse Paris, 1931.

⁹⁵⁶ A. Joly, thèse préc. n°17. Les anciens auteurs « voulaient dénoncer le péril que porte avec lui le principe de causalité et manifester leur croyance dans la possibilité de définir un « point d'arrêt » ». Ils « essayaient de distinguer différentes variétés de causes, et ils exigeaient implicitement d'une cause, pour la retenir au point de vue du droit, qu'elles revêtent certaines qualités d'ailleurs assez mal définies », cette conception les ayant conduit « à dire qu'un dommage peut être direct ou indirect par rapport à tel de ses antécédents suivant la force du lien causal qui existe entre ce dommage et cet antécédent. » A. Joly, thèse préc. n°17.

⁹⁵⁷ M. Nicolesco, thèse préc. p. 97.

purement contingente. Dumoulin donnait pour exemple le cas d'un locataire qui avait, par malice, mis le feu aux lieux loués et vu l'incendie s'étendre aux moissons voisines sous l'action imprévue du vent. Si la destruction des lieux loués était la conséquence directe et immédiate de l'incendie déclenché par le locataire, celle des moissons voisines n'était que le fait d'une action nouvelle et imprévue et n'était, par conséquent, pas objectivement prévisible. En effet, « si le débiteur coupable de dol est tenu de tout le dommage qui est la suite *immédiate* et *directe* de l'inexécution de ses engagements, il n'est cependant pas responsable du dommage *résultant d'un événement nouveau*, fût-il même éprouvé à l'occasion du fait primitif sans lequel il n'aurait pu se produire, parce que c'est là un dommage *éloigné* qui échappe en conséquence à toute prise en considération »⁹⁵⁸. On retrouve des idées analogues chez Domat, pour qui les pertes résultant d'une *cause unique* sont dédommées alors que les *suites éloignées*, donc *ayant d'autres causes* ne le permettent pas⁹⁵⁹. Un autre auteur, Michel Prévost de la Jannès opposa les suites *naturelles* et *ordinaires* dont l'acte du défendeur a été la cause précise aux suites *extraordinaires* ne donnant lieu à réparation qu'en cas de malice et de mauvaise foi, donc de dol⁹⁶⁰.

Chez Pothier, les principes sont les mêmes, à ceci près qu'on y trouve l'adjonction d'un terme important : *nécessité*. Pothier excluait de la réparation les éléments qui non seulement

⁹⁵⁸ M. Filippi, thèse préc. p. 27. « Et adhuc in doloso intelligitur venire omne detrimentum tunc & proxime secutum, non autem damnum postea succedens ex novo casu, etiam occasione dieta combustionis, sine qua non contigisset, quia istud est damnum remotum, quod non est in consideratione ». V. M. Nicolesco, thèse préc. p. 100 et s.

⁹⁵⁹ « Les dommages et les pertes dont les dédommagements peuvent être demandés sont de deux sortes. L'une des pertes qui sont tellement une suite du fait de celui à qui le dédommagement en est demandé, qu'il est évident qu'on doit les lui imputer, comme ayant ce fait pour leur cause unique et l'autre de celles qui ne sont que des suites éloignées de ce fait et qui ont d'autres causes.... » Jean Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, op. cit., I, 3, 5, 2, 6. « Il a été remarqué dans l'article 6 qu'on ne doit pas imputer à celui de qui le fait a causé quelque dommage, des suites éloignées qui peuvent avoir d'autres causes que quelques conjonctures jointes à ce fait et que ces sortes de suites n'entrent point dans l'estimation des dommages et intérêts... (...) Mais il ne faut pas mettre au nombre de ces suites éloignées les différentes pertes qui peuvent être causées par un même fait si ces pertes ont ce fait pour leur cause unique ». *ibid.*, I, 3, 5, 2, 11.

⁹⁶⁰ « On distingue deux sortes de suite d'un dommage causé à quelqu'un ; les suites naturelles et ordinaires dont le fait de l'auteur du dommage a été la cause précise et les suites éloignées et extraordinaires du dommage que quelques conjonctures ont liées avec le dommage principal et qui ont leurs sources dans la situation particulière des affaires de celui qui a reçu le dommage. Les suites extraordinaires et imprévues ne doivent être imputées à l'auteur du dommage que lorsqu'il a causé par une malice et une mauvaise foi qui renferment la volonté de tout le mal qui en peut arriver et non lorsqu'il ne l'a causé que par une de ces fautes qui ne supposent pas de mauvaise foi, ni de dessein de nuire et où l'on a nullement envisagé toutes les suites fâcheuses de son imprudence. » Michel Prevoste de la Jannes, *Les principes de la jurisprudence française*, II, 28, 621, in Olivier Descamps, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, thèse Paris II, 2001.

n'étaient « qu'une suite éloignée » du dol, mais qui n'en étaient pas non plus « une suite nécessaire » et « pouvaient avoir d'autres causes »⁹⁶¹. Si l'on cherche à dégager les idées essentielles sur lesquelles Pothier semble se fonder, on remarque plusieurs éléments. Pothier part, logiquement, du principe que le fait du débiteur peut avoir de multiples répercussions et qu'il faut sélectionner, parmi les suites de l'inexécution, celles qui pourront être considérées comme ayant été causées par ce dol. Le vocabulaire employé est le suivant : « éloigné », « indirect », « relation nécessaire », « autres causes ». Par la notion de « suite éloignée » et de « suite indirecte », Pothier semble surtout se référer à l'idée de *proximité* dans le temps et dans l'espace. La référence au caractère direct du lien ajoute une nuance : *l'absence d'autres causes*, ou de causes *intermédiaires*, plus proches du résultat et venant s'intercaler entre la « cause indirecte » et l'effet. Quant au terme de « suite nécessaire », Pothier l'oppose à la notion de « suite pouvant avoir eu d'autres causes ». En principe, une suite nécessaire découle *invariablement* d'une cause *suffisante* pour la produire. C'est donc à la *cause suffisante* que pense Pothier. Soit la cause qui engendrait une quasi-certitude de production du dommage. Autrement dit, le dol devait être *de nature* à engendrer le dommage. En toute rigueur, le critère correspondant à la pensée de Pothier est celui de la *probabilité*. A cet égard, il semble que Pothier cherche à évaluer les suites probables « au sens de suites que l'on ne peut éviter sans employer des moyens extraordinaires dont l'omission ne constituerait pas une négligence »⁹⁶². Dans l'exemple qu'il donne, le cultivateur, pouvait acheter ou emprunter des bœufs, ou affermer ses terres. C'est seulement si le créancier avait pu prouver qu'il s'était trouvé dans l'impossibilité absolue de remédier au non-défrichement des champs que ce dommage aurait pu être considéré comme une suite nécessaire. Nous pouvons conclure de la conception de Pothier qu'elle est assez restrictive : la cause devait être proche et de nature à entraîner le dommage, selon une probabilité très élevée.⁹⁶³ Elle se rapproche, d'ailleurs, de l'idée de liaison causale comme séquence invariable : ce faisant elle traduit davantage une notion philosophique ou scientifique de la causalité que de la causalité ordinaire.

⁹⁶¹ R. J. Pothier, *Traité des obligations*, in *Œuvres complètes*, t. I, 2nd éd. Debure, Paris, 1831, n°167.

⁹⁶² M. Filippi, thèse préc., p. 30.

⁹⁶³ « Le raisonnement vulgaire table toujours sur les possibilités objectives ». M. Nicolesco, thèse préc. p. 99. En effet, en faisant « l'examen de ce que nous entendons toujours par les appréciations causales exprimées comme ceci : ça devait arriver nécessairement », c'est bien « le « nécessairement » d'après ce qui est commun, courant, expérimentalement dans la vie.(...) Pour y arriver on table sur un rapport de fréquence ».

279. Disparition de l'idée de nécessité dans l'article 1151 C. civ. Quoi qu'il en soit, le terme de « nécessité » disparut dans le Code civil. On ne parle plus de « suite nécessaire », on se contente des suites « immédiates et directes ». La formule perd ainsi en précision. Le terme « immédiat » donne l'impression que seule la conséquence première d'un fait dommageable peut faire l'objet d'une indemnisation, à l'exclusion de toutes les autres. A la séance de présentation au Corps Législatif, Bigot de Préameneu commenta l'article 1151 C. civ. en ces termes : « Le dol établit contre celui qui le commet une nouvelle obligation différente de celle qui résulte du contrat, cette nouvelle obligation n'est remplie qu'en réparant tout le tort que le dol a causé. Mais dans ce cas là même, les dommages et intérêts n'en ont pas moins leur cause dans l'inexécution de la convention, il ne serait donc pas juste de les étendre aux pertes et gains qui ne seraient pas une suite immédiate et directe de cette inexécution. Ainsi, on ne doit avoir égard qu'au dommage souffert par rapport au fait qui était l'objet de l'obligation et non à ceux que l'inexécution de cette obligation aurait d'ailleurs occasionné au créancier dans ses autres affaires ou dans ses autres biens.... Ces règles suffisent pour guider le juge »⁹⁶⁴. Bigot de Préameneu semblait ramener ici la question causale à la distinction entre préjudice extrinsèque et préjudice intrinsèque, qui se rapporte plutôt à la condition de prévisibilité de l'article 1150 C. civ.⁹⁶⁵. On peut en conclure que la conception du lien de causalité par les rédacteurs du Code était pour le moins confuse, tout en tournant autour de l'idée de probabilité.

280. La causalité ordinaire après le Code civil. Pour les juristes du XIX^e siècle, la causalité devait, indiscutablement être entendue en son sens le plus courant. En effet, elle constituait, à leurs yeux, une *question de fait*, relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond. A cet égard, Demolombe fut l'un des rares auteurs du XIX^e siècle à évoquer la causalité en tant que condition à part entière de la responsabilité délictuelle. Il estimait que le dommage doit être « lui-même une suite immédiate et directe du délit ou du quasi-

⁹⁶⁴ Fenet, *Recueil des Travaux Préparatoires du Code*, t. XIII, art. 1151.

⁹⁶⁵ M. Filippi, *thèse préc.* pp. 35-36. « Bigot de Préameneu interprète mal la disposition de l'art. 1151, il en conclut que l'on ne doit avoir égard qu'au dommage souffert par rapport à la chose ou au fait qui était l'objet de l'obligation, d'où suit que le débiteur de mauvaise foi ne répondait pas du dommage qu'il occasionne au créancier dans ses autres affaires ou ses autres biens. Nous venons de dire que Pothier enseigne tout le contraire et les textes mêmes du Code le décide ainsi, puisqu'il résulte de la combinaison des articles cités que le débiteur coupable de dol répond même des dommages - intérêts imprévus, c'est-à-dire extrinsèques ».

délict, et qu'il s'y rattache par la relation qui lie l'effet à la cause »⁹⁶⁶. En cette matière, écrivait-il, les juges ont un pouvoir d'appréciation discrétionnaire : « c'est donc aux juges, en effet, qu'il appartient de statuer, en fait, suivant les circonstances particulières de chaque espèce... de statuer *ex aequo et bono*, d'après l'équité, la règle maîtresse à laquelle nous sommes toujours ramenés en cette matière. (...) Aussi a-t-on pu dire qu'ils remplissent, en ces sortes d'affaires, l'office de véritables jurés »⁹⁶⁷. C'est dire que la notion doit être entendue de la manière la plus ordinaire qui soit. S'exprimant au sujet du contrat, Demolombe soulignait que le débiteur ne doit certes réparer que le dommage qu'il a causé, mais que l'application pratique d'un tel principe est difficile « tout se tient, en effet, dans l'ordre des faits humains. Les uns, succédant aux autres, n'en sont le plus souvent que la continuation et le développement, et si l'on se laisse entraîner à suivre l'engrenage des conséquences, on aboutit à des responsabilités exorbitantes hors de proportion avec la cause véritable de l'imputabilité »⁹⁶⁸.

En général, la causalité fut abordée par les auteurs au travers de la distinction du préjudice direct et indirect en matière contractuelle⁹⁶⁹. Beaucoup se contentèrent de reprendre les anciens auteurs, à commencer par l'exemple fameux indiqué par Pothier⁹⁷⁰. Duranton⁹⁷¹, par exemple, s'attacha spécialement au caractère *nécessaire* du dommage direct et au caractère *éloigné* du dommage indirect par rapport à l'inexécution du contrat. Toullier entendait, quant à lui, par suites immédiates et directes « les dommages causés uniquement par le fait ou l'inexécution de la vente et non ceux qui ne sont que les suites éloignées du fait ou de l'inexécution et auxquels d'autres causes ont contribué »⁹⁷² Il se contentait ainsi

⁹⁶⁶ Demolombe, *op. cit.* n°673.

⁹⁶⁷ C'est lui qui souligne. G. Demolombe, *Cours de Code Napoléon, t. XXXI, Traité des engagements qui se forment sans convention*, Livre III Titre IV Chapitre II, Paris, 2^e éd., 1882, n°671 et s. spéc. n°674 et n°684.

⁹⁶⁸ Demolombe, *Cours du Code Napoléon*, t. XXIV, n°598 et 599 Reprenant l'exemple de la vache de Pothier, Demolombe estime que la défaut de culture de terres peut être considéré comme une conséquence « de seconde main », mais néanmoins réparable. En revanche, la ruine du cultivateur est, comme chez Pothier, considérée comme trop indirecte pour justifier l'indemnisation : Demolombe souligne que la saisie des biens ne procède de l'inexécution du contrat que « médiatement », « ex novo casu », « par toute une série de contre-coups et de ricochets ».

⁹⁶⁹ On remarquera que les juristes de l'époque utilisent parfois l'expression de préjudice indirect pour désigner le préjudice par ricochet.

⁹⁷⁰ Pour un aperçu de l'ensemble des commentaires, v. M. Filippi, thèse préc. p. 36.

⁹⁷¹ Duranton, *Cours de Droit Français*, t.X, n°173 et s.

⁹⁷² Toullier, *Droit Civil Français*, t. VI, n°286 et s.

du critère d'*éloignement* en négligeant la notion de suite nécessaire tout en précisant : « l'article 1151 n'exige pas que l'inexécution de la convention ait été la cause immédiate et directe du dommage, mais que le dommage eût été la suite immédiate et directe, ce qui est bien différent »⁹⁷³.

Au total, le vocabulaire employé est toujours le même : « nécessaire », « éloigné », « autre cause », « médiat » par opposition à « immédiat », « cause » par opposition à « occasion », cause « première », cause « déterminante et nécessaire », « cause unique », « cause efficiente et principale », « suite nécessaire et directe ». Les auteurs soulignent chaque fois la nécessité d'instaurer une *limite* dans la chaîne des conséquences dont le débiteur est responsable, même si de telles conséquences dérivent du fait du débiteur. On retrouve les deux éléments présents chez Pothier : *proximité* dans le temps et l'espace (« éloigné », « autre cause », », « médiat » par opposition à « immédiat » etc...), d'une part ; idée de *nécessité*, d'autre part, renvoyant à la possibilité objective engendrée par le dol (« suite nécessaire »). On trouve également l'idée d'une *absence d'autre cause* pouvant expliquer le dommage qui fait en sorte que le fait du défendeur est la seule cause possible. Ces éléments sont cependant employés par les auteurs de façon bien confuse⁹⁷⁴.

281. Un auteur tenta, par la suite, de cerner la notion de causalité ordinaire. Joly, relevant que le Code civil consacrait la notion ordinaire de cause, tenta de l'explicitier. Comme « les systèmes que leurs auteurs croient les plus achevés, s'en rapportent à l'appréciation des juges », dit-il, il faut convenir « qu'il est peut-être opportun de modérer la sévérité des critiques dont la conception vulgaire de la cause est l'objet ». La causalité est pour nous un principe de raisonnement « qui nous conduit à considérer tout événement

⁹⁷³ Il donnait un exemple, puisé chez Domat. Le propriétaire d'une vigne loue des voitures en vue des vendanges. Mais le loueur ne fournit pas les voitures promises au moment convenu, ayant trouvée entre temps un locataire plus offrant. La vendange doit ainsi être repoussée de quelques jours, mais entre-temps, un orage éclate qui détruit la récolte. Toullier estimait ici que le loueur défaillant devait indemniser le propriétaire de la vigne.

⁹⁷⁴ Lors des débats parlementaires relatifs aux dommages de guerre, en 1919, le rapporteur, Desplas déclara, à propos de la condition de dommage direct, « vous demanderiez quelque chose d'extrêmement difficile si vous sollicitiez du rapporteur des précisions devant lesquelles ont reculé la jurisprudence et la doctrine depuis cent ans », *Débats parlementaires sur les dommages de guerre*, D. 1919, IV, 55. Quelques années plus tard, un auteur remarqua que les juristes « ne se donnent aucune peine à nous faire voir d'une façon sinon scientifique et technique, au moins d'une façon nette et précise, quelle est la qualité particulière que doit présenter le fait incriminé pour se révéler à notre esprit comme la cause du phénomène par rapport aux autres agents qui ont contribué à l'amener. Qu'on cherche tant qu'on voudra, on n'y trouve pas même l'esquisse d'une règle à suivre d'une généralisation valable pour l'ensemble des cas particuliers d'une infinie variété », M. Nicolesco, thèse préc. p.84.

comme un effet». Dans la vie courante, « chacun en fait usage », il « s'impose impérieusement et tout le monde l'applique, mais sans y avoir réfléchi beaucoup et sans apporter à cette application tout le discernement désirable »⁹⁷⁵. Toutefois, les caractères principaux de la notion peuvent être isolés.

Elle comporte, d'abord, « une idée de choix » : elle est « exclusive » dans la mesure où « chercher la cause, c'est donc accepter la nécessité d'une sélection, c'est faire un choix entre tous les antécédents, c'est hiérarchiser les antécédents du point de vue causal et, au total, se montrer assez exclusif puisqu'un seul est généralement retenu et les autres négligés »⁹⁷⁶. A cet égard, le Code civil aurait émis, au travers des termes de l'article 1151 C. civ. « l'idée d'une sélection nécessaire entre les multiples conditions du dommage » et « admis que, parmi les antécédents du dommage, il y en a certains qui sont ses causes directes et d'autres ses causes indirectes »⁹⁷⁷. De ce point de vue, étudier la causalité ordinaire apporterait « l'idée de faire entre les conditions des distinctions, qui, faute de critères précis, sont opérées à l'aide du bon sens »⁹⁷⁸, car, finalement, il faut bien convenir que « cet effort de distinction a été repris par des théories d'allure très scientifique et que la plupart d'entre elles finissent par s'en remettre, plus ou moins ouvertement, au bon sens pour résoudre le problème causal »⁹⁷⁹. Les réflexions de Joly sur la notion de causalité ordinaire s'arrêtent là. Cette référence ne justifie pas pour lui d'effort de définition particulier. Renvoyer à la causalité ordinaire, c'est simplement s'en remettre au juge pour trancher au mieux les questions de causalité. D'ailleurs, le Code civil, en ne précisant pas le critérium nécessaire pour opérer une sélection entre les multiples antécédents du dommage, fait appel au bon sens des interprètes⁹⁸⁰.

Joly remarquait toutefois que la notion ordinaire de causalité n'était pas entièrement satisfaisante. Dans la pensée courante, « nous ne sommes pas difficiles à satisfaire et nous nous contentons aisément de réponses dont un examen plus serré fait apercevoir les faiblesses »⁹⁸¹. La sélection de la cause s'effectue grâce des indices purement personnels,

⁹⁷⁵ A. Joly, thèse préc. n°24.

⁹⁷⁶ A. Joly, thèse préc. n°25.

⁹⁷⁷ A. Joly, thèse préc. n°28.

⁹⁷⁸ *Ibid.*

⁹⁷⁹ *Ibid.*

⁹⁸⁰ *Ibid.*

⁹⁸¹ Joly, thèse préc. n°24.

de manière finalement arbitraire. Le choix est opéré par chacun « avec ses indices personnels (intelligence, instruction, rang, profession, état de santé, sentiments, convictions etc...) », « sans se préoccuper de tirer au clair le critérium sur lequel il repose »⁹⁸². C'est pour cette raison que la causalité en son sens le plus ordinaire se voit qualifiée de « vulgaire »⁹⁸³. Il fut donc reconnaître que le critère peut se révéler insuffisant. « Tous retenant la notion d'une cause unique et chacun lui appliquant un critérium intuitif et individuel, on aperçoit aisément l'incohérence possible des résultats de cette recherche et l'incompatibilité des solutions proposées »⁹⁸⁴. « C'est son manque total de rigueur et de précision, son arbitraire, qui déprécient la conception vulgaire de la cause. Le droit a besoin de certitude et de stabilité et on ne saurait admettre qu'une notion à laquelle il a si souvent recours soit entièrement laissée à la discrétion du juge »⁹⁸⁵.

282. Conclusion du A. Le Code civil et la doctrine n'ont guère approfondi la référence à la causalité ordinaire tout en y étant favorables sur le principe. Certes, on trouve, sous la plume de auteurs, des réflexions relatives à la nécessité d'une sélection entre les conditions, à la proximité temporelle et géographique de la cause et de l'effet, à l'absence d'autre cause pouvant expliquer le dommage. Il n'y a pas, toutefois, d'effort pour tenter de développer une théorie de la notion de causalité du langage courant. A cet égard, la théorie de Hart et Honoré apporte des éléments nouveaux au sujet d'une question particulièrement problématique. Encore faut-il, toutefois, pouvoir justifier *en raison* que l'interprétation ordinaire de la notion est préférable à toute autre.

B. Intérêt de principe du recours à l'usage ordinaire

283. Interpréter une notion juridique en se fondant sur son usage le plus répandu dans le langage courant est indiscutablement séduisant. Plusieurs arguments justifient le

⁹⁸² Joly, thèse préc. n°25.

⁹⁸³ V. par ex. thèse Marteau, préc.

⁹⁸⁴ Joly, thèse préc. n°25.

⁹⁸⁵ Joly, thèse préc. n°28. Pour finir, l'auteur concluait que « la science juridique est conduite à chercher ailleurs les éléments de la notion de cause dont elle a besoin », la conception vulgaire étant « arbitraire à l'excès », et la conception philosophique de Stuart Mill « purement idéale et pratiquement inapplicable », *ibid.*

principe d'une définition de la causalité en droit par la référence au sens commun et à l'usage ordinaire de la notion⁹⁸⁶ (1). Il existe, toutefois, des arguments en sens inverse (2).

1. Arguments favorables à la théorie

284. Une théorie non philosophique. La théorie de Hart et Honoré présente l'intérêt de refuser toute métaphysique, ce « champ de bataille où se livrent ces combats sans fin », selon le mot de Kant⁹⁸⁷. L'idée selon laquelle il y aurait déjà, dans le sens commun exprimé par notre langage ordinaire, les solutions aux problèmes juridiques posés par la causalité, permet d'écartier les difficultés liées à la définition de la causalité en soi : il n'est pas question de se perdre dans un questionnement interminable à propos de l'« être en tant qu'être ». Certes, le recours au sens commun, ainsi que la référence au langage ordinaire de préférence à la réflexion logique et ontologique, devraient sans doute faire l'objet d'une justification approfondie⁹⁸⁸. Mais cette préoccupation est, là encore, surtout philosophique et peut aisément être écartée dans le cadre de préoccupations seulement juridiques. Le droit n'a pas vocation à connaître les choses dans l'absolu. Le rejet de la causalité scientifique et philosophique est d'ailleurs unanime dans la doctrine française⁹⁸⁹. La référence au sens commun véhiculé par le langage ordinaire peut, tout simplement, se justifier par une vision pragmatique de l'art juridique à l'œuvre dans une société partageant une langue commune. Dans ce contexte, le langage commun, porteur des représentations et des valeurs dominantes, est, pour le droit, un instrument idéal et évident, a fortiori lorsqu'il s'agit de porter des jugements d'existence concernant une réalité matérielle, extérieure au système

⁹⁸⁶ J. Stapleton, « *Perspectives on Causation* », art. préc.

⁹⁸⁷ Emmanuel Kant, *Critique de la raison pure*, Préface de la première édition (1781), trad. A. Tremesaygues et B. Pacaud, PUF, Quadrige, 1993, p. 5.

⁹⁸⁸ Telle fut la position du philosophe Bertrand Russell qui voyait dans la causalité une notion du sens commun, dépourvue de valeur scientifique, mais néanmoins pertinente dans le cadre d'une théorie de la connaissance.

⁹⁸⁹ « Le droit n'est pas une science positive qui se règle sur de simples constats ou jugements d'existence; c'est une science normative qui fait appel à des jugements de valeur reposant sur des considérations morales (appréciation de la culpabilité pour prévenir et sanctionner) et orientés vers l'opportunité sociale (dédommagement de la victime). Dans ces conditions, le juge est amené à opérer un classement entre tous ces antécédents et à ne retenir que certains d'entre eux, qui constitueront la cause juridique. » Starck, Laurent, Boyer, *op.cit.* n°1057. « La recherche des causes ne se pose pas dans les mêmes termes aux philosophes et aux savants d'une part, et aux juristes de l'autre », Viney et Jourdain, *op. cit.* n°333. « Le Droit s'épuiserait, comme l'Histoire, à la recherche de la Vérité scientifique, là où il ne peut y avoir qu'approximation », Ph. le Tourneau, *op. cit.* n°1713.

juridique⁹⁹⁰.

Philosophiquement, d'ailleurs, l'idée de se référer à la notion courante de causalité s'est développée. Ricoeur évoque des auteurs estimant que la notion de causalité ordinaire pourrait détenir une véritable valeur épistémologique, dans la mesure où elle satisfait l'esprit en quête d'explication. Ainsi, Charles Frankel, relève que « si l'histoire s'écrit dans le langage ordinaire, et si le lecteur n'attend pas de langage scientifique spécialisé, c'est que la réussite de l'explication ne se mesure pas à la rigueur de la théorie, mais « by the account he gives of concrete affairs ». Les explications causales, et même de sens commun, côtoient ici des règles de sagesse »⁹⁹¹. Pour Frankel, le fait que les généralisations, en histoire, soient bien souvent de l'ordre de l'« esquisse d'explication » n'est pas grave. L'important est que l'explication, fût-elle incomplète, « semble pleinement satisfaire notre exigence d'explication »⁹⁹². Malgré la revendication scientifique de cette analyse, la frontière « tend à s'effacer entre l'explication scientifique, l'explication de sens commun, et la sorte de jugement prudentiel que nous portons d'ordinaire sur les affaires humaines »⁹⁹³.

Dans la méthodologie historique se sont également trouvés des historiens pour rejeter toute philosophie et toute approche scientifique : « l'histoire n'est pas objective à la manière de la science, (...), son objectivité est du même ordre que celle du monde que nos yeux voient »⁹⁹⁴. Autrement dit, « puisque l'Histoire n'existe pas », la causalité historique, c'est « la causalité dans notre vie quotidienne, la causalité sublunaire »⁹⁹⁵. Telle est également la démarche du juriste, qui voit le « monde que nos yeux voient ».

2. Arguments défavorables à la théorie

285. Le principe de l'analyse de Hart et Honoré, tentant en lui-même, suscite toutefois des objections. D'une part, faire dépendre l'interprétation de la règle juridique de

⁹⁹⁰ Le droit est, dans la vision hartienne, un système ouvert comme l'illustre l'expression de « texture ouverte ». V. sur ce point G. Timsit, « Système » in *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit. p. 1462. On remarquera que l'auteur voit affirmé, dans la théorie de Hart, « le credo de l'école réaliste et de tous ceux qui, voyant non dans le législateur qui élabore le texte de la loi, mais dans le juge qui la lit et en détermine en dernier ressort la signification le véritable auteur de la norme, transfèrent à ce dernier tout le poids et la réalité du pouvoir de création normative. » (*ibid.*) C'est caricaturer ici la pensée de Hart dont nous avons vu qu'il s'oppose fermement au réalisme.

⁹⁹¹ V. P. Ricoeur, op. cit. p. 213 note (2).

⁹⁹² V. P. Ricoeur, op. cit. pp. 212-213.

⁹⁹³ *Ibid.*

⁹⁹⁴ Paul Veyne, *Comment on écrit l'histoire*, op. cit. p. 211.

⁹⁹⁵ P. Veyne, op. cit. p. 195.

l'étude du langage ordinaire suppose, pour le juriste français, d'admettre une forme de normativité des usages langagiers : la chose n'est en rien évidente. D'autre part, la recherche du sens commun sous-jacent à nos communications courantes peut ne pas suffire à trancher des questions juridiques complexes, pour lesquelles il serait impossible aux « hommes de la rue » de tomber d'accord.

286. Le langage ordinaire comme source normative ? Partir du principe que la règle de droit est d'abord constituée de représentations courantes et ordinaires paraît évident⁹⁹⁶. Pour autant, faut-il nécessairement, lorsqu'une question d'interprétation se pose, se reporter par principe à l'usage courant d'un terme donné ? Cela signifie que le juge devrait opérer, pour chaque notion, une forme d'étude sociologique et linguistique visant à établir les contextes d'utilisation et les significations du terme en cause. Si l'on imagine une règle usant de la notion de « mur mitoyen »⁹⁹⁷, on s'interrogera sur ce que signifie le terme dans son usage le plus courant. De même, se demander ce que recouvre le terme de « clientèle » supposera de s'interroger sur ce que recouvre cette notion au yeux de l'homme de la rue. La démarche aboutit à donner une force juridique à ces représentations courantes, dont on ignore comment elles peuvent être identifiées par le juge. Cela est-il justifié ? Certes, on admet depuis toujours que les usages ou la coutume puissent être sources de droit. Dans cette optique, il semble justifié d'étendre aux *usages linguistiques* cette valeur normative. L'objection, toutefois, se profile vite. Comment affirmer avec précision ce que recouvrent les termes de « mur mitoyen » ou de « clientèle » ? Le juge est-il qualifié pour opérer une telle enquête ? Peut-on, d'ailleurs, aller plus loin que l'identification de quelques traits grossiers qui ne permettront guère de trouver une solution à la question posée ? Ces questions mettent en évidence une faiblesse indiscutable de la théorie de Hart et Honoré. Prétendant faire état de la notion courante de causalité –ce qui supposerait, sans doute, une enquête sociologique- les deux auteurs nous livrent en réalité *leur propre conception* de la notion. Leur ouvrage est d'ailleurs d'un accès difficile. Prétendant évacuer toute philosophie, il est empreint de références philosophiques. Comment assimiler une

⁹⁹⁶ L'allemand Birkmeyer soulignait ainsi que la loi, s'appliquant à tous, doit être accessible à tous et donc utiliser les notions vulgaires de la vie courante. Birkmeyer *Ueber Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht*, préc. Rostock, 1885. V. les développements de P. Marteau, thèse préc. p.37.

⁹⁹⁷ Civ. 3^{ème}, 8 juin 1988, Bull. civ. III, n° 107; RTD civ. 1990 p. 113, obs. Zenati. « Qu'en statuant ainsi, alors que *le litige ne concernait pas un mur mais un plafond*, la cour d'appel a violé etc... »

théorie aussi élaborée à la pensée de l'homme de la rue ? Par ailleurs, s'il est sans doute souhaitable de consacrer juridiquement les significations courantes, le langage ordinaire fournit-il vraiment des éléments suffisamment précis et construits pour aboutir à une définition juridique praticable ? Le besoin de définition se fait, en effet, sentir dans les affaires complexes dans lesquelles, justement, l'accord se ferait sans doute difficilement entre « hommes de la rue ».

287. Le problème des cas complexes. Les significations ordinaires sont sûrement utiles dans les cas évidents, lorsque la bonne réponse s'impose d'emblée. La réflexion est, au contraire, nécessaire dans les cas complexes, dans lesquels, précisément, des hommes ordinaires, fussent-ils doués de bon sens, ne parviendraient pas à tomber d'accord sur une solution. Supposons qu'une règle fiscale prévoit son application aux hypothèses impliquant un « mur mitoyen ». La règle peut-elle être invoquée à propos d'un plafond, ou d'une cloison mobile ? Rien, dans l'usage ordinaire du terme, ne paraît pouvoir être ici d'une aide quelconque. De même, trouvera-t-on, dans les représentations courantes, de quoi définir le terme de « clientèle » de manière à justifier le régime juridique applicable⁹⁹⁸ ? En matière de responsabilité civile, c'est pour les hypothèses dans lesquelles le jugement causal ne va pas de soi qu'une théorie de la causalité en droit est requise. Dès lors, « le droit ne se place-t-il point, par définition, sur un niveau supérieur à celui du « sens commun »⁹⁹⁹ ?

Hart et Honoré n'ont pas entendu nier que la plupart des notions sont vagues et indéterminées¹⁰⁰⁰. Ils admettent que les principes du sens commun ne peuvent fournir des réponses précises que dans des cas relativement simples¹⁰⁰¹. En réalité, disent-ils, le juge doit superposer *sa propre appréciation* aux éléments fournis par la définition courante. C'est ainsi que l'application des critères de la causalité, telle la distinction entre normalité et anormalité, offre au juge une certaine latitude. En outre, ce dernier pourra tenir compte d'éléments résultant du contexte et de l'objectif de l'enquête causale, à commencer par les

⁹⁹⁸ On remarquera la tendance des juristes français à chercher à justifier l'application d'un régime juridique par un recours à l'« essence » de la réalité considérée. V. par exemple, la tentative de M. Revet de justifier la cession de clientèle en définissant cette dernière comme un ensemble de « facteurs d'attraction ». Obs. sous Civ. 1^{re}, 7 novembre 2000, RTD civ. 2001, n°1, p. 167. En l'occurrence, il est probable qu'un juriste anglo-américain se demanderait s'il est utile et raisonnable d'autoriser la cession de clientèle civile sans nécessairement s'interroger sur ce qu'est la clientèle en soi.

⁹⁹⁹ H. Ph. Visser't Hooft, « Causalité et sens commun », art. préc. p. 100.

¹⁰⁰⁰ Hart et Honoré, *op. cit.* p. 62.

¹⁰⁰¹ Hart et Honoré, *op. cit.* p. 68.

conséquences sociales découlant de l'imputation d'une responsabilité¹⁰⁰². Pour cette raison, disent-ils, le droit peut se montrer plus large ou plus restrictif dans l'admission de la causalité que ne le ferait le jugement ordinaire. Par l'admission de cette faiblesse de leur théorie, les auteurs ouvrent la voie à une remise en cause globale de leur thèse. Ne parvenant pas à formuler un critérium précis, ils finissent par accorder au juge un pouvoir quasi-discrétionnaire, alors même qu'ils avaient pour projet de contrer l'analyse réaliste. De fait, lorsque les auteurs anglo-américains reprennent la référence au « sens commun », c'est en précisant qu'il est impossible d'affiner la définition de la « causalité du sens commun » et d'en caractériser des critères précis¹⁰⁰³. Or, pour rendre une décision socialement acceptable et pouvant revendiquer une valeur de vérité, le juge se doit de s'appuyer sur une objectivité à laquelle la théorie de Hart et Honoré ne peut prétendre. Il est donc facile en l'occurrence de souscrire à l'argument sceptique, selon lequel les jugements de causalité sont le fruit des convictions politiques, voire de l'humeur des juges.

288. Conclusion du paragraphe. Si les juristes de l'Ancien Droit, comme les rédacteurs du Code, entendaient la causalité en son sens le plus courant, cette référence ne s'est pas révélée en mesure d'apporter des éléments de solutions approfondies. A cet égard, la théorie de Hart et Honoré serait sans doute en mesure d'apporter des éléments aux juristes français. Elle a, en outre, le mérite de rejeter l'analyse purement sceptique de la causalité tout en refusant d'adopter une posture philosophique. Bien que séduisant sur le principe, le recours au sens commun devient, toutefois, difficile à justifier en présence de cas difficiles. En outre, s'il est évident que le juge n'est pas un savant, est-il pour autant acquis que le droit doive se situer au niveau du simple bon sens de l'homme de la rue ?

§2. Intérêt des solutions de la théorie de la causalité ordinaire

289. Si, dans son principe, la démarche de Hart et Honoré présente des faiblesses, elle peut, toutefois, fournir concrètement des éléments de solutions à la question causale. Deux aspects principaux peuvent, à cet égard, être relevés : le fait que la théorie admette le

¹⁰⁰² Hart et Honoré, *op. cit.* p. 66.

¹⁰⁰³ V. Street, *The Law of Torts*, 1st ed. p. 149 Street estime que la cause doit être entendue en son sens courant (« *popular sense* ») et que la question est bien souvent tranchée, au final, par le jugement de l'homme ordinaire (« *the common man judgement* »). Mais l'auteur ne donne aucune précision supplémentaire.

caractère incontournable du critère de la condition *sine qua non*, d'une part (A), et les propositions qu'elle formule pour la sélection de la cause parmi les conditions du dommage, d'autre part (2).

A. Le caractère incontournable de la condition *sine qua non*

290. Hart et Honoré n'acceptent que provisoirement l'idée selon laquelle le sens commun sélectionnerait la cause parmi les conditions qui, toutes ensemble, formeraient un « ensemble causal » suffisant, au sens de Mill. En effet, les deux auteurs rejettent la conception philosophique de la causalité comme correspondant à une relation invariable. Cela ne les empêche pas, toutefois, d'accepter l'idée que la cause est sélectionnée parmi les conditions qui ont été *nécessaires* à la production du dommage. Dans l'ensemble, disent-ils, la cause est nécessaire à la survenance de l'effet, même si elle doit se distinguer, d'une manière ou d'une autre, des autres conditions nécessaires à l'effet¹⁰⁰⁴. Afin de contourner les difficultés liées à la présence de plusieurs causes suffisantes, les auteurs sont à l'origine d'une solution qui est devenue le critère de la condition NESS « *Necessary Element of a Sufficient Set* » (NESS), approfondie ultérieurement par Richard Wright¹⁰⁰⁵. Par ailleurs, l'un des mérites de la théorie est de mettre en évidence la particularité de la causalité en matière d'acte humain, tout en soulignant que, là encore, le critère de la condition *sine qua non* y est fondamental.

L'idée que le critère de la condition *sine qua non* constitue la première étape de la condition de causalité a été reprise par d'autres auteurs se fondant également sur la notion ordinaire de cause. L'ouvrage de A. Becht et F. Miller, *The Test of Factual Causation in Negligence and Strict Liability Cases*, paru en 1961¹⁰⁰⁶, soit peu après le livre de Hart et Honoré, apparaît comme inspiré par la même démarche : considérer que la causalité doit, en matière juridique, être interprétée en lien avec le sens commun plutôt qu'en se référant à la pensée scientifique et philosophique. La causalité, disent-ils, est une relation matérielle, indéfinissable et irréductible, entre deux événements, qui peut être inférée sans explication. A cet égard, les auteurs estiment que c'est en *précisant* l'enchaînement des faits que nous

¹⁰⁰⁴ Hart et Honoré, *op. cit.* p. 110.

¹⁰⁰⁵ V. R. W. Wright, « *Causation in Tort Law* », art. préc. p. 1784 et s. V. *supra* n°177 et s.

¹⁰⁰⁶ A. Becht et F. W. Miller, *The Test of Factual Causation in Negligence and Strict Liability Cases*, St Louis, Miss. 1961.

déterminons qu'une relation existe entre deux événements. Si nous décrivons les événements à un certain niveau de détail, il est possible de percevoir, presque instinctivement, une relation causale. Autrement dit, la causalité devient, chez Becht et Miller, un phénomène *perceptible*. Leur conception semble supposer qu'il existe des « qualités » ou des « forces causales » dans les événements ou les choses qui sont observables et descriptibles. Dans cette perspective, les auteurs auraient probablement aimé se débarrasser du critère de la condition *sine qua non*. Mais ils admettent qu'on ne peut en faire l'économie. Obligés d'admettre que le raisonnement contrefactuel est indispensable dans la plupart des cas, les auteurs exigent que la comparaison entre le déroulement effectif des événements et leur déroulement hypothétique soit opérée de manière très détaillée. Lorsque, en outre, plusieurs enchaînements causaux ont conduit au dommage, ils se contentent d'exiger que le fait générateur ait permis à l'un d'entre eux de parvenir à son terme, conformément à la logique de la condition *NESS*.

On trouve également chez Jane Stapleton¹⁰⁰⁷ -qui revendique, elle aussi, une conception ordinaire de la causalité- la nécessité du critère de la condition *sine qua non* comme première étape à l'établissement de la causalité. Dans le même esprit que la condition *NESS*, l'auteur propose un « *targeted but-for test* » afin d'éviter que le critère n'aboutisse à des conclusions fausses, dans l'hypothèse d'une pluralité de causes suffisantes. Ce critère implique, lui aussi, d'évaluer le caractère de condition *sine qua non* du facteur examiné, abstraction faite de l'autre ensemble causal qui aurait permis d'engendrer le dommage. L'auteur insiste, toutefois, sur le fait que la condition *sine qua non* correspond plus à la *participation matérielle* (« *historical involvement* ») du fait considéré qu'à son caractère causal¹⁰⁰⁸.

On retiendra de ces développements que le critère de la condition *sine qua non* constitue une *étape indispensable* de l'établissement du lien de causalité, fût-ce dans l'établissement de la causalité ordinaire. L'essentiel, toutefois, est de pouvoir identifier celle qui, parmi les conditions, est véritablement la cause du dommage.

B. Modalités de sélection d'une cause parmi les conditions

¹⁰⁰⁷ Jane Stapleton, *Products Liability*, Butterworths, 1994, p. 121 et s. V. égal. J. Stapleton, « *Legal Cause : Cause-in-Fact and the Scope of Liability for Consequences* », 54, *Vanderbilt Law Review* (2001) p. 941.

¹⁰⁰⁸ J. Stapleton, « *Legal Cause...* », p. 959 spéc. note 42.

291. Si le critère de la condition *sine qua non* est une première étape de l'identification de la cause, il est largement insuffisant, disent Hart et Honoré. La présence d'oxygène dans l'atmosphère n'est que rarement regardée comme la cause d'un incendie. Seules certaines des conditions *sine que non* sont considérées comme des causes par le langage ordinaire car seuls *certaines* facteurs, par exemple en raison de leur anormalité, permettent d'expliquer *pourquoi* le dommage s'est produit : le principal objet de la recherche causale est, avant tout, l'*explication*.

292. Le critère d'anormalité. Le principal critère qui permet de sélectionner la cause est le caractère d'anormalité du fait considéré. En effet, la cause est l'événement qui a « fait la différence » en introduisant un changement dans le cours normal des choses. Cela signifie que l'on peut négliger toutes les conditions qui sont *toujours présentes*, quoique nécessaires, que l'effet se produise ou non : peu importe, par exemple, la loi de gravitation universelle ou la présence d'oxygène dans l'atmosphère. Il est également possible de se détourner des conditions qui ne présentent *aucun intérêt* pour l'enquête causale, compte-tenu du contexte et de l'objectif dans lequel elle est menée. Il est en effet cohérent de se désintéresser des facteurs qui n'ont aucune incidence sur l'attribution de la responsabilité civile. Ces deux points sont mentionnés, à juste titre, par les auteurs. L'appréciation de la cause est, par ailleurs, rattachée aux deux conceptions de la normalité généralement évoquées : ce qui est le plus fréquent, le plus habituel, d'une part, et ce qui est, d'un point de vue normatif, jugé blâmable ou souhaitable.

Il est difficile, toutefois, de suivre Hart et Honoré dans leur propos relatifs aux généralisations causales censées fonder l'identification de la condition anormale au travers de l'idée de cours normal des choses. C'est l'expérience de successions régulières qui fait jaillir l'idée d'événement anormal, « faisant la différence ». Or les auteurs prétendent que de telles généralisations n'ont rien à voir avec les lois causales relatives au modèle scientifique. C'est négliger toutefois que la science contemporaine se contente, bien souvent, de lois causales seulement probabilistes, et même d'approximations. A dire vrai, les règles d'expérience auxquelles se réfère la théorie de la causalité ordinaire ressemblent fort aux généralisations causales mise en œuvre dans le cadre de la théorie de la causalité adéquate. Les auteurs ne souhaitent pas, toutefois, se fonder sur la probabilité objective de dommage générée par le fait du défendeur.

293. On peut mettre au crédit de Hart et Honoré le rejet du critère de la probabilité *ex ante*., ce qui ne les empêche pas de retenir, dans certaines hypothèses, la pertinence de l'élément de prévisibilité. Mais *prédire* et *rétrodire* ne reviennent pas au même. Ce qui

permet de déterminer la cause est moins la référence à des lois causales que l'*analogie* avec des cas simples dans lesquels nous avons eu l'*expérience* d'un rapport causal. Sur ce point, la position de Hart et Honoré se rapproche de celle de l'historien Paul Veyne pour qui l'explication causale suppose une certaine forme d'analogie, la « mise en série ». Autrement dit, si « par nature, la relation causale déborde le cas individuel », qu'elle « sous-entend quelque régularité dans les choses », « cela ne veut pas dire qu'elle va jusqu'à la constance : c'est bien pourquoi nous ne savons pas de quoi demain sera fait »¹⁰⁰⁹. L'explication causale ne suppose pas de prédire un effet à partir de sa cause, mais « de remonter de l'effet à une cause, et de se demander « d'où venait le changement » »¹⁰¹⁰. L'analogie permet de mettre en évidence une « normalité de l'expérience », qui repose sur ce qu'on sait pouvoir ou non attendre de la part de gens d'une époque, d'une société donnée. La *réroddiction* permet de désigner ce changement dans le cours des choses, ce fait anormal qui a permis au mal de survenir. Par la distinction entre prédiction et réroddiction, la théorie parvient à s'affranchir du modèle scientifique traditionnel qui se réfère systématiquement à l'idée de loi.

294. Le critère d'anormalité et l'illicéité. Le critère du fait anormal, qui déroge à l'habitude, doit toutefois être précisé. Il ressemble fort, en effet, au critère de l'*illicite*. N'est-on pas ici en train de mélanger le critère de la faute et celui de la cause ? C'est, disent Hart et Honoré, parce que nous sommes accoutumés à voir certains événements s'enchaîner que ce qui s'écarte de l'habitude pourra être considéré comme une cause. Il peut s'agir de faits purement physiques, mais aussi de comportements humains. Par exemple, si M. X a l'habitude d'arroser les fleurs de ses voisins et cesse subitement de le faire, la cause du dessèchement des fleurs sera l'acte d'omission de X (et d'aucun autre). Certes, on pourrait également accuser les propriétaires des fleurs, qui auraient pu les arroser, mais c'était de la part de X qu'on pouvait s'attendre à l'arrosage des fleurs. Il n'y aurait, ici, aucune appréciation morale ou juridique de la conduite de X dans l'imputation causale¹⁰¹¹. Les auteurs admettent que des *considérations morales* conduisent à sélectionner une condition particulière, lorsqu'une personne n'a pas adopté la conduite à laquelle on pouvait s'attendre (« *moral expectations* »). Par exemple, un chien attrape une infection à l'œil. Son

¹⁰⁰⁹ P. Veyne, *op. cit.* pp. 196-197.

¹⁰¹⁰ P. Veyne, *op. cit.* p. 200.

¹⁰¹¹ Ces exemples sont tirés de J. Stapleton, *Products Liability, op. cit.* p. 122.

propriétaire ne se préoccupe pas de le faire soigner et le chien perd la vue. On pourra estimer que le dommage subi par le chien a été causé par la négligence du propriétaire, et non par l'infection, car, d'un point de vue moral, on peut s'attendre à ce qu'un propriétaire soigne son chien. Plus encore que les attentes morales, la *règle juridique* peut aider à sélectionner la cause, estiment les auteurs. Tel est le cas si une condition *sine qua non* est contraire à la loi¹⁰¹².

Le critère ressemble, à vrai dire, à celui proposé en France par M. Dejean de la Bâtie. Pour cet auteur, en effet, la cause ne devait pas seulement constituer une condition *sine qua non* du dommage, mais également présenter un caractère *anormal* de nature à expliquer le dommage¹⁰¹³. Pour notre part, il nous semble acceptable lorsqu'il revient à déterminer l'anormal par rapport à l'*habituel*, à ce qui se produit le plus souvent : tel est le cas, en droit français, lorsque l'anormalité permet d'établir le fait de la chose dans le cadre de la responsabilité de l'article 1384 al. 1 du C. civ. En revanche, le critère est plus contestable, dans le cadre d'un jugement de causalité qui se veut *objectif*, lorsqu'il revient à opérer une appréciation *normative* au travers de l'idée de normalité. Dans cette dernière acception, le critère conduit à une interférence avec l'appréciation de l'illicéité d'une situation donnée. M. Dejean de la Bâtie l'admettait « la causalité n'est pas un enchaînement de faits quelconque n'appelant aucun jugement de valeur ; elle suppose, en réalité, qu'il y a eu propagation du mal depuis le fait imputé au défendeur jusqu'à l'atteinte subie par la victime »¹⁰¹⁴. Derrière la causalité, c'est donc la faute qui est identifiée. En cela, le critère nous semble devoir être rejetée, sauf à prendre en considération une normalité objectivement définie comme « ce qui est le plus fréquent ».

295. Les considérations de politique juridique. Hart et Honoré persistent à croire que les critères qui conduisent l'observateur ordinaire à retenir telle ou telle condition *sine qua non* sont, dans l'ensemble, objectifs. Autrement dit, le juge ne se livrerait pas, se faisant, à des jugements normatifs ou politiques. Cela est possible. Il faut néanmoins convenir que le choix d'une condition *sine qua non* peut parfois reposer sur des considérations politiques. La chose est même *souhaitable* : le juge doit pouvoir, dans l'attribution de la responsabilité, disposer d'une marge de manœuvre pour opérer des choix

¹⁰¹² J. Stapleton, *op. cit.* p. 123

¹⁰¹³ N. Dejean de la Bâtie, in Aubry et Rau, *op. cit.* n°69 et s.

¹⁰¹⁴ *Ibid.*

politiques. Si Hart et Honoré admettent le principe de l'intervention de tels arguments, ils en minimisent excessivement l'importance, en préférant fonder les solutions du droit positif sur leur théorie de la causalité. Une voie médiane serait, à cet égard, sans doute souhaitable, qui refuserait de ne voir dans la causalité qu'un camouflage pour des décisions politiques tout en admettant qu'à elle seule, la notion de causalité ne permet pas de trancher les questions se posant dans la mise en œuvre de la responsabilité.

296. Conclusion de la section. Cette section a montré que l'approche de la causalité ordinaire par les juristes français, relativement succincte, consistait majoritairement à commenter le problème des conséquences d'un fait illicite à partir des exemples de Pothier, tout en renvoyant largement la solution du problème causal à l'appréciation du juge du fond. A cet égard, la théorie de Hart et Honoré apporte des éléments essentiels pour qui cherche à avoir une approche non scientifique de la causalité. On retiendra que leur analyse, conformément à ce qui se fait en *Common Law*, voit la causalité déterminée par deux étapes, la première correspondant à la condition *sine qua non*, l'autre identifiant, parmi ces conditions, la cause qui a « fait la différence ». Si la théorie de Hart et Honoré conduit à mobiliser des généralisations causales pour pouvoir identifier la condition anormale, elle exclut de raisonner en termes de probabilités *ex ante*. Elle implique, par ailleurs, de raisonner à partir de ce qui est le plus fréquent.

En réalité, la condition d'anormalité, telle qu'elle est entendue par Hart et Honoré, nous semble déjà largement prise en compte dans la mise en œuvre du critère de la condition *sine qua non*, telle que nous l'avons précédemment décrite¹⁰¹⁵. En effet, nous avons dit que le raisonnement contrefactuel devait se dérouler dans un « monde possible » qui ressemble au nôtre. Cela impose de prendre en considération les comportements et les événements les plus habituels, donc les plus normaux. Dans l'exemple précité des fleurs desséchées, le monde possible le plus proche est celui dans lequel X arrose les fleurs, conformément à son habitude. Il en va de même dans l'exemple du chien. Pour cette raison, il nous semble envisageable de restreindre la recherche de la cause à une seule étape, qui consisterait dans le test de la condition *sine qua non*, mené avec les restrictions antérieurement formulées¹⁰¹⁶, en y ajoutant les exclusions, préconisées par Hart et Honoré, relativement aux conditions

¹⁰¹⁵ V. *supra* n°158 et s.

¹⁰¹⁶ V. *supra* n°171.

toujours présentes et à celles qui ne sont pas *relevantes* du point de vue du droit de la responsabilité.

297. Conclusion du chapitre. Confronté au scepticisme de certains auteurs anglo-américains, Hart et Honoré ont cherché à montrer que la notion de causalité, bien que complexe, avait un véritable sens et constituait plus qu'un outil soumis à l'arbitraire judiciaire. Faire cette démonstration a supposé de récuser toute approche philosophique et scientifique de la notion de causalité, pour privilégier une analyse fondée sur les représentations courantes, au nom de la « texture ouverte » du droit. Cette tentative s'est révélée fructueuse et louable à un double titre. D'un point de vue *théorique*, promouvoir une interprétation de la règle de droit conforme aux significations communes se justifie dans une conception *pragmatique* du droit comme un *art* s'exerçant au cœur de la vie sociale. D'un point de vue *pratique*, les critères de la condition *sine qua non* et de l'anormalité, auxquels aboutissent Hart et Honoré, semblent exprimer pleinement l'idée de causalité.

Leur approche est néanmoins sujette à des objections. S'il est vrai, d'une part, que le juriste ne saurait se perdre dans les méandres de la philosophie ou de la science, l'appréhension par le droit de la réalité ne se place-t-elle pas à un niveau supérieur au sens commun de l'homme de la rue ? S'il est exact, d'autre part, que l'anormalité d'un événement est révélateur de son caractère causal, cette qualité ne découle-t-elle pas de l'analyse contrefactuelle menée pour l'identification de la condition *sine qua non* et précédemment décrite ? En définitive, l'analyse de Hart et Honoré, tout en permettant d'illustrer des aspects essentiels de la recherche causale, ne nous semble pas pleinement convaincante.

CONCLUSION DU TITRE II

298. La théorie de la causalité ordinaire a été élaborée par Hart et Honoré dans un contexte dans lequel les analyses sceptiques de la causalité, développées par les juristes américains, dominaient les réflexions doctrinales sur ce sujet.

En effet, l'incroyable degré de complexité atteint par la condition de causalité dans les droits de *Common Law*, notamment au travers du critère de *proximate cause*, a conduit de nombreux auteurs à refuser toute tentative de définition de la notion de causalité. Ce scepticisme a abouti à des théories de la responsabilité cherchant à contourner la difficulté posée. On a ainsi suggéré au juge de se livrer à une appréciation morale de la conduite des parties, de rendre leur décision en fonction de la rationalité économique de cette dernière, ou de se fonder sur la théorie du risque, qui conduit à se fonder exclusivement sur la probabilité *ex ante* de dommage générée par le défendeur, indépendamment du déroulement concret des faits de la cause.

Une forme plus radicale de scepticisme causal a conduit certains auteurs à renoncer à formuler toute directive visant à diriger l'attribution de la responsabilité. C'est au juge seul qu'il appartiendrait de se déterminer, dans chaque d'espèce, en faisant prévaloir des considérations qui lui sont propres. Si une telle optique laisse ouverte la possibilité d'une politique sociale (*social policy*) d'origine judiciaire, elle autorise également l'arbitraire.

Contre ce scepticisme, qui conduit à donner au juge une grande liberté, Hart et Honoré ont entendu montrer qu'il était possible de discerner, dans ses grandes lignes, la notion de causalité applicable, et appliquée, en droit. Leur thèse part du principe que la notion de causalité auquel le droit recourt ne diffère en rien des *explications causales ordinairement formulées* dans la vie courante. Le droit doit, en effet, se fonder sur les conceptions courantes des notions qu'il emploie, en les interprétant avec le bon sens de l'homme de la rue. Par une étude du *contexte habituel* dans lequel est employée la notion de causalité dans les communications quotidiennes, les auteurs parviennent à une définition de la cause comme un événement intervenu dans le cours des choses en « faisant la différence ». La cause se révèle surtout par son *anormalité*. Événement inhabituel, elle a introduit un changement anormal dans le cours des événements. Cette définition ne conduit pas à renoncer pour autant à exiger de la cause qu'elle constitue une condition *sine qua non* du dommage. A cet égard, le critère de la condition *sine qua non* constitue un point commun aux théories scientifiques précédemment évoquées et à la théorie de la causalité ordinaire. Bien qu'apportant des éléments d'analyse intéressants, la théorie de Hart et Honoré

n'emporte pas la conviction. Si le principe d'un recours à l'usage ordinaire des notions juridique peut se justifier, une telle référence ne permet pas, en revanche, d'apporter les précisions de nature à trancher les questions difficiles que pose la qualification du lien causal dans le contentieux de la responsabilité. En outre, bien que distinguant, sur le principe, les propositions causales explicatives et attributives, les auteurs ne tiennent pas suffisamment compte des différences qui sous-tendent la logique d'explication et la logique d'imputation.

Conclusion de la première partie

299. La recherche des causes se fait d'abord dans un souci d'*explication*. Elle vise, en cela, à répondre à la question du « pourquoi ? ». Ce faisant, elle conduit bien souvent à répondre à celle du « comment ? ». Comme le soulignaient les Stoïciens, l'explication causale conduit à désigner la cause en donnant les raisons pour lesquelles elle est cause.

L'explication causale des événements passés n'est pas un exercice propre à la responsabilité juridique. Celui qui cherche une définition est donc tenté de se tourner vers les autres contextes d'analyse de la causalité : l'activité scientifique ou la vie quotidienne. Aborder la causalité avec l'ambition d'objectivité qui caractérise l'attitude scientifique conduit à constater que l'explication causale dans les sciences repose sur l'idée de *loi causale* : toute explication d'un événement singulier est opérée en référence à une loi scientifique, invariable ou probabiliste, dont le cas particulier constitue l'exemplification. De nos jours, les lois causales scientifiques s'expriment majoritairement en termes probabilistes, voire en termes d'*augmentation des probabilités*. La théorie de la causalité adéquate est l'expression de cette logique. Dans cette optique, la désignation de la cause, dans une hypothèse singulière, se fait en référence au critère de la probabilité *ex ante* de dommage générée par le facteur examiné. La cause est l'événement qui rendait probable, ou le plus probable, le résultat intervenu. La probabilité ici prise en compte est une *probabilité objective* qui exprime une *fréquence* : par exemple, 30% des patients traités avec un médicament développent un effet indésirable.

Une autre conception de la causalité a toutefois émergé à partir de l'idée de condition *sine qua non*. La cause est identifiée au moyen d'un raisonnement *contrefactuel* permettant d'affirmer que le dommage n'aurait pu se produire en l'absence de la condition considérée. Pour être convaincant, toutefois, le raisonnement doit être encadré. En particulier, le scénario contrefactuel dans lequel le dommage ne se serait pas produit doit être envisagé dans un « monde possible » se rapprochant au plus près du nôtre. Par ailleurs, le critère de la condition *sine qua non* peut parfois aboutir à des conclusions incertaines. Le jugement de causalité peut alors s'exprimer en termes de *probabilités subjectives*, exprimant le degré de confiance qu'il est possible d'avoir dans la proposition contrefactuelle selon laquelle le

dommage ne se serait pas produit en l'absence du fait illicite.

300. Vouloir interpréter la notion de causalité en référence aux conceptions en vigueur dans la logique des sciences peut être contesté au motif que le droit doit se contenter des représentations *courantes*. Les deux auteurs anglais, H. L. A. Hart et Tony Honore, ont voulu démontrer que l'interprétation juridique pouvait, et devait, s'accorder aux *usages linguistiques ordinaires*. Ce faisant, ils ont tenté de mettre au jour la notion de causalité du *sens commun*, telle qu'elle découle des habitudes du langage courant. Dans cette optique, la cause est ce qui a engendré un *changement* dans le cours naturel des choses, en « *faisant la différence* ». Par ailleurs, la théorie a permis d'apporter une réponse argumentée à ceux qui, parmi les auteurs anglo-américains, ne voient dans la causalité qu'une notion purement *fonctionnelle*, servant à faire prévaloir les opinions subjectives des juges.

301. En définitive, trois principales définitions de la causalité ont été envisagées, dans cette première partie, qui permettent la formulation d'une explication causale des événements passés et mobilisent respectivement le critère de la probabilité *ex ante* de dommage, de la condition *sine qua non*, et de l'anormalité de la cause. De ces trois critères, c'est celui de la condition *sine qua non* qui émerge, en apparaissant comme un « pré requis » toujours indispensable. Ce critère englobe d'ailleurs largement les deux autres. L'événement qui augmentait sensiblement la probabilité de dommage a toutes les chances de correspondre à celui dont l'absence réduit ladite probabilité à presque rien. L'événement anormal est, d'abord, celui, dont on pouvait raisonnablement penser qu'il aurait pu ne pas être, dans un monde possible proche du nôtre. Cet aspect illustre le fait que l'identification d'une cause conduit inévitablement l'esprit à confronter ce qui *s'est* passé avec ce qui *aurait pu* se passer. Nous en concluons que l'*explication causale* implique la mise en évidence de la, ou des, *condition(s) sine qua non* du dommage. Cela signifie que la *causalité juridique* est, *au minimum*, une condition *sine qua non* du dommage, ce qui est d'ailleurs le cas en droit positif. Il reste que la causalité, dans la responsabilité juridique, ne se borne pas à *expliquer* des faits passés, elle doit permettre l'*imputation* d'une responsabilité. La démarche d'*imputation*, qui intervient, logiquement et chronologiquement, après l'explication des faits, peut, à cet égard, réintroduire les critères que nous avons écartés.

SECONDE PARTIE

LA CAUSALITE, PRINCIPE D'IMPUTATION

302. Dans le droit de la responsabilité, le jugement de causalité n'a pas seulement pour fonction de restituer les événements passés en les rendant intelligibles. Son objectif principal est de permettre l'*attribution* de la responsabilité à celui dont le fait a engendré un événement contraire au droit. Causalité et responsabilité ont toujours été liées. Le terme grec de cause, *aitia*, désignait ce que l'on tenait pour responsable de ce qui existait ou se produisait dans le monde : il servait, notamment, à qualifier une personne coupable d'un méfait. Kelsen notait qu'il était « exactement équivalent à la faute : la cause porte la faute de l'effet, elle est responsable de l'effet, l'effet est imputé à la cause, de la même façon que la peine est imputée au délit »¹⁰¹⁷. L'attribution de la responsabilité se fait donc à celui qui, par son action, est à l'origine du mal. « Un jugement de responsabilité, au sens de l'article 1382, est d'abord un jugement sur la causalité d'un événement »¹⁰¹⁸. A cette causalité matérielle s'ajoute, en principe, la volonté -voire l'intention- délictueuse du responsable. Mais la responsabilité civile contemporaine rejette, désormais, toute approche psychologique ou morale. Si la faute en est toujours une condition, c'est dans sa composante objective et matérielle. En cela, la responsabilité juridique s'éloigne de responsabilité morale pour se rapprocher de la responsabilité historique : indifférente aux intentions, elles ne vise plus que les actes et leurs effets réels¹⁰¹⁹. Dans un droit laïcisé par l'influence positiviste, le jugement de causalité est devenu fondamental.

¹⁰¹⁷ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Charles Eisenmann, Bruylant LGDJ coll. La pensée juridique, 1962, réimp. 1999, p. 93.

¹⁰¹⁸ François Ewald, « La faute civile : droit et philosophie », *Droits*, vol. 5, 1987, p. 45 spéc. p. 47.

¹⁰¹⁹ Comp. R. Aron : « Responsabilité morale, responsabilité juridique, responsabilité historique comportent une partie commune : l'établissement des causes. La différence fondamentale concerne l'ordre des causes : le moraliste vise les *intentions*, l'historien les *actes*, le juriste *confronte intentions et actes*, et les mesures aux *concepts juridiques* ». R. Aron, *op. cit.* p. 209.

303. Notre première partie a montré que l'explication causale passe par un raisonnement contrefactuel d'identification des conditions *sine qua non* du dommage. Mais l'explication doit être complétée par une prise en compte de la seconde dimension, attributive, du jugement de causalité dans la responsabilité. Il ne s'agit plus de s'interroger sur l'enchaînement des événements et ce qui les a rendu possibles, mais de se poser la question de la *réparation*, en désignant *celui* qui doit répondre et de *quoi* il doit répondre. Cette perspective implique d'aborder la causalité non plus comme un concept constamment employé dans la pensée courante ou scientifique, mais comme une *condition juridique* de la responsabilité. Vue sous cet angle, la causalité perd son caractère de *référence commune* aux langages ordinaire, scientifique et juridique, pour se présenter comme une notion *juridique et technique*, assurant une *fonction* dans la mise en œuvre de la responsabilité. L'examen des principales *fonctions* assumées, aujourd'hui, par la causalité dans la responsabilité civile s'impose donc. L'étude pourra préciser les *relations* de la notion de causalité avec les autres conditions de la responsabilité. Elle mettra, en outre, en évidence le caractère fondamental du raisonnement contrefactuel dans la mise en œuvre de la responsabilité civile. Mais surtout, analyser le *rôle* de la causalité permettra de mesurer l'enjeu de sa *qualification*, en conduisant à identifier les *contextes* et les *objectifs* de l'enquête causale.

304. Aborder la causalité sous cet angle mène toutefois à une nouvelle difficulté. Si la causalité, qui donne lieu à une qualification contrôlée par la Cour de cassation, est une notion technique, se pose la question du statut exact de la « *causalité juridique* ». En tant qu'elle a pour fonction l'imputation d'une responsabilité, quel est donc son rapport avec l'explication causale formulée dans un objectif de *connaissance* ? Pourrait-elle constituer une représentation de la réalité propre au système juridique ? Lui serait-il possible de se révéler purement fictive ?

Seule l'étude de l'ensemble de ces questions peut permettre, pour finir, de tenter l'identification *d'éléments de solution* à la question causale dans la responsabilité. A cet égard, la notion de causalité n'est pas réductible à une formule unique. Faute de pouvoir produire une véritable définition, nous tenterons d'élaborer une *méthodologie*, par la détermination des *arguments* de nature à justifier, ou non, la qualification du lien causal. Nous évoquerons donc, successivement, les fonctions de la causalité (Titre 1) puis le problème de sa qualification (Titre 2).

TITRE I

FONCTIONS DE LA CAUSALITE

DANS LA RESPONSABILITE

CIVILE

305. Le Doyen Vedel opposait les notions conceptuelles, ou matérielles, aux notions fonctionnelles. Les notions fonctionnelles sont « celles pour lesquelles une définition fonctionnelle est plus productive que les définitions classiques »¹⁰²⁰. Les tentatives, évoquées en première partie, de cerner les principes de l'explication causale, donc de la causalité telle qu'elle est employée à l'extérieur du droit, ont permis d'en relever quelques caractéristiques principales, à commencer par sa dimension contrefactuelle. L'analyse fonctionnelle de la causalité doit conduire à approfondir l'étude, de manière à pouvoir éclairer et diriger la qualification du lien causal. Elle permettra de revoir les modalités de mise en oeuvre de la responsabilité à l'aune des conclusions déjà dégagées. En particulier, les mécanismes de la responsabilité civile pourront être analysés au regard du raisonnement contrefactuel inséparable de tout jugement de causalité.

Deux fonctions principales sont assumées par la causalité dans la responsabilité civile. Elle est, d'une part, une notion qui permet au juge d'admettre la responsabilité dans son *principe*. Une fois le principe de la responsabilité acquis, elle permet, d'autre part, de

¹⁰²⁰ G. Vedel, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein », JCP 1948, I, chron. 682. L'auteur définissait la voie de fait par ces mots : « La fonction que remplit la voie de fait (...) est évidente : cette fonction est de retirer à l'administration et à ses agents, dans certains cas d'abus exorbitants, la protection qui résulterait du jeu normal de la séparation des pouvoirs ».

déterminer la *réparation*, notamment par l'identification des chefs de préjudice pouvant donner lieu à indemnisation.

Nous étudierons donc la causalité sous ces deux aspects : condition de fond de la responsabilité (chapitre 1) et critère de la réparation (chapitre 2).

CHAPITRE I

LA CAUSALITE, CONDITION DE LA RESPONSABILITE

306. Causalité et responsabilité sont indissociables¹⁰²¹. « Exigence de raison », selon le mot du Doyen Carbonnier¹⁰²², la condition de causalité est évoquée dans chacun des articles 1382 à 1386 du Code civil¹⁰²³. Autrefois éclipsée par la faute, elle a été mise au premier plan par le mouvement d’objectivation de la responsabilité. Désormais, l’exigence de causalité constitue ce qui permet de distinguer un régime de *responsabilité* d’un simple *mécanisme de réparation* des dommages. Pour autant, la causalité, qui n’est qu’une relation, ne peut *justifier*, à elle seule, l’imputation d’une responsabilité. La responsabilité suppose d’identifier une *illicéité*, soit au niveau du fait générateur, soit au niveau du dommage. Or la causalité, qui ne fait qu’établir un lien entre deux termes, n’offre en rien le moyen d’établir l’illicéité. De ce point de vue, l’idée de responsabilité causale est un leurre. Le présent chapitre aura le double objectif d’illustrer le caractère *insuffisant* de l’exigence de causalité dans la responsabilité (section 1) tout en montrant qu’elle en constitue une condition *indispensable* (section 2).

¹⁰²¹ « L’idée de responsabilité (...) soulève inéluctablement la question de causalité ». H. Batiffol, préface, in *La responsabilité*, APD, vol. 22, 1977. V. égal. G. Marty, « La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile (étude comparative des conceptions allemandes, anglaises et françaises) », *RTD civ.* 1939, p. 685. *Contra.* la *Stanford Encyclopedia of Philosophy* pour qui la causalité n’est une condition ni nécessaire, ni suffisante de la responsabilité juridique. V° « *Causation in the Law* » in *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2001).

¹⁰²² Jean Carbonnier, *Droit civil vol. 2, Les obligations*, PUF, 22^e éd. 2000, rééd. Quadrige 2004, §213.

¹⁰²³ *Comp.* Pothier, « on appelle délit le fait par lequel une personne, par dol ou malignité, cause du dommage ou quelque tort à une autre. Le quasi-délit est le fait par lequel une personne, sans malignité, mais par une imprudence qui n’est pas excusable, cause quelque tort à une autre ». Pothier, *Traité des obligations op. cit.* Partie 1 chap. 1 Sect. 2 §2 n°116.

Section 1. La causalité, condition insuffisante de la responsabilité

307. A l'origine est toujours un dommage dont se plaint la victime. Quel que soit le fondement de la responsabilité, la causalité permet d'identifier celui qui doit répondre, voire celui dont on doit répondre. Associée à la preuve d'un fait illicite, la causalité est une constante de la responsabilité (§1). Toutefois, le droit contemporain, traversé par la notion de risque, a vu émerger la notion de « fait causal » (§2).

§1. La causalité dans la responsabilité du fait personnel

308. La condition de causalité s'impose tant dans la responsabilité extra-contractuelle (A) que dans la responsabilité découlant de l'inexécution d'un contrat (B).

A. Causalité et responsabilité délictuelle

309. Dans le droit de la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle, la causalité a toujours été, logiquement, exigée (1). De nos jours, elle peut, suivant les cas, adopter différents caractères selon qu'elle est directe ou indirecte, effective ou seulement potentielle (2).

1. Principe de l'exigence de causalité

310. **Du droit de vengeance à la *poena romana*.** C'est du droit de se venger qu'est née la responsabilité¹⁰²⁴. Le droit « d'obtenir une amende de l'auteur de la lésion, qui est le trait essentiel du système des délits privés, procède d'une conception commune à tous les hommes primitifs (...) selon laquelle la victime d'un tort a le droit d'en tirer vengeance en causant à l'auteur de ce tort un autre tort (...). C'est la vengeance privée, la forme la plus

¹⁰²⁴ Paul Frédéric Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 1929, rééd. Dalloz, 2003, p. 417 et s. V. également R. von Jhering, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. O. de Meulenaere, tome 1, 3^e éd. 1888, §12 et s. p. 131 et s.

imparfaite et la plus ancienne de répression de l'injustice, devenue en réalité une institution juridique du jour où la conscience publique eut commencé à déterminer les circonstances dans lesquelles elle pouvait légitimement intervenir sans justifier à son tour une vengeance »¹⁰²⁵. A la phase de la vengeance privée succéda celle des *compositions*, laissées au libre accord de l'offenseur et de l'offensé¹⁰²⁶, ou fixées par la loi afin d'assurer la tranquillité publique. « Si quelqu'un a brisé un os à citoyen libre, il lui payera 300 as », « s'il est coupable de violences légères, il paiera 25 as » disait la loi des XII Tables¹⁰²⁷. A l'époque moderne, l'Etat supprima les compositions pour procéder lui-même à la répression des infractions : à cet égard, « l'amende née du délit n'est qu'une composition légale mise par l'autorité publique à la place du droit de vengeance »¹⁰²⁸. La causalité, permettant d'identifier le responsable, ne servait pas à mesurer le dommage subi : originellement, l'amende n'avait aucun rapport avec le dommage¹⁰²⁹.

La fonction de la *poena* était, néanmoins, de *restaurer l'équilibre* en comblant la brèche causée, dans le patrimoine de la victime, par l'action du défendeur. Progressivement, elle prit, dans certains cas, un caractère indemnitaire. A cet égard, on distinguait les actions pénales des actions réipersécutoires et mixtes. Alors que l'action pour injure était strictement pénale, car elle n'était par considérée comme provoquant un préjudice pécuniaire, le *damnum injuria datum*, systématisé par la loi Aquilia¹⁰³⁰, constituait, en revanche, une action à la fois pénale et réipersécutoire. La *poena* avait pour objet le montant du préjudice calculé sur la plus haute valeur que la chose détruite ou détériorée

¹⁰²⁵ P. F. Girard, *op. cit.* p. 421.

¹⁰²⁶ « Dans l'origine, pour une foule de délits, la composition était entièrement abandonnée aux parties. Plus tard, l'autorité s'en chargea elle-même ; au lieu de prononcer la peine du talion, lorsque l'une partie réclamait trop, tandis que l'autre offrait trop peu, le juge fixait lui-même le montant de la composition (...). Les usages guidaient le juge dans cette mission », R. von Jhering, *op. cit.* §12 p. 138.

¹⁰²⁷ Citée ici par M. Villey, *Le droit romain*, PUF coll. Que sais-je ? 10^e éd. 2002, p. 9.

¹⁰²⁸ P. F. Girard, *op. cit.* p. 425.

¹⁰²⁹ Jean-Philippe Lévy, André Castaldo, *Histoire du droit civil*, 1^{re} éd., Dalloz, 2002, n°609 et s. Dès l'ancien droit romain était apparue la notion de *delicta* (délict privé) que l'on opposait aux *crimina* (délits publics). Parmi ces délits privés se trouvent les délits civils créés par la loi et les délits prétoriens créés par le préteur. Olivier Descamps, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code Civil de 1804*, thèse Paris II, 2001, p. 94 et s.

¹⁰³⁰ Le *damnum iniuria datum*, le dommage causé sans droit à la chose d'autrui était un délict civil. Il s'agissait, pour aller vite, de sanctionner la mort ou la blessure d'un esclave ou d'un animal ou la détérioration d'une chose corporelle. V. P. F. Girard, *op. cit.* p. 441 et s. La loi Aquilia, dont la datation fait l'objet de nombreuses controverses, fut établie par un plébiscite voté sur la proposition d'Aquilius. L'apport essentiel de la loi Aquilia est de remplacer les tarifs fixés dans les textes antérieurs par une estimation de la valeur de la chose, rendue possible par l'apparition de la monnaie.

avait eue, soit dans l'année, soit dans le mois précédant le délit. Il fallait, comme dans tout délit romain, que l'acte soit une faute, et pas seulement une négligence¹⁰³¹, une faute de commission et non une faute d'abstention.

L'insistance sur la causalité apparut, pour la première fois, à propos de ce délit. La loi Aquilia prévoyait des conditions restrictives et particulières pour le sanctionner, en distinguant entre causalité *directe* et *indirecte*. Pour entraîner la responsabilité, le dommage devait résulter d'un fait positif et être causé *corpore*, ce qui supposait un *contact corporel* entre le défendeur et la chose endommagée. Si le critère de causalité alors retenu semblait être la *causa sine qua non*, il était sévèrement encadré¹⁰³². La loi Aquilia distinguait explicitement l'atteinte directe, soit l'acte ayant *directement causé* la mort (*occidere*), de l'atteinte indirecte, soit l'acte ayant seulement fourni l'*occasion* de la mort (*mortis causam praestare*). L'agent devait donc avoir commis un acte matériel ayant directement provoqué la mort, par exemple en frappant l'animal : avoir fait du bruit pour faire tomber l'animal ou l'esclave dans un précipice était insuffisant. Par ailleurs, le dommage devait avoir été causé *corpori*, l'atteinte devant correspondre à une lésion corporelle de la chose considérée.

Par la suite, l'édit du prêteur permit l'action même lorsque le dommage n'avait pas été causé *corpore* ou *corpori*. Dans certaines hypothèses de causalité *indirecte* non prévues par la loi, le prêteur développa une action utile (*utilis*) parallèle à l'action légale : cette action concernait le cas de l'incendie qui se propage au champ voisin, ou du gardien d'un four qui s'est endormi ou a été négligent dans sa garde¹⁰³³. Alors qu'à l'origine, seul le propriétaire pouvait être indemnisé, l'élargissement du nombre de bénéficiaires de l'action aboutit à donner une action en indemnité à tous ceux qui avait souffert du dommage¹⁰³⁴. On admit, en outre, que le fait générateur puisse être positif ou négatif : l'analyse de l'acte cause du

¹⁰³¹ Il existait toutefois des exceptions, par exemple dans l'hypothèse où un individu, après avoir allumé un feu dans son champ, le laisse gagner le champ voisin, P. F. Girard, *op. cit.* p. 443 note 2.

¹⁰³² O. Descamps, thèse préc. p. 105.

¹⁰³³ O. Descamps, thèse préc. p. 109. Les juriconsultes romains s'intéressèrent (et se divisèrent) sur la question de la « causalité subséquente », soit l'hypothèse d'une cause alternative faisant en sorte que le dommage se serait tout de même réalisé. On discuta ainsi du cas dans lequel plusieurs personnes ont participé au dommage sans qu'il soit possible d'en déterminer l'auteur ou de celui de l'esclave, mortellement blessé par une personne, qui meurt ensuite des coups d'une autre personne intervenue postérieurement. A l'époque moderne, on mit en évidence les contradictions des textes du Digeste à propos de ce dernier problème : en effet, deux passages considèrent que les auteurs doivent être l'un comme l'autre tenus alors que le troisième passage n'attribue la responsabilité du décès qu'au second intervenant. O. Descamps, thèse préc. p. 557.

¹⁰³⁴ P. F. Girard, *op. cit.* p. 444.

dommage s'étendit à l'attitude générale de l'auteur, avec en particulier l'admission de l'*omission*. C'est ainsi que les juristes de l'époque classique distinguèrent l'action *directa* fondée sur la loi et supposant une causalité directe, des actions relevant d'une causalité indirecte¹⁰³⁵. Dans le droit de Justinien, ces actions eurent tendance à s'unifier¹⁰³⁶. Parallèlement la sanction devint purement réparatrice. Chez Ulpien, la *poena* était ainsi l'objet d'une action dont le montant est égal à celui du préjudice¹⁰³⁷. L'évolution du droit de vengeance vers la *poena* ainsi définie met en évidence les deux fonctions assumées par la causalité dans la responsabilité civile : la désignation, d'une part, du responsable qui a causé le dommage, la mesure, d'autre part, du dommage engendré par le fait illicite justifiant la responsabilité.

311. Le droit coutumier. Le début du Moyen âge vit l'idée de responsabilité délictuelle régresser sous l'influence des conceptions barbares qui privilégiaient la vengeance ou la composition. Mais le *jus commune* qui se développa à la fin du Moyen âge resta largement influencé par la loi Aquilia¹⁰³⁸. On distinguait ainsi entre causalité *directe* et *indirecte* ou entre causalité *médiate* et *immédiate*. Dans l'hypothèse de la causalité immédiate, celui qui commettait l'acte dommageable le faisait par son corps contre le corps de la victime, c'est-à-dire *a corpore in corpus*, ce qui supposait un contact¹⁰³⁹. Dans le cas de la causalité médiate, on distinguait entre l'acte accompli sans intervention du corps de l'auteur avec des conséquences contre le corps de celui qui l'avait subi (*a non corpore in corpus*) et le fait non causé par le corps de l'auteur ne touchant pas non plus celui qui l'avait subi (*a non corpore in non corpus*)¹⁰⁴⁰. L'idée de contact matériel est donc déterminante. En outre, et surtout, les civiliste médiévaux formulèrent l'adage *cessante*

¹⁰³⁵ Actions *utilis* et *in factum* (« actions décrétales et édictales que le prêteur emploie pour pallier l'impossibilité de mettre en œuvre les actions du *ius civile* ou du *ius honorarium* ») O. Descamps, thèse préc. p. 106.

¹⁰³⁶ O. Descamps, thèse préc. p. 111.

¹⁰³⁷ P. F. Girard, *op. cit.* p. 425 note 4.

¹⁰³⁸ O. Descamps, thèse préc. p. 218.

¹⁰³⁹ O. Descamps, thèse préc. p. 285.

¹⁰⁴⁰ En *jus commune*, comme en droit romain la causalité avait des impacts procéduraux quant à la forme de l'action. Lorsque la causalité était directe, impliquant un contact *a corpore in corpus*, l'action prenait la forme de l'*actio directa* qui ne concernait que le propriétaire de la chose. Les actions *utilis* et *in factum* visaient les dommages causés *a corpore in non corpus* et *a non corpore in non corpus*. O. Descamps, thèse préc. p. 297.

*causa cessat lex*¹⁰⁴¹. La règle est désormais clairement affirmée : il ne peut y avoir de responsabilité au-delà de ce qui est causé.

Par ailleurs, la causalité fit l'objet d'une réflexion approfondie chez les canonistes. Ces derniers distinguaient entre la cause éloignée ou *remota* et la cause proche ou *propinqua*. Les deux causalités pouvaient engager la responsabilité du défendeur, mais la préférence était accordée à la cause la plus proche. Quant à la cause trop éloignée, elle excluait la responsabilité. Deux exemples étaient le plus souvent donnés. « Le premier concerne celui qui a fabriqué le couteau ayant servi à commettre un homicide. Le seul fait pour le coutelier de l'avoir produit participe de la cause lointaine et l'on ne peut pas rechercher sa responsabilité uniquement pour cela. Toutefois il est possible de le faire si celui qui fournit la cause agit avec l'intention de nuire ou s'il applique une diligence inférieure à celle qu'il doit et peut assumer. Le second exemple concerne la construction d'une fenêtre. La responsabilité de celui qui a procédé à son installation ne peut être engagée si une personne s'est précipitée du haut de celle-ci. Cette édification représente la cause éloignée sans qu'aucune faute ne puisse être caractérisée, la cause proche s'identifiant à la stupidité de celui qui se jette par la fenêtre »¹⁰⁴². A cette époque fut de nouveau discutée la notion d'« occasion », proche, mais distincte de la faute. « Ainsi, celui qui a fabriqué la flèche avec laquelle on commet un homicide est considéré comme ayant fourni l'occasion du dommage ; il n'en est toutefois pas responsable, l'essentiel étant de trouver le véritable auteur du délit. »¹⁰⁴³ Cette cause *occasionnelle* fut assimilée par les scolastiques et St Thomas d'Aquin à la « cause indirecte »¹⁰⁴⁴. Autrement dit, le critère de distinction entre cause directe et indirecte tenait à l'acte de la personne incriminée : faire (cause directe) ou laisser faire, donner l'occasion (cause indirecte).

312. Les civilistes de l'Ancien Droit. La période moderne vécut un retour de l'analyse des textes du droit romain à la lumière de l'humanisme chrétien et un effort général de systématisation, du moins dans le monde universitaire, avec l'affirmation du

¹⁰⁴¹ L'aphorisme est à l'origine de Jacobus (aux environs de 1178) O. Descamps, thèse préc. p. 286.

¹⁰⁴² O. Descamps, thèse préc. p. 287

¹⁰⁴³ O. Descamps, thèse préc. p. 285

¹⁰⁴⁴ St Thomas, qui est le premier à théoriser l'idée de « cause indirecte » définissait la cause occasionnelle ou indirecte comme posant une *simple condition* du résultat et rien d'autre. Pour illustrer sa définition, il donnait l'exemple de celui qui coupe du bois : l'action de ce dernier ne peut être considérée comme la cause directe du fait que le bois sera brûlé. Concrètement, la coupe du bois n'est qu'une condition *sine que non* du résultat, et non pas une cause directe.

principe général de responsabilité civile pour faute personnelle dans le système développé par Domat¹⁰⁴⁵. « C'est une suite naturelle de toutes les espèces d'engagements particuliers et de l'engagement général de ne faire tort à personne que ceux qui causent quelque dommage, soit pour avoir contrevenu à quelque engagement, soit pour y avoir manqué, sont tenus de réparer le tort qu'ils ont fait »¹⁰⁴⁶. En droit positif, la casuistique dominait cependant. De manière générale, les auteurs distinguaient à nouveau entre causalité directe et indirecte. La causalité fut toutefois moins discutée qu'au cours de la période médiévale : soit elle était passée sous silence ou évoquée implicitement, soit les auteurs manifestaient leur attachement à la causalité directe. Influencé par les réflexions anciennes, Jérôme Mercier opposait le dommage direct, constitué par l'atteinte personnelle au corps de la victime, au dommage indirect correspondant aux atteintes portées à l'encontre des personnes proches de la victime comme sa femme et ses enfants¹⁰⁴⁷. Quant à Pothier, il étudia la causalité au regard des sanctions de l'inexécution contractuelle en prévisant que la réparation se limitait aux suites « nécessaires, immédiates et directes » de l'inexécution.¹⁰⁴⁸ L'idée de « suite nécessaire », abandonnée par le Code civil, rattache la conception de Pothier à celles de l'époque, puisqu'on définissait généralement la cause comme « ce qui, étant posé, il faut que l'effet s'ensuive »¹⁰⁴⁹. Pothier témoigne, à cet égard, d'une évolution, en se détachant des conceptions centrées autour de l'idée de contact matériel. Le dommage direct s'insère dans une liaison causale invariable et se caractérise par le fait qu'il constitue la première étape des conséquences engendrées par la cause.

313. La causalité dans le Code civil. La consécration par l'article 1382 d'un principe général de responsabilité fit de la causalité une condition essentielle de la sanction du délit. Mais la causalité ne fut en tant que telle pas évoquée lors de la rédaction de cet

¹⁰⁴⁵ On trouve une ébauche de ce principe dans la Très ancienne coutume de Bretagne, rédigée entre 1312 et 1325 qui déclare « nul ni nulle ne peut faire dommage à autre que il ne soit tenu à le desdommager ». On estime habituellement que le principe général de l'article 1382 fut emprunté à Domat : « Toutes les pertes, tous les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne doivent être réparés par celui dont la faute y a donné lieu. » Il existe toutefois un texte de Grotius datant de 1625 qui énonce le principe en employant cette fois le terme « causer » : « (...) quand on a causé du dommage par une faute comme celle-là, on est naturellement tenu à le réparer. », J. P. Lévy et A. Castaldo, *op. cit.* n°637 et 638.

¹⁰⁴⁶ Jean Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1^{re} partie, Livre III, Titre V. V. G. Viney, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 2^e éd. 1995, n°12 et s.

¹⁰⁴⁷ O. Descamps, thèse préc. p. 459.

¹⁰⁴⁸ V. *supra* n°278.

¹⁰⁴⁹ Telle était la définition de Bossuet, v. *supra* n°23.

article¹⁰⁵⁰, malgré l'insistance des rédacteurs sur le principe général selon lequel le fait de causer un dommage est la source de la responsabilité de son auteur. « Tout individu est garant de son fait ; c'est une des premières maximes de la société : d'où il suit que si ce fait cause à autrui quelque dommage, il faut que celui par la faute duquel il est arrivé soit tenu de le réparer »¹⁰⁵¹. La référence fut alors fréquemment faite à l'idée de « fait illicite », entendu comme celui qui porte atteinte à autrui, plutôt qu'à la notion de faute proprement dite¹⁰⁵². Tarrible insista sur « cette obligation que le droit naturel impose à tout individu de réparer le dommage qu'il a causé »¹⁰⁵³.

Par la suite, les premiers commentateurs ne s'y intéressèrent guère. La causalité ne constituait pour eux qu'un problème de pur fait à trancher au cas par cas par le juge du fond. Jusqu'au début du XXe siècle, seuls la faute et le dommage furent mentionnés dans les traités de droit civil comme condition de la responsabilité. Si la causalité fut évoquée par Demolombe, c'est dans le cadre de l'analyse du dommage¹⁰⁵⁴. Pour Baudry-Lacantinerie et Barde, en 1908¹⁰⁵⁵, la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle supposait trois conditions : un fait illicite, son imputabilité au défendeur, et un dommage : la causalité ne faisait pas, en tant que telle, l'objet d'une analyse spécifique, bien qu'il paraisse évident que le dommage doit avoir été causé par l'inexécution. La causalité fut, toutefois, discutée dans un autre contexte : il fallait, en effet, interpréter l'article 1151 qui limite la réparation du dommage causé par la violation du contrat aux « suites immédiates et directes » de l'inexécution. Les auteurs étaient troublés par l'absence d'équivalent à l'article 1151 en matière délictuelle. Un certain nombre d'entre eux estimèrent, de ce fait,

¹⁰⁵⁰ V. Fenet, *Recueil des Travaux Préparatoires du Code*, t. XIII, art. 1382, pp. 452-455.

¹⁰⁵¹ Bertrand de Greuille, *Communication officielle au Tribunal*, Fenet, préc. t. XIII, p. 474. « Nous sommes tenus de réparer les torts et les dommages que nous avons pu causer » dit Treilhard devant le Corps Législatif (Fenet, préc. t. XIII p. 465). L'obligation est rattachée à « ces grands principes de morale si profondément gravés dans le cœur de tous les hommes » (*ibid.*).

¹⁰⁵² V. les propos du Tribun Tarrible devant le Corps Législatif, qui évoque la « règle constante, invariable, qui veut que celui qui souffre un dommage par le fait ou la faute de quelqu'un trouve dans tous les cas un moyen d'indemnité » Fenet, préc. p. 487-489. Le principe consacré par le Code civil, dit B. de Greuille, « embrasse tous les crimes, tous les délits, en un mot tout ce qui blesse les droits d'un autre », Fenet, préc. t. XIII p.474.

¹⁰⁵³ Tarrible, Fenet, *op. cit.* t. XIII, p. 490

¹⁰⁵⁴ Demolombe, *Traité des engagements qui se forment sans convention*, Paris, 1882, Livre III, Titre IV, Chapitre II, « Pour que la responsabilité civile soit encourue, il faut que le fait qui a eu lieu soit dommageable », n°671 et s.

¹⁰⁵⁵ Baudry-Lacantinerie et Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil*, tome IV, Obligations, 3^e éd., 1908, n°2853, p. 536.

que l'article 1151 posait une condition de causalité directe spécifique à la responsabilité contractuelle¹⁰⁵⁶. Mais d'autres virent dans l'article 1151 l'expression d'une exigence de causalité indissociable de la responsabilité¹⁰⁵⁷. Une réflexion doctrinale intense, sans doute influencée par le courant favorable à l'unité de principe des responsabilités délictuelle et contractuelle, aboutit à la conclusion que l'expression de « suites immédiates et directes » de l'article 1151 ne faisait que traduire une exigence générale relative à la causalité dans la responsabilité civile. Cette analyse est, aujourd'hui encore, unanime.

2. Caractères de la condition de causalité

314. Condition traditionnelle de la responsabilité, la causalité peut y avoir plusieurs caractères. L'évolution précédemment retracée montre qu'elle peut être directe ou indirecte (a). L'influence contemporaine de la théorie du risque a fait en sorte qu'elle peut être prise en compte lorsqu'elle est réalisée, mais aussi lorsqu'elle est seulement potentielle (b).

a. Causalité directe, causalité indirecte

315. Celui qui se penche aujourd'hui sur les règles de la responsabilité civile apprend que le préjudice, pour être réparable, doit être *direct*. Il ne fait de doute pour personne que l'exigence de préjudice direct correspond à la condition de causalité. La condition de causalité directe est, à cet égard, une constante ancienne de la responsabilité (1°), même si une loi pénale récente a donné une portée juridique à la causalité indirecte (2°).

1°) La causalité directe en droit civil

316. Il ne fait pas de doute que les expressions de dommage (in)direct et de causalité (in)directe recouvrent une même réalité¹⁰⁵⁸. L'exposé précédent a montré que la causalité, en tant que condition de la responsabilité, a toujours été envisagée et discutée au travers de la problématique du lien direct ou indirect. Pour les juristes les plus anciens, le lien direct correspondait au *contact* matériel, corporel, entre l'auteur du dommage et la victime ou sa

¹⁰⁵⁶ V. M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 1^{ère} éd. t. II 1900, n°935 ; L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, 1^{ère} éd. 1930, t. II n°440.

¹⁰⁵⁷ Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XXI (1882) n°687. Baudry Lacantinerie et Barde, *op. cit.* n°2880. M. Filippi, *Le préjudice indirect*, Lille, 1933. A. Joly, *Essai sur la distinction du préjudice direct et du préjudice indirect*, Caen, 1938.

¹⁰⁵⁸ A. Joly, thèse préc. n°9 et s.

chose. Par la suite, l'idée de *proximité* dans le temps fut avancée : plus le dommage est éloigné de la faute, plus nombreuses sont les causes extérieures qui ont intégré l'enchaînement causal. Il faut donc déterminer la limite des conséquences du fait dommageable : tel est l'enjeu de la qualification de la causalité.

La distinction de l'idée de dommage direct de celle de dommage prévisible n'est pas aisée. Chez Pothier, la référence aux « suites nécessaires et directes » renvoie à une liaison invariable, selon laquelle les suites causées sont toujours engendrées par le fait considéré¹⁰⁵⁹. Les liaisons causales étant majoritairement probabilistes, on peut en conclure que les *suites directes*, ainsi entendues, correspondent aux suites rendues *très probables* par le fait du défendeur. Celui qui a livré sciemment une vache malade est responsable de la perte de la vache vendue ainsi que de la mort de l'entier troupeau, contaminé par la vache. Mais le fait que le cultivateur n'a pu cultiver ses terres faute d'animaux et que, désormais sans ressources, il s'est vu saisir ses biens par ses créanciers, sont des suites dont l'indemnisation est discutable¹⁰⁶⁰.

Au XIXe siècle, les auteurs avaient tendance à assimiler dommage direct et dommage prévisible¹⁰⁶¹. On s'est parfois interrogé sur le point de savoir si l'adjectif « direct » correspondait à une causalité *qualifiée*, donc à un lien causal plus étroit qu'à l'accoutumée

¹⁰⁵⁹ V. *supra* n°278.

¹⁰⁶⁰ « La règle qui me paraît devoir être suivie en ce cas est qu'on ne doit pas comprendre, dans les dommages et intérêts dont un débiteur est tenu pour raison de son dol, ceux qui non seulement n'en sont qu'une suite éloignée, mais qui n'en sont pas une suite nécessaire et qui peuvent avoir eu d'autres causes ». La saisie des biens du paysan « n'est qu'une suite très éloignée et très indirecte de son dol, et il n'y a pas là une relation nécessaire, car quoique la perte de mes bestiaux que son dol m'a causé, ait influé sur le dérangement de ma fortune, ce dérangement peut avoir eu d'autres causes » En outre, le dommage résultant du défaut de culture des terres, bien que plus proche, n'est pas « suite absolument nécessaire de la perte des bestiaux » : « je pouvais, nonobstant la perte de mes bestiaux, obvier à ce défaut de culture en faisant cultiver mes terres par d'autres bestiaux que j'aurais achetés ; ou, si je n'avais pas le moyen, que j'aurais loués ; ou en affermant mes terres, si je n'avais pas le moyen de les faire valoir moi-même. Néanmoins, comme, en ayant recours à ces expédients, je n'aurais pas retiré autant de profit de mes terres que si je les avais fait valoir par moi-même, avec mes bœufs que j'ai perdus par le dol de ce marchand, cela peut entrer pour quelque chose dans les dommages et intérêts dont il est tenu », Pothier, *op. cit.* n°167.

¹⁰⁶¹ L'expression de dommage indirect pouvait désigner le dommage par ricochet. Demolombe disait ainsi, non sans contradiction que le « *dommage indirect* » (par ricochet) devait avoir été *directement* causé : « il faudra pour que le dommage indirect entraîne une responsabilité civile, qu'il soit lui-même une suite immédiate et directe du délit ou du quasi-délit et qu'il s'y rattache par la relation qui lie l'effet à la cause », Demolombe *Cours de Code Napoléon*, t. XXXI, n°671 et s.

ou si l'exigence de causalité directe était simplement équivalente à la condition de causalité « tout court »¹⁰⁶². La première option était liée, à vrai dire, à une interprétation restrictive de l'article 1151 qui consistait à faire du dommage direct une spécificité de l'indemnisation de l'inexécution du contrat par opposition à une causalité médiate et indirecte tolérée dans la responsabilité délictuelle¹⁰⁶³.

Cette interprétation, si elle a jamais convaincu, est abandonnée aujourd'hui. On estime généralement l'article 1151 applicable à la responsabilité délictuelle¹⁰⁶⁴. Les expressions de « dommage direct » et de « causalité directe » ne font qu'exprimer l'idée de causalité juridique¹⁰⁶⁵.

317. Le lien direct dans la responsabilité ou dans la réparation. La problématique de la causalité directe se présente différemment selon que l'on aborde l'admission de la responsabilité dans son principe ou la réparation du dommage causé. Dans la première hypothèse, en effet, le demandeur invoque un dommage qu'il rattache à un fait générateur de responsabilité : il incombe au juge de vérifier d'abord l'existence de ces deux termes puis le lien les unissant. On peut imaginer ici que l'analyse partira du dommage invoqué pour remonter vers la cause supposée. Lorsque, en revanche, le juge –ayant estimé que les conditions de la responsabilité sont réunies- se trouve face au problème de la réparation, il raisonne à partir du fait générateur ou de l'accident initial pour en déterminer toutes les conséquences, afin de fixer l'étendue de l'indemnisation. On sépare donc souvent l'analyse de la causalité du dommage principal de l'analyse des répercussions de ce dernier. Dans le premier cas, la question de la causalité vise à vérifier que le dommage principal n'a pas été provoqué par une autre cause que le fait générateur invoqué par la victime. Dans le second cas, la causalité permet de ne réparer que les conséquences causées par le fait générateur.

¹⁰⁶²Planiol estimait que sont indirects « tous les événements qui ne sont pas la suite nécessaire de la vente (...). La distinction ainsi faite est absolument juste au fond, le débiteur ne doit supporter que ce qui est réellement la conséquence de l'inexécution de son obligation ». Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II n°261.

¹⁰⁶³ Certains avaient déduit de l'absence d'équivalent à l'art.1151 en matière extra - contractuelle que l'auteur d'une faute aquilienne devait répondre de toutes les conséquences à perte de vue, qui se rattachaient d'une façon quelconque à son fait. Nicolesco, thèse préc. p. 76.

¹⁰⁶⁴ Voir *infra* n°339.

¹⁰⁶⁵ L'article 1151 est « motif essentiel de logique et d'équité » selon lequel « celui qui a causé un dommage à autrui doit réparer tout le dommage dont il est véritablement l'auteur ; tout ce dommage, disons-nous, mais rien que ce dommage, et non pas celui qui aurait une autre cause, et qui ne lui serait pas imputable ». Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XXXI, n°671.

La question du lien direct est souvent évoquée dans ce second cas de figure¹⁰⁶⁶.

On remarquera enfin que l'exigence de lien direct semble assez formelle en droit positif, la jurisprudence admettant fréquemment des relations causales assez distendues. Sont ainsi fréquemment indemnisées toutes les conséquences, même les plus éloignées de l'accident initial¹⁰⁶⁷, à tel point que certains auteurs assimilent l'exigence de lien direct à celle de causalité *sine qua non*¹⁰⁶⁸. Cette politique a toutefois des limites¹⁰⁶⁹. De son côté, la jurisprudence criminelle a également admis des relations causales entre des faits éloignés les uns des autres en soulignant que le Code pénal n'exige pas une causalité directe ou immédiate¹⁰⁷⁰. La loi du 10 juillet 2000 relative aux infractions non intentionnelles vient de consacrer cette admission de la causalité indirecte, tout en limitant la répression en ce cas.

2°) La causalité indirecte dans la loi du 10 juillet 2000¹⁰⁷¹

318. Si les expressions de « causalité directe » ou de « dommage direct » ne faisaient qu'exprimer la caractéristique de la causalité exigée par le droit, tout dommage, pour être indemnisable, devrait être directement relié au fait générateur de responsabilité : le

¹⁰⁶⁶ On remarquera que l'analyse de la causalité est tributaire de la nature du dommage invoqué, qui peut constituer une atteinte physique, patrimoniale, morale. Si le dommage n'est qu'un fait matériel, un événement physique, alors l'interrogation causale portera sur des phénomènes matériels, des événements. En revanche, la question causale est délicate lorsque le dommage est plus abstrait, qu'il s'agisse d'un dommage moral, ou d'un dommage économique : dans ces hypothèses, le caractère direct de la causalité est plus difficile à établir.

¹⁰⁶⁷ Tel est le cas, en particulier, en matière de fautes successives, telle une faute médicale intervenue à la suite d'un accident de la circulation. V. la jurisprudence citée *supra* n°152. CA Rouen, 13 mars 1986 Gaz. Pal. 1977, p. 326 (suicide du conjoint de la victime). Cass. 2^e civ. 20 janvier 1993, RCA 1993 comm. n°113 (lien causal entre le décès de la victime et l'accident ayant engendré une accélération du processus de vieillissement ayant conduit à la mort)..

¹⁰⁶⁸ H. et L. Mazeaud, *Traité...*, *op. cit.* n°1677 ; P. Jourdain, « Causalité », *Jurisclasseur civil*, n°39.

¹⁰⁶⁹ Cass. 2^e civ. 24 février 2000, RCA 2000, comm. n°144 (lien causal écarté entre un détournement de munitions et les conséquences d'une explosion provoquées par ceux qui avaient dérobé les munitions à l'auteur du détournement). V. égal. décisions citées *supra* n°152.

¹⁰⁷⁰ Cass. crim. 19 mai 1958, Bull. crim. n°395, D. 1958, somm. p. 149. Cass. crim. 14 janvier 1971, D. 1971, p. 164, rapp. Robert (suicide de la victime d'un accident de la circulation qui lui a causé un traumatisme crânien)..

¹⁰⁷¹ Loi n°2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non-intentionnels. V. « Aperçu rapide » par Francis le Gunehec, JCP G 2000 p. 1587 ; Yves Mayaud, « Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal... », JCP G 2000 chron. p. 603 ; Jean Pradel, « De la véritable portée de la loi du 10 juillet 2000 sur la définition des délits non intentionnels » D. 2000, n°29 Point de vue, p. 5. Patrick Mistretta, « La responsabilité pénale médicale à l'aune de la loi du 10 juillet 2000, évolution ou révolution ? », JCP G 2002 I chron. 149. Dominique-Noëlle Commaret, « La responsabilité pénale des décideurs en matière de délits non intentionnels depuis la loi du 10 juillet 2000 », Gazette du Palais, 10-11 septembre 2004, p. 3.

dommage indirect, n'étant pas causé, ne serait pas réparable. Cette position « officielle » du droit de la responsabilité civile ne paraît guère appliquée par les tribunaux civils, qui retiennent parfois des relations causales très relâchées dans le temps et l'espace. Elle n'est pas non plus l'optique du droit pénal, position officiellement consacrée en matière d'infractions d'imprudence. En effet, la loi dite *Fauchon* du 10 juillet 2000, relative aux infractions non intentionnelles, a explicitement prévu l'hypothèse d'une *causalité indirecte* de nature à entraîner la responsabilité pénale. Ce faisant, la loi ouvre la possibilité d'une responsabilité civile pour une causalité *indirecte*, contrairement aux termes de l'article 1151.

319. L'adoption du critère de la causalité indirecte. Pour le civiliste accoutumé à l'exigence traditionnelle et officielle de causalité directe, la loi, bien que reprenant une jurisprudence existante, est troublante. Il faudrait admettre le *principe* qu'une causalité indirecte peut désormais engendrer une responsabilité, sauf à retenir qu'une causalité qualifiée d'indirecte par le juge pénal puisse être considérée comme directe au civil. Il convient, en réalité, de dissocier deux aspects : d'une part, la causalité prise en considération dans la qualification de l'*infraction* elle-même ; d'autre part, le lien causal unissant l'infraction déjà qualifiée au *dommage civil* apparaissant comme sa conséquence. S'agissant de l'infraction elle-même, la causalité indirecte n'y est pas totalement nouvelle. On a souvent souligné que le droit pénal peut se contenter de liens relativement lâches¹⁰⁷², aucun texte n'exigeant précisément un lien « immédiat et direct »¹⁰⁷³. La chose se comprend dans le cas des infractions intentionnelles dès lors que le prévenu recherchait, par hypothèse, le résultat délictueux. En revanche, le principe est plus contestable dans les cas d'infractions non intentionnelles, dont la structure est proche de celle du délit civil. Il est vrai que la jurisprudence a toujours accepté de retenir des liens de causalité très distendus : la Chambre criminelle répète régulièrement que les infractions d'atteintes involontaires à la personne n'exigent pas que la faute du prévenu ait été la cause « exclusive, directe et immédiate du dommage »¹⁰⁷⁴. Animés par le souci d'indemniser les victimes, les tribunaux n'ont pas hésité à consacrer comme « causes » des faits qui n'avaient qu'un lien

¹⁰⁷² M. L. Rassat, *Droit Pénal Général*, PUF Droit Fondamental, 2^e éd. 1999, n°246.

¹⁰⁷³ Yves Mayaud, « Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal... », JCP G 2000, chron. p. 603.

¹⁰⁷⁴ Cass. crim. 19 mai 1958, Bull. crim. n°395, D. 1958, somm. p. 149. Cass. crim. 14 janvier 1971, D. 1971, p. 164, rapp. Robert.

relativement éloigné avec le résultat¹⁰⁷⁵. Le caractère indirect du lien de causalité n'équivaut donc pas, ici, à une absence de causalité juridique.

C'est, en tout cas, afin de limiter l'augmentation des condamnations pour imprudence que la loi du 10 juillet 2000 a restreint la responsabilité pénale des personnes physiques en exigeant, lorsque la causalité est indirecte, la preuve d'une faute délibérée ou caractérisée (art. 121-3 al. 4 Code pénal). Il s'agit plus précisément des cas où le prévenu « a créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage » ou qui n'a « pas pris les mesures permettant de l'éviter ». Dans le premier cas, l'auteur de l'infraction est « indirect », alors que, dans le second, il est dit « médiate ». Afin de permettre l'indemnisation des victimes lorsque la faute n'est ni délibérée, ni caractérisée, la loi est revenue sur le traditionnel principe d'identité des fautes civile et pénale¹⁰⁷⁶ qui obligeait le juge civil à s'incliner devant la qualification retenue (ou pas) au pénal¹⁰⁷⁷. Cela suppose d'admettre qu'un cas de causalité indirecte ne pouvant pas donner lieu à des poursuites pénales pourra quand même justifier, au civil, une action en réparation. Or on estime généralement, en droit civil, que le lien causal doit être direct... Parce qu'il contribue à brouiller les pistes le critère retenu par la loi du 10 juillet 2000 ne nous paraît guère heureux. D'autant que l'exigence de préjudice direct revient lorsqu'on évoque les conséquences de l'infraction pénale.

En effet, quelle que soit la catégorie de l'infraction commise, la victime a droit à une indemnisation civile à la condition que le dommage qu'elle invoque ait été *directement causé par l'infraction* (art. 2 du Code de procédure pénale). Autrement dit, il faut une relation causale entre le dommage et la « situation infractionnelle »¹⁰⁷⁸. La réforme relative aux infractions non intentionnelles complique, là encore, les choses : une faute caractérisée ou délibérée ayant *indirectement* causé le résultat pénal constituera une infraction ayant *directement* causé le préjudice... Bien souvent, en outre, le « résultat » de l'infraction pénale

¹⁰⁷⁵ Dans une espèce relativement ancienne, une personne avait été reconnue coupable d'homicide involontaire après que son chien eut mordu un clochard décédé quelques jours plus tard du tétanos provoqué par le contact de la plaie avec son pantalon sale. Cass. crim 18 novembre 1927 D. H. 1928, p. 53.

¹⁰⁷⁶ Datant de 1912. Cass. civ. 18 déc. 1912 D. P. 1915, 1, p. 17.

¹⁰⁷⁷ A ce principe d'identité s'ajoutait bien entendu le principe plus général d'autorité de la chose jugée concernant tous les éléments de fait relevés par le juge pénal pour caractériser l'*infraction*, et notamment le lien de causalité.

¹⁰⁷⁸ Ph. le Tourneau, *op. cit.* n°662.

correspond au préjudice subi par la victime¹⁰⁷⁹. Il vaut mieux toutefois admettre que le dommage civil subi par la victime ne se confond pas, en principe, avec le résultat pénal, mais en est une conséquence. Cela permet de conclure que la causalité au sein de l'infraction pénale est sans rapport avec la causalité au sein du délit civil : dans le premier cas, elle rattache le résultat pénal à la faute pénale alors que, dans le second, elle lie le préjudice à la faute civile. Cela explique que le juge civil jouisse d'une relative liberté par rapport à la qualification de causalité retenue au pénal.

En effet, malgré l'adoption malheureuse du critère de la causalité indirecte par la loi du 10 juillet 2000, l'abandon du principe d'identité des fautes civiles et pénales donne au juge civil une certaine marge de manœuvre en matière de qualification causale. Si la causalité examinée par le juge pénal ne concerne plus qu'une faute relevant *exclusivement* de la sphère pénale, le juge civil est libre de ses conclusions relativement au caractère causal de la faute civile. Supposons, par exemple, que le juge pénal refuse de poursuivre un fait dont il estime qu'il n'a qu'indirectement causé le dommage et qu'il ne constitue pas une faute caractérisée ou délibérée. En ce cas, le juge civil dispose d'une pleine et entière liberté à la fois pour qualifier l'acte de faute simple et pour l'estimer causalement, voire directement, reliée au dommage. Supposons, en revanche, que le juge pénal poursuive un fait qualifié de faute caractérisée ou délibérée dont il estime qu'il a indirectement causé le dommage. Les choses sont, dans ce cas, plus compliquées pour le juge civil. On peut supposer qu'il retiendra une faute civile et un lien causal, mais il n'y est pas obligé.

320. Application du critère de la causalité indirecte. Le nouveau critère de causalité indirecte a été largement critiqué. « Tout le monde sait bien que la distinction entre la causalité directe et la causalité indirecte est une plaisanterie à l'usage de glossateurs

¹⁰⁷⁹ Certains traduisent l'idée de résultat par la « réalisation effective d'un préjudice » (Jacques-Henri Robert, *Droit pénal général*, PUF Coll. Thémis droit privé, 5^e éd. 2001, p. 209), alors que d'autres voient dans le résultat un fait social né de l'infraction et le distinguent donc du préjudice individuel souffert par la victime (M.-L. Rassat, *Droit Pénal Général*, PUF Droit Fondamental, 2^e éd. 1999, n°235). Pour MM. Merle et Vitu, il faut distinguer plusieurs aspects et plusieurs degrés au résultat pénal. « Au premier degré, disent-ils, l'activité pénale engendre toujours une atteinte à un droit, à un intérêt légitime, à l'ordre public, ou plus généralement un dommage (au sens purement physique d'endommagement matériel) ». Or « ce dommage, cette lésion d'un droit ou d'un intérêt engendrent souvent au deuxième degré un préjudice au détriment de la victime : une perte d'argent, une infirmité gênante, une douleur physique ou morale etc... », même si « tous les actes dommageables ne sont pas nécessairement préjudiciables ». Enfin, « au troisième degré, l'activité délictueuse peut engendrer, ou ne pas engendrer, selon les hypothèses, le résultat plus lointain qui correspond au but final poursuivi par le délinquant ». C'est au second degré qu'il faut situer le dommage civil. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, tome 1, 7^e éd. Cujas, 1997, n°488.

à l'imperturbable sérieux », a écrit M. Conte¹⁰⁸⁰. Certains ont assimilé la cause directe à la cause adéquate et la cause indirecte à la condition *sine qua non*¹⁰⁸¹. Dans les faits, les termes de la loi semblent impliquer qu'une causalité indirecte est de nature à favoriser la survenance du résultat sans en être la cause génératrice. Une circulaire d'application de la loi du 11 octobre 2000 précise « qu'il n'y aura causalité directe que lorsque la personne en cause aura, soit elle-même frappé ou heurté la victime, soit initié ou contrôlé le mouvement d'un objet qui aura heurté ou frappé la victime »¹⁰⁸². Certains observateurs estiment que « le lien de causalité est direct chaque fois que l'imprudence ou la négligence reprochée est soit la cause unique, exclusive, soit la cause immédiate du dommage, mais aussi chaque fois que le comportement fautif relevé est le facteur déterminant de l'atteinte à l'intégrité physique de la personne »¹⁰⁸³, peu important l'existence de fautes concurrentes. Il est vrai que la causalité se révèle surtout problématique en présence de plusieurs causes, notamment lorsque la victime a contribué à son propre dommage. Dans l'ensemble la causalité directe peut être retenue lorsque le comportement de l'agent a été un « paramètre déterminant »¹⁰⁸⁴ dans la production du résultat. A vrai dire, la jurisprudence se prononce manifestement au cas par cas.

Dans une décision de la Cour d'Appel de Rennes du 19 septembre 2000¹⁰⁸⁵, les juges ont imputé à une préparation insuffisante du séjour éducatif et un défaut de surveillance des maîtres l'accident mortel survenu à un élève lors d'une excursion à vélo sur l'île d'Ouessant. La causalité fut considérée comme directe, alors que la victime avait manifestement commis une imprudence. Dans la même affaire, le maire de la commune concernée s'était vu reprocher une signalisation insuffisante du danger sur le domaine public : la causalité fut admise, mais qualifiée d'indirecte. Dans une espèce ultérieure¹⁰⁸⁶,

¹⁰⁸⁰ Philippe Conte, note sous Cass. crim. 13 novembre 2002, D. 2004, jur. p. 1336. Et l'auteur de conclure ironiquement que « si quelqu'un regarde un arbre tomber sur une victime qui en meurt, il a causé indirectement son dommage alors que si, actif et plus altruiste, il a maladroitement tenté de la soustraire à son sort funeste, il en est la cause directe ».

¹⁰⁸¹ Y. Mayaud, « Retour... », art. préc.

¹⁰⁸² V. D. N. Commaret, art. préc. p. 6.

¹⁰⁸³ D. N. Commaret, art. préc. p. 6. « Une conception dynamique de l'enchaînement causal est ainsi mise en œuvre, la césure étant située non pas à la verticale de la survenance du dommage lui-même, mais en englobant dans la causalité directe le ou les paramètres déterminants de l'accident ».

¹⁰⁸⁴ Ph. le Tourneau, *op. cit.* n°571-1.

¹⁰⁸⁵ CA Rennes, 19 septembre 2000, RSC 2001 p.158 obs. Mayaud.

¹⁰⁸⁶ Cass. crim. 25 sept. 2001 Bull. crim. n°188..

un automobiliste roulant de nuit à grande vitesse avait perdu le contrôle de son véhicule du fait d'un heurt avec un sanglier qui s'était encastré sous son capot avant, puis était entré en collision avec un véhicule arrivant en sens inverse. Malgré ces circonstances, la Chambre criminelle a approuvé la qualification de causalité directe en estimant que la vitesse excessive du prévenu avait directement causé l'accident au motif qu'une vitesse inférieure lui aurait permis d'éviter l'obstacle. La même solution fut retenue dans l'affaire de l'avalanche des Orres, dans laquelle une avalanche avait enseveli plusieurs personnes. L'imprudence du guide fut en effet considérée comme cause déclenchante, donc directe, de l'avalanche : « la seule cause directe du déclenchement de l'avalanche est la rupture d'une plaque de neige déstabilisée par le passage imprudent du guide de haute montagne responsable de la course et des randonneurs qui le suivaient »¹⁰⁸⁷. Enfin, dans un arrêt du 13 novembre 2002¹⁰⁸⁸, un nourrisson qui présentait des lésions à la face, à la suite d'un accouchement difficile ayant nécessité des forceps, avait été confié par l'obstétricien au pédiatre de service. L'état de l'enfant s'était cependant aggravé et il était décédé quelques heures plus tard. Le pédiatre se voyait reprocher d'avoir seulement regardé les lésions externes, sans s'attarder sur un hématome superficiel pouvant traduire une hémorragie interne. La cause directe du décès était-elle cette abstention du pédiatre ou les manipulations ayant eu lieu pendant l'accouchement ? Les juges du fond, approuvé par la Cour de cassation, ont estimé que l'attitude du pédiatre était en relation causale directe avec le décès, dès lors qu'il aurait été possible de l'éviter par un comportement plus adapté¹⁰⁸⁹. Dans d'autres affaires, la reconnaissance d'une causalité seulement indirecte n'a pas exclu la responsabilité du prévenu, condamné sur le fondement d'une faute qualifiée. Par exemple, dans une décision du 11 juin 2003¹⁰⁹⁰, la Chambre criminelle a validé la condamnation d'un maire pour homicide et blessures involontaires du fait de l'électrocution

¹⁰⁸⁷ Cass. crim. 26 novembre 2002, Bull. crim. n°211.

¹⁰⁸⁸ Cass. crim. 13 novembre 2002, RSC 2003, p. 337 obs. Mayaud.

¹⁰⁸⁹ Pour M. Mayaud « la causalité directe tient à l'événement ayant provoqué le processus dommageable et tout ce qui relève d'une interférence dans le dommage est davantage indirect, pour ne pas participer de ce qui l'a matériellement déclenché ». Ainsi, « la causalité est directe dès lors que l'impact à l'origine du dommage correspond à une dynamique lancée vers une réalisation inéluctable. C'est-à-dire, *a contrario*, que le dommage ne peut qu'être indirect dans ce qui ne participe pas de cette force active, telle des négligences ou défaillances venues en surcharge du processus devant y conduire ». Dans l'espèce précitée, il aurait donc mieux valu conclure, selon M. Mayaud, que le traumatisme de l'enfant contenait en lui-même un processus mortel. Y. Mayaud, obs. sous Cass. crim. 13 novembre 2002.

¹⁰⁹⁰ Cass. crim., 11 juin 2003, D. 2003 I. R. p. 2125 ; RSC 2003 p. 784 obs. Mayaud.

de plusieurs personnes entrées en contact avec des barrières métalliques délimitant la piste d'un bal « disco » organisé par le comité des fêtes de la commune. En effet, le maire « aurait dû se préoccuper de la vérification des installations électriques et des prescriptions à observer lors de manifestations sur la voie publique ». De même, dans un arrêt du 18 mars 2003¹⁰⁹¹, fut approuvée la condamnation d'un maire qui ne s'était pas préoccupé de la sécurité des mouvements des dameuses sur une piste de luge empruntée par des enfants.

Il semble ressortir de cette jurisprudence que la causalité est indirecte lorsque le prévenu n'était pas en contact avec le siège du dommage : on retrouve ici les conceptions anciennes, qui faisaient du contact matériel le critère de la causalité directe. Quoiqu'il en soit, une absence de contact ne suffit pas, toutefois à écarter la responsabilité dès lors que l'intéressé aurait manifestement pu prévenir le dommage. Le détour par la preuve d'une faute qualifiée se justifie-t-elle, dans ce genre d'hypothèse ? On remarquera que la définition de la faute qualifiée en cas de causalité indirecte se rapproche beaucoup de l'idée de la fourniture d'une opportunité développée par Hart et Honoré¹⁰⁹² : on parle en effet, de « créer ou contribuer à créer la situation ayant permis la réalisation du dommage » ou de n'avoir « pas pris les mesures permettant de l'éviter ». Plutôt que consacrer dans la loi l'idée de causalité indirecte, peut-être aurait-il été approprié de créer une catégorie d'infraction spécifique traduisant l'idée de causalité humaine (*interpersonal transactions*) telle que définie par Hart et Honoré : avoir rendu possibles certains comportements dangereux ou préjudiciables correspond, en effet, à un type de causalité bien particulier.

b. Causalité effective, causalité potentielle

321. En principe, le lien causal exigé dans la responsabilité correspond à une causalité passée, réalisée. La causalité appréhendée dans la responsabilité civile est effective. La chose est logique dès lors que l'on perçoit la responsabilité comme un mécanisme intervenant postérieurement à la réalisation du dommage, pour rétablir un équilibre rompu. Cependant, sous l'influence du principe de précaution, qui met en évidence la fonction préventive de la responsabilité, l'idée a été émise de faire intervenir la

¹⁰⁹¹ Cass. crim. 18 mars 2003, Bull. crim. n°71, RSC 2003 p. 783 obs. Mayaud.

¹⁰⁹² V. *supra* n°259.

responsabilité avant même que le dommage ne soit réalisé¹⁰⁹³. Cela signifie que la simple possibilité de réalisation d'un dommage pourrait justifier une responsabilité. La mise en œuvre d'une telle responsabilité suppose l'établissement d'une causalité seulement potentielle, au sens où l'acte du défendeur doit être de nature à causer un dommage sans que ce risque se soit réalisé. Si ce mécanisme existe en droit pénal (1°), il n'a donné lieu qu'à peu d'applications en droit civil (2°).

1°) La prise en compte de la causalité potentielle dans la responsabilité pénale

322. Strictement parlant, la condition de causalité n'est exigée que lorsque le texte d'incrimination prévoit un acte et un résultat de l'acte¹⁰⁹⁴. Mais la causalité a également un rôle à jouer lorsque aucun résultat n'est exigé par le texte d'incrimination. En effet, le droit pénal ne comporte pas toujours des infractions matérielles exigeant la réalisation d'un résultat donné. Dans les infractions formelles, qui incriminent un comportement, c'est bien souvent l'aptitude causale de l'acte qui justifie sa répression. Tel est le cas, par exemple, de l'infraction d'empoisonnement, qui incrimine le fait d'administrer une substance mortifère, donc de nature à causer la mort. Tel est également le cas du délit de risque causé à autrui prévu par les articles 223-1 et 223-2 du Code pénal qui incrimine le « fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement ». Dans ce délit de mise en danger, c'est le potentiel causal, le risque imminent qui justifie la responsabilité. Sa mise en œuvre suppose donc la constatation d'un lien causal, fût-il non réalisé, entre le comportement et le dommage, au sens où l'acte du prévenu ne pouvait que causer, immédiatement et directement, le résultat redouté. C'est donc, logiquement, le critère de la probabilité *ex ante* qui s'impose, de manière à vérifier que le comportement de l'agent rendait très probable la survenance du résultat. Si la causalité est déterminante en matière d'infraction formelle, elle est sans importance pour les délits obstacles qui incriminent un comportement en lui-même, sans exiger la constatation d'un risque

¹⁰⁹³ Catherine Thibierge, « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile?) », RTD civ. 1999, p. 561 ; « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », D. 2004 chron. p. 577.

¹⁰⁹⁴ « L'exigence de causalité entre le comportement incriminé et son résultat n'apparaîtra que si la réalisation effective du résultat est une condition de la répression », Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, 6^e éd. A. Colin, 2002, n°343.

imminent provoqué par l'acte délictueux : tel est le cas du délit de conduite d'un véhicule sous l'empire d'un état alcoolique (Code de la route, art. L. 234-1 et -11)¹⁰⁹⁵.

2°) Vers une prise en compte de la causalité potentielle dans la responsabilité civile ?

323. En principe, la responsabilité civile exige toujours la réalisation d'un dommage¹⁰⁹⁶. Il n'est donc pas question de condamner des actes restés sans conséquences. Si certains auteurs ont pu proposer la consécration d'un droit de la mise en danger dans la responsabilité civile, ils ont visé des cas dans lesquels le risque s'était *réalisé*¹⁰⁹⁷. Cependant, a parfois été évoquée l'hypothèse d'une responsabilité préalable à la réalisation du dommage¹⁰⁹⁸. L'idée peut paraître choquante. Mais la situation de risque ne constitue-t-elle pas, en soi, un dommage ? Réfléchissant à la notion de « résultat », certains pénaliste sont parvenus à la conclusion que toute atteinte à une valeur juridiquement protégée pouvait constituer un résultat¹⁰⁹⁹. En l'occurrence, il s'agirait moins de consacrer une responsabilité sans dommage que de tenir compte de l'existence d'un risque anormal. De fait, la jurisprudence a parfois admis que le fait d'être exposé à un risque constituait un dommage. Dans une espèce jugée le 17 décembre 2002¹¹⁰⁰, le propriétaire d'un étang maintenait celui-ci artificiellement à un niveau très élevé. Un voisin, exploitant d'une pêcherie, estimait que le déversoir construit par le propriétaire empêchait l'écoulement normal des eaux et risquait de provoquer des inondations au détriment de son exploitation. La Cour de cassation

¹⁰⁹⁵ Merle et Vitu, *op. cit.* t. 1 n°515. Conte et Maistre du Chambon, *op. cit.* n°323.

¹⁰⁹⁶ Seul le contentieux relatif aux pratiques anticoncurrentielles, pourtant fondé sur l'article 1382, illustre les rares hypothèses où le dommage, donc la causalité n'est pas exigé. On peut toutefois estimer que les deux conditions sont, en l'occurrence, présumées. Ainsi la Chambre Commercial juge-t-elle régulièrement que le préjudice « s'infère nécessairement du seul dénigrement commis ». Cass. com. 14 juin 2000, Bull. civ. IV n°126.

¹⁰⁹⁷ Geneviève Schamps, *La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de responsabilité*, préf. R. O. Dalcq, LGDJ, 1998, spéc. n°299 et s. p. 821 et s.

¹⁰⁹⁸ C. Thibierge, art. préc.

¹⁰⁹⁹ Certes, au sens strict, le « résultat » correspond au changement dans le monde extérieur engendré par l'acte délictueux : il s'agit là d'une conception résultant des analyses objectivistes de l'*infraction* pénale, influencées par les théories de Von Liszt et de Garraud. V. Jean-Yves Maréchal, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, L'Harmattan, 2003. n°37 et s. D'autres analyses conduisent cependant à estimer que tout acte délictueux comporte nécessairement un résultat, soit que l'on estime qu'acte et résultat désignent le même fait sous l'angle passif ou actif, soit que l'on considère avant tout chose le résultat « juridique », qui consiste en l'atteinte effective à la valeur que l'*infraction* était censée protéger. Conte, Maistre du Chambon, *op. cit.*, n°314 et s.

¹¹⁰⁰ Cass. 3è civ. 17 décembre 2002, JCP G 2004, chron. I, 101, n°5, obs. G. Viney.

approuva ici les juges du fond d'avoir approuvé la condamnation du propriétaire de l'étang sur le fondement de l'article 1382 C. civ., ce qui permit à un commentateur de souligner que la responsabilité civile « a désormais également pour ambition de prévenir des dommages futurs en obligeant ceux qui exposent autrui à des risques graves à y remédier avant même que ces risques ne se soient réalisés »¹¹⁰¹. L'idée a surtout fait son chemin dans la jurisprudence relative aux troubles de voisinage. On en trouve également une trace dans un arrêt étonnant, relatif au fait d'une chose non encore réalisé.

324. Situation risquée et trouble de voisinage. Les tribunaux admettent que le simple risque de dommage constitue un trouble. A cet égard, la probabilité de dommage doit être relativement élevée. Dans une décision du 10 juin 2004¹¹⁰², la deuxième Chambre civile a estimé que le propriétaire d'une villa construite en bordure d'un golf subissait un trouble du fait de vivre sous la menace constante d'une projection de balles. En l'occurrence, la Cour relevait bien qu'un tel incident, certes aléatoire, devait tôt ou tard se produire de manière inéluctable. Dans une décision du 24 février 2005¹¹⁰³, la deuxième Chambre civile avait à connaître d'une espèce dans laquelle la voisine du couple demandeur avait stocké de la paille à moins de 10m de la maison des intéressés. Redoutant un incendie, les époux assignèrent leur voisine en réclamant une indemnisation et le retrait de la paille. Leur action fut accueillie en appel comme en cassation au motif que le risque d'incendie, constaté par un expert, existait bel et bien.

Les décisions précédentes sont intervenues dans des situations incontestablement risquées. Mais la jurisprudence s'est montrée plus audacieuse encore, en admettant qu'une situation dans laquelle le risque n'était pas avéré constituait un trouble. Dans une décision du 8 juin 2004¹¹⁰⁴, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a en effet estimé, malgré l'incertitude scientifique, que la présence d'une antenne de téléphonie mobile placée à proximité d'une école primaire constituait un trouble anormal de voisinage. Certes, la gravité des effets potentiels prêtés à ces ondes sur la santé humaine justifie la prudence. Faut-il aller jusqu'à

¹¹⁰¹ G. Viney, obs. préc.

¹¹⁰² Cass. civ. 2^e 10 juin 2004, RTD civ. 2004 n°4, obs. Jourdain. De même peut-on citer la qualification de troubles de voisinage constitué par des arbres en position instable qui menaçaient de tomber, Cass. 2^e civ. 5 février 2004, D. 2004 2520 note S. Beaugendre, RTD civ. 2004, p.740, obs. Jourdain.

¹¹⁰³ Cass. 2^e civ. 24 février 2005, JCP G 2005 I chron. 149 n° 10 obs. G. Viney

¹¹⁰⁴ CA Aix en Provence, 8 juin 2004, D. 2004 jur. p. 2678 note M. Boutonnet ; RTD civ. 2005, obs. P. Jourdain.

qualifier le trouble alors que les autorités sanitaires autorisent librement l'installation d'antennes ? On rapprochera cette décision d'un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 26 octobre 2004¹¹⁰⁵. Dans cette affaire, la Cour a refusé d'indemniser deux riverains qui se plaignaient de la présence, à proximité de leur habitation, d'une antenne de téléphonie mobile. En l'occurrence, les intéressés réclamaient des dommages-intérêts sur le fondement de l'article 1382, mais aussi l'enlèvement du pylône incriminé. Or la Cour de Bordeaux a estimé qu'aucune responsabilité de l'opérateur de téléphonie mobile ne pouvait être retenue « pour avoir enfreint le principe de précaution en exposant abusivement les riverains à un risque sanitaire potentiel, mal connu et mal maîtrisé ». Il est vrai qu'en l'espèce, le risque n'avait pas la même intensité que précédemment. En effet, le seul risque potentiellement admis par les autorités sanitaire concerne le déplacement de personnes « devant l'antenne et dans le faisceau » ce qui était le cas des enfants de l'école primaire de Grasse, mais pas celui des deux riverains.

325. Le « fait de la chose » non réalisé. Un arrêt récent a, par ailleurs, admis le « fait » d'une chose constituant un simple risque¹¹⁰⁶. En l'espèce, des blocs rocheux étaient tombés d'une falaise relevant du domaine privé d'une commune provençale et en contrebas de laquelle se trouvait un hôtel - restaurant. A l'issue d'une étude technique et par précaution, la commune avait décidé par arrêté municipal d'enjoindre aux propriétaire de l'hôtel restaurant de le fermer temporairement afin de permettre aux services municipaux de procéder au confortement de la falaise. Les propriétaires concernés, après avoir obtempéré, voulurent obtenir indemnisation de la commune des préjudices commerciaux et financiers résultant de la fermeture de l'établissement. Pour ce faire, les intéressés soutenaient que le risque d'éboulement qui avait motivé la décision de la commune était en relation de cause à effet avec les préjudices subis, ce qui justifiait la condamnation de la commune sur la base de l'article 1384 al.1. La Cour d'appel d'Aix en Provence avait rejeté leur demande au motif que « c'était non le fait de la falaise mais la mise à exécution de l'arrêté municipal (...) qui était exclusivement à l'origine directe de la cessation d'exploitation et de ses conséquences ». Elle fut, en cela, censurée par la Cour de cassation pour violation de l'article 1384 al. 1er : « l'arrêté municipal ne trouvait lui-même sa

¹¹⁰⁵ CA Bordeaux, 26 octobre 2004, RCA 2005 comm. n°3 obs. Ch. Radé.

¹¹⁰⁶ Cass. 2^e civ. 26 septembre 2002, Bull. Civ. II, n°198 ; D. 2003 jur. p.1257, note O. Audic ; RTD civ. 2003, p. 100 obs. P. Jourdain.

justification qu'au regard du risque d'éboulement de la falaise, n'en étant que la conséquence et (que) ce risque constituait donc la cause de la cessation d'exploitation ».

Cet arrêt est étonnant en ce qu'il consacre un aspect inédit de « fait de la chose », à savoir le fait de la chose qui ne s'est pas encore produit. Car la Cour de Cassation assimile purement et simplement ici le fait de la chose et le risque de fait de la chose, les deux étant également susceptibles d'engager la responsabilité du gardien de la chose. Cette assimilation entre le fait qui s'est déjà produit et celui qui n'existe qu'en l'état de simple probabilité future ne peut qu'étonner. Il faut la nuancer néanmoins : la probabilité de fait de la chose est ici prise en compte parce qu'elle a motivé l'arrêté municipal. Autrement dit, si l'arrêté municipal est la cause immédiate de la fermeture, il a été pris en raison du risque d'éboulement ; donc le risque d'éboulement est à l'origine de la fermeture. Le raisonnement s'opère en termes de condition *sine qua non*¹¹⁰⁷ : sans risque, la commune n'aurait pas pris l'arrêté qui décidait la fermeture de l'hôtel-restaurant. Cela dit, nous ne sommes pas ici face à une série de faits qui se sont succédé presque mécaniquement les uns aux autres. Le risque d'éboulement n'est pas la cause efficiente de l'arrêté, il en constitue le motif. Entre le risque et le préjudice final est intervenue une décision humaine libre et éclairée. Sur le fond, il faut probablement voir dans cette affaire une décision d'espèce.

326. Conclusion du A. La causalité a toujours constitué une condition incontournable de la responsabilité. A cet égard, le critère de la condition *sine qua non* semble avoir toujours existé, auquel s'est ajouté, dès l'époque romaine, l'idée de lien *direct* ou *indirect*. Il semble qu'on ait longtemps considéré, en effet, que seul un lien causal suffisamment étroit, donc *direct*, pouvait justifier une responsabilité, donc constituer une causalité juridique. La loi du 10 juillet 2000 a officiellement introduit une brèche dans ce principe traditionnel : une causalité simplement *indirecte* peut justifier, dans certains cas, l'imputation d'une responsabilité pénale, donc civile. Par ailleurs, la causalité que nous avons appelée « potentielle », soit le risque, qui s'exprime par une probabilité, est de plus en plus prise en considération par le droit. Elle peut, en effet, constituer une situation *illicite*.

¹¹⁰⁷ « Où l'on voit que le caractère indirect et très lâche du lien de causalité ne fait pas obstacle à la reconnaissance du fait causal actif de la chose inerte », P. Jourdain, obs. préc.

B. Causalité et responsabilité contractuelle

327. Si l'article 1151 du Code civil est généralement perçu comme énonçant une condition générale de causalité, cette condition présente un visage particulier en cas d'inexécution contractuelle. Non seulement elle subit les conséquences de la contestation de la notion même de « responsabilité contractuelle », donc du principe d'une réparation pour le dommage causé (1), mais la causalité est, par ailleurs, dépendante du contenu du contrat violé (2).

1. Responsabilité contractuelle et exécution par équivalent

328. L'appréhension de la condition de causalité en cas d'inexécution contractuelle est tributaire du débat qui a agité la doctrine, ces dernières années, quant à la notion de « responsabilité contractuelle ». La notion elle-même et le rapprochement qu'elle implique entre le régime de l'inexécution contractuelle et celui de la responsabilité délictuelle sont en effet contestés par une partie de la doctrine, plus favorable à l'idée d' « exécution par équivalent ». Il s'agirait moins, en effet, de *réparer* le préjudice causé par l'inexécution ou la mauvaise exécution que de procurer, *par équivalent*, au créancier la *satisfaction* qu'il pouvait attendre de l'exécution de l'obligation. Or l'exigence de causalité dans la mise en œuvre des sanctions de l'inexécution du contrat n'est pas la même selon que l'on envisage l'octroi de dommages-intérêts comme la réparation d'un préjudice ou comme une forme d'exécution de l'obligation souscrite. Si la sanction de l'inexécution contractuelle est une responsabilité, elle consiste en la prise en charge de la réparation de l'entier dommage causé ; si, en revanche, l'inexécution contractuelle ne donne lieu qu'à une exécution par équivalent, donc une forme de paiement, la condition de causalité ne trouve, pas plus que le préjudice, sa place dans la mise en œuvre de la sanction. Nous aborderons ce débat en ce qu'il permet d'éclairer la difficulté de la question causale en matière contractuelle, à commencer par l'existence et la portée de l'article 1151 du Code civil limitant les dommages-intérêts aux « suites immédiates et directes » de l'inexécution. Réciproquement, réfléchir à la condition de causalité en matière contractuelle permet d'éclairer la controverse actuelle.

329. La responsabilité contractuelle, « faux concept » ? Les termes du récent débat sur le concept de responsabilité contractuelle sont désormais bien connus¹¹⁰⁸. M. Tallon a, dans un article remarqué, plaidé pour une autre présentation des sanctions de l'inexécution contractuelle¹¹⁰⁹. L'auteur y regrette vivement l'émergence, depuis la fin du XIX^e siècle, de la notion de « responsabilité contractuelle » et le fait qu'en raison « du regroupement du contractuel et du délictuel, les dommages et intérêts sont envisagés principalement dans leur fonction réparatrice et non pas comme une forme de l'exécution du contrat »¹¹¹⁰. Par la suite, deux articles magistraux de M. Rémy¹¹¹¹ ont expliqué comment les concepts et les fondements de la responsabilité délictuelle en sont arrivés à brouiller, à tort, les principes régissant l'inexécution contractuelle. De son côté, M. le Tourneau¹¹¹² soutient, depuis longtemps déjà, que la responsabilité contractuelle n'existe pas, en insistant sur la différence des deux réglementations instaurées par le Code civil et les fonctions distinctes des dommages-intérêts dans chaque hypothèse. Les arguments mobilisés par ce courant doctrinal sont d'ordre divers. Nous en relèverons deux : d'une part, l'exemple tiré des droits de *Common Law*, dans lesquels la matière des *torts* est nettement différenciée de celle des *contracts*, qui présenterait de manière plus cohérente les remède à l'inexécution ; d'autre part, l'argument textuel et historique selon lequel l'idée de « responsabilité contractuelle » ne découle en rien des textes du Code civil mais résulte

¹¹⁰⁸ Pour une présentation et une discussion de ce débat, v. Eric Savaux, « La fin de la responsabilité contractuelle ? », RTD civ. 1999 p. 1. Y.-M. Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, coll. Bibl.Droit privé, t. 419, 2004, not. n°84 et s.

¹¹⁰⁹ Denis Tallon, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », RTD civ 1994 p. 223. V. également « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », *Ecrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1995, p. 429.

¹¹¹⁰ D. Tallon, art. préc. n°14 p. 226. Ce rapprochement conduit, dit l'auteur, à établir « de faux parallélismes et occulter des règles propres à l'inexécution du contrat », *ibid.* n°15.

¹¹¹¹ Philippe Rémy, « Critique du système français de responsabilité civile », *Droit et Culture* 1996/1 p. 31. « On a artificiellement donné au contrat une fonction de réparation, et inventé du même coup un concept qui allait empoisonner le régime du contrat en général », *ibid.* p. 42. V. également Philippe Rémy, « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », RTD civ. 1997 p. 323. Laurence Leturmy, « La responsabilité délictuelle du contractant », RTD civ. 1998 p. 839. Patrice Jourdain, « Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle », in *Les métamorphoses de la responsabilité*, PUF, coll. Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, t. 32, 1998, p. 65. Loïc Cadiet, « Sur les faits et méfaits de l'idéologie de la réparation », *Mélanges Draï*, Dalloz, 2000, p. 495 spéc. p. 503 et s. ; Geneviève Viney, « La responsabilité contractuelle en question », *Mélanges Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 921., Christian Larroumet, « Pour la responsabilité contractuelle », *Mélanges Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 543.

¹¹¹² Ph. le Tourneau, *op. cit.* n°802 et s.

d'une évolution doctrinale et jurisprudentielle remontant à la fin du XIX^e siècle¹¹¹³, contemporaine du « forçage du contrat » par la « découverte » de l'obligation contractuelle de sécurité¹¹¹⁴. En particulier, aurait été injustement perdue de vue la différence essentielle entre les sources respectives de l'obligation de payer des dommages-intérêts qui résulte, en matière contractuelle, non pas d'une faute mais du contrat lui-même¹¹¹⁵.

330. L'exclusion de la causalité dans la mise en œuvre des sanctions de l'inexécution. Quoique l'on pense des arguments invoqués, il faut retenir de la négation de la « responsabilité contractuelle » qu'elle conduit à rejeter le principe de la réparation au profit de l'idée d'exécution par équivalent¹¹¹⁶. Cette dernière, excluant la fonction réparatrice des dommages - intérêts, écarte, du même coup, toute causalité, puisqu'il n'est plus besoin, pour exécuter par équivalent, de compenser le dommage effectivement causé au créancier malheureux¹¹¹⁷. Les concepts de base de la responsabilité sont donc à rejeter : « on ne peut se contenter, écrit M. Rémy, de transposer les concepts propres à la responsabilité délictuelle ; même lorsqu'ici et là se rencontrent des notions de même nom, il faut y réfléchir à deux fois avant de considérer qu'elles sont identiques » : la causalité et le dommage sont « de ces faux amis dont il faut se défier... »¹¹¹⁸. « La prétendue responsabilité contractuelle, reprend M. Cadiet, (...) n'est qu'un mode d'exécution forcée

¹¹¹³ La confusion des concepts de responsabilité délictuelle et de responsabilité contractuelle remonte à Planiol qui défendait l'idée d'« unité de la faute » à la fin du XIX^e siècle, suivi en cela par P. Esmein puis par H. et L. Mazeaud. Ph. Rémy, « La responsabilité contractuelle... », art. préc. n°12. et s. « Tant la « responsabilité contractuelle » que l'autonomie de la volonté sont des élucubrations doctrinales de la fin du XIX^e siècle », Ph. le Tourneau, *op. cit.* n°805.

¹¹¹⁴ « La création d'obligations de renseignements, d'information, de conseil de surveillance et surtout celle de sécurité, transpositions contractuelles de devoirs que l'on dit extra-contractuels par nature, brouille la frontière séparant le contrat du délit ». Puisque « les effets néfastes engendrés en droit positif par l'obligation de sécurité sont indéniables », on finit « par se convaincre que c'est effectivement le concept de « responsabilité contractuelle » lui-même qui est pervers. », Y.-M. Laithier, thèse préc. n°87. Est également accusée la distinction inaugurée par Demogue entre obligations de moyen et de résultat. Ph. Rémy, « La responsabilité contractuelle... », n°16 et s.

¹¹¹⁵ « La source ne réside pas tant dans l'inexécution que dans le contrat lui-même », Ph. le Tourneau, *op. cit.* n°806.

¹¹¹⁶ Il n'est « point besoin de fait générateur (ni par conséquent de lien de causalité) : seule l'inexécution du contrat est considérée », Ph. le Tourneau, *op. cit.* n°806.

¹¹¹⁷ « Les dommages-intérêts servent à liquider l'obligation contractuelle violée, non à exécuter une obligation « secondaire » de réparer le préjudice », Y.-M. Laithier, thèse préc. n°81. « Il n'y a pas à se demander si c'est bien l'inexécution qui a causé le préjudice puisqu'il n'y a pas à se demander si le créancier a subi un préjudice », v. égal. Eric Savaux « La fin de la responsabilité contractuelle ? », RTD civ. 1999, p. 1 not. note 70 p. 18.

¹¹¹⁸ Ph. Rémy, note sous Cass. 1^{re} civ. 17 nov. 1999 RGDA 2000, p. 194 spéc. p. 197.

par équivalent des obligations contractuelles, obéissant à ses propres règles dont sont parfaitement absentes les notions de faute et de dommage »¹¹¹⁹. Les dommages-intérêts versés en matière contractuelle ne tendant « qu'à procurer au créancier l'équivalent des avantages escomptés du contrat »¹¹²⁰, il suffit, en bonne logique, de verser au créancier une somme correspondant à la valeur de l'exécution omise. L'opération est indifférente à la présence d'un préjudice¹¹²¹. Nul besoin, *a fortiori*, de causalité, si le préjudice n'est pas requis¹¹²².

Parmi les auteurs hostiles au concept de « responsabilité contractuelle », certains retiennent toutefois la nécessité de démontrer un préjudice pour justifier l'allocation de dommages-intérêts¹¹²³. Mais il n'y aurait là qu'une « pseudo-similitude » avec le préjudice de la responsabilité délictuelle : « le prétendu préjudice contractuel n'est que la frustration du créancier privé de l'exécution de l'obligation convenue »¹¹²⁴. Le préjudice se confondrait avec l'inexécution¹¹²⁵, si bien que l'obligation de réparation serait toujours une modalité d'exécution de l'obligation de faire ou de ne pas faire. C'est d'ailleurs ce que montrerait la règle de l'article 1150 du Code civil qu'il conviendrait d'entendre en son sens « classique », en assimilant les dommages-intérêts *prévisibles* aux dommages-intérêts *intrinsèques*¹¹²⁶.

¹¹¹⁹ L. Cadiet, « Sur les faits et méfaits... », art. préc. p. 503.

¹¹²⁰ Ph. Rémy, « La « responsabilité contractuelle », histoire d'un faux concept », art. préc. n°4.

¹¹²¹ « Dans cette analyse, qui dénie tout droit de cité à la responsabilité contractuelle en tant que concept autonome, l'obtention de dommages-intérêts en cas d'inexécution de l'obligation contractuelle imputable au débiteur est donc logiquement indépendante de l'existence d'un préjudice. » D. Mazeaud, note sous Cass. Civ. 1re, 13 novembre 2002, RDC 2003 p. 47.

¹¹²² « La violation de l'obligation suffit en principe à fonder l'action sans qu'il soit besoin d'établir la faute du débiteur, ou l'existence d'un préjudice distinct de l'inexécution et, *a fortiori*, l'existence d'un lien de causalité », Ph. le Tourneau, *op. cit.* n°809.

¹¹²³ Ph. le Tourneau *op. cit.* n°1322.

¹¹²⁴ Ph. le Tourneau, *op. cit.* n°1322.

¹¹²⁵ « Condition à part entière en matière délictuelle, le préjudice serait non pas assimilé mais impliqué par le manquement imputable au débiteur ». « La violation par le débiteur de son obligation lèse nécessairement l'intérêt du créancier. Or qu'est-ce que la lésion d'un intérêt sinon la définition du dommage juridiquement réparable ? L'autonomie que l'on conçoit entre le délit et le dommage n'existerait pas en matière contractuelle ». Y.-M. Laithier, thèse préc. n°82. Faute d'une distinction nette entre la cause et l'effet, il n'y a donc pas de causalité.

¹¹²⁶ La distinction entre dommage intrinsèque et dommage extrinsèque fut introduite par les glossateurs. Les dommages-intérêts intrinsèques compensent le dommage subi par rapport à la chose même objet du contrat et les dommages-intérêts extrinsèques correspondant aux répercussions de l'inexécution sur les autres biens et droits du créancier. Sous l'Ancien Droit, on tendait à penser que le dommage prévisible par les parties correspondait au dommage intrinsèque. V. Isabelle Souleau, *La prévisibilité du dommage contractuel*, thèse Paris II, 1979, n°5 et s.

Autrement dit, l'article 1150 viserait « l'objet même de l'obligation inexécutée – l'avantage promis et non reçu »¹¹²⁷ au contraire de l'interprétation moderne qui l'utilise pour limiter l'indemnisation aux conséquences prévisibles de l'inexécution. Dans tous les cas, le rôle du préjudice ne serait pas le même : « en matière délictuelle, il est la source de l'obligation de réparer, alors qu'en matière contractuelle, il sert seulement à mesurer l'étendue de l'exécution par équivalent »¹¹²⁸. Au total, aucune appréciation causale du dommage provoqué par l'inexécution ne trouverait ici sa place : c'est l'intérêt promis et escompté, non le dommage causé, qui ferait foi.

L'idée semble avoir connu un début de reconnaissance jurisprudentielle –au moins aux yeux de ses partisans- lors d'un arrêt de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation du 30 janvier 2002¹¹²⁹ qui admit l'indemnisation du créancier indépendamment de la justification d'un préjudice. De son côté, la Chambre sociale, en relevant, dans un arrêt du 4 décembre 2002¹¹³⁰, que les dommages-intérêts constituent une modalité d'exécution de l'obligation de faire ou de ne pas faire, a semblé appuyer l'idée d' « exécution par équivalent »¹¹³¹. Mais cette jurisprudence n'a pas été confirmée. Dans un arrêt du 13 novembre 2002, la première Chambre civile¹¹³² a souligné la nécessité de prouver un préjudice pour obtenir la sanction de la violation d'une obligation contractuelle d'information¹¹³³. Puis un arrêt du 3 décembre 2003¹¹³⁴ a énoncé que « des dommages-

¹¹²⁷ Ph. Rémy, « La responsabilité contractuelle... », art. préc. n°41 p. 351. « La « prévisibilité » dans cette définition est donc une notion objective renvoyant à la nature même du dommage réparable, elle-même directement commandée par l'objet de l'obligation », *ibid.*

¹¹²⁸ E. Savaux, art. préc. n°11 p. 8.

¹¹²⁹ Cass. 3^e civ. 30 janvier 2002, D. 2003 somm. p. 458 obs. D. Mazeaud ; JCP 2002 I 186 obs. G. Viney; Les Petites Affiches, 18 novembre 2002 p. 10, obs. Ph. Stoffel-Munck ; RTD civ. 2002, 231 obs. P. Y. Gautier et p. 816 obs. P. Jourdain; D. 2002 2288 note J. L. Elhoueiss.

¹¹³⁰ Cass. soc. 4 décembre 2002, RDC 2003 p. 54 note Ph. Stoffel-Munck; RTD civ. 2004, obs. Jourdain. L'espèce ne concernait pas précisément la mise en oeuvre de la sanction d'une inexécution contractuelle mais devait préciser la nature des dommages-intérêts nés de l'inexécution d'un contrat de travail au regard de la garantie fournie par l'AGS. Déduire de cette décision qu'elle consacre l'idée d'exécution par équivalent paraît donc, sinon excessif, du moins prématuré. V. M. Fabre-Magnan, *op. cit.* n°224 p. 601. V. également obs. Jourdain, RTD civ. 2003 p. 711.

¹¹³¹ Il découle donc de ce constat, relève M. Stoffel-Munck, que « le préjudice subi du fait de l'inexécution n'est pas la condition nécessaire de l'attribution du droit à des dommages-intérêts », note préc. p. 57.

¹¹³² Cass. 1^{re} civ. 13 novembre 2002, RDC 2003 p. 47 note D. Mazeaud ; RTD civ. 2003 p. 98 obs. P. Jourdain.

¹¹³³ La portée de la solution est toutefois à nuancer compte-tenu de la spécificité du contentieux relatif à l'obligation d'information en matière médicale. M. Mazeaud suggère, à cet égard, que toute sanction de la violation d'une obligation d'information soit subordonnée à la preuve d'un préjudice par le créancier : la

intérêts ne peuvent être alloués à raison de l'inexécution de l'obligation que si le juge, au moment où il statue, constate qu'il est résulté un préjudice de la faute contractuelle », rapprochant de nouveau, par la mention des conditions de faute et de préjudice, l'inexécution contractuelle de la responsabilité délictuelle¹¹³⁵. Très récemment, un arrêt du 10 mai 2005¹¹³⁶ a estimé que la preuve d'un préjudice n'était pas nécessaire en cas de violation d'une obligation de ne pas faire, en l'occurrence une obligation de non-rétablissement souscrite par un médecin. Plus précisément, l'arrêt affirme, sur le fondement de l'article 1145, que le seul fait de contrevenir à une obligation de ne pas faire justifie l'allocation de dommages-intérêts. Ce faisant, la décision ne semble même pas présumer, fût-ce implicitement, l'existence d'un préjudice. Mais il n'est pas dit que cet arrêt un peu étrange consacre définitivement la thèse des partisans de l'exécution par équivalent.

331. Appréciation critique. Sur le principe, la violation d'un engagement précis n'a rien de comparable avec le non respect des devoirs généraux s'imposant à tout un chacun. Mais admettre la fonction réparatrice des dommages-intérêts contractuels empêche-t-il vraiment de conserver une différence de principe ? Il est vrai que concevoir l'inexécution du contrat comme une source de responsabilité suppose de l'assimiler à une faute. La dette de réparation correspond, dans ce cas de figure, à une obligation nouvelle, découlant de la faute, non du contrat : il faudrait donc admettre que les effets de ce dernier sont éteints¹¹³⁷. Dans ce cas, la notion de contrat et sa force obligatoire en seraient foncièrement affectées, disent les adversaires de la responsabilité contractuelle. Malgré la portée de cet argument, vouloir opposer à tout prix la réparation accordée par la responsabilité délictuelle aux dommages-intérêts alloués en cas de violation d'une convention nous paraît discutable. Cette position suppose, d'une part, d'être en mesure de préciser une notion d' « *exécution par équivalent* » qui se rapproche nettement de la *réparation* (a). Elle n'offre, d'autre part, aucune explication à la présence, parmi les règles applicables au contrat, de *l'article 1151 C. civ.* limitant les dommages-intérêts à l'indemnisation des suites immédiates et directes

chose vaudrait pour l'information due par les professionnels, par exemple dans les contrats de distribution. V. note préc.

¹¹³⁴ Cass. civ. 3^e, 3 décembre 2003, RDC 2004 p. 262 note Ph. Stoffel-Munck ; RTD civ. 2004 p. 295 obs. P. Jourdain ; D. 2005 p. 186 obs. D. Mazaud.

¹¹³⁵ Bien entendu, l'exigence d'un préjudice dans la responsabilité délictuelle va de soi. Cass. 2^e civ. 18 déc. 2003 RTD civ. 2004 p. 293 obs. P. Jourdain.

¹¹³⁶ Cass. 1^{re} civ. 10 mai 2005, Lamy droit civil 2005, n°725 ; Defrénois 2005 art. 57, obs. J. L. Aubert.

¹¹³⁷ V. Pauline Rémy-Corlay, « Exécution et réparation : deux concepts ? » RDC 2005, p. 13.

de l'inexécution (b).

a. Réparation et « exécution par équivalent »

332. Le débat relatif à la responsabilité contractuelle se déroule dans la sphère des principes. C'est au nom de la « pureté des concepts » -celui de contrat, celui de responsabilité- que l'on conteste l'assimilation du régime de l'inexécution contractuelle à la responsabilité délictuelle. Encore faut-il tirer toutes les conséquences qui résulteraient de la substitution, à l'idée de responsabilité contractuelle, de celle d'« exécution par équivalent »¹¹³⁸. Qu'en irait-il désormais du passager d'un bateau ayant conclu un contrat de transport et qui ne serait pas arrivé sain et sauf à destination ? Quid du particulier qui, ayant souscrit une formule sécurisée d'accès à Internet afin de gérer son compte bancaire depuis son domicile, s'aperçoit qu'un pirate informatique est parvenu à détourner de grosses sommes d'argent lui appartenant ? Et le photographe qui voit ses pellicules perdues par l'entreprise à laquelle il a confié leur développement ? Leur sort en serait-il fondamentalement changé ? Différente sur le principe, l'exécution par équivalent ressemble, dans ses effets, à s'y méprendre à la réparation du dommage causé.

333. « Exécution par équivalent », vrai ou faux concept ? Pour les opposants à la responsabilité contractuelle, la distinction est claire : si les dommages-intérêts visent, dans le droit des délits, à réparer l'atteinte à ses intérêts subie par la victime, ils ont pour fonction, en matière contractuelle, de fournir au créancier *l'avantage prévu au contrat*. Dans l'exécution par équivalent, « ce n'est pas le dommage causé par la faute que l'on cherche à réparer, mais l'intérêt des contractants que l'on vise à retrouver »¹¹³⁹. Cela revient à donner au créancier ce qu'on lui doit. En principe, il faut donc « bannir les notions et les mots « faute », « préjudice », « lien de causalité » de l'analyse de la défaillance du débiteur »¹¹⁴⁰. L'essentiel est de se concentrer sur le contenu obligatoire du contrat en se

¹¹³⁸ V. E. Savaux, art. préc. n°10 et s. Malheureusement, « les auteurs qui proposent un abandon pur et simple de la responsabilité contractuelle ont jusqu'ici laissé dans l'ombre certaines conséquences de la transformation qu'ils suggèrent », *ibid.* n°25 p. 16.

¹¹³⁹ P. Rémy-Corlay, art. préc.

¹¹⁴⁰ E. Savaux, art. préc. n°26 p. 17. Dès lors qu'il devient inutile de s'interroger sur le préjudice subi par le créancier, le lien de causalité est logiquement exclu.

demandant seulement si le créancier a reçu la prestation à lui promise.

Exécuter « par équivalent » suppose toutefois de mesurer l' « intérêt » qu'avait le créancier à l'exécution de l'obligation. Si l'objectif est de rétablir l'équilibre rompu par l'inexécution, ne convient-il pas de placer le créancier dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été correctement exécuté¹¹⁴¹ ? Prendre en compte cet intérêt implique un raisonnement hypothétique conduisant à imaginer ce qu'aurait été la situation du créancier en cas d'exécution correcte pour la comparer à ce qu'est, finalement, sa situation réelle¹¹⁴². Ce raisonnement se fait « toutes choses égales par ailleurs » et *in concreto* : il prend en considération toutes les circonstances de l'espèce. Bien entendu, l'opération conduit à évaluer ce qu'était l' « attente légitime » du créancier, mais cette « attente légitime » correspond à la prestation promise et aux effets bénéfiques que l'on pouvait supposer. Il faut donc examiner la suite des événements que l'on pouvait normalement escompter en cas d'exécution convenable du contrat. On comparera ainsi la situation réelle du photographe qui a perdu ses pellicules avec celle qui aurait été la sienne s'il avait obtenu le développement prévu. L'exécution par équivalent consistera à compenser monétairement l'avantage non obtenu en lui allouant une somme le plaçant dans une *situation équivalente* à celle qui se serait produite en cas d'exécution du contrat : ainsi, sera prise en compte non seulement la valeur intrinsèque des photos perdues mais aussi le profit qu'aurait ultérieurement pu tirer le photographe de leur vente etc. Autrement dit, on fera en sorte que son patrimoine présente un actif analogue à ce qu'il aurait été en cas d'exécution. Il s'agit bel et bien d'indemniser la « perte subie » et le « gain manqué » comme le prévoit l'article 1149.

Le raisonnement ici tenu est, là encore, contrefactuel. Il consiste à se représenter, en pensée, ce qu'aurait été le cours des événements et à mettre en évidence ce qui aurait divergé par rapport à ce que fut finalement leur cours effectif¹¹⁴³. Les dommages-intérêts calculés grâce à cette comparaison ne correspondront pas nécessairement à la prestation telle qu'évaluée lors de la conclusion du contrat¹¹⁴⁴ : ils pourront être supérieurs à la valeur de la chose

¹¹⁴¹ Mme Rémy-Corlay cite, à cet égard, les Principes du droit européen des contrats, art. 9. 502 : « les dommages et intérêts sont en règle général d'un montant qui permette de placer, autant que possible, le créancier dans la situation où il se serait trouvé si le contrat avait été dûment exécuté ».

¹¹⁴² Comp. M. Fabre-Magnan *op. cit.* pp. 576-578.

¹¹⁴³ Le raisonnement hypothétique permet à la fois d'identifier le dommage et de s'assurer de la causalité.

¹¹⁴⁴ Il ne faut pas oublier que la situation du créancier a pu varier à la fois du fait de l'inexécution et des circonstances extérieures.

promise au contrat. En effet, l'inexécution s'est produite, avec des effets défavorables sur la situation du créancier et il convient d' « effacer » cette inexécution¹¹⁴⁵. « L'inexécution est un fait qui ajoute au contrat. Elle produit dans la situation des parties des effets spécifiques qui ne sont pas simplement l'inverse de ceux de l'exécution. (...) Tel est le cas par exemple lorsqu'une mauvaise réparation effectuée par un garagiste provoque un accident dans lequel le propriétaire subit un préjudice corporel »¹¹⁴⁶. Faudrait-il que la victime se contente d'être indemnisée du fait d'avoir payé pour une mauvaise réparation le prix d'une bonne ? Cela ne reviendrait pas à mesurer tout *l'intérêt* du contrat pour le créancier : pour ce faire, il faudrait tenir compte de la *situation réelle* du créancier déçu, qui, en l'espèce, a subi un accident. Il est impossible de ne pas tenir compte des *suites effectives* de l'inexécution¹¹⁴⁷. La chose est évidente pour toutes les obligations contractuelles prévoyant un comportement donné : ce n'est pas un hasard si les *incertum* du droit romain donnaient lieu à une compensation pour la totalité du dommage causé. Quant aux contrats relatifs à une chose précise, leur violation constitue à elle seule un événement nécessairement générateur de conséquences. Pour toutes ces raisons, les dommages-intérêts dépasseront souvent l'équivalent monétaire de la prestation promise¹¹⁴⁸.

A l'inverse, il se pourra parfois que la situation du créancier se soit améliorée malgré l'inexécution. Dans ce cas, la différence entre la situation hypothétique (exécution du contrat) et la situation réelle ne sera pas négative : on aboutira à la conclusion que la situation du créancier est équivalente, voire meilleure, que ce qu'elle aurait été en cas d'exécution. Pour le dire autrement, la prestation prévue au contrat aura perdu, du fait de l'évolution des circonstances, tout intérêt pour le créancier. Par exemple, un locataire rend des locaux en mauvais état à son bailleur, en violation de son obligation de remise en état, mais l'immeuble est voué à la démolition. Cette situation est celle de l'absence de

¹¹⁴⁵ « Dans l'exécution par équivalent, le lien de causalité revient en force. La compensation d'une perte ou d'un gain manqué ne peut évidemment être accordée au créancier que s'il est établi qu'ils ont leur source dans l'inexécution de l'obligation », E. Savaux, art. préc. note (70) p. 18.

¹¹⁴⁶ E. Savaux, art. préc. n°41 p. 25.

¹¹⁴⁷ *Comp.* J. L. Aubert : « l'idée même d'équivalence impose une référence, consistant dans l'avantage attendu du contrat. Or, s'il n'y a pas de préjudice, on saisit mal quel peut être l'avantage allégué », obs. préc. Defrénois 2005 art. 57.

¹¹⁴⁸ A laquelle la condition de prévisibilité de l'article 1150 ne saurait par ailleurs conduire. La prévisibilité concerne justement le type et l'étendue du dommage résultant de l'inexécution. Elle limite l'indemnisation aux effets raisonnablement prévisibles de l'inexécution mais n'interdit pas leur prise en compte.

dommage : nous ne voyons pas, à cet égard, comment raisonner en terme d' « exécution par équivalent » permettrait de traiter différemment le créancier. Dans l'exemple susmentionné, la situation du créancier est équivalente, que les locaux aient été ou non remis en état : dans tous les cas, l'immeuble sera démoli. Accorder au bailleur des dommages-intérêts correspondant aux coût de la remise en état reviendrait à le placer dans une situation *meilleure* que celle qui aurait été la sienne en cas d'exécution du contrat : l'immeuble étant voué à la démolition, la somme servirait à autre chose et constituerait pour lui un enrichissement. Les seuls dommages-intérêts envisageables ici devraient correspondre à une somme *symbolique* compensant le préjudice moral subi par le bailleur d'avoir récupéré un local en mauvais état¹¹⁴⁹. Il en va de même, par exemple, lorsqu'un cocontractant, violant son obligation d'information, fait courir au créancier un risque qui ne s'est heureusement pas réalisé¹¹⁵⁰. Pour le reste, l'absence d'indemnisation du créancier qui n'a pas souffert de l'inexécution n'est choquante ni moralement, ni juridiquement¹¹⁵¹. D'autant que l'inexécution ou la mauvaise exécution pourra, dans certains cas, donner lieu à une restitution du prix payé par le créancier déçu (réfaction ou résolution).

En définitive, rien ne permet de différencier, du point de vue du raisonnement mené, la réparation et la démarche d'exécution par équivalent. Il nous paraît donc inexact d'affirmer qu'en la matière « les dommages et intérêts n'ont pas le même objet qu'en matière

¹¹⁴⁹ Dans cet esprit, M. Aubert voit dans la solution de l'arrêt du 10 mai 2005 l'allocation de dommages-intérêts punitifs, obs. préc.

¹¹⁵⁰ Exemple donné par E. Savaux, art. préc. n°32-33.

¹¹⁵¹ Tel n'est pas l'avis de M. Stoffel-Munck, qui estime que l'absence de réparation dans les cas où le créancier ne justifie pas d'un dommage porte atteinte à la force obligatoire du contrat. Les exemples donnés par l'auteur ne nous convainquent pas. Dans le premier, le convive d'un repas organisé par un restaurant ne se voit pas servir la totalité des denrées prévues au menu. Même s'il s'est amusé, même s'il a apprécié le repas, il n'est pas niable que ce convive, en n'obtenant pas la prestation prévue, a subi un préjudice, indépendamment de ce qu'ont pu être ses sentiments subjectifs sur le moment : si l'intéressé fut content de boire du vin coupé, il aurait probablement été encore plus satisfait de boire le bon vin prévu. Dans le deuxième exemple, le client d'un réseau câblé n'a pu disposer que de 80 chaînes au lieu des 100 chaînes prévues au contrat. Point n'est besoin ici, nous semble-t-il, de démontrer positivement que l'abonné aurait souhaité regarder les 20 chaînes manquantes : le choix dont il a été privé suffit à établir le préjudice. Ces deux premiers exemples opèrent une confusion entre l'éventuel désagrément *subjectivement* ressenti par le créancier et le préjudice *objectivement* mesuré par la comparaison de la situation réelle à la situation hypothétique. Seul le troisième exemple donné par l'auteur est une authentique hypothèse d'absence de dommage. Un entrepreneur a commandé des poutres métalliques et n'est livré que des trois-quarts du nombre de poutres demandées. Or, du fait d'une modification des plans en cours de chantier, le nombre de poutres effectivement reçues lui suffit. Si le bon sens et l'équité justifient que l'entrepreneur soit remboursé du montant correspondant aux poutres non livrées (réfaction et/ou résolution partielle), une réparation proprement dite est ici hors de propos : les circonstances ont modifié la situation de l'entrepreneur, il n'aurait su que faire du lot de poutres non livrées et n'a pas subi de dommage. Ph. Stoffel-Munck, note préc. RDC 2004 p. 265.

délictuelle : ils ne servent pas à rétablir le demandeur dans la situation qui aurait été la sienne si le dommage n'avait pas été causé »¹¹⁵². Bien au contraire, les dommages-intérêts visent précisément à placer le demandeur dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté, donc s'il n'avait pas subi la perte et manqué le gain identifiés grâce à la comparaison entre situation hypothétique et situation réelle. L'*intérêt* qu'avait le créancier à l'exécution du contrat, c'était celui de se trouver dans la situation du créancier *satisfait* : comparer cette dernière à sa situation *réelle* revient à mesurer le *préjudice causé par l'inexécution*¹¹⁵³. Nous ne voyons pas, à ce stade, ce qui distingue concrètement l'exécution par équivalent de la réparation¹¹⁵⁴.

334. Des raisonnements contrefactuels distincts ? On pourrait toutefois, en approfondissant l'analyse du raisonnement hypothétique mené en cas d'inexécution du contrat, être conduit à isoler des différences entre réparation et exécution par équivalent. En effet, l'exécution par équivalent consiste à placer le créancier dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été régulièrement exécuté. Cela implique de mener un *raisonnement hypothétique* visant à se représenter ce qu'aurait été le cours des événements, donc la situation du créancier, en cas d'exécution. Ce raisonnement suppose de bien connaître le contenu du contrat afin que le scénario hypothétique retenu soit crédible : pour pouvoir se représenter la situation du créancier satisfait, il convient de ne pas se tromper sur ce qui a été promis¹¹⁵⁵. Ainsi, le raisonnement, sauf circonstances exceptionnelles, est

¹¹⁵² P. Rémy-Corlay, art. préc.

¹¹⁵³ Une question délicate est de déterminer les aspects de la situation réelle devant être retenus pour comparaison. En effet, on pourra parfois estimer injuste d'imposer au débiteur la compensation d'une aggravation imprévisible de la situation du créancier. A cet égard, la règle de l'article 1150 peut être lue comme exigeant que l'on se concentre sur les aspects prévisibles de la situation du créancier déçu. Autrement dit, on utilisera comme terme de comparaison une situation correspondant non pas à la situation réelle du créancier mais à la situation à laquelle on pouvait s'attendre en cas d'inexécution. En cas d'inexécution dolosive, cette restriction disparaît : c'est la situation réelle du créancier qui est comparée à la situation qui aurait été la sienne en cas d'exécution. L'exigence de causalité signifie que l'on indemnise le créancier uniquement de la différence entre ces deux états : il n'est pas question de prendre en charge ce qui se serait de toutes les façons produit en cas d'inexécution contractuelle.

¹¹⁵⁴ Il est vrai que l'expression d'exécution par équivalent permet de souligner que le créancier doit être placé dans une situation équivalente à celle qui serait la sienne si le contrat avait été correctement exécuté. On peut également parler de dommages-intérêts positifs. Dans tous les cas, « ces dommages-intérêts positifs sont une compensation du préjudice subi par l'inexécution » (...); il s'agit bien de responsabilité », M. Fabre-Magnan, *op. cit.* n°224 pp. 600-601.

¹¹⁵⁵ Reprenons un exemple de Pothier. Des pièces de bois ont été achetées auprès d'un charpentier afin d'étayer un bâtiment. Les pièces de bois se révèlent défectueuses et le bâtiment s'écroule. L'évaluation des dommages-intérêts se fait en comparant l'hypothèse de pièces en bon état (bâtiment debout) à la situation réelle (bâtiment écroulé).

relativement balisé dès lors qu'on dispose d'une représentation claire de *l'avantage prévu* au contrat. En revanche, en matière délictuelle, la réparation doit placer la victime dans la situation qui aurait été la sienne si le délit ne s'était pas produit¹¹⁵⁶. Le raisonnement hypothétique mené, qui consiste en l'occurrence à se représenter le cours des choses en l'absence du fait incriminé, est ici plus complexe et délicat tant le cours des événements est incertain.

En outre, alors que le délit constitue, la plupart du temps, un *fait positif* que l'on supprime en pensée, le raisonnement tenu en matière contractuelle conduit à évaluer les conséquences d'une *abstention* : l'exécution du contrat aurait dû se produire et ne l'a pas été. Mais il ne faut pas exagérer cette différence. La responsabilité délictuelle peut sanctionner une omission lorsqu'une obligation d'agir pèse sur le défendeur et qu'il faut déterminer les changements qu'aurait provoqués l'action considérée¹¹⁵⁷. D'ailleurs, l'obligation souscrite au contrat n'est pas nécessairement un fait positif : le débiteur peut s'être engagé à s'abstenir, ce qui était le cas dans l'arrêt précité du 10 mai 2005. Du point de vue du raisonnement mené, c'est donc moins l'opposition délit - inexécution contractuelle qui paraît ici pertinente que la différence logique entre l'omission et l'action positive. Il convient, néanmoins, d'admettre une distinction très nette entre les perspectives adoptées. La responsabilité contractuelle ne suppose pas de partir du dommage pour en déterminer les causes puis de raisonner ensuite en sens inverse afin de déterminer l'étendue des conséquences du fait générateur, comme c'est le cas pour le délit. Une fois l'inexécution contractuelle établie, seule la *seconde partie* du raisonnement causal doit être menée afin d'identifier l'ensemble des conséquences dommageables de l'inexécution. Autrement dit, la causalité se pose surtout, en matière contractuelle, pour l'établissement de *l'étendue de la réparation* : le principe même de la responsabilité relève, lui, d'une comparaison entre l'attitude du débiteur et les obligations souscrites. Cela dit, il arrivera que la preuve de l'inexécution contractuelle suppose d'établir que le dommage invoqué par le créancier trouve bel et bien son origine dans une violation du contrat.

Enfin, si, en toute rigueur, le lien de causalité relie l'inexécution aux conséquences

¹¹⁵⁶ En cela, d'ailleurs, la responsabilité délictuelle contient aussi une idée d'équivalence : elle place la victime dans une situation équivalente à celle qui aurait été la sienne en l'absence de fait dommageable.

¹¹⁵⁷ Inversement, les obligations contractuelles peuvent être des obligations d'abstention (par ex. l'obligation de non concurrence). Dans cette hypothèse, le raisonnement se rapproche de celui qui est mené en matière de faute.

dommageables invoquées par le créancier déçu, il arrive que l'on perçoive un lien causal entre *l'action du débiteur* et *l'inexécution*. Il y aurait donc, dans la responsabilité contractuelle, deux liens de causalité, le premier entre l'acte du défendeur et l'inexécution de son obligation, le second entre l'inexécution et le dommage¹¹⁵⁸. Mais le lien entre l'activité du défendeur et l'inexécution serait présumée. Cette présentation nous paraît inexacte. L'inexécution est identifiée en comparant, justement, le comportement du débiteur à ce qui était promis au contrat. A cet égard, il n'y a pas lieu de retenir un lien causal entre l'attitude du débiteur et l'inexécution : il s'agit du *même événement*. Certes, lorsque l'obligation est de résultat, il est possible de distinguer entre le comportement du débiteur proprement dit et la non obtention du résultat par le créancier, qui constitue l'inexécution. Tel est le seul cas de figure où l'on peut concevoir une présomption de causalité entre le comportement du défendeur et l'inexécution. En revanche, en cas d'obligation de moyen, le débiteur s'est précisément engagé à adopter un certain comportement : l'inexécution sera donc établie par une appréciation de son attitude, ce qui exclut tout lien causal.

335. Conclusion sur l'exécution par équivalent. Distinguer la réparation de l'exécution par équivalent ne nous paraît pas possible. Corriger le déséquilibre causé par l'inexécution contractuelle, fournir, par équivalent, au créancier l'avantage promis au contrat revient à réparer le dommage causé par l'inexécution. La réparation du dommage causé et l'exécution par équivalent constituent des opérations analogues. Certes, la source de l'obligation de réparer diverge dans l'un et l'autre cas. Mais rien n'exclut que des fondements distincts mènent au même mécanisme de réparation¹¹⁵⁹. L'existence de modalités distinctes de mise en œuvre (clauses limitatives de responsabilité, prescription, etc...) ne nous paraît pas non plus remettre en cause le caractère foncièrement similaire des deux démarches.

b. La condition de dommage direct de l'article 1151 du Code civil

336. La restauration de l'article 1150. Les adversaires de la responsabilité contractuelle estiment qu'accentuer la spécificité du régime de la défaillance contractuelle

¹¹⁵⁸ H. et L. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil, Obligations, op. cit.* n°562.

¹¹⁵⁹ Comp. Ch. Larroumet, art. préc. spéc. n°6.

en écartant l'idée de responsabilité est « sain »¹¹⁶⁰. Non seulement cette démarche « raffermir la force obligatoire du contrat » mais aussi, et surtout, elle « redonne sa cohérence et son intérêt à la construction intellectuelle portée par les articles 1142 à 1155 du Code civil »¹¹⁶¹. L'exemple décisif serait, à cet égard, la règle de l'article 1150 C. civ. aux termes duquel « le débiteur n'est tenu des dommages-intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée ». La règle, ancienne, logique¹¹⁶² et équitable, est souvent présentée comme quasi-oubliée¹¹⁶³, fragilisée qu'elle est par la constante extension du régime de la responsabilité délictuelle : on mentionne régulièrement le déclin de l'article 1150, qui serait comme « absorbé » par le principe de réparation intégrale¹¹⁶⁴. L'idée d'exécution par équivalent permettrait donc de restaurer un article trop longtemps présenté comme une exception à un principe de réparation intégrale qui n'aurait pas sa place en matière contractuelle. Elle impliquerait, en outre, que l'on donne enfin à l'article 1150 son sens véritable, soit une limitation des dommages-intérêts à la compensation du dommage intrinsèque, correspondant à l'objet de l'obligation souscrite, conformément à l'idée de paiement.

337. Et l'article 1151 ? Ceux qui avancent l'article 1150 en guise d'illustration de la cohérence de l'idée d'« exécution par équivalent » tendent à négliger la présence de l'article 1151 dont il est généralement admis qu'il formule une condition de causalité

¹¹⁶⁰ Ph. Stoffel-Munck, obs. préc. RDC 2003 pp. 54-55.

¹¹⁶¹ *Ibid.*

¹¹⁶² « Si les dommages et intérêts sont bornés au prévisible, c'est parce que, étant un équivalent de l'obligation, ils ne sauraient dépasser son enjeu ». « La volonté est le principe fondamental théorique de l'article 1150 ». Ph. Stoffel-Munck, obs. préc. RDC 2003 pp. 56-57. Il est vrai que la règle de l'article 1150 est classiquement expliquée par la supposition d'une convention tacite, accessoire au contrat, par lesquels les contractants se garantissent ainsi la bonne exécution.

¹¹⁶³ V. I. Souleau, *La prévisibilité du dommage contractuel*, thèse Paris II, 1979.

¹¹⁶⁴ Pour M. Bénabent, la jurisprudence du XIX^e siècle a opéré un « nivellement » : « dès que le lien de causalité entre l'inexécution et le dommage était établi de façon certaine, sans qu'on eût besoin de recourir au critère de la prévisibilité, les tribunaux se débarrassaient de la règle de l'article 1150 devenue inutile et ordonnaient la réparation intégrale du préjudice, par le biais d'une prévisibilité très ténue, voire divinatoire. » A. Bénabent, thèse préc. n°20. M. Bénabent semble, toutefois, confondre causalité et prévisibilité : la condition de prévisibilité permet de « délimiter ce lien de causalité entre l'exécution et le dommage. » : « Les dommages dont on pouvait prévoir qu'ils résulteraient de l'inexécution seront réparés car la causalité de l'inexécution dans leur survenance est ainsi déterminées. Les autres, ceux dont on ne pouvait pas prévoir qu'ils résulteraient de l'inexécution ce sont ceux qui sont, à titre principal, dus au hasard des circonstances ayant accompagné cette inexécution ». En effet, « l'ampleur et la gravité du dommage peuvent varier considérablement en fonction des circonstances. Or le Code ne veut pas compenser ces circonstances et ne veut réparer que ce qui est strictement le fruit de l'inexécution, à l'exclusion de l'aggravation qui peut l'accompagner casuellement. », *ibid.*

exigée également dans la responsabilité délictuelle. Comment, s'il n'y a pas de préjudice réparé, expliquer l'indemnisation des « suites immédiates et directes » ? Affirmer que l'article 1151 aurait seulement pour objet de préciser la notion *d'avantage escompté* par le créancier est contestable, dès lors qu'il mentionne clairement les « suites » de l'inexécution, qui se rattachent, d'ailleurs, aux idées de « perte subie » et de « gain manqué ». Un argument de poids peut, toutefois, être avancé pour négliger la présence de cet article : l'article 1151 n'entrerait en application qu'en cas d'inexécution dolosive ou de faute lourde ; dans les autres hypothèses, l'article 1150 jouerait de prime abord¹¹⁶⁵. Autrement dit, seul l'article 1150 permettrait de déterminer l'étendue de la réparation dans les cas les plus simples : les effets prévisibles étant nécessairement causés, il n'y aurait pas lieu d'appliquer l'article 1151. L'article 1151 n'entrerait donc en jeu qu'en cas d'exclusion de la condition de prévisibilité, soit dans l'hypothèse d'un dol ou d'une faute lourde.

De là l'idée que le dol conduirait à sortir du contrat en rendant la situation non plus contractuelle mais authentiquement délictuelle¹¹⁶⁶. Dès lors qu'une faute intentionnelle (ou lourde) est commise, la responsabilité extra-contractuelle retrouverait son emprise, écartant les règles spécifiques au contrat, pour conduire à la réparation intégrale du dommage causé¹¹⁶⁷. Dans cette optique, l'exécution par équivalent vaudrait tant que l'inexécution n'est pas dolosive, hypothèse dans laquelle une véritable responsabilité pour le préjudice engendré par l'inexécution entrerait en jeu, logiquement guidée par la causalité. L'article 1151, placé parmi les articles relatifs au contrat, aurait ainsi simplement pour fonction de rappeler une règle propre à la responsabilité extra-contractuelle.

338. L'article 1151 dans le Code civil. L'argument semble corroboré par les propos tenus lors de la rédaction du Code civil. A la séance de présentation de l'article 1151 C. civ. au Corps Législatif, Bigot-Prémeneu¹¹⁶⁸ commenta l'article 1151 C. civ. en ces termes : « le dol établit contre celui qui le commet une nouvelle obligation différente de celle qui résulte du contrat, cette nouvelle obligation n'est remplie qu'en réparant tout le tort que le dol a causé ». Ainsi, commente M. Savaux, la cause de l'obligation aux dommages-intérêts

¹¹⁶⁵ Au sens où l'on recherche d'abord si les conséquences de l'inexécution étaient prévisibles.

¹¹⁶⁶ V. Demolombe *Traité des contrats, op. cit.* n°598 p. 595.

¹¹⁶⁷ Sourdat, en son temps, soulignait la « liaison intime entre le dol et la fraude commis dans l'exécution d'un contrat et la faute qui caractérise toujours les délits proprement dits ». Sourdat, *op. cit.* tome 1, n°105. M. Filippi, thèse préc. pp. 71-72.

¹¹⁶⁸ Fenet, *Recueil des Travaux Préparatoires du Code*, t. XIII, art. 1151 p. 233.

n'est plus le contrat, c'est la loi¹¹⁶⁹. Mais le professeur Savaux omet de citer la suite du texte. La « nouvelle obligation » n'est pas, dans l'esprit du rédacteur, indépendante du contrat : « les dommages et intérêts n'en ont pas moins leur cause dans l'inexécution de la convention »¹¹⁷⁰. Cela explique qu'« il ne serait donc pas juste de les étendre aux pertes et gains qui ne seraient pas une suite immédiate et directe de cette inexécution ». Bigot-Préameneu obscurcit le propos en se référant alors à la distinction ancienne entre préjudice extrinsèque et préjudice intrinsèque : « ainsi, on ne doit avoir égard qu'au dommage souffert par rapport au fait qui était l'objet de l'obligation et non à ceux que l'inexécution de cette obligation aurait d'ailleurs occasionné au créancier dans ses autres affaires ou dans ses autres bien. Ces règles suffisent pour guider le juge ». En voulant justifier l'exigence d'un lien causal, le rédacteur semble ici assimiler causalité et prévisibilité.

La confusion des explications de Bigot Préameneu laisse penser qu'il a tenté de reprendre, quelque peu maladroitement, des règles anciennes, héritées du droit romain et approfondies par l'Ancien Droit. En droit romain, l'obligation portant sur une chose donnait lieu à une indemnisation basée initialement sur la *valeur objective de la chose*¹¹⁷¹. Un texte du Digeste distinguait selon la bonne ou mauvaise foi du débiteur : le vendeur qui, sciemment, a cédé une chose vicieuse, est tenu de réparer le préjudice dans toute son étendue alors que s'il ignorait les vices dont était atteint l'objet du contrat, il n'en doit que la moins-value¹¹⁷².

¹¹⁶⁹ E. Savaux, art. préc. n°4 p. 4.

¹¹⁷⁰ A vrai dire, il ne fait guère de doute que le droit à dommages et intérêts est un effet de l'obligation contractée : les articles 1146 et s. prennent place dans le chapitre III (Effets des obligations) du titre III (Des contrats ou des obligations conventionnelles en général).

¹¹⁷¹ C'est, en particulier, un texte de Paul (Dig. XIX, 1, Fr. 21 §3) qui énonce la règle d'après laquelle le vendeur qui n'a pas livré la chose vendue n'est tenu qu'au tort éprouvé par le créancier relativement à la chose faisant l'objet du contrat, à l'exclusion de celui souffert dans ses autres biens. Ainsi, le marchand qui ne fournit pas le blé promis n'est pas responsable de la mort des esclaves de l'acheteur, qui, faute de blé, meurent de faim. V. J. P. Lévy et A. Castaldo, *op. cit.* n°666.

¹¹⁷² Digeste XIX, 1, Fr. 13. Le critère de prévisibilité était déterminant en cas de bonne foi : celui qui, sans le savoir, avait vendu une prairie contenant des herbes vénéneuses n'avait pas à répondre de la mort des bestiaux empoisonnés (M. Filippi, thèse préc. p. 24). « Dans la plupart des textes relatifs aux dommages et intérêts dus par un débiteur pour la non exécution de son obligation, nous trouvons traces des mêmes préoccupations. Le coupable a-t-il prévu les conséquences de son acte ou au moins pu les prévoir lors de la formation du contrat ? Il en est responsable : car dans le premier cas, il les a assumés volontairement ; dans le second, il est en faute de n'avoir pas agi avec la prudence normale. Si le dommage par contre, ne pouvait entrer dans les prévisions des contractants, le débiteur ne peut être rendu responsable, car il serait injuste de lui imposer une charge qu'il ne pensait pas assumer en s'engageant. La seule limitation véritable à la très grande liberté d'appréciation des dommages - intérêts appartenant au juge romain résulte de l'exclusion du préjudice imprévisible », M. Filippi, thèse préc. p. 25.

C'est ce texte qui semble être l'ancêtre de notre article 1151¹¹⁷³. Finalement, Justinien limita l'indemnisation au double de la valeur vénale de la chose objet du contrat mais la réparation de *l'entier préjudice* subsistait en cas de dol. De même, l'entier dommage devait être réparé en cas d'inexécution d'obligations portant sur un *incertum* (obligations de faire ou de ne pas faire). Dès lors qu'il fallait réparer le préjudice « dans toute son étendue », on insistait sur la nécessité d'un lien de causalité suffisamment étroit : seules étaient réparables les conséquences proches de la faute¹¹⁷⁴. L'exigence d'une causalité valait, de ce point de vue, tant pour ces cas d'inexécution contractuelle qu'en matière de délit.

Pour Dumoulin l'inexécution contractuelle entraînait une indemnisation du seul dommage intrinsèque, donc prévisible. En revanche, le délit ou le dol¹¹⁷⁵ impliquaient une réparation de tous les dommages *causés*¹¹⁷⁶. Dans le système de Dumoulin, le dol est nettement distingué de l'inexécution contractuelle et rapproché du délit¹¹⁷⁷. Par la suite, la condition de prévisibilité fit souvent l'objet d'une confusion avec la causalité¹¹⁷⁸. L'assimilation du dommage prévisible au dommage direct conduisait à gommer la spécificité de l'inexécution contractuelle en privilégiant le principe général d'une réparation du dommage prévisible, donc causé (et réciproquement). Chez Pothier, le dol est nettement rapproché du délit : « quiconque commet un dol s'oblige indistinctement, *velit, nolit*, à la réparation du tort que son dol causera. (...) Ces décisions ont lieu, soit que le dol ait été commis *delinquendo*, soit qu'il ait été commis *contrahendo* »¹¹⁷⁹. Autrement dit, alors que les dommages-intérêts (intrinsèques ou extrinsèques), sont généralement limités par la règle de prévisibilité¹¹⁸⁰, le

¹¹⁷³ Telle était du moins l'opinion de Duranton, *Cours de droit français*, tome X, n°173 et s.

¹¹⁷⁴ M. Filippi, thèse préc. p. 21 et s.

¹¹⁷⁵ Il semble que ce soit Dumoulin qui fit, pour la première fois, une distinction nette entre l'inexécution d'un contrat et la faute dolosive. I. Souleau, thèse préc. n°4.

¹¹⁷⁶ Exception faite de ceux résultant d'autre causes, fussent-ils éprouvés à l'occasion du fait primitif sans lequel ils n'auraient pu se produire Si un locataire met par malice le feu aux lieux loués et que l'action imprévue du vent fait s'étendre l'incendie aux moissons voisines, le locataire ne sera pas tenu de ce dommage éloigné résultant d'un événement nouveau, fût-il même survenu à l'occasion du fait initial sans lequel il n'aurait pu se produire Le critère de prévisibilité tient une certaine place dans l'appréciation de la causalité. Dumoulin précise que dans son exemple que le vent se mit à souffler contre toutes prévisions, ce qui ne permettait pas à l'incendiaire de penser que son acte causerait autant de dégâts. M. Filippi, thèse préc. p. 27/

¹¹⁷⁷ I. Souleau, thèse préc. n°6

¹¹⁷⁸ *Ibid.*

¹¹⁷⁹ Pothier, *op. cit.* n°168

¹¹⁸⁰ Chez Pothier, la limitation de l'indemnisation aux dommages -intérêts prévisibles lors du contrat renvoie aux dommages intrinsèques, parce qu'ils sont toujours prévus. En effet, le plus souvent, les

défendeur coupable de dol est « tenu indistinctement de tous les dommages et intérêts que j'ai soufferts par rapport à mes autres biens, sans qu'il y ait lieu de distinguer et de discuter en ce cas si le débiteur est censé s'y être soumis »¹¹⁸¹.

Une distinction découle de ces développements entre l'inexécution « simple », qui justifie l'indemnisation du dommage prévisible, et la faute dolosive, qui déclenche une responsabilité pour l'intégralité du dommage causé. Cela dit, la notion de dommage direct, qui détermine le dommage causé, se rapproche fort, dans l'esprit des auteurs, de l'idée de prévisibilité. Pothier évoque les suites « nécessaires, immédiates et directes », ce qui renvoie aux conséquences probables, et mêmes très probables, de l'acte dolosif. Autrement dit, si la règle est d'indemniser d'un côté le dommage prévisible (inexécution contractuelle) et de l'autre le dommage causé, donc direct, (dol), les deux critères s'apprécient à la même aune, à savoir la prévisibilité du dommage dont est demandée réparation¹¹⁸². Tout cela est donc d'une grande confusion. Par ailleurs, rien, dans les développements de Pothier ne laisse penser que la condition de causalité (donc de dommage direct) pourrait ne pas être requise dans le cas d'une d'inexécution « simple ». Simplement, la condition de prévisibilité éclipse la causalité : on part du principe qu'un dommage prévisible est

parties n'ont prévu que les dommages-intérêts que le créancier pourraient souffrir « par rapport à la chose même qui en est l'objet et non ceux que l'inexécution de l'obligation lui a occasionné d'ailleurs dans les autres biens » Toutefois, les dommages extrinsèques peuvent être réparés s'ils ont été prévus ou auraient dû l'être : telle est l'hypothèse dans laquelle « le débiteur s'en est ou expressément ou tacitement chargé en cas d'inexécution de son obligation ». La réparation du préjudice extrinsèque n'était exclue que lorsque ce dernier n'était pas prévisible. Pothier en donnait pour exemple le cas de pièces de bois achetées pour étayer un bâtiment qui s'avèrent pourries. Si le dommage intrinsèque correspond globalement au prix payé par l'acheteur (comparaison entre la valeur de pièces neuves en bon état et la valeur nulle des pièces pourries), le dommage extrinsèque est relatif aux conséquences du vice sur d'autres choses : la maison s'étant effondrée, le dommage correspond au prix de la maison et des meubles perdus. A cet égard, Pothier raisonnait surtout en termes d'attribution des risques : toute la question était pour lui de savoir si le vendeur s'était chargé du risque de la ruine éventuelle du bâtiment ou non : le professionnel « en me vendant ces étais pour étayer mon bâtiment et en me les vendant dans sa qualité de charpentier, il est censé s'être rendu responsable que les étais étaient suffisants et s'être chargé du risque de mon bâtiment, s'ils ne l'étaient pas ». Pothier, *op. cit.* n°161-162.

¹¹⁸¹. Ne doivent pas être compris dans les dommages et intérêts les éléments qui « non seulement n'en sont qu'une suite éloignée, mais qui n'en sont pas une suite nécessaire et qui peuvent avoir d'autres causes ». Pothier, *op. cit.* n°166 et s.

¹¹⁸² M. Rémy estime que le critère classique de prévisibilité n'aurait rien avoir avec les conséquences prévisibles de l'inexécution. Il s'agirait, chez Pothier, d'une notion objective supposant d'apprécier le dommage prévisible en fonction de l'objet de l'obligation, en concentrant l'analyse sur l'avantage non obtenu. La doctrine moderne, selon M. Rémy, aurait adopté une interprétation volontariste de l'article 1150 conduisant plutôt à se concentrer sur les conséquences prévisibles de l'inexécution. Ce raisonnement moderne serait en cela erroné et conduirait à la difficulté de distinguer le préjudice prévisible du préjudice direct Les dommages-intérêts contractuels ne devraient concerner que la chose même qui est l'objet du contrat et être limités à l'objet même de l'obligation inexécutée, de manière à distinguer le paiement de la réparation. Ph. Rémy, « La responsabilité contractuelle... », n°41 p. 351.

nécessairement causé.

Après la promulgation du Code civil, l'article 1151 C. civ. fut d'abord commenté au regard de la notion de *dommage direct*, en référence aux exemples fameux de Pothier. Mais on s'interrogea bien vite sur sa portée. Un certain nombre d'auteurs écartèrent catégoriquement l'application de l'article 1151 C. civ. en matière *délictuelle*. Tel fut le cas d'Aubry et Rau, de Laurent, qui estimait que la victime d'un délit devait être indemnisée des conséquences, même indirectes, de ce dernier¹¹⁸³, de Beudant qui insistait sur la distinction des dommages-intérêts avec l'« indemnité délictuelle » : « le montant de la réparation se mesure toujours au montant du dommage et la réparation doit toujours comprendre le dommage entier avec toutes les conséquences même les plus éloignées »¹¹⁸⁴. Jossierand ne rattachait pas, lui non plus, la question du dommage direct à la causalité : « l'article 1382 ne permet pas de distinguer entre les deux formes de préjudice ; mais encore faut-il que le rapport de causalité entre le fait fautif et le dommage soit clairement établi »¹¹⁸⁵. Demolombe écartait également les dispositions relatives au contrat en matière délictuelle¹¹⁸⁶. Mais, concernant l'article 1151, il nuancait le propos. Sans affirmer explicitement que l'article 1151 avait vocation à s'appliquer en matière délictuelle, Demolombe précisait que le principe de causalité qui le fonde, « principe de logique et de raison », était *général*¹¹⁸⁷. De même, Baudry-Lacantinerie et Barde, qui écartaient les articles 1146, 1150 et 1153 de la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle¹¹⁸⁸, formulaient une nuance pour l'article 1151 : si l'article est relatif au contrat, le motif qui fonde la règle « ne permet pas de distinguer »¹¹⁸⁹. En cela, les auteurs s'accordaient à

¹¹⁸³ Laurent, *Principes du droit civil français*, tome XX, 1888, n°523-529.

¹¹⁸⁴ Ch. Beudant, *Contrat et obligations*, 1906, n°1235 et s.

¹¹⁸⁵ L. Jossierand, *Droit civil positif français*, t. II, 3^e éd. 1939, n°440-449.

¹¹⁸⁶ G. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XXXI, *Traité des engagements qui se forment sans convention*, Livre III Titre IV Chapitre II, Paris, 2^e éd., 1882, n°685.

¹¹⁸⁷ Demolombe, *op. cit.* n°687 et n°673 et *supra* n°

¹¹⁸⁸ La règle de l'article 1150 est notamment écartée au motif, que l'obligation de payer des dommages-intérêts contractuels est considérée « comme résultant d'une convention tacite et que cette convention n'a pu comprendre que les dommages-intérêts qu'il était possible de prévoir à l'époque où les parties ont traité. Ce motif prouve assez qu'une pareille disposition est étrangère à la réparation du préjudice causé par les quasi-délits ». Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit.* n°2879.

¹¹⁸⁹ Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit.* n°2880. Ils estimaient toutefois que « le juge du fait ayant qualité pour déclarer souverainement que le dommage est une conséquence directe de l'acte ou de l'omission, usera plus largement de ce pouvoir en faveur de la personne lésée par un délit ou par un quasi-délit ».

Marcadé, Mourlon, ou, Sourdat¹¹⁹⁰.

En effet, un certain nombre d'auteurs accordèrent à l'article 1151 C. civ. une portée générale. Larombière¹¹⁹¹ et Marcadé¹¹⁹² admettaient sans explications la validité de la règle de l'article 1151 C. civ. en matière de délit. Toullier rattachait les règles contractuelles à la responsabilité délictuelle en estimant les articles 1147 et suivants C. civ. fondés sur les mêmes principes que les articles 1382 et 1383 C. civ.¹¹⁹³. De même, Huc estimait que les articles 1149 à 1151 C. civ. étaient applicables en cas de délit civil¹¹⁹⁴. Pour Planiol, la disposition de l'article 1151 C. civ., bien que non reproduite en matière délictuelle, s'applique au délit au nom de l'égalité de traitement entre le créancier déçu et les victimes d'un délit¹¹⁹⁵. Il faut dire que les auteurs ne s'accordaient guère sur la source de l'obligation de payer des dommages-intérêts. Certains voyaient là la conséquence d'un *accord tacite* entre créancier et débiteur¹¹⁹⁶ alors que le dol provoquait la naissance d'une *nouvelle obligation* de réparation.. D'autres ne distinguaient guère selon la source de l'obligation aux dommages-intérêts¹¹⁹⁷. Pour Baudry-Lacantinerie et Barde, qui n'écartaient pas pour autant l'idée de convention tacite¹¹⁹⁸, les dommages-intérêts devaient, dans les deux cas, mettre le demandeur « dans la situation où il se fût trouvé s'il n'avait pas subi le préjudice »¹¹⁹⁹. A la fin du XIXe siècle, les partisans de l'unité de la responsabilité virent

¹¹⁹⁰ Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit.* n°450.

¹¹⁹¹ Larombière précisait simplement que le dommage devait se limiter « à ce qui est une suite immédiate et directe du fait ». Larombière, *Traité théorique et pratique des obligations*, t. VII, 1885, p. 557.

¹¹⁹² Marcadé retenait « les dommages qui seront les conséquences directes du fait, et dont ce fait sera la cause unique » Marcadé, *Explication théorique et pratique du code*, tome V, 1874, art. 1382.

¹¹⁹³ Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, 5^e éd., Paris, 1930, tome VI, n°323.

¹¹⁹⁴ Huc, *Commentaire théorique et pratique du code civil*, t. VII, 1892, n°151.

¹¹⁹⁵ Planiol et Ripert, et Esmein, *Traité pratique du droit civil français*, t. VI, 1935, n°189.

¹¹⁹⁶ Pour Demolombe, la cause de l'obligation aux dommages-intérêts résidait, en cas de violation « simple », dans « une clause tacite par laquelle le débiteur consent à indemniser le créancier pour le cas où l'obligation principale ne serait pas exécutée » alors que ce serait « du dol lui-même que procède l'obligation d'en réparer les suivantes » Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 1, 2^e éd. 1870 n°577.

¹¹⁹⁷ « Le préjudice que les dommages et intérêts ont pour but de réparer peut résulter soit de l'inexécution ou du retard dans l'exécution d'une obligation, soit d'un délit ou d'un quasi-délit » Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit.* n°447.

¹¹⁹⁸ Par laquelle ils justifiaient l'article 1150 C. civ.

¹¹⁹⁹ Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit.* n°448. Toullier estimait que le droit à dommages-intérêts en cas d'inexécution trouvait sa source non dans le contrat mais dans la loi : « c'est une obligation qui naît de la loi et de l'équité, c'est la sanction des conventions », *op. cit.* n°222.

dans ces positions l'approbation de leur théorie.

En définitive, il est difficile de déterminer le sens et la portée exacte de la règle de l'article 1151. S'il ne fait pas de doute que la disposition édicte une condition de causalité, elle a d'abord été émise par opposition à la règle traditionnelle selon laquelle le débiteur contractuel défaillant ne répare que le dommage prévisible¹²⁰⁰. Certes, la condition de dommage direct se rapproche, dans sa définition, de la condition de prévisibilité, mais son objet est différent : elle exprime la règle selon laquelle celui qui commet un dol répare le dommage qu'il cause. Cela justifie-t-il d'y voir une règle relevant de la responsabilité délictuelle ? Nous ne le pensons pas.

339. L'article 1151, règle du droit des contrats. L'idée selon laquelle l'article 1151 énoncerait une règle propre à la responsabilité délictuelle qui viendrait seulement s'appliquer en cas d'inexécution dolosive n'est pas convaincante. Il faudrait admettre que les rédacteurs auraient sciemment placé, au milieu des règles applicables au contrat, une règle relative à la responsabilité délictuelle qui n'entrerait en jeu qu'en cas de dol. La chose n'est guère plausible. Il est plus cohérent de penser que la causalité directe est exigée *aussi* lorsque la violation du contrat n'est ni une faute dolosive, ni une faute lourde : elle se superpose, dans ce cas, à celle de l'article 1150. En la mentionnant à propos du dol, l'article 1151 ne fait que rappeler la subsistance de la condition de causalité lorsque l'exigence de prévisibilité disparaît. Autrement dit, l'inexécution contractuelle doit toujours entraîner une réparation pour le dommage *causé* : lorsqu'elle n'est pas dolosive, la réparation se concentre sur ce qui, parmi les effets de l'inexécution, était *prévisible* ; lorsqu'elle est dolosive, la réparation indemnise des effets *imprévisibles*, pourvu qu'ils soient *directs*. De fait, les commentateurs du Code civil n'ont jamais douté que l'article 1151 établissait une condition de causalité toujours exigée en cas d'inexécution contractuelle¹²⁰¹. La seule question d'interprétation qui parut pertinente aux auteurs était de déterminer si l'expression de « suites immédiates et directes » ne faisait que reprendre l'idée générale de causalité ou s'il fallait conclure que le Code exigeait, en matière contractuelle, une causalité directe, plus étroite que celle dont se contente la responsabilité délictuelle.

On peut conclure de cette interprétation de l'article 1151 que l'inexécution contractuelle était, bel et bien, conçue par les rédacteurs comme engendrant une véritable obligation de

¹²⁰⁰ V. I. Souleau, thèse préc. n°409 et s.

¹²⁰¹ Duranton, *Cours de Droit Français suivant le Code civil*, t. X, 1844, n°173 et s.

réparer un *dommage causé*. Certes la dette de dommages-intérêts fait suite, en matière contractuelle, à la violation d'une obligation préexistante définie par le contrat, alors que la dette de réparation occasionnée par un délit ne fait suite à aucune obligation préalable, si ce n'est un devoir général. Mais on peut répondre à ceux qui voient là une opposition fondamentale et irréconciliable entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle que le contrat, bien que fondé sur la volonté individuelle, doit son existence juridique à la *loi*. La loi décide donc de sanctionner par des dommages-intérêts tant la commission d'un délit que l'inexécution d'un contrat, ce qui correspond, dans les deux cas, à une *réparation*.

Dans ce contexte, la *prévisibilité* de l'article 1150 C. civ. doit être distinguée de la *causalité* de l'art. 1151 C. civ. La prévisibilité du dommage contractuel concerne le type et l'étendue de ce dernier et s'évalue, dans l'esprit des parties, au moment de la conclusion du contrat. En revanche, la causalité s'évalue en référence à deux critères principaux : celui de la condition *sine qua non*, d'une part, et la probabilité objective, *ex ante* de dommage, d'autre part. Nous avons vu que, pour Pothier, le dommage causé, direct, est celui que l'inexécution rendait si probable qu'il en paraissait nécessaire. Cette conception est toutefois très restrictive. Le raisonnement contrefactuel propre à la condition *sine qua non* doit pouvoir, selon nous, aboutir à une détermination satisfaisante des conséquences de l'inexécution. Dans l'ensemble, il convient surtout « de définir exactement ce dont le créancier a été privé du fait de l'inexécution, en relation directe avec ce que le débiteur a contractuellement promis »¹²⁰².

340. Conclusion sur la responsabilité contractuelle. Le débat contemporain sur le « faux concept » de responsabilité contractuelle conduit à réexaminer la nécessité, pour le créancier contractuel, de prouver son dommage, donc la causalité. En effet, les partisans de l'« exécution par équivalent », qui voient dans les dommages-intérêts contractuels une forme de paiement, excluent la prise en considération du dommage causé par la violation du contrat. L'indemnisation des conséquences de l'inexécution relèverait, le cas échéant, de la responsabilité délictuelle. Autrement dit, aucune causalité n'aurait à être établie dans le cadre de la sanction d'une inexécution contractuelle. Cette conception ne nous paraît pas fondée pour deux raisons. D'une part, l'« exécution par équivalent » ne peut correspondre à autre chose qu'à une réparation. D'autre part, la présence, dans le Code civil, d'un article

¹²⁰² E. Savaux, art. préc. n°36 p. 22.

1151 formulant explicitement une condition de causalité montre que les dommages-intérêts ainsi alloués correspondent, bel et bien, à la réparation du préjudice causé par l'inexécution. A cet égard, l'article 1151 C. civ. se présente comme un principe général, ayant vocation à s'appliquer dans tous les cas, même si son importance est souvent éclipsée par la règle de l'article 1150 C. civ.. La condition de causalité est donc indiscutablement exigible, et exigée, dans toutes les hypothèses d'inexécution contractuelle¹²⁰³.

Pour terminer par exemple, supposons qu'un fournisseur n'a pas livré certaines matières premières à un fabricant qui n'a pas pu, ce faisant, livrer ses propres clients. En cas de violation « simple » (ni faute lourde, ni faute intentionnelle), le principe est de replacer le créancier dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été correctement exécuté, tout en tenant seulement compte des aspects prévisibles de la situation effective dudit créancier. Si un client du fabricant, mécontent car non livré, refuse de lui régler une facture antérieure, cette conséquence imprévisible ne sera pas pris en compte dans les suites de l'inexécution. En revanche, si le fournisseur a commis une faute intentionnelle, tous les aspects, même les plus imprévisibles, de la situation du fabricant seront pris en compte pour le calcul des dommages-intérêts. Le refus de paiement du client sera pris en considération dans les pertes subies par le fabricant, dès lors qu'il apparaît que le client aurait réglé sa facture si les marchandises avaient été livrées.

2. Causalité et obligations contractuelles

341. Le principe d'une condition de causalité étant acquis, reste à évoquer comment peut se présenter concrètement la question causale en cas d'inexécution du contrat. Une distinction classique, bien que critiquée¹²⁰⁴, oppose, à cet égard, les obligations de résultat aux obligations de moyens. En principe, le débiteur tenu d'une obligation de résultat doit accomplir une prestation aboutissant à une situation précise : si ce résultat n'est pas obtenu, il est défaillant. Tel est le cas lorsqu'un transporteur ne livre pas des marchandises au lieu et

¹²⁰³ Le créancier « doit des dommages-intérêts car il doit *répondre* de la parole qu'il a donnée : il doit assumer les conséquences dommageables du non respect de sa promesse ce qui est très exactement la signification du terme « responsabilité » » M. Fabre-Magnan, *op. cit.* n°224 p. 600. « Il reste, et l'on ne peut en faire l'abstraction, que l'octroi de dommages et intérêts contractuels est calqué sur le modèle de la responsabilité délictuelle, le droit positif subordonnant là comme ici leur obtention à la démonstration d'un dommage, d'un fait générateur imputable à une personne, et d'un lien de causalité entre les deux ». Jacques Moury, « Force majeure : éloge de la sobriété », RTD civ. 2004 n°3, p. 471.

¹²⁰⁴ Ph. le Tourneau, *op. cit.* n°1801 et s., Ph. Rémy, « La responsabilité contractuelle... », art. préc.

à l'heure prévus. En revanche, l'obligation de moyen n'oblige le débiteur qu'à accomplir une certaine prestation, peu important que cette dernière aboutisse effectivement au résultat envisagé. Par exemple, le moniteur d'auto-école est tenu d'enseigner la conduite avec pédagogie et diligence : cela fait, peu importe que l'élève, après avoir suivi les cours, ne soit pas en mesure d'obtenir le permis de conduire. Ainsi présentée, la distinction a des répercussions évidentes sur la condition de causalité.

342. Causalité et obligation de résultat. En cas d'obligation de résultat, l'inexécution contractuelle est acquise dès la non obtention du résultat. La non réalisation du résultat entraîne donc une « présomption de responsabilité » au sens où la violation du contrat est imputée au débiteur, sauf si ce dernier établit la force majeure. Autrement dit, le seul moyen pour le débiteur d'échapper à la responsabilité sera de prouver que l'exécution était impossible, en vertu de l'adage « à l'impossible, nul n'est tenu ». Ce mécanisme ne paraît pas réellement impliquer un lien de causalité : un résultat était promis, qui n'a pas été obtenu, et dont le débiteur est responsable. Il s'agit là, ni plus ni moins, de l'établissement de l'inexécution. Néanmoins, on dit parfois que la non obtention du résultat permet de « présumer la faute », voire même que la non obtention du résultat permet de « présumer la faute et la causalité »¹²⁰⁵. Ce propos est, à la limite, acceptable, s'il signifie que la non réalisation du résultat promis ne peut s'expliquer que par la défaillance du débiteur¹²⁰⁶. En revanche, rien ne permet de présumer la causalité entre cette inexécution et les dommages en découlant éventuellement.

En effet, la question causale réapparaît lorsqu'on s'interroge sur les *conséquences* de l'inexécution : la non fourniture de la prestation a, en effet, entraîné des effets dont il faut établir qu'ils se rattachent bel et bien à la violation du contrat. Or cette causalité là n'est pas acquise. Si, par exemple, une explosion de gaz se produit dans un appartement, il revient à la victime de prouver que cette explosion a trouvé son origine dans la prestation du

¹²⁰⁵ « Mais attendu que l'obligation de résultat emporte à la fois présomption de faute et présomption de causalité entre la prestation fournie et le dommage invoquée », Cass. 1^{re} civ. 16 février 1988, Bull. civ. I n°42, RTD civ. 1988, p. 767, obs. P. Jourdain.

¹²⁰⁶ MM. Mazeaud et Chabas, croient nécessaire d'établir deux liens de causalité, le premier entre l'acte du défendeur et l'inexécution de son obligation, le second entre l'inexécution et le dommage. Le lien entre l'activité du défendeur et l'inexécution serait présumé en cas d' « obligation déterminée ». L'article 1147 prévoirait sur ce point « une présomption légale de causalité tombant devant la preuve contraire ». S'agit-il réellement ici d'une question de causalité ou d'une question d'imputabilité d'imputabilité (matérielle) de l'inexécution à la personne du défendeur ? H. et L. Mazeaud, F. Chabas, *op. cit.*, n°562-563.

vendeur-installateur de la gazinière située dans l'appartement¹²⁰⁷. Il est pourtant arrivé à la Cour de cassation d'admettre un tel lien, en se fondant sur l'obligation de résultat, ce qui constitue selon nous un raisonnement critiquable¹²⁰⁸. Cependant, dans une décision récente¹²⁰⁹, la Cour a refusé ce raisonnement. Un garagiste était accusé d'avoir manqué à son obligation de résultat de réparer correctement la boîte de vitesse d'un véhicule. Etablir ce manquement supposait de prouver que la panne du véhicule résultait bel et bien d'un défaut de la boîte de vitesse réparée par le garagiste. Ce lien causal ne fut pas retenu, le véhicule ayant roulé normalement pendant cinq ans après la réparation.

L'exemple montre que l'établissement du lien de causalité joue un rôle non négligeable dans la détermination de la violation du contrat. En effet, si le dommage ne trouve pas son origine dans la prestation du défendeur, il n'y a aucun manquement à reprocher à ce dernier. Il n'est donc pas toujours facile de distinguer l'établissement de l'*inexécution* proprement dite et la détermination des *conséquences* de ladite inexécution. Cela explique que la jurisprudence ait parfois eu tendance à étendre la « présomption de faute et de causalité » au dommage subi par la victime. La responsabilité des garagistes a, ainsi, pu donner lieu à des décisions très favorables aux victimes, en imputant au professionnel des dommages dont l'origine restait inconnue au motif que « l'obligation de résultat emporte à la fois présomption de faute et présomption de causalité entre la prestation fournie et le dommage invoqué »¹²¹⁰. Il semble toutefois que la jurisprudence soit revenue sur cette sévérité, comme l'illustre l'arrêt précité du 14 décembre 2004¹²¹¹. En réalité, tout dépend de ce qui a été promis et de la manière dont le juge interprète ce qui a été promis. L'obligation de sécurité de résultat de la SNCF a ainsi conduit cette dernière à être systématiquement condamnée lorsqu'un voyageur subit un dommage corporel dans un train, fût-il lié à une agression¹²¹².

¹²⁰⁷ Cass. 1^{re} civ. 16 octobre 2001, Cont. Conc. Consom. 2002 comm. n°25 obs. L. Leveneur.

¹²⁰⁸ Ainsi a-t-elle admis de « déduire » de l'obligation de résultat pesant sur un électricien un lien causal entre l'intervention de ce dernier et l'incendie qui a suivi les travaux. Cass. 1^{re} civ. 5 mars 1991, RTD civ. 1991, p. 756, obs. P. Jourdain.

¹²⁰⁹ Cass. 1^{re} civ. 14 déc. 2004, D & P 2005, jur. n°3693 obs. P. Chauvel.

¹²¹⁰ Cass. 1^{re} civ. 21 octobre 1997 D. aff. p. 1419. Cass. 1^{re} civ. 12 janvier 1994 et 2 février 1994, JCP G, II, 22294 note Ph. Delebecque. Cass. 1^{ère} civ. 20 juin 1995, JCP G, IV, 2010.

¹²¹¹ V. égal. Cass. com. 22 janvier 2002, RTD civ. 2002, p. 514 obs. P. Jourdain.

¹²¹² Cass. 1^{re} civ. 12 décembre 2000, Bull. civ. I n°323, D. 2001 jur. p. 1650, note C. Paulin. Cass. 1^{re} civ. 3 juillet 2002, D. 2002, jur. p. 2631 note J.-P. Gridel, RTD civ. 2002 p. 821 obs. P. Jourdain.

343. Causalité et obligation de moyen. L'obligation de moyen porte davantage sur le comportement du débiteur que sur l'obtention d'un résultat précis. Elle suppose d'analyser la causalité entre le comportement défectueux du débiteur et le dommage dont se plaint le créancier. Le mécanisme est le même qu'en cas de responsabilité pour faute délictuelle ou quasi délictuelle et implique, là encore, un raisonnement contrefactuel. Si le client d'une auto-école se plaint de l'attitude de son moniteur qui s'est révélé peu diligent, il faudra établir la situation qui aurait été la sienne en cas de comportement diligent afin d'établir le dommage et la causalité. Le raisonnement causal est ici parfaitement classique. Au contraire, la violation d'une obligation de résultat n'oblige pas à spéculer sur le comportement d'un débiteur diligent, mais seulement à raisonner à partir de l'hypothèse de l'obtention du résultat promis, ce qui facilite considérablement les choses.

344. Conclusion du paragraphe. Condition classique de la responsabilité, la causalité n'est, en principe, juridiquement retenue, que lorsqu'elle présente un caractère *direct*. Dans cette optique, la causalité directe est exigée tant dans la responsabilité contractuelle que dans la responsabilité délictuelle. L'idée de « suites directes », qui renvoie chez Pothier à celle de « suites nécessaires », laisse supposer que le critère de la causalité directe est à trouver dans la notion de probabilité *ex ante*. A cet égard, il ne faut pas confondre les suites directes et nécessaires -donc très *probables*- des anciens auteurs, avec les suites *prévisibles* qui délimitent le dommage contractuel. En effet, la *probabilité objective* ne correspond pas nécessairement à la *prévisibilité subjective*, appréciée du point de vue de l'observateur. Au total, alors que la condition *sine qua non* est centrale pour l'établissement d'une explication causale, l'idée de probabilité *ex ante* réapparaît au niveau de l'imputation en tant que critère du lien direct. La probabilité *ex ante de dommage* est, par ailleurs, liée à la caractérisation de l'illicéité d'une situation de risque.

§2. Le fait causal dans la responsabilité pour risque

345. « Le principe qui régit une société civilisée, c'est que personne n'a le droit de nuire à autrui »¹²¹³. La responsabilité pour le dommage causé est fondamentale dans une

¹²¹³ René Savatier, *op.cit.* t. 1, n°35, p. 47. H. et L. Mazeaud, A. Tunc, t. 1, 6è éd. n°391, p. 469.

société de liberté : l'idée était au centre de la pensée des rédacteurs du Code civil. Pour ces derniers, toutefois, le fait causant un dommage à autrui et engendrant la responsabilité ne pouvait qu'être une *faute subjective*. L'aspect purement matériel du délit et sa composante morale étaient indissociables. L'action qui produisait des effets dans le monde était également un acte librement voulu par son auteur : l'un n'allait pas sans l'autre. L'influence du positivisme, le succès de la théorie du risque ont toutefois conduit à l'« objectivation » de la responsabilité au sens où ce sont désormais les aspects *matériels* de l'action délictueuse qui en constituent les conditions. Dans ce contexte, la causalité est fondamentale : le risque ne se définit pas autrement que par la probabilité d'engendrer un dommage.

Attribuer la causalité sur le fondement de ce risque revient donc, tout simplement, à tenir pour responsable celui qui a causé, matériellement parlant, le dommage subi par la victime, peu important les aspects moraux ou psychologiques de son geste. L'indifférence à la faute subjective mène donc à une « responsabilité causale », au sens où le seul fait causal du défendeur suffit à justifier l'imputation d'une responsabilité. Cela est logique : la responsabilité étant justifiée par la probabilité générale de dommage engendrée par certaines situations, il y a responsabilité dès lors que le risque se réalise.

De ce point de vue, l'idée de *responsabilité causale* paraît séduisante. Mais la causalité ne fait que tracer une *relation* entre des événements. Seule l'identification d'une *illicéité* peut fonder une responsabilité. Nous évoquerons donc les progrès de l'idée de « responsabilité causale » dans le droit positif de la responsabilité (A) avant d'analyser sa pertinence théorique (B).

A. L'idée de responsabilité causale en droit positif

346. L'idée selon laquelle un simple « fait causal » pourrait suffire à déclencher la responsabilité civile fut baptisée, par Henri et Léon Mazeaud, théorie du « risque intégral »¹²¹⁴. Dans cette perspective, c'est la situation de *risque* –au sens d'une probabilité

¹²¹⁴ « Tout fait causant à autrui un dommage oblige à réparation. La responsabilité civile existe dès lors que deux éléments sont réunis : un dommage, un lien de causalité entre ce dommage et l'activité du défendeur. C'est la théorie du risque intégral : « quiconque agit doit subir les risques de son activité, qu'elle s'exerce soit isolément et directement, soit par l'intermédiaire d'autres activités ou d'autres forces » ». H et L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique ...*, t. 1, n°347. La théorie s'apparente, sous cette forme, à celle de la garantie défendue par B. Starck.

significative de réalisation de certains dommages- qui fonde l'imputation de la responsabilité. Cela signifie-t-il que le critère de causalité retenu pour la mise en œuvre d'une telle responsabilité sera celui de la probabilité *ex ante* ? En réalité, il ne faut pas confondre la *justification* de la responsabilité et son *régime* : si la probabilité, donc le risque, fonde la responsabilité, cette dernière ne peut être engagée qu'après vérification d'une causalité *effective* que, seul, le critère de la condition *sine qua non* garantit. Le principal critère de causalité est donc, plus que jamais, la causalité *sine qua non*. Il reste que la probabilité *ex ante* permet d'identifier les situations risquées, dangereuses, donc illicites. Nous évoquerons ces deux critères en étudiant la place de la causalité dans la responsabilité pour faute (1) et les responsabilités sans faute (2).

1. Le fait causal dans la responsabilité pour faute

347. La conception traditionnelle de la faute civile en droit français retient deux éléments. Le premier est *matériel* et objectif : il s'agit d'un comportement modifiant le monde extérieur dont on estime qu'il constitue une erreur, un écart de conduite. Le second est la composante *subjective*, psychologique, la volonté qui aurait pu empêcher le fait anormal, appelé tantôt « imputabilité » tantôt « culpabilité », qui traduit le lien existant entre l'acte et son auteur. L'abandon, au cours du XXe siècle, de exigences de culpabilité et d'imputabilité dans l'appréciation de la faute civile a considérablement renforcé l'élément matériel, donc le poids de la causalité. De fait, la faute, progressivement dépouillée de tout contenu moral, s'est rapprochée de l'idée de « fait causal ». L'affaiblissement de l'élément d'imputabilité (a) a, en effet, conduit à mettre en relief l'écart de conduite que constitue le fait de causer un dommage (b).

a. Causalité et imputabilité

348. Un acte est imputable à celui qui l'a matériellement commis lorsque ce dernier a agi librement, ce qui signifie qu'il avait la possibilité de se représenter la réalité et les conséquences de son geste. En ce sens, l'imputabilité est d'abord psychologique¹²¹⁵, elle

¹²¹⁵ A cet égard, l'imputabilité est une « notion à prédominance psychologique ou psychique qui apparaît comme une condition subjective de la responsabilité fondée sur la liberté de l'agent dans l'accomplissement de l'acte dommageable ». Viney et Jourdain, *op. cit.* n°333-2. V. P. Jourdain, *Recherches sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, thèse Paris II, 1982. De même, les pénalistes soulignent que « l'imputabilité pose le problème du libre arbitre de la personne humaine : un individu est imputable lorsque, au moment où il agit, il a la faculté de comprendre la portée

implique de s'interroger sur la liberté de l'agent (i). Mais cette interrogation elle-même suppose acquise l'imputabilité matérielle de l'acte (ii) qui peut parfois poser des difficultés.

1°) Causalité et imputabilité morale

349. L'imputabilité, lien moral. L'imputabilité morale relève de la capacité de l'agent à se représenter la réalité et les conséquences de ses actes. Il n'est, en effet, blâmable qu'en tant qu'il est libre. En cela, la condition d'imputabilité se distingue de la causalité malgré la confusion parfois opérée dans le langage courant¹²¹⁶. L'imputabilité, qui rattache un acte à un agent en formulant « une appréciation du comportement et de la psychologie de l'agent dans sa relation à l'acte »¹²¹⁷, est donc une question d'ordre purement psychologique, alors que le lien de causalité est concret et matériel. La distinction, nette et franche, entre causalité et imputabilité morale n'est toujours pas entièrement partagée. Nous avons vu que Paul Esmein ne dissociait pas l'appréciation de la causalité des considérations d'ordre psychologique et moral¹²¹⁸. De même Hart et Honoré incluent les considérations morales dans les éléments pouvant jouer sur la qualification du lien de causalité¹²¹⁹. L'amalgame nous paraît devoir être évité. La causalité est, en tant que telle, un lien matériel, objectif, entre deux phénomènes. D'ailleurs, la condition d'imputabilité morale a connu, en droit civil, un net recul.

350. Recul de l'imputabilité morale. L'évolution de la faute subjective est bien connue. En introduisant, par la loi du 3 janvier 1968, un article 489-2 dans le Code civil, qui avait pour effet de rendre les malades mentaux aptes à la responsabilité délictuelle, le législateur a fait prévaloir une conception de la responsabilité dans laquelle les faits matériels sont déterminants. En 1984, plusieurs arrêts ont admis la responsabilité de l'*infans*, en estimant que ce dernier pouvait commettre une faute « objective »¹²²⁰. Autrement dit, la loi et la jurisprudence ont fait disparaître l'imputabilité morale des

de ses actes – aptitude à distinguer le bien du mal- et la liberté de vouloir ». Conte et Maistre du Chambon, *op. cit.* n°352.

¹²¹⁶ La confusion est à vrai dire entretenue par l'utilisation du terme d' « imputabilité du dommage à l'accident » en matière d'accidents de la circulation ou d'accidents du travail.

¹²¹⁷ Viney et Jourdain, *op. cit.* n° 332-2.

¹²¹⁸ V. *supra* n°233.

¹²¹⁹ V. *supra* n°263 et s.

¹²²⁰ V. not. les arrêts *Derguini et Lemaire*, Cass. ass. plén. 9 mai 1984, JCP G 1984, II, 20256 note P. Jourdain ; D. 1984 p. 525, note F. Chabas.

conditions de la responsabilité du fait personnel, au profit des événements matériels et objectifs ayant abouti au dommage. Cette évolution est justifiée. « A la vérité, le juge ne peut considérer les hommes que de l'extérieur. S'il prétend les pénétrer, il commencera à entrevoir les raisons de leurs défauts et il ne se permettra jamais de les condamner »¹²²¹. La faute, désormais dépourvue de tout contenu moral, se résume à un acte observé « de l'extérieur » dont on estime qu'il constitue un écart de conduite. Autrement dit, la faute civile correspond à la violation d'un devoir de conduite¹²²². Il reste que la disparition de la condition d'imputabilité morale ne doit pas faire oublier la nécessité de pouvoir rattacher l'acte délictueux à son auteur, matériellement parlant. Tel est le problème de l'imputabilité matérielle.

2°) Causalité et imputabilité matérielle

351. La question de l'imputabilité matérielle¹²²³. De nos jours, dit-on, la faute n'est plus « qu'un concept technique, purgé de toute connotation morale »¹²²⁴. Autrement dit, la responsabilité civile se fonde désormais sur les seuls aspects matériels du comportement du défendeur, abstraction faite de toute considération psychologique. Encore faut-il, toutefois, que l'acte fautif générateur du dommage ait bel et bien été commis, matériellement parlant, par le défendeur. Les pénalistes précisent que « l'auteur matériel est l'individu qui réunit en sa personnes tous les éléments de l'infraction envisagée et, plus spécialement, l'élément matériel : son comportement correspond exactement à l'action ou à l'omission incriminée. A ce titre, il commet l'infraction ou tente de la commettre »¹²²⁵. En droit civil, cet aspect paraît moins délicat, faute de description préalable de l'acte à qualifier

¹²²¹ André Tunc, *Travaux du Colloque de Bâle de 1968*, « Fondements et fonctions de la responsabilité civile », p. 203-204, cité par Viney et Jourdain, n° 444. La justification de cette idée est d'abord la « nécessité d'assurer la protection des victimes (...) contre les comportements anormaux » (Viney et Jourdain, n°444). On a aussi soutenu qu'un jugement moral ou psychologique n'est ni possible, ni légitime.

¹²²² On a parfois parlé de « transgression d'une norme de comportement », la gravité de la transgression ne peut être appréciée qu'en appliquant une norme de qualification dont le contenu ne se réfère à aucune notion d'ordre psychologique : il s'agit seulement de mesurer la « gravité objective » de la transgression, M. Puech, *L'illicéité dans la responsabilité civile extra-contractuelle*, LGDJ, Paris, 1973

¹²²³ On peut parler d'imputabilité matérielle ou d'imputabilité physique. V. P. Jourdain, *thèse préc.* spéc. n°242 et n°526 et s.

¹²²⁴ L. Cadiet, « Sur les faits et méfaits de l'idéologie de la réparation », art. préc. p. 500 note 33.

¹²²⁵ Conte et Maistre du Chambon, *op. cit.* n°402. L'auteur matériel est donc celui qui a commis les faits incriminés. On peut relever que l'imputabilité matérielle est le plus souvent étudiée dans le cadre de l'élément moral de l'infraction tant il est difficile de séparer l'appréciation matérielle et l'appréciation morale du lien unissant une personne à l'acte qu'elle a commis.

dans un texte d'incrimination. En temps normal, la question de l' « imputabilité matérielle » ne se pose pas : l'auteur de l'acte est tout simplement celui qui l'a commis. Cette évidence est l'hypothèse de départ de l'action en responsabilité. Mais les choses ne sont pas toujours aussi simples. Dans certains cas, il peut s'avérer difficile de déterminer celui qui a commis un acte donné. Tel est le cas lorsque l'auteur du dommage est une personne indéterminée au sein d'un groupe. Tel est également le cas lorsque le défendeur a physiquement commis l'acte, mais sous une contrainte telle qu'il est difficile de le considérer comme son auteur. Ce cas n'est pas totalement éloigné de celui dans laquelle une personne s'est associée à l'acte dommageable, sans le commettre directement. Dans toutes ces hypothèses, les difficultés relatives à l'imputabilité matérielle sont des questions de causalité.

352. L'auteur indéterminé au sein d'un groupe¹²²⁶. Il est possible que l'acte à l'origine du dommage soit identifié mais que son auteur ne le soit pas. Le cas d'école est, sur ce point, l'exemple de l'accident de chasse. Plusieurs chasseurs ont tiré en même temps dans la même direction, mais on ne sait de qui provient la balle qui a effectivement blessé la victime. Il n'est pas contestable que cette question relève de la causalité. En droit pénal, la jurisprudence utilise, dans ce genre d'hypothèses, l'idée de « scène unique de violence » afin de décider que tous ceux qui s'y sont associés répondent de ses conséquences sans qu'il soit nécessaire de déterminer le rôle de chacun¹²²⁷. En droit civil, la question de l'auteur indéterminé a donné lieu à des développements divers¹²²⁸. On a parfois eu recours à l'idée de « faute commune » ou de « faute collective », ce qui permet de condamner *in solidum* chacun des protagonistes, mais suppose d'établir qu'ils ont tous été fautifs¹²²⁹. Dans les cas d'accidents de chasse, la jurisprudence a parfois retenu la théorie de la gerbe unique, fondée sur l'article 1384 al. 1, ce qui permet, là encore, de condamner *in solidum*

¹²²⁶ On étudie cette difficulté en droit pénal dans le cadre de la *coaction*. Plusieurs personnes peuvent être coauteurs lorsque, chacune prise isolément, a exécuté l'acte correspondant à la définition de l'*infraction*. La coaction n'est en principe que la juxtaposition de plusieurs actions délictueuses qui ont été exécutées de façon concomitante. Le sort de chaque coauteur est examiné séparément et chacun est réputé avoir commis une *infraction* à part entière. Mais tous les éléments de l'*infraction* doivent être caractérisés pour chacun.

¹²²⁷ Cass. crim 13 juin 1972, Bull. crim. n°195. V. Conte et Maistre du Chambon, *op. cit.* n°402.

¹²²⁸ V. H. Aberkane, « Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes », RTD civ. 1958, p. 516. La question posée par les accidents de chasse a également donné lieu à d'intenses développements en *Common Law*, v. *infra* n°561.

¹²²⁹ Par exemple, un ascenseur abîmé en raison d'une surcharge liée à des utilisateurs en surnombre implique l'ensemble desdits utilisateurs. Cass. 2^e civ. 18 novembre 1987, Bull. civ. II. n°237.

tous les chasseurs impliqués¹²³⁰. On a également retenu parfois l'idée de « garde commune »¹²³¹. La proposition de réforme du droit de la responsabilité civile, élaborée sous la direction de M. Catala, contient un article 1348 qui dispose : « Lorsqu'un dommage est causé par un membre indéterminé d'un groupe, tous les membres identifiés en répondent solidairement, sauf pour chacun d'eux à démontrer qu'il ne peut en être l'auteur »¹²³². Quoiqu'il en soit, la question implique, ultimement, de déterminer l'auteur véritable, donc la cause, du dommage¹²³³.

353. Imputabilité matérielle et liberté d'action. La question de l'imputabilité morale posait la question de l'action volontaire de l'agent. Elle supposait que le responsable avait voulu pleinement son acte au sens où il disposait du discernement suffisant pour se représenter la réalité et exercer sa volonté en connaissance de cause. La liberté prise en considération dans l'appréciation de l'imputabilité morale était donc une liberté *morale* relative à la volonté. Cet aspect disparu, il n'est toutefois pas possible d'écarter totalement toute considération relative à la liberté d'action de l'agent. Si le discernement n'est plus pris en compte, restent néanmoins les circonstances de fait qui ont pu largement influencer sur la capacité d'action du défendeur. Il convient, en effet, de savoir si ce dernier pouvait faire autrement, si son action n'a pas été (matériellement) contrainte. Supposons, en effet, que l'agent ait agi sous l'effet d'une contrainte telle qu'il ne pouvait agir différemment. Dans ce cas, et bien qu'il ait physiquement commis l'acte considéré, l'imputabilité matérielle ne nous semble pas acquise. Il n'y avait pas moyen pour qu'il agisse autrement : on dira qu'il n'y avait pas délit. Nous retrouverons ces hypothèses de « contrainte », connues du droit pénal, lors de notre étude de la force majeure.

Cette difficulté relative à l'imputabilité matérielle se rapproche largement de la causalité. Nous savons que la cause est l'initiative qui a modifié le cours des choses, le fait intervenu dans le cours des événements, en l'absence duquel l'enchaînement des faits aurait été distinct. Pour qu'elle puisse être cause, encore faut-il pouvoir imaginer que cette intervention aurait pu ne pas se produire. Si l'agent se trouvait dépourvu de toute liberté

¹²³⁰ Cass. 2^e civ. 11 février 1966, D. 1966, p. 228 concl. Schmelck.

¹²³¹ Telle fut le cas à propos d'enfants ayant manipulé des allumettes qui ont conduit à l'incendie d'un bâtiment, Cass. 2^e civ. 1^{er} avril 1981, Bull. civ. I, n°84.

¹²³² *Avant projet de réforme du droit des obligations, op. cit.* p. 154.

¹²³³ Sur les éléments de solution à cette question, voir *infra* n°560.

d'action, de sorte qu'il ne pouvait qu'agir comme il l'a fait, si, donc, son fait était inéluctable, alors lui attribuer le titre de cause n'est pas justifié. Il sera plus cohérent de voir la cause dans le fait contraignant qui commande l'action de l'agent. Cette difficulté, bien que relative à l'imputabilité matérielle, n'est pas très éloignée de l'imputabilité morale : l'agent, n'ayant pas le choix, était privé de toute liberté d'action, morale comme physique. Mais ce cas de figure ne correspond pas, toutefois à l'absence de discernement.

354. L'association à la commission de la faute. Une autre hypothèse se trouve à la frontière de l'imputabilité morale et matérielle, tout en se rapprochant largement de la question causale. Il se peut, en effet, qu'un tiers soit à l'origine du délit commis par le défendeur, au sens où il a incité le défendeur à agir, ou lui a fourni l'opportunité de commettre une faute. Il peut même avoir exercé une forme de contrainte, tout en laissant à l'agent une certaine liberté d'action. Certes, le tiers n'a pas personnellement commis l'acte délictueux mais il y est, en quelque sorte, associé. Hart et Honoré retenaient là un lien causal entre l'acte du tiers et celui du défendeur. En droit pénal, la théorie de *l'auteur moral* admet qu'une personne puisse être intellectuellement et moralement à l'origine de la faute même s'il n'y a aucune relation matérielle entre elle et l'acte considéré. « L'auteur moral est celui qui fait commettre l'infraction par un autre »¹²³⁴. Certains textes d'incrimination prévoient¹²³⁵ expressément l'éventualité d'un auteur de l'infraction s'ajoutant à l'auteur matériel. Lorsque les textes ne le prévoient pas, la jurisprudence le retient lorsque l'agent n'a été manifestement qu'un objet obéissant et passif entre les mains de l'auteur moral¹²³⁶. En outre, la *complicité* admet que l'on peut être associé à la commission d'une infraction sans en être l'auteur direct, ce qui signifie que l'acte du complice est, *a minima*, une condition nécessaire de l'infraction¹²³⁷. La sanction de *l'instigation* a, d'ailleurs, été

¹²³⁴ Conte et Maistre du Chambon, *op. cit.*, n° 404.

¹²³⁵ Celui qui fait exécuter une infraction peut être considéré comme l'auteur plein et entier de cette dernière. Dans ces hypothèses l'auteur moral est punissable même si celui par lequel il comptait agir n'est pas passé à l'acte. Tel est le cas dans la subornation de témoins, même si le faux témoin n'est pas passé à l'acte (art 434-15 CP). Même solution pour la provocation au suicide (art. 223-13).

¹²³⁶ Tel est surtout le cas lorsque le tiers était inconscient du rôle qu'on lui faisait jouer.

¹²³⁷ « Le complice s'associe à l'acte de l'auteur principal par un comportement nécessairement distinct de celui qui caractérise la co-action (et l'action) : il ne commet pas l'infraction à laquelle il participe. (...) La criminalité du complice est dépendante de celle de l'auteur principal » Conte et Maistre du Chambon, *op. cit.* n°406. V. Philippe Salvage, « Le lien de causalité en matière de complicité », RSC 1981, p. 25.

envisagée lors des discussions relatives au Nouveau Code pénal¹²³⁸.

Dans les hypothèses précitées, la participation du tiers à l'acte illicite entraîne la responsabilité de ce dernier, mais elle n'a pas pour conséquence d'*exclure* l'imputabilité de l'acte à son auteur matériel. En droit civil, la situation s'analyse en terme de *pluralité des causes*. On estimera que le tiers a constitué, par son comportement, l'une des causes de l'acte dommageable. Pour Hart et Honoré, il faut sanctionner celui qui a fourni le motif ou l'opportunité de causer un dommage lorsque son acte est illicite et que cette illicéité découle justement du fait que l'acte était de nature à provoquer la commission d'une faute dommageable¹²³⁹. En droit français, la jurisprudence relative au vol de voiture laisse penser que cette position n'est pas consacrée par le juge civil. Lorsque le propriétaire d'une voiture a laissé son véhicule stationné sur la voie publique, sans le verrouiller et en laissant la clef de contact à l'intérieur, il a permis, par sa négligence, la survenance de l'accident causé par le voleur du véhicule. Mais les tribunaux refusent de retenir un lien causal dans ce cas de figure¹²⁴⁰. Tel fut également la solution retenue récemment dans le cas de celui qui avait oublié son chéquier dans une cabine téléphonique¹²⁴¹. Un voleur s'en était emparé et avait émis trois chèques demeurés impayés du fait de l'interdiction opérée par le titulaire du compte. Le bénéficiaire de ces chèques n'obtint pas réparation du titulaire du chéquier, faute de lien causal.

b. Causalité et comportement illicite

355. La notion de faute : l'écart de conduite. Le principal élément de la faute en tant que fait illicite donnant lieu à responsabilité est sa composante matérielle : la faute, civile ou pénale, se manifeste extérieurement par un changement dans le monde. Il s'agit d'une attitude que l'on peut qualifier de contraire au droit en l'observant « de l'extérieur »,

¹²³⁸ Il était question de consacrer cette notion, à mi-chemin entre la co-action et la complicité en visant celui qui par don, promesse, ruse, menaces, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir avait provoqué la commission d'une *infraction* par un tiers. Cette notion générale n'a pas été retenue même si certaines dispositions particulières s'y réfèrent.

¹²³⁹ V. *supra* n°258 et 259.

¹²⁴⁰ Cass. 2^e civ. 1^{er} avril 1963, D. 1963, p. 403. *Contra*. Cass. 2^e civ. 11 janvier 1979, Bull. civ. II n°19 : un homme avait laissé une arme chargée dans une pièce accessible à des enfants, il a donc contribué au dommage causé par celui qui a blessé un camarade avec l'arme en question. Le fait qu'un enfant soit en cause est probablement déterminant pour la solution de l'arrêt.

¹²⁴¹ Cass. 2^e civ. 7 décembre 1988 Bull. civ. II n°246, RTD civ. 1989 p. 557 obs. P. Jourdain, D. 88 IR 303.

sans tenir compte de l'état d'esprit de l'auteur. Reste à savoir comment déterminer le critère de l'*illicéité* d'un comportement donné¹²⁴². On parle généralement d'une erreur, d'un écart de conduite, qui résulte de la violation d'une norme légale, des usages, de devoirs considérés comme généraux, des attitudes normales ou habituelles¹²⁴³... L'*aptitude de l'acte à causer un dommage* n'est, à cet égard, pas indifférente. L'importance quasi-exclusive de la composante matérielle de la faute dans la responsabilité civile contemporaine, a logiquement renforcé le poids global de la causalité. Dès lors qu'est négligée la psychologie du défendeur au profit exclusif des faits concrets, la causalité est essentielle. L'approche conséquentialiste est le réflexe de celui qui renonce à sonder l'intention. C'est ainsi que se présente l'éventualité d'une faute qui ne serait plus qu'un simple « fait causal »¹²⁴⁴.

A vrai dire, l'idée de causalité peut intervenir à deux niveaux. Soit la faute constitue la violation d'une règle précisément établie en vue de prévenir la survenance de certains effets dommageables : le « potentiel causal » de l'acte fautif, étant la raison de sa condamnation, en sera, logiquement, un élément de sa qualification. Soit, en l'absence de règle déterminée, l'acte fautif sera qualifié de faute en raison de son aptitude à causer un dommage, compte tenu du devoir général de ne pas nuire à autrui¹²⁴⁵. Ce raisonnement implique d'évaluer le *potentiel causal* du fait considéré, donc de se référer à la *probabilité ex ante* de dommage générée par l'acte fautif. Cette analyse de la causalité potentielle, propre au fait générateur, ne correspond pas nécessairement à l'analyse de la causalité *effective* liant la faute au dommage. La responsabilité civile ne sanctionne pas, en principe, d'actes n'ayant pas

¹²⁴² Si l'article 1382 parle de « fait », il est toujours allé de soi qu'il vise en réalité la faute : le fait qui cause à autrui un dommage doit être fautif. « Bien que le terme de faute ne figure que dans une proposition incidente et quels qu'aient été ensuite les efforts déployés pour tirer argument de cette position subordonnée, la lettre et l'esprit de la loi ne sont pas, à ce sujet, douteux ». Terré, Simler, Lequette, *op. cit.* n°715.

¹²⁴³ L'essentiel est que « tous les auteurs reconnaissent que la méconnaissance d'une norme imposée par le droit est indispensable à la constatation d'une faute » (Viney et Jourdain, *op. cit.* n°443). La faute apparaît donc en définitive comme « la violation d'une norme ou d'un devoir qui s'imposait à l'agent » (*ibid.*) ou comme « un comportement illicite qui contrevient à une obligation ou à un devoir imposé par la loi ou par la coutume » (Ph. Le Tourneau, *op. cit.* n°5705). Au total, il s'agit d'un comportement que l'on aurait été bien inspiré d'éviter.

¹²⁴⁴ « Qui sait si, demain, (...), le simple fait causal ne suffira pas à engager la responsabilité du fait personnel de son auteur, quel qu'il soit ? » Fabrice Leduc, « Le spectre du fait causal », RCA 2001, chron. 20. V. sur ce sujet M. Mahdavi-Sabet, *Essai sur la notion de lien de causalité en droit pénal français*, thèse Paris 2, 1987, p. 9.

¹²⁴⁵ Il s'agit là d'une « norme fondamentale de comportement », M. Puech, *thèse préc.* n°31 et s.

produit leurs effets, sur la base d'une simple causalité potentielle¹²⁴⁶. Mais, lorsque des effets se sont produits, l'analyse de la *probabilité causale* justifiant la qualification de la faute, peut se distinguer de l'analyse du lien de causalité *réalisé* entre l'acte du défendeur et le dommage. Concernant la qualification de la faute, il convient de distinguer deux possibilités : soit l'acte est fautif parce qu'il a effectivement causé le dommage dont la victime se plaint¹²⁴⁷, soit l'acte est qualifié de faute parce qu'il était *de nature* à causer le dommage.

1°) La causalité effective de la faute

356. Faute et réalisation du dommage. Sanctionner un acte en tant qu'il a *causé* un effet illicite suppose de raisonner à partir de ce résultat. On utilise souvent le terme d'« atteinte » pour exprimer que le résultat constitue la violation d'un intérêt juridiquement protégé. A cet égard, les atteintes les plus facilement identifiables sont celles qui violent des droits subjectifs reconnus. Dans certains cas, le comportement fautif et le dommage se confondent, si bien que l'identification du lien causal est inutile : tel est le cas en matière d'atteinte à la vie privée. Dans d'autres cas, établir la faute suppose une analyse causale plus poussée. A partir d'un dommage donné, telle une atteinte à l'intégrité corporelle, il faut remonter à la faute.

Le droit pénal pratique un tel raisonnement en matière d'infractions dites « de résultat »¹²⁴⁸, qui peuvent être intentionnelles ou non. Ces incriminations ne visent pas des actes précis constitutifs de la faute mais tout comportement ayant eu pour effet de produire un résultat précis¹²⁴⁹. Le législateur, souhaitant protéger une valeur donnée, incrimine tout réalisation

¹²⁴⁶ A l'exception de la décision précitée Cass. 3^e civ. 17 décembre 2002, JCP G 2004, chron. I, 101, n°5, obs. G. Viney, ainsi que du cas des troubles de voisinage. V. *supra* n°323.

¹²⁴⁷ Les tribunaux ont parfois tendance à confondre « fait dommageable » et « causalité » : la Cour de cassation observe fréquemment « que les juges du fond ont pu constater (ou ne pouvaient constater) l'existence (ou l'absence) d'une faute en relation de causalité avec le dommage. » Viney et Jourdain, *op. cit.* n°350.

¹²⁴⁸ « La justice pénale réagit contre un résultat qu'elle considère comme une lésion à un bien juridique que le législateur protège » et, « dans sa réaction, (...) cherche à trouver un auteur responsable, un auteur à l'activité duquel le résultat peut être imputé. » N. Hosni, *op. cit.* p. 209. Merle et Vitu soulignent que « le résultat, qui commande la consommation des *infractions* matérielles se confond avec ce que le Code Pénal appelle quelque fois « les suites ou « les effets » de l'*infraction* et que les pénalistes du XIX^e siècle appelaient plus concrètement le « mal du délit », c'est-à-dire un trouble social ou privé particulièrement grave en relation causale avec le comportement du délinquant : ce trouble social ou privé qui est précisément la seule justification de l'intervention de la loi pénale » Merle et Vitu, *op. cit.* n°488.

¹²⁴⁹ Certaines ne mentionnent qu'un résultat, indépendamment de l'agissement qui l'a produit.

d'un résultat précis¹²⁵⁰. Le contenu de telles infractions est largement ouvert puisqu'on raisonne à partir de la conséquence produite. On établit donc l'infraction en partant de l'effet, en cherchant à rattacher ce résultat à un acte humain comme tel punissable¹²⁵¹. Tel est le cas des infractions d'imprudence ou de négligence, comme l'homicide ou les blessures involontaires, qui sont établies à partir de l'effet (décès ou blessure de la victime). Le lien de causalité, qui fait le lien entre ce résultat illicite et l'acte l'ayant engendré, est donc capital¹²⁵². Et c'est en tant qu'il a causé un résultat préjudiciable que le défendeur est condamné : c'est la causalité effective qui est ici prise en compte.

Une telle conception de la faute a déjà été développée en droit civil. Voulant éviter à la victime d'avoir à prouver l'inobservation des règlements, la négligence ou l'imprudence du conducteur d'une automobile ayant causé un accident, le Procureur général Leclerq estimait que la faute était amplement démontrée par le fait même de l'accident, la faute étant constituée par l'atteinte à l'intégrité de la personne ou du patrimoine de la victime. L'atteinte elle-même établissait « l'inexécution de l'un des devoirs essentiels qui s'imposent aux membres du corps social dans leurs rapports réciproques »¹²⁵³. On accusa cette théorie d'assimiler la faute au dommage et de vider la faute de tout contenu¹²⁵⁴. Il est vrai qu'en principe, le droit positif exige la preuve d'un écart de comportement : le simple fait d'avoir causé le dommage ne suffit pas. Une solution pour établir la faute consiste donc à se fonder sur la probabilité de dommage qu'elle engendrait.

2°) La causalité potentielle de la faute

357. Faute et probabilité de dommage. Raisonner sur la causalité potentielle, c'est raisonner sur le danger, le risque. Si la responsabilité civile ne condamne pas en tant que

¹²⁵⁰ Hosni, *op. cit.* p. 209

¹²⁵¹ Dans les incriminations pénales, sont employés les verbes « résulter », « causer », « entraîner », « provoquer », ainsi que l'expression « suivi de », qui traduisent tous l'idée de résultat appréhendé en tant que conséquence causée par le geste criminel. L'incrimination de la tentative parle « d'effet » (art. 121-5 Code pénal). Enfin, le Code Pénal de 1994 consacre le succès grandissant de la notion d'« atteinte ». V. J. -Y. Maréchal, thèse préc. n°20 et s.

¹²⁵² Si, « contrairement à leurs collègues civilistes, les pénalistes s'intéressent inégalement au lien de causalité entre le comportement et le résultat » (J. Pradel, *Droit Pénal Général*, n°377) ce serait parce que « cette discrétion témoigne paradoxalement de son importance : le rôle de la causalité est tellement évident qu'il n'est pas nécessaire d'y insister longuement. » (Conte et Maistre du Chambon, *op. cit.* n°347).

¹²⁵³ Viney et Jourdain, *op. cit.* n°458. Sur la théorie du Procureur Général P. Leclerq, v. G. Schamps, thèse préc. n°31 p. 611 et s.

¹²⁵⁴ H. et L. Mazeaud et A. Tunc, *Traité théorique et pratique...*, *op. cit.* n°385.

telle, la simple création d'un risque, cette dernière est néanmoins civilement sanctionnée dès lors que des effets dommageables se sont réalisés¹²⁵⁵. Mais une telle circonstance n'exclut pas que le simple potentiel causal permettant de qualifier la faute, relève d'une analyse distincte de celle qui concerne les conséquences effectives de l'acte. La qualification de la faute conduit à tenir compte de la *probabilité ex ante* de dommage alors que le lien de causalité effectif suppose d'établir que la faute constitue une condition *sine qua non* du dommage. On pourrait croire que cela revient au même. Mais ce n'est pas le cas. Se fonder sur une probabilité de dommage pour qualifier la faute suppose de se référer à une généralisation causale abstraite permettant de dire que tel type d'acte est de nature à générer un certain type d'effet dommageable. En revanche, le test de la condition *sine qua non* consiste à analyser le *cas particulier* considéré en se demandant, si, en l'espèce, la faute constituait bien une condition nécessaire du dommage. Les causalités mobilisées pour qualifier la faute ou la causalité ne sont donc pas, en principe, du même ordre.

Tel que nous l'avons évoqué, le critère de la probabilité *ex ante* de dommage est objectif. C'est la probabilité objective de dommage générée par l'acte du défendeur qui permet de qualifier la faute. En ce sens, sera fautif tout acte objectivement dangereux. A cet égard, plus la probabilité sera élevée, plus la faute sera considérée comme grave. En cas de pluralité d'auteurs, la gravité respective des fautes des auteurs sera proportionnelle à leur potentiel causal¹²⁵⁶. Une optique plus subjective consiste à se fonder sur la conscience du risque que l'agent pouvait avoir : il ne s'agit plus de probabilité mais de prévisibilité. On tiendra ainsi compte de ce qu'un homme diligent et raisonnable était en mesure de prévoir, placé dans les mêmes circonstances. Plus le dommage était probable du point de vue d'un homme ordinaire, plus la faute est grave¹²⁵⁷. Cette optique paraît plus juste, mais elle est aussi plus restrictive.

¹²⁵⁵ V. par ex. G. Schamps, thèse préc. p. 595 et s. R. Savatier, *Traité de la responsabilité civile*, tome 2, *op. cit.* n°471.

¹²⁵⁶ Si l'on considère la « norme de qualification » de la faute, on s'aperçoit qu'elle prend en compte « une relation entre le comportement matériel et ses résultats, la probabilité étant l'élément caractéristique de cette norme de qualification. L'ordre juridique prescrit que tel événement est probable en tant que conséquence d'une certaine conduite, et par suite ordonne de s'abstenir de la provoquer. La transgression de cette norme de comportement sera dite légère en l'absence de cette probabilité ; elle sera dite lourde, au contraire, lorsque l'ordre juridique prescrivait cette probabilité » Marc Puech, thèse préc. n°77 et s.

¹²⁵⁷ La gravité de la faute conserve un intérêt en droit civil dans le contexte de la pluralité d'auteurs.

358. L'exemple du droit pénal. En droit pénal, la prise en considération de leurs conséquences concrètes justifie l'incrimination de nombreux comportements criminels. L'acte est considéré comme fautif parce qu'il recèle en lui-même la possibilité de produire des conséquences que l'on entend éviter.¹²⁵⁸ La méthode du législateur consiste « à partir du résultat que l'on redoute, à inventorier les différents actes qui sont aptes à le causer, pour prononcer leur incrimination »¹²⁵⁹. L'incrimination elle-même comporte donc, bien avant l'application de la norme pénale par le juge, une analyse de la causalité¹²⁶⁰. Les infractions qui se fondent sur la probabilité de résultat illicite généré par la faute n'exigent pas nécessairement que le résultat se soit produit¹²⁶¹. Parfois, le contenu de la faute est ouvert, pourvu que l'acte engendre une probabilité non négligeable de survenance de l'effet redouté¹²⁶². Par exemple, dans l'infraction d'empoisonnement, l'exigence d'une « substance mortifère » oblige nécessairement à vérifier que la substance considérée était de nature à causer la mort de la personne l'ayant absorbée. Cela signifie une probabilité de décès proche des 100%. A propos de la mise en danger délibérée (article 223-1 Code pénal), qui est une infraction formelle, la jurisprudence requiert une probabilité relativement élevée sans exiger une certitude à 100%.

¹²⁵⁸ Il est incriminé en fonction de « la possibilité objective que l'acte renferme par rapport au résultat » Hosni, *op. cit.* p. 209

¹²⁵⁹ En effet, « ce lien, très étroit entre l'acte incriminé et son résultat (...) permet de comprendre que l'acte n'est pas anormal en soi : il ne l'est que par référence au résultat lui-même anormal, car perturbateur de l'ordre social qu'il entraîne. D'autre part il révèle le rapport de causalité entre l'acte et son résultat sociologique dans une conception objective des *infractions*. D'abord, parce que ce rapport de causalité est nécessaire : il ne serait pas justifié d'incriminer un comportement en fonction d'un résultat qu'il ne saurait engendrer. Ensuite, parce que ce rapport de causalité est sujet à variations : dans la chaîne des causes, l'acte envisagé peut être plus ou moins éloigné du résultat. Or il est évident que ce lien de causalité entre l'acte et son résultat ne peut pas être trop relâché (...). » Conte et Maistre du Chambon, *op. cit.* n° 41.

¹²⁶⁰ « Lorsqu'un acte est de nature à causer un trouble à l'ordre public, son incrimination est justifiée ». Conte, et Maistre du Chambon, *op. cit.* n° 40.

¹²⁶¹ Les délits obstacles incriminent des comportements créant une simple *éventualité* d'un résultat perturbateur. Par ailleurs, le commencement d'exécution requis pour la tentative suppose également une probabilité causale : la Cour de cassation utilise fréquemment des formules du type : « qui devait avoir pour conséquence directe et immédiate de consommer le délit », « qui tend directement et immédiatement à la consommation du délit ». Conte et Maistre du Chambon, *op. cit.* n°333.

¹²⁶² « Du point de vue de la politique criminelle, le législateur incrimine ces comportements précisément parce que, destinés à causer de manière quasi-certaine le résultat de l'*infraction* matérielle homologue, ils auront le même résultat sociologique : l'empoisonnement causera la mort de la victime. » Conte et Maistre du Chambon, *op. cit.* n°345 Si le texte même d'incrimination repose sur un jugement de causalité, la remarque est vraie a fortiori pour l'interprétation et l'application du texte considéré. Dès lors que la mesure du potentiel causal de chaque comportement détermine l'incrimination de ce dernier, la causalité devient un critère de qualification de l'acte incriminé, même s'il ne s'agit ici que de qualifier la faute.

La qualification de la faute sur la base de son « potentiel causal objectif » a été compliquée par les nouvelles dispositions de la loi du 10 juillet 2000 relative aux infractions non intentionnelles. En effet, lorsque la causalité est « indirecte », il faut, pour qu'une personne physique soit condamnée, établir qu'elle a « soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité, prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer » (art. 121-3 al. 4 Code pénal). Dans ce dernier cas, il faut pouvoir qualifier le fait du responsable de faute de mise en danger délibérée¹²⁶³ ou de faute caractérisée exposant autrui à « un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer ». La catégorie nouvelle de « faute caractérisée » comporte donc un élément subjectif tenant à l'état de conscience qu'avait le responsable au moment de commettre l'acte dommageable et un élément objectif résidant dans le risque de survenance de l'événement dommageable dont il faut fixer la probabilité au moment où le responsable a agi. On peut supposer que la faute sera dite « caractérisée » lorsque la probabilité est relativement élevée¹²⁶⁴. A cet égard, la règle est, sinon paradoxale, du moins contradictoire : d'un côté, en effet, le lien de causalité entre la faute et le dommage est par hypothèse *indirect* ; de l'autre, la faute est définie comme l'acte de nature à causer un risque ayant une *forte probabilité* de réalisation. Il faut donc admettre la possibilité de cas où le dommage ayant une forte probabilité de survenance n'a été causé qu'indirectement¹²⁶⁵. Là encore, la consécration, par la Loi du 10 juillet 2000, de la notion de causalité indirecte nous paraît critiquable.

¹²⁶³ Qui se définit comme la « violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement » : cette définition reprend la définition donnée par le Code pénal à l'*infraction* de risque causé à autrui (art. 223-1) et suppose que l'obligation violée soit particulière et prévue par la loi ou le règlement.

¹²⁶⁴ Il faudra examiner « la nature du risque » et « son degré de probabilité élevé ce qui signifie que le dommage qui s'est effectivement produit (...) devait être prévisible. F. Le Gunehec, Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels », JCP G, Actualité, 2000, p. 1587, n° 13. Dans son arrêt du 28 juin 2001 qui mettait un terme définitif à la célèbre affaire dite du Drac, la Cour d'appel de Lyon définit la faute caractérisée comme « un manquement caractérisé à des obligations professionnelles essentielles ou comme l'accumulation d'imprudences ou de négligences successives témoignant d'une impéritie prolongée », CA Lyon, 28 juin 2001, D. 2001, IR, 2562. « L'analyste ne peut alors que constater le lien existant entre l'intensité causale et la gravité de la faute ». « La gravité du risque ne dépend pas seulement du comportement de l'agent mais aussi des circonstances ; le raisonnement est identique à celui mené pour l'application du délit de mise en danger. » Sébastien Vignette, « La loi du 10 juillet 2000 et la sécurité routière », D. 2002, Jurisprudence, p. 1383.

¹²⁶⁵ Même s'il faut convenir que le caractère indirect de la causalité n'exclut pas nécessairement le fait que le risque réalisé était hautement probable.

359. Causalité potentielle, causalité effective. Le critère de la probabilité du dommage conduit d'ailleurs à une difficulté. Que faire lorsque l'acte est fautif en raison d'une certaine probabilité de dommage qu'il générerait mais que le dommage effectivement causé n'a rien à voir avec le dommage probable ? Ce qui rendait l'acte illicite ne s'est finalement pas réalisé : c'est autre chose qui s'est produit. Dans la « *risk theory* » de Cardozo, comme dans la théorie allemande de la relativité aquilienne, la responsabilité doit être écartée dans une telle hypothèse¹²⁶⁶. Le seul dommage réparable est celui dont la probabilité justifiait l'illicéité de l'acte. Dans l'affaire Palsgraf, l'employé de la compagnie de chemin de fer avait commis une négligence fautive à l'égard du voyageur qu'il avait aidé à monter dans le train en marche, mais pas à l'égard de Mme Palsgraf, qui n'avait été blessée qu'en raison d'un concours de circonstances¹²⁶⁷.

Cette approche restrictive conduit à faire de la probabilité *ex ante* le critère de la responsabilité¹²⁶⁸. Nous la croyons excessive. Elle a parfois été rejetée par la jurisprudence. Dans une affaire ancienne¹²⁶⁹, le jeune ouvrier d'une imprimerie, âgé de 15 ans, avait été retenu par son patron au-delà de la durée fixée par la loi pour une journée de travail. Pendant ce laps de temps, il s'était rendu dans un autre atelier, où il n'aurait pas dû se trouver, afin de chahuter avec un camarade et tomba sur une machine qui lui broya le crâne. La responsabilité fut ici retenue. En l'espèce, l'acte de l'employeur n'était pas fautif parce qu'il rendait probable un accident de cette nature, mais parce que la législation du travail a pour objectif de protéger les salariés contre un volume de travail excessif.

Cependant, il est arrivé que la responsabilité soit écartée lorsque ce qui rendait le fait illicite n'apparaissait pas en lien avec le dommage. Ces solutions semblent surtout justifiées par le

¹²⁶⁶ V. *supra* n°229.

¹²⁶⁷ V. *supra* n°229. Un autre exemple, tiré de la jurisprudence allemande, est celui d'un homme qui, rentrant ivre chez lui de nuit en bicyclette, tomba sur la chaussée. Un automobiliste diligent s'arrêta sur le bord de la route et sortit de sa voiture pour l'aider à se relever. Pendant ce temps, une autre voiture arriva et percuta le véhicule immobilisé, tuant la femme qui était restée à l'intérieur. En l'occurrence, la causalité entre la faute de l'ivrogne et le décès de la femme ne fut pas retenue bien que le comportement de l'ivrogne soit indubitablement une condition *sine qua non* du dommage. En effet, la conduite de l'ivrogne, bien que risquée, ne rendait pas spécialement probable le dommage qui s'est finalement réalisé. Hart et Honoré, *op. cit.* p. 462.

¹²⁶⁸ « La notion de causalité deviendrait inutile si l'on parvenait à déterminer, par une analyse objective de chaque norme obligatoire, quels sont les dommages dont elle garantit l'indemnisation. Il suffirait de constater que le dommage invoqué par la victime est de ceux contre lesquels le texte législatif ou le principe jurisprudentiel méconnu par l'auteur protégeait la victime pour que celle-ci puisse prétendre à la réparation », Viney et Jourdain, *op. cit.* n°336.

¹²⁶⁹ Cass. civ. 7 août 1895 DP 1896, I, 81, note M. Planiol.

fait que le test de la condition *sine qua non* n'est pas satisfait. Par exemple, le défaut de port de la ceinture de sécurité n'est pas en lien avec les blessures de la victime d'un accident s'il est acquis que le dommage aurait vraisemblablement été identique en cas de port de la ceinture¹²⁷⁰. Mais la responsabilité a pu être rejetée alors même que la faute du défendeur avait rendu possible l'accident. Ainsi a été écartée la condamnation d'un employeur qui avait embauché irrégulièrement un travailleur étranger du fait d'un accident du travail¹²⁷¹. De même a-t-on pu rejeter la responsabilité du conducteur d'une voiture non titulaire du permis, du fait de l'accident auquel il avait participé¹²⁷², ou celle d'un professeur de ski ayant prévu, contre le règlement, un entraînement un jour de compétition, du fait des conséquences de l'accident survenu lors dudit entraînement¹²⁷³. Il est vrai que ces solutions s'expliquent par référence au critère de la condition *sine qua non* : il n'était, en effet, pas acquis que le respect de la loi aurait permis d'éviter l'accident.

On peut en conclure que le type de dommage rendu prévisible par le fait illicite doit, dans la plupart des cas, correspondre au dommage qui se réalise effectivement¹²⁷⁴. Cette exigence relève moins de la consécration de la théorie de la relativité aquilienne que de la condition *sine qua non* et illustre à nouveau les liens étroits unissant causalité probabiliste et causalité *sine qua non*. Cela acquis, la responsabilité n'est pas automatiquement exclue lorsque le fait dommageable abouti à engendrer un dommage différent de celui que laissait présager la faute du défendeur : tout dépend du résultat auquel parvient le raisonnement contrefactuel.

360. Caractère causal de l'omission : qui peut et n'empêche, pêche. Il est traditionnellement admis que l'abstention d'agir puisse se révéler fautive. Du point de vue de la causalité, la chose peut ne pas paraître évidente. L'omission n'est pas, à proprement parler, un acte. Comment admettre qu'un fait purement négatif puisse engendrer des effets dans le monde ? Tout peut, en effet, être tôt ou tard qualifié d'abstention. C'est d'ailleurs à ce sujet que le raisonnement contrefactuel peut se révéler le plus absurde : il est toujours possible d'affirmer que tel ou tel acte aurait permis d'éviter le dommage. Alors en effet, qu'évaluer le caractère causal d'un fait positif suppose de le supprimer en pensée, voire de

¹²⁷⁰ Cass. 2^e civ. 7 février 1990, Bull. civ. II, n°21 ; RTD civ. 1990, p. 487 obs. P. Jourdain.

¹²⁷¹ Cass. soc. 7 mai 1943, S. 1943, 1, p. 106.

¹²⁷² Cass. civ. 20 octobre 1931, D. H. 1931, p. 538.

¹²⁷³ CA Nîmes, 28 mai, 1966, JCP G 1967, II, 15311, note P. Chauveau.

¹²⁷⁴ Par exemple lorsqu'un homme laisse une arme chargée à la portée de ses petits-enfants.

le remplacer par un acte licite, appréhender l'omission implique d'imaginer l'acte positif correspondant. Cela signifie que l'abstention ne vient, en tant que telle, à « l'existence » qu'au moment où l'on envisage qu'un acte positif aurait pu être réalisé en ses lieu et place. De ce point de vue, constituent, généralement, des abstentions, les omissions de faits positifs dont on pouvait attendre qu'ils se produisent. C'est surtout la non survenance d'un événement habituel qui permet de l'identifier comme une omission. Tel est le cas, par exemple, de celui qui omet d'arroser des fleurs alors qu'il avait l'habitude de le faire.

En matière juridique, la sanction d'une omission ne peut donc être opérée que si l'on pouvait raisonnablement espérer l'acte positif correspondant. Autrement dit, l'omission est prise en compte lorsqu'elle constitue la violation d'une obligation d'agir¹²⁷⁵. Aucune autre issue n'est logiquement envisageable. Les effets de l'omission sont déterminés par un raisonnement contrefactuel qui conduit à envisager ce qui se serait produit si le défendeur avait agi. Ainsi présentée, l'omission peut aisément être considérée comme un fait causal. Certes, il peut arriver que l'omission soit sanctionnée en tant que telle, indépendamment de ses effets. Par exemple, l'omission de porter secours est pénalement punissable même si l'état de la victime était de toutes les façons désespéré. Mais l'existence de tels cas de figure n'implique pas que l'omission soit, en soi, sans effets. Il est vrai que déterminer ce qui aurait pu changer, dans le cours des événements, si l'acte positif correspondant à l'omission était intervenu, peut paraître plus difficile que la suppression en pensée d'un fait dommageable. Tel est le cas, par exemple, en cas d'omission de fournir une information, ou d'abstention de prendre des mesures de sécurité. Ces cas de figure se rencontrent toutefois fréquemment dans le contentieux de la responsabilité.

361. Conclusion sur la responsabilité pour faute. Si l'on peut parler de « fait causal » dans la responsabilité pour faute, c'est au sens où le fait fautif se révèle risqué car il génère une certaine probabilité de dommage. Si la causalité est ici intriquée à la qualification de la faute, c'est surtout en tant que causalité potentielle, au sens de la probabilité *ex ante* de dommage générée par le fait du défendeur. La causalité effective, établie grâce au critère de la condition *sine qua non* relève d'une toute autre perspective.

2. Le fait causal dans les responsabilités sans faute

¹²⁷⁵ Pour un point de vue de droit comparé sur le sujet, voir I. Papadopoulos, « La philosophie pénale entre utilité sociale et morale rétributive » in *L'américanisation du droit* : APD t. 45, 2001

362. La responsabilité du fait des choses, mise sur pied à la toute fin du XIXe siècle, peut être identifiée comme la première « responsabilité causale » (a). L'évolution contemporaine de la responsabilité du fait d'autrui tend à faire penser qu'elle évolue également en direction d'une responsabilité fondée sur la causalité d'un dommage (b).

a. Le fait causal dans les responsabilités du fait des choses

363. Le Doyen Carbonnier disait, à propos du mot « chose », qu'il était « le plus vague de la langue française »¹²⁷⁶. La remarque peut sans doute être étendue à l'expression de « responsabilité du fait des choses ». Certes, le sens commun n'est, à première vue, pas heurté par l'idée d'une responsabilité imputée à celui dont la chose a causé un dommage. A l'analyse, pourtant, le principe n'est pas simple. Nous étudierons les difficultés liées au fait causal dans la responsabilité classique fondée sur l'article 1384 al. 1 (1°) avant de nous intéresser au cas particulier de la responsabilité du fait des produits, désormais soumis au régime légal mis en place par la loi du 19 mai 1998 (2°).

1°) Les difficultés du fait causal de la chose dans la responsabilité de l'art. 1384 al. 1

364. La responsabilité du fait des choses fondée sur l'art. 1384 al.1 du Code civil nécessite, en principe, la réunion de trois conditions : un dommage, un « fait générateur » constitué par le fait (causal) de la chose, et un rattachement de la chose au responsable par l'intermédiaire de la notion de « garde ». Une fois ces conditions remplies, le défendeur ne peut s'exonérer que s'il apporte la preuve de la force majeure. Ainsi présenté, le régime de la responsabilité du fait des choses paraît simple et largement fondé sur la causalité. Mais il est conceptuellement difficile à cerner : les notions de garde et de fait (causal) de la chose sont particulièrement délicates. En particulier, l'idée qu'une chose puisse, à elle seule, causer un dommage, ne va pas de soi. Cela explique les difficultés générées par la définition du « fait de la chose » et la tentation fréquente de voir, derrière le fait de la chose, le fait du gardien

En principe, la notion de « fait de la chose » signifie que la chose a été à l'origine du dommage, qu'elle en a constitué la « cause génératrice »¹²⁷⁷. Dès l'origine de la

¹²⁷⁶J. Carbonnier, *op. cit.* n°256.

¹²⁷⁷ Dans sa note sous Cass. civ. 19 et 24 février 1941, DC 1941 p. 85, Jacques Flour remarque que cette expression de « cause génératrice » constitue un « étonnant pléonasme », « comme si ce n'était pas toujours le propre de la cause d'engendrer l'effet ».

jurisprudence fondée sur l'article 1384 al. 1 C. civ., cette question s'est révélée délicate¹²⁷⁸. En effet, l'idée de cause efficiente laisse présupposer une action : causer est un fait dynamique¹²⁷⁹. La « cause génératrice » est, en principe, un événement, un phénomène, un acte. « Causer, c'est faire », disent les philosophes¹²⁸⁰. Dans le langage ordinaire, dire que telle personne est cause d'un événement n'est qu'un raccourci pour désigner, en réalité, l'action de cette personne qui s'est comportée de telle ou telle façon. De la même manière, désigner une chose comme cause revient, d'abord et avant tout, à incriminer le *comportement* de cette chose, qui a « agi » de façon à engendrer le dommage. Dans ce cadre, comment une chose inanimée, inerte, peut-elle produire un changement dans l'ordre des choses, générer un phénomène matériel ?

365. Construction jurisprudentielle de la notion de fait de la chose. L'idée qu'une chose inerte puisse être « cause » est si peu évidente qu'on tenta, très vite, de formuler des critères. Dans le sillage de l'arrêt Teffaine¹²⁸¹, on vit d'abord le critère du « fait de la chose » dans le vice dont elle était affectée. Mais la Cour de cassation condamna bien vite l'idée¹²⁸² : une chose, même non viciée, peut causer un dommage. Proche de l'idée de vice, la notion de chose dangereuse fut aussi proposée, mais cette distinction entre

¹²⁷⁸ Le seul exemple disponible de « fait de la chose » provenait de l'action en réparation des dommages causés par la ruine d'un bâtiment prévue par l'article 1386. Ce fut d'ailleurs cet article que la jurisprudence utilisa à l'origine pour réparer les dommages causés par les choses inanimées. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 20 juillet 1877 (S. 1878.2.48) rendit ainsi le propriétaire responsable de l'accident causé par la chute d'un arbre en constatant que cette chute était le résultat de la vétusté et du vice propre de l'arbre.

¹²⁷⁹ « Les faits sont inconcevables sans, mais distincts des « choses » auxquelles on attribue une identité dans la durée, alors que les faits sont plus ou moins délimités dans l'espace et le temps. Le fait, au sens où le retient le juriste, n'est toutefois pas limité aux données instantanées, mais comprend les événements qui lient plusieurs états de choses par la causalité à travers le temps. Les actions, imputées à des « agents » rationnels sont également visées en tant que faits ». Otto Pfersmann, V° « Fait », in *Dictionnaire de la culture juridique française, op. cit.*

¹²⁸⁰ J. Largeault, « Causalité », in *Encyclopédie philosophique universelle, Les notions philosophiques*, tome 1, PUF, 1990, p. 284. « Depuis Hume (...) les philosophes tendent à penser que les causes sont des événements », M. Frede, « Les origine de la notion de cause », art. préc.

¹²⁸¹ Cass. civ. 18 juin 1896 S. 1897 I 17 note A. Esmein, D. P. 1897.1.433 concl. Sarrut, note Saleilles. Un des tubes de la machine à vapeur d'un remorqueur avait explosé sur la Loire, causant la mort d'un mécanicien. L'enquête attribua l'explosion à un défaut de soudure, un vice de construction que le propriétaire du remorqueur ne pouvait connaître. Ce dernier fut néanmoins condamné, la Cour estimant qu'« aux termes de l'article 1384 al.1 du Code civil », la constatation que l'accident était imputable à un vice de construction, « qui exclut le cas fortuit et la force majeure, établit, vis à vis, de la victime de l'accident, la responsabilité du propriétaire du remorqueur sans qu'il puisse s'y soustraire en prouvant soit la faute du constructeur, soit le caractère occulte du vice incriminé ».

¹²⁸² Cass. civ. 16 novembre 1920, DP 1920.1.169, note R. Savatier puis Cass. ch. réunies 13 février 1930, Jand'heur, D. P. 1930 I 57 rapport le Marc'Hadour, concl. Matter, note Ripert.

choses dangereuses et inoffensives fut également rejetée. Le critère semblait à certains tautologique : si la chose a causé un dommage, c'est bien qu'elle est dangereuse¹²⁸³. Puis on proposa de distinguer entre les choses dotées d'un dynamisme propre et les choses actionnées par la main de l'homme¹²⁸⁴ : seules les premières, dit-on, peuvent avoir un rôle causal dans la production d'un dommage, les secondes étant seulement les instruments des actions humaines, qui relèvent de la responsabilité pour faute. Mais cette proposition fut écartée¹²⁸⁵ : peu importe que la chose soit actionnée ou non par l'homme. On mit, enfin, en avant l'idée d'*intervention* de la chose dans la réalisation du dommage, une telle intervention révélant, en tant que telle, le rôle causal de la chose. C'est cette idée qui semble avoir guidé la jurisprudence.

Dans ses deux arrêts de 1939 et 1941, la Cour de cassation retint pour critère le fait que la chose avait « *matériellement participé* » à la production du dommage¹²⁸⁶. Dans l'arrêt du 9 juin 1939¹²⁸⁷, elle releva que « du moment où il est établi qu'elle a contribué à la réalisation du dommage », la chose « est présumée en être la cause génératrice, sauf au gardien à apporter la preuve contraire »¹²⁸⁸. Malheureusement, l'arrêt ne précisait pas comment le gardien peut renverser cette présomption de causalité. L'arrêt *Cadé* du 18 février 1941¹²⁸⁹ établit les principes essentiels en la matière. Pour la Chambre civile, « la chose est présumée être la cause génératrice du dommage dès lors, qu'inerte ou non, elle est intervenue dans sa réalisation ». La présomption de causalité peut, toutefois, être renversée non seulement par la preuve de la « cause étrangère imprévisible et irrésistible » mais aussi par celle du « rôle purement passif de la chose », lorsque la chose « a seulement subi

¹²⁸³ V. H. L. Mazeaud et A. Tunc, *Traité...*, *op. cit.* t. 2 n°1234. Ph. le Tourneau, *op. cit.* n°7731.

¹²⁸⁴ Durant un temps, la jurisprudence avait refusé d'appliquer l'article 1384 al.1 aux dommages causés par une chose mue ou dirigée par la main de l'homme, automobiles ou bicyclettes, en estimant que seul l'article 1382 était applicable à ces cas. On distinguait ainsi entre le fait causal de l'homme (art. 1382) et le fait causal de la chose (1384 al. 1), donc entre les hypothèses où l'accident était dû au fait de la chose elle-même (défectuosité de l'automobile par ex) et celles où l'accident était survenu lorsque la chose était actionnée par la main de l'homme. V. Cass. Req. 22 mars 1911, D.P. 1911, 1, 354. Cette jurisprudence fut abandonnée par la Cour de Cassation dans l'arrêt du 21 février 1927 (D.P. 1927, 1, 97 note G. Ripert) puis par l'arrêt Jeand'heur.

¹²⁸⁵ Cass. ch. réunies 13 février 1930, Jand'heur, préc.

¹²⁸⁶ Civ 21 juin 1937 S. 1937, 1, 350 et 1938, 1, 16. La Cour de cassation avait déjà appliqué l'idée de cause génératrice à une chose inerte dans un arrêt du 14 avril 1930. D. P. 1930, 1, 81 note R. Savatier.

¹²⁸⁷ Cass. civ. 9 juin 1939, DH 1939.449 ; DH 1939, 2, p. 283 et 16 janvier 1940, 1, 97, note H. Mazeaud.

¹²⁸⁸ Il semble qu'il y avait un précédent. Civ. 6 février 1929, Gaz. Pal., 1929, 1, 801.

¹²⁸⁹ Cass. civ. 18 février 1941, D. C. 1941, p. 85, note J. Flour.

l'action étrangère génératrice du dommage ». La qualification de « cause génératrice », en matière de fait des choses, signifie donc à la fois que la chose est « intervenue » dans la réalisation du dommage et que cette intervention a été « active », par opposition à une participation purement « passive ». Le fait causal suppose donc plus que l'intervention matérielle, il faut une *efficacité* réelle dans la réalisation ou l'aggravation du dommage. On retrouve bien ici l'idée de *génération*, de production, caractéristique de la causalité : la chose, malgré son caractère inerte, a pu provoquer, entraîner, mettre en branle une modification de l'état du monde. Au contraire, la chose purement passive, bien que présente, n'a fait que *subir* le déroulement des événements sans être mêlée en aucune manière à la production du dommage. Dans tous les cas, il est cohérent que l'intervention matérielle de la chose dans la réalisation du dommage apparaisse comme un premier indice de causalité.

366. Preuve du fait causal de la chose. Alors que la définition du fait causal de la chose suppose deux éléments –la participation matérielle et le rôle actif- sa preuve n'en exige plus qu'un : dès lors que la « participation » matérielle de la chose dans la réalisation du dommage est établie, le rôle causal actif de la chose est présumé. Le premier élément à établir pour la victime est la *participation*, l'intervention de la chose dans la production du dommage : la jurisprudence utilise régulièrement l'expression, malheureusement obscure, d' « *instrument du dommage* ». Cela acquis, la *présomption de rôle actif* joue. La jurisprudence a toutefois introduit une distinction. La présomption ne vaut que lorsque la participation résulte d'un *contact* entre une chose en *mouvement* et le siège du dommage. En cas d'absence de contact ou de contact avec une chose inerte (cas d'une personne qui tombe dans un escalier ou se heurte à une porte vitrée qu'elle n'avait pas vue), la victime doit prouver plus que l'intervention matérielle de la chose : il lui faut, en outre, établir le « *rôle actif* » de la chose. Pour cela, il lui faut établir une *anormalité* de la chose en raison de sa position, de son comportement, ou d'un vice interne : sans cette anormalité, la chose est réputée subir l'action étrangère de la victime¹²⁹⁰. Dans les faits ayant donné lieu à l'arrêt de 1941, la cliente d'un établissement de bains était tombée et s'était brûlée sur une canalisation d'eau. La Cour avait affirmé que « la chose est présumée être la cause

¹²⁹⁰ Certains auteurs ont estimé que cette exigence laissait transparaître en filigrane l'exigence d'une faute du gardien malgré le caractère objectif de cette responsabilité, interprétation démentie par d'autres, la situation anormale pouvant très bien être, par exemple, due au fait d'un tiers.

génératrice du dommage dès lors qu'inerte ou non, elle est intervenue dans sa réalisation », mais estimé que la canalisation ayant brûlé la patiente de l'établissement de bain n'avait, en l'occurrence, joué qu'un rôle passif. Enfin, lorsqu'il n'y a eu aucun contact, l'intervention matérielle de la chose n'est même pas établie : la présomption d'intervention causale de la chose ne peut, *a fortiori*, jouer. Il revient donc à la victime de prouver par tout moyen le fait de la chose¹²⁹¹. Là encore, c'est le caractère anormal de la chose, de sa position ou de son comportement qui permet de faire cette preuve de la causalité¹²⁹².

Lorsque la présomption joue (mouvement et contact), le défendeur peut tenter d'établir que sa chose n'a, en réalité, joué qu'un *rôle passif*. La preuve du rôle passif de la chose est souvent présentée comme un mode d'exonération du défendeur¹²⁹³, que certaines décisions semblent d'ailleurs confondre avec l'idée de « cause étrangère »¹²⁹⁴. De fait, si certaines hypothèses de force majeure se rapprochent de celle d'un rôle passif de la chose, les deux cas de figure sont en principe différents. Parler d'exonération suppose que la responsabilité est acquise car ses conditions sont remplies. Or, la preuve du rôle passif de la chose consiste simplement à renverser une présomption lorsqu'elle existe, ce qui peut, d'ailleurs, se révéler très difficile lorsqu'il y a eu contact avec une chose en mouvement¹²⁹⁵. En

¹²⁹¹ A l'époque contemporaine, la question de savoir si la chose a eu ou non un rôle actif dans la survenance du dommage se pose dans un peu plus de 20% des pourvois. Dans 55% des cas considérés, la présence d'un contact avec la chose en mouvement permet de présumer le rôle actif. Dans 45% des cas, le fait de la chose doit être prouvé par la victime car la chose est inerte ou n'est pas entrée en contact avec le siège du dommage. Dans près d'un cinquième des cas, la victime échoue à faire cette preuve. Fabrice Leduc, « L'état actuel du principe » in *La responsabilité du fait des choses, réflexions autour d'un centenaire*, Economica, 1997, p. 42.

¹²⁹² Le défendeur peut invoquer le rôle passif de la chose pour combattre les allégations et les preuves de la victime, mais, en l'absence de présomption, le rôle passif n'est pas ici une exonération permettant d'écarter la présomption. Une fois cette preuve de rôle actif rapportée, le gardien ne peut s'exonérer qu'en rapportant la preuve de la force majeure. Par exemple, la victime d'une collision de skieurs peut être indemnisée même en l'absence de contact entre elle et les skis du défendeur puisque les skis « ont été l'instrument du dommage puisque c'est leur glissement sur la neige qui a entraîné le mouvement du corps de leur utilisateur sans lequel la collision ne se serait pas produite. » CA Chambéry, 29 mars 2000, RCA, 2001 n°10.

¹²⁹³ « Le rôle passif s'analyse comme une cause négative d'exonération en soi, indépendante de la cause étrangère. », Ph, le Tourneau, *op. cit.* n°7801.

¹²⁹⁴ Viney et Jourdain, *op. cit.* n°665.

¹²⁹⁵ La jurisprudence a paru renoncer à cette faculté de renverser la présomption. V. Cass. 2^e civ. 28 novembre 1984, JCP G 1985, II, 20477 note N. Dejean de la Bâtie (moto heurtant une voiture changeant de direction). Cass. 2^e civ. 2 avril 1997, RCA com. n°255, note F. Leduc (2 esp., l'une concernant un ascenseur, l'autre un escalator). *Contra* CA Versailles, 21 avril 2000, D. 2000, IR, 154 (barrières automatiques dont le fonctionnement s'est révélé normal, « c'est-à-dire ni violent, ni rapide, ni irrégulier »). CA Paris, 25 avril 2000, Grillet, Gaz. Pal. 2001, 1, 478, note F. Chabas, (escalator ayant eu un comportement normal, l'origine de la chute étant une valise).

l'absence de présomption, l'argument du rôle passif de la chose n'est qu'un moyen de défense en réponse aux allégations du demandeur¹²⁹⁶ : alors que la victime tente d'établir l'anormalité d'une chose inerte, le défendeur cherche à prouver l'absence de rôle causal de cette dernière. Dans l'espèce de 1941, le rôle passif se caractérisait par le fait que la chose avait eu un comportement normal, qu'elle avait occupé une place normale et qu'elle n'était affectée d'aucun défaut¹²⁹⁷ : tous ces éléments sont l'indice que la chose a pu « participer » à la réalisation du dommage sans pour autant y tenir un rôle générateur.

367. Lien avec les théories de la causalité. Il est particulièrement difficile de déterminer la mesure dans laquelle les règles applicables à la responsabilité de l'article 1384 al.1 C. civ. sont l'émanation de telle ou telle conception de la causalité. Nous avons déjà mentionné la difficulté d'envisager la causalité d'une chose dès lors que la cause est, par principe, un événement : chez Hume, la relation causale était déduite de faits observés par l'homme ; les sciences physiques ou naturelles s'intéressent à des causes qui sont des phénomènes, des événements matériels ; même l'analyse de Hart et Honoré, censée restituer les conceptions de l'homme ordinaire, fait de la cause un événement qui « fait la différence » dans le déroulement des faits. C'est seulement par raccourci que l'on dit que la « chose » est « cause » : c'est en réalité le *fait* de cette chose qui constitue une cause génératrice. Le Doyen Ripert, en son temps, releva cette difficulté. « (...) C'est pure apparence que le fait de la chose, puisque la chose n'a pas de vie, puisque sa force interne est une création de l'homme. C'est l'homme qui produit la vapeur, capte l'électricité, conduit la flamme, mélange le gaz. La chose est l'instrument du dommage, elle ne peut en être la cause »¹²⁹⁸. Ce à quoi Jacques Flour, admettant que l'objection était « philosophiquement exacte », répondit qu'il importait peu « que le dommage soit en définitive toujours causé par l'homme » : ce fait « n'empêche pas qu'il le soit parfois au moyen de la chose, qu'il soit inconcevable, sous la forme où il se réalise, sans la

¹²⁹⁶ V. F. Leduc, « L'état actuel du principe » in *La responsabilité du fait des chose...* préc. p. 50.

¹²⁹⁷ Joly relevait que le critère juridique de la causalité était ici le même qu'en matière de responsabilité pour faute car « pour des raisons de logique élémentaire », le rapport causal est « un et indivisible par définition ». Au travers de l'idée de comportement anormal on serait ramené, selon lui, à l'idée d'une faute du gardien. Cette intersection des idées de faute et de cause n'était, pour Joly, qu'une coïncidence « qui résulte de ce que le critère d'anormalité est en quelque sorte commun à l'application des deux notions ». André Joly, « Vers un critère juridique du rapport de causalité au sens de l'article 1384 al. 1 », RTD civ. 1942, p. 257.

¹²⁹⁸ Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd. 1949 reprint 2000 n°124 p. 225.

participation de celle-ci ». « On peut alors, ajoutait-il, par abréviation –et sans nier que l’expression soit scientifiquement discutable- dire qu’il est causé par la chose »¹²⁹⁹.

Dans cette optique, le « fait de la chose » peut être le comportement de la chose, sa position, son état, éventuellement son existence. Il faut donc rester conscient que ce n’est pas *la chose* en tant qu’objet statique qui est considérée mais *le fait* que constitue sa présence, son état, son comportement, etc. Si l’on peut dire, pour simplifier, que l’iceberg est la cause du naufrage du Titanic, cette affirmation signifie bien plutôt que la cause du drame est la *présence* de l’iceberg : non pas la chose elle-même mais le *fait* que cette chose se soit précisément trouvée ce jour là sur la route du paquebot (ce qui suppose d’ailleurs de pouvoir imaginer de manière vraisemblable que l’iceberg aurait pu ne pas se trouver là). *La chose en elle-même n’est pas cause, c’est l’événement à l’intérieur duquel elle s’insère qui l’est*¹³⁰⁰. A cet égard, il nous paraît inexact d’affirmer que l’équivalence des conditions conduit à retenir le fait de la chose dans tous les cas. Le raisonnement contrefactuel propre à l’identification de la condition *sine au non* ne peut s’appliquer tel quel à « la chose ». Il convient, au contraire, de faire porter le raisonnement sur le *fait* de cette chose pouvant prétendre au titre de cause qui peut, d’ailleurs, consister dans le fait d’exister ou de se trouver à une certaine place, pour peu que le contraire soit imaginable. C’est alors l’existence ou la présence de la chose qui constitue le fait générateur de responsabilité. Cela implique de pouvoir raisonnablement imaginer le scénario de la « non existence » ou de la « non présence ». Lorsqu’on affirme qu’un escalier est la condition *sine qua non* d’une chute au motif que sans escalier, il n’y aurait pas eu chute, l’argument ne prouve rien. L’hypothèse d’un immeuble sans escalier entre les étages n’est pas pertinente. De ce point de vue, la victime est tout aussi bien cause puisque sans victime, il n’y aurait pas eu de dommage. En réalité, un tel raisonnement ne permet pas d’établir une causalité mais simplement la *participation matérielle* de la chose au dommage. Etablir un lien causal, en revanche, conduit à construire une « structure fortuite » cohérente, en choisissant correctement le fait devant être supprimé ou modifié dans le *raisonnement contrefactuel*. A cette fin, il convient d’isoler un état, un comportement de l’escalier que ce dernier aurait pu,

¹²⁹⁹ Jacques Flour, note sous Cass civ, 19 et 24 février 1941, D. C. 1941, p. 85.

¹³⁰⁰ *Contra* « Causation in the Law » in *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2001), « In legal contexts the possible range of agency is not confined to human conduct, but may extend to damage done by the agency of juristic persons, animals, inanimate objects such as motor vehicles and inanimate forces such as fire ».

dans la réalité, ne pas présenter, permettant ainsi d'éviter le dommage. Par exemple, son caractère raide ou glissant¹³⁰¹.

L'exigence d'une *anormalité* requise par la jurisprudence s'explique parfaitement si l'on songe qu'elle est destinée à mettre en évidence ce caractère de la chose permettant de retenir son fait¹³⁰². La présomption relative aux choses en mouvement s'explique, dans le même esprit, si l'on comprend que le mouvement constitue le « fait causal » supposé. On présuppose qu'en l'absence de mouvement, le dommage ne se serait pas produit. Lorsqu'un train percute une personne, c'est son mouvement qui constitue la cause du dommage¹³⁰³. L'affirmation suppose de pouvoir envisager que le train aurait pu être à l'arrêt, faute de quoi le raisonnement contrefactuel n'est pas tenable. De même est-il parfaitement possible d'imaginer un trottoir ne comportant pas de plots en ciment indiquant le passage pour piéton : de ce point de vue, la présence du plot est une cause du dommage de la victime s'y étant blessée. Certes, pour une chose inerte, tenter d'imaginer une autre situation ou position qui aurait permis d'éviter le dommage revient, le plus souvent, à rechercher le vice. Il se peut toujours que rien, dans ce qui caractérise la chose, ne soit modifiable en pensée : tel escalier se trouvait dans un état tellement habituel et irréprochable qu'aucune caractéristique modifiable en pensée n'explique la chute. La participation matérielle de la chose dans le dommage est indiscutable mais il est impossible d'imaginer un autre état du monde crédible à son sujet. Telle est l'hypothèse, selon nous, de la chose purement passive,

¹³⁰¹ Pour le rejet du fait d'un escalier : Cass. 2^e civ. 25 novembre 2003, RCA. 2005 comm. N°48, RTD civ. 2004 p. 108 obs. Jourdain. L'arrêt relève que l'escalier « n'était pas glissant », que « la marche qui présentait un veinage du bois différent ne pouvait être la cause de la chute, qu'aucun autre élément du dossier ne vient établir le caractère glissant d'une quelconque marche de l'escalier, que la victime, lorsqu'elle a chuté, se trouvait du côté de l'escalier muni d'une rampe, de sorte que l'anormalité de la chose liée à l'absence d'une seconde rampe du côté du mur n'avait eu aucun rôle causal dans sa chute. ». Un arrêt du 11 juillet 2002 (Cass. 2^e civ. 11 juillet 2002 D. 2003 somm. p. 461 obs. P. Jourdain) réaffirme également la nécessité d'un rôle actif de l'escalier, établi par son caractère anormal. Sur un sol glissant car récemment ciré (rejet de la responsabilité), v. Cass. 2^e civ. 11 décembre 2003 D. 2004 jur. p. 2181 note Sara Godechot.

¹³⁰² V. par ex. pour la vétusté de la balustrade d'un balcon, Cass. 2^e civ. 17 février 2005, RCA 2005, comm. 119.

¹³⁰³ La causalité est d'autant plus certaine que le scénario contrefactuel (dans lequel le train est à l'arrêt) était envisageable. Si le choc a eu lieu alors que le train roulait à grande vitesse en pleine campagne, le scénario contrefactuel permet, certes, d'établir la causalité du mouvement du train mais il est peu crédible. En revanche, si le train arrivait doucement en gare, le scénario contrefactuel de l'arrêt total est particulièrement pertinent compte-tenu de la faible vitesse et du fait que le conducteur avait probablement la possibilité d'apercevoir la victime. En revanche, comme nous l'avons déjà mentionné, la responsabilité est à exclure, si le scénario contrefactuel est inconcevable : il n'est pas possible d'incriminer le mouvement d'une chose, si son absence de mouvement était impossible.

qui ne présente aucun état ni comportement permettant d'expliquer le dommage. En ce cas, c'est un autre facteur, tel le fait de la victime ou celui d'un tiers, qui constitue une cause pertinente. Par ailleurs, toute responsabilité est à exclure si le dommage se serait produit de toutes les façons : par exemple, la victime était en train de mourir d'un infarctus sur la voie au moment où elle a été percutée par le train. Au total, anormalité et normalité renvoient logiquement à ce qui est habituel, fréquent, par opposition à ce qui sort de l'ordinaire. La démarche rappelle le critère élaboré par Hart et Honoré : la cause est « ce qui fait la différence » entre le scénario habituel dans lequel tout se passe bien et le scénario catastrophe dans lequel le dommage se réalise.

Certains auteurs voient dans la notion de « rôle actif » et son corollaire, le « rôle passif », la marque de la causalité adéquate¹³⁰⁴. Il est vrai que le mauvais entretien d'un escalier est cause adéquate dès lors qu'il augmentait sensiblement le risque de chute. Mais cette analyse est trop restrictive, à l'égard d'une jurisprudence qui accepte la responsabilité assez largement : la présence d'un plot sur un trottoir présente, certes, une probabilité abstraite de dommage éventuel, sans toutefois qu'une telle probabilité soit significative. Retenir en l'espèce la causalité adéquate ne reviendrait-il pas à souscrire au critère de la chose dangereuse, clairement repoussée par la jurisprudence ? Si la présence d'un plot en ciment augmente objectivement la probabilité générale que l'on s'y blesse, cet aspect signifie surtout qu'aucune blessure n'aurait eu lieu en l'absence de plot. Le critère d'anormalité permet surtout d'identifier une caractéristique de la chose permettant de la constituer en cause : il revient à dire qu'un monde dans lequel cette caractéristique n'aurait pas existé aurait été préférable¹³⁰⁵. Autrement dit, cette exigence doit simplement permettre de désigner ce « fait » de la chose qui fait l'objet du raisonnement contrefactuel établissant la condition *sine qua non* : si la vitre avait été moins fragile, le dommage ne se serait pas produit. Or il aurait été préférable que la vitre ait été moins fragile (à supposer que cela eût été possible).

Dans tous les cas, il faut souligner l'ambiguïté de l'expression, fréquemment utilisée par la

¹³⁰⁴ Viney et Jourdain, *op. cit.* n°358-1. P. Jourdain, « Causalité », *Jurisclasseur civil*, n°46. Il faudrait « montrer que la chose était dans une situation telle qu'elle créait un danger spécial pour les tiers ». « La preuve de la position ou de l'état anormal de la chose joue le rôle de révélateur du danger, autrement dit du risque que la chose crée à l'égard des tiers, lequel, à son tour, rend vraisemblable le rôle causal prépondérant de celle-ci dans la survenance du dommage ». Fabrice Leduc, « L'état actuel du principe », *in La responsabilité du fait des choses...* préc. p. 44

¹³⁰⁵ Comp. N. Dejean de la Bâtie, *in* Aubry et Rau, *op. cit.* n°126. L'auteur insiste sur le fait que la défectuosité de la chose doit expliquer le dommage.

Cour de cassation, d'« instrument du dommage »¹³⁰⁶. Le terme est obscur. En pratique, il nous semble surtout désigner l'intervention matérielle de la chose dans le déroulement du dommage plutôt que son caractère causal.

368. Fait de la chose et implication. A ce stade, il est aisé d'imaginer la distinction entre implication et causalité. L'implication correspond à la *participation matérielle* de la chose dans la réalisation de l'accident sans que cette intervention ait eu nécessairement un *rôle causal*. Nul besoin, ici, de s'interroger sur un éventuel « fait » de l'automobile dont l'absence aurait permis d'éviter l'accident. Il ne faut pas confondre, là encore, la notion de cause *sine qua non* -qui suppose d'isoler un fait de la chose pour le supprimer en pensée dans le cadre du raisonnement contrefactuel- et l'idée de participation, d'intervention qui suppose simplement de pouvoir affirmer que l'accident ne se serait pas produit en l'absence de la chose, peu important qu'un scénario alternatif plausible puisse être imaginé. Autrement dit, *si, en l'absence du véhicule, il n'y aurait pas eu d'accident, ce dernier y est intervenu matériellement.*

Une difficulté se présente en cas d'accident complexe. En effet, le critère de l'implication est délicat à appliquer en présence de plusieurs chocs successifs, séparés les uns des autres par un certain intervalle de temps. Tel est le cas, par exemple, en cas de carambolages en série. Faut-il estimer que tous les véhicules sont impliqués dans un même accident, ce qui permettra aux victimes de demander réparation à chacun d'entre eux, ou analyser chaque choc séparément, comme un accident unique ? Pour M. Jourdain¹³⁰⁷, les différents événements doivent, pour constituer un accident unique, être unis entre eux par un enchaînement causal, au sens où chaque choc a rendu possible le choc suivant. Cette position semble être celle de la jurisprudence. Dans sa décision du 13 mai 2004¹³⁰⁸, la Cour de cassation a admis la qualification d'accident unique dans un cas où un poids lourd, qui venait de percuter une automobile tombée en panne, avait été de nouveau percuté par l'arrière par un autre véhicule, alors qu'il se trouvait arrêté sur la bande d'arrêt d'urgence de l'autoroute. Le second choc avait été rendu possible par le premier, faute de quoi le poids lourd n'aurait jamais été arrêté sur la bande d'arrêt d'urgence. Il faut donc admettre

¹³⁰⁶ Georges Durry, « L'irremplaçable responsabilité du fait des choses », in *L'avenir du droit*, Mélanges Terré, p. 707 et s. spéc. p. 712.

¹³⁰⁷ V. obs. au sujet de Cass. 2^e civ. 13 mai 2004, RTD civ. 2004 n°4, p.515.

¹³⁰⁸ Cass. 2^e civ. 13 mai 2004, RTD civ. 2004 n°4, p. 515.

que la causalité, bien qu'absente du régime de réparation mis en place par la loi de 1985, réapparaît au moment d'apprécier la notion d'accident.

369. Errements jurisprudentiels à propos du rôle causal de la chose. La jurisprudence a, ces dernières années, connu une évolution très favorable aux victimes en semblant se contenter de la *participation matérielle* de la chose dans la réalisation du dommage, peu important son rôle actif ou passif¹³⁰⁹. Cette tendance s'est dessinée dans les décisions relatives aux heurts de parois vitrées. Le principe en la matière était qu'« une chose inerte ne peut être l'instrument du dommage si la preuve qu'elle occupait une position anormale ou qu'elle était en mauvais état n'est pas rapportée »¹³¹⁰. Le « fait de la vitre » était généralement établi par la preuve d'une anomalie de la chose, telle la fragilité excessive de la vitre, sa pose défectueuse, son absence de signalement. Dans un arrêt du 15 juin 2000¹³¹¹, la deuxième Chambre civile a néanmoins accepté de retenir le rôle causal d'une paroi vitrée en l'absence de tout constat d'anormalité par la Cour d'appel. Quelques années auparavant, la même Chambre avait ouvert la voie en décidant qu'il résultait du fait qu'une jeune garçon s'était blessé en poussant une porte vitrée dont un carreau s'était brisé que la vitre avait été l'« instrument du dommage »¹³¹². Certains auteurs ont, sur le moment, refusé d'y voir la consécration du critère de l'intervention matérielle¹³¹³. Mais ces décisions, dont il semblait bel et bien découler le principe selon lequel la simple intervention matérielle d'une chose inerte dans le dommage suffit à établir son fait, ont été suivies et confirmées par d'autres arrêts.

Dans une affaire tranchée le 25 octobre 2001¹³¹⁴, une personne s'était blessée en heurtant une boîte aux lettres qui empiétait largement sur le trottoir. Le Tribunal d'instance qui

¹³⁰⁹ V. Emmanuèle Pierroux, « Le fait des choses inertes. Esquisse de bilan des dernières 'arabesques de la jurisprudence' », RRJ février 2005.

¹³¹⁰ Cass 2^e civ 11 janvier 1995, Bull. civ. II n^o 18 D. 1995 IR p. 39.

¹³¹¹ Cass. 2^e civ 15 juin 2000, note G. Blanc, D. 2001, p. 886 ; RTD civ 2000 p. 849 obs. P. Jourdain ; RCA 2000 comm. 292 obs H. Groutel.

¹³¹² Civ 2^e 29 avril 1998, RTD civ. 1998, p. 913, obs. P. Jourdain, RCA 1998 comm. 22.

¹³¹³ « Peut-être la Cour de cassation estime-t-elle que si une vitre est heurtée par un passant, c'est qu'elle était nécessairement mal placée et que si elle s'est brisée sous l'effet de ce choc, c'est qu'elle était nécessairement trop fragile ». G. Viney, JCP 2000, I, 280 n^o5.

¹³¹⁴ Cass 2^e civ. 25 octobre 2001, JCP 2001, IV, 2958 ; D. 2001 IR 3252, JCP G 2002 chron. I 122 n^o9, obs. G. Viney, D. 2002 jur. p. 1450 note C. Prat.

s'était prononcé sur l'affaire avait rejeté la responsabilité du gardien en estimant que la boîte aux lettres répondait aux prescriptions de « l'administration des PTT », qu'elle occupait une position normale et ne présentait aucun débordement excessif susceptible de causer une gêne. La deuxième Chambre civile cassa le jugement en estimant qu'il résultait des propres constatations du juge d'instance « que la boîte aux lettres avait été, de par sa position, l'instrument du dommage ». Il est vrai que la boîte débordait largement sur le trottoir¹³¹⁵. Interpréter l'arrêt comme témoignant d'un abandon de l'exigence d'un rôle causal de la chose était peut être excessif. Mais la tendance se confirma¹³¹⁶. Dans une espèce ayant donné lieu à cassation le 18 septembre 2003¹³¹⁷, la cliente d'un magasin s'était blessée en heurtant un plot de ciment situé sur le côté d'un passage pour piéton. L'arrêt d'appel avait refusé de retenir la responsabilité du gardien en relevant que « la présence de deux blocs de ciment peints en rouge et délimitant un passage pour piétons peint en blanc ne constitue ni un obstacle ni un danger particulier pour les usagers, qu'elle ne peut être considérée comme anormale et que l'enlèvement de ces plots après l'accident n'est pas en soi signe d'une dangerosité particulière, ni la démonstration de leur rôle causal ». Elle fut censurée pour violation de l'article 1384 al. 1 au motif qu'il ressortait des propres constatations de l'arrêt « que l'un des plots en ciment délimitant le passage pour piétons a été l'instrument du dommage ». De ce motif net ressort clairement que le « fait de la chose » de nature à engager la responsabilité du gardien consiste simplement en son *intervention matérielle* dans le dommage¹³¹⁸.

Parallèlement, les juges ont régulièrement rejeté l'argument tiré du rôle passif d'une chose en mouvement¹³¹⁹. Dans un arrêt du 29 mars 2001¹³²⁰, la deuxième Chambre civile a retenu

¹³¹⁵ Même si, note M. Jourdain, « la cause du dommage semblait plutôt être à chercher dans la distraction de sa victime », obs. préc.

¹³¹⁶ V. Cass. 2^e civ. 7 et 11 juillet 2002, D. 2003 somm. 461 obs. Jourdain qui retiennent la responsabilité du fait d'un escalier parfaitement régulier.

¹³¹⁷ Cass. 2^e civ. 18 septembre 2003, D. 2004 jur. p. 25 note N. Damas ; RTD civ 2004, p. 108 obs. Jourdain RCA 2003 comm. 286, obs. Groutel, JCP 2004, I, 101 n°18, obs. G. Viney, JCP G 2004 II 10013 note C. Le Tertre ; Defrénois 2004 n°56 obs. R. Libhaber.

¹³¹⁸ La décision a entraîné de sévères critiques. Pour M. Jourdain, il est « indispensable d'exiger au moins la preuve d'un rôle causal actif de la chose à travers l'anormalité de son comportement ou de sa position afin de maintenir cette responsabilité très objective dans des limites raisonnables », obs. préc. p. 109

¹³¹⁹ M. Leduc cite un seul cas récent dans lequel la Cour de cassation a repoussé la responsabilité du gardien. Une personne, blessée à l'œil par une flèche, devait ultérieurement subir une énucléation. Cette énucléation était sans rapport avec la blessure causée par la flèche. On remarquera ici avec l'auteur qu'il ne s'agissait pas ici d'un problème de fait de la chose (lien de causalité entre la chose et la blessure initiale)

le fait causal d'un escalator dans lequel la cliente d'un grand magasin avait chuté, bousculée par une autre cliente¹³²¹. Dans un arrêt du 13 mars 2003¹³²² elle a, de nouveau, condamné la SNCF à indemniser une victime, heurtée et renversée par une valise alors qu'elle se trouvait sur un escalator situé dans une gare. Alors que le juge d'appel avait écarté le rôle causal de l'escalator dans la survenance du dommage, la Cour de cassation a considéré que « l'escalator en mouvement a été, au moins pour partie, l'instrument du dommage » et que le fait du tiers ne pouvait exonérer la SNCF, faute d'avoir présenté les caractères de la force majeure. Ces décisions¹³²³ reviennent à écarter l'exigence de causalité. Le rôle passif de la chose a été exclu alors que la chose, certes en mouvement, s'était comportée *normalement*. Le propre d'un escalator est d'être en mouvement : l'hypothèse contrefactuelle d'un escalator à l'arrêt n'est guère plausible. D'autant qu'il n'était pas acquis que la victime n'aurait pas été blessée si l'escalator avait été immobile. Le raisonnement contrefactuel conduisait logiquement ici à incriminer la valise, ou le tiers, ayant bousculé la victime : sans eux, il n'y aurait pas eu de dommage.

Cette évolution jurisprudentielle doit conduire à une remarque : se contenter de la participation de la chose à la réalisation du dommage conduit à *renoncer* purement et simplement à la causalité pour consacrer un critère proche de l'implication retenue par la loi Badinter du 5 juillet 1985. Ce choix ne revient, en aucun cas, à consacrer l'équivalence des conditions¹³²⁴. En effet, affirmer qu'il n'y aurait pas eu de dommage s'il n'y avait pas eu de chose est tout aussi tautologique que dire qu'il n'y aurait pas eu de dommage s'il n'y avait pas eu de victime. Etablir une causalité suppose de raisonner à partir d'un *fait*, d'un événement donné dont on puisse dire qu'il a généré le dommage. Raisonner à partir du bris de la vitre en soutenant qu'il n'y aurait pas eu de dommage si la vitre ne s'était pas brisée

mais une question de préjudice en cascade (lien entre le traumatisme initial et l'opération), Cass 2^e civ. 28 mai 1986, Lexilaser, n 548, cité par F. Leduc, « L'état actuel du principe », préc. pp. 51-52

¹³²⁰ Cass civ 2^e, 29 mars 2001, Bull. Civ. II n°68 ; RTD civ 2001 p. 598 obs. Jourdain; D&P 2001, n°2890 obs. F. Chabas.

¹³²¹ Moins d'un an plus tôt, un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 25 avril 2000 avait écarté le fait de l'escalator dans des circonstances analogues. CA Paris, 25 avril 2000, JCP 2002, II, 10032, note Jacques Delagarde.

¹³²² Cass. 2^e civ. 13 mars 2003, D. 2003 IR p. 866.

¹³²³ Pour d'autres cas de rejet de l'argument du rôle passif : Civ 2^e 28 novembre 1984, JCP 1985.II.20477, note Dejean de la Bâtie ; Cass. 2^e civ. 2 avril 1997 RCA 1997 comm. 255 note F. Leduc ; Pour un cas dans lequel l'argument a été accepté : Cass 2^e civ 14 déc 2000, JCP G 2001, I, 338 obs. G. Viney.

¹³²⁴ *Contra* G. Blanc, note D. 2001, p. 888 préc.

laisse entendre que la vitre *n'aurait pas dû* se briser. On en revient, quoi qu'on en dise, à l'*anormalité* de la chose qui aurait dû être d'une solidité suffisante. Renoncer purement et simplement à la preuve de « fait actif » de la chose inerte revient donc à rompre avec la causalité¹³²⁵. Le régime de responsabilité du « fait des choses » devient ce faisant un régime de garantie dont la logique reste à définir, en particulier en matière d'exonération¹³²⁶.

La jurisprudence n'a toutefois pas tardé à faire machine arrière. Certaines décisions avaient d'ailleurs persisté à exiger un lien causal. Dans une espèce ayant donné lieu à un arrêt du 14 décembre 2000¹³²⁷, le client imprudent d'un parc de loisir avait plongé dans un endroit insuffisamment profond et s'était blessé. L'arrêt d'appel avait refusé la condamnation de la société exploitante du parc en relevant que « le plan d'eau, dont la signalisation était suffisante, présentait dans sa situation, sa configuration et sa disposition, un caractère parfaitement normal » et que la victime avait plongé « sans s'assurer de la profondeur de l'eau, dans un endroit non arrangé à cet effet et avec un angle de pénétration suffisamment prononcé pour heurter violemment le sol ». Elle en avait déduit que « l'étang ayant joué un rôle purement passif dans l'accident n'avait pas été l'instrument du dommage, ce dernier étant dû au plongeur fautif de la victime. » Le recours ici à l'argument du rôle passif pouvait étonner dès lors que n'entraîne pas en jeu ici de présomption de rôle actif. Bien que certains commentateurs aient estimé qu'il aurait suffi ici de dire que l'étang n'avait pas été l'instrument du dommage, l'insistance sur le rôle passif a le mérite de préciser que le heurt avec une chose inerte ne démontre pas le rôle causal de cette dernière.

¹³²⁵ On remarquera que le débat n'est pas neuf. Si la notion de rôle passif fut introduite en 1941 par l'arrêt *Cadé*, la décision juste antérieure de 1939 se contenta de la participation matérielle de la chose au dommage : si la chose « a contribué à la réalisation du dommage, elle est présumée en être la cause génératrice, sauf au gardien à apporter la preuve contraire » (Cass. civ. 9 juin 1939, DH, 1939, 2, 283). Par la suite, fut régulièrement contesté, écarté, réhabilité, ce « petit bonhomme » que constitue le « rôle passif » : « on le croyait enterré mais petit bonhomme n'est pas mort », écrivit Rodière dans une chronique de 1965 (RTD civ. 1965, 656). V. Henri Vray, « A propos d'un petit bonhomme prématurément enterré : le « rôle passif » en matière de responsabilité du fait des choses », Gaz. Pal. 1968 doc. p. 131. Pour M. le Tourneau, la « théorie » du rôle passif, bien que « dans l'abstrait, intellectuellement assez séduisante » est néanmoins « en contradiction avec la logique d'une responsabilité objective ». L'auteur propose de l'abolir et de limiter l'exonération à l'hypothèse de la cause étrangère en acceptant la responsabilité chaque fois que la chose a été l'instrument du dommage. Ph. le Tourneau, *op. cit.* n°7802.

¹³²⁶ « L'on perçoit mal, dans ce cas, à quoi correspondrait l'exonération pour cause étrangère car s'il est établi que la chose est intervenue dans la réalisation du dommage, elle semble bien en être nécessairement une condition nécessaire. La logique voudrait alors que l'on écarte toute possibilité d'exonération pour cause étrangère ». P. Jourdain, obs. préc. RTD civ 2000, p. 851.

¹³²⁷ Cass 2è civ, 14 décembre 2000, RCA. 2001 comm. n°76 ; D. 2001, I, 338, chron. n°13 obs. G. Viney.

Deux arrêts en date du 14 novembre 2002¹³²⁸ ont réaffirmé la nécessité de la condition d'anormalité en matière de chose inerte. Les faits du premier arrêt ne posaient pas de problèmes particuliers : un immeuble avait explosé, endommageant un immeuble voisin. La Cour de cassation approuva la Cour d'appel d'avoir retenu que le « comportement anormal » de l'immeuble ayant explosé permettait de retenir le rôle causal de cet immeuble dans la production du dommage. Dans la seconde affaire, une fuite de gaz dans un bateau avait causé des brûlures à la victime. La Cour d'appel avait rejeté la condamnation du gardien de la gazinière en estimant que « l'origine de la fuite de gaz étant indéterminée, la victime ne rapporte pas la preuve à sa charge s'agissant d'une chose inerte, que la cause du dommage résidait dans un vice de la structure de l'installation ». Si l'arrêt fut cassé par la deuxième chambre civile, cette dernière releva que le rapport d'expertise établissait « que la chose était dangereuse et avait été l'instrument du dommage ». Le 11 décembre 2003¹³²⁹, la deuxième Chambre civile a relevé le caractère particulièrement glissant du sol d'un couloir dont l'éclairage ne fonctionnait plus pour estimer que ce dernier avait été « au moins pour partie l'instrument du dommage », censurant ainsi une Cour d'appel qui avait refusé le caractère anormal de la chose, au motif qu'un sol ciré, dans un appartement, est une chose normale.

370. L'exigence de causalité est très clairement réapparue dans les décisions les plus récentes de la deuxième Chambre civile¹³³⁰. Dans une décision du 17 février 2005, un cyclomotoriste qui avait mis pied à terre en entrant dans la cour d'une propriété avait glissé sur la neige verglacée qui recouvrait le sol. Ce fut en vain que la victime rechercha la responsabilité du propriétaire des lieux. Pour écarter le fait de la neige et du verglas, la Cour d'appel souligna que leur présence n'avait pas eu un caractère anormal. La Cour de cassation releva pour sa part que ni la neige, ni le verglas n'avaient été « instruments du dommage ». Il aurait sans doute été préférable, en l'occurrence, de souligner l'absence de rôle causal plutôt que de se contenter de ce terme, peu explicite quoique habituel,

¹³²⁸ Cass 2^e civ 14 novembre 2002, RCA, 2003 Comm. n°31 et 32.

¹³²⁹ Cass. 2^e civ. 11 décembre 2003, RCA 2004 comm. 61.

¹³³⁰ Cass. 2^e civ. 24 février 2005 (décisions destinées au rapport annuel) RCA 2005 comm. 121 obs. H. Groutel, JCP G 2005 I chron. 149 n°6 obs. G. Viney ; Cass. 2^e civ. 17 février 2005 RCA 2005 comm. 122.

d'« instrument du dommage »¹³³¹. Une autre décision en date du 24 février 2005¹³³² était relative au heurt d'une porte vitrée qui s'était brisée sous le choc. L'arrêt d'appel avait rejeté l'action de la victime en estimant que la porte était normale et que le mouvement de la victime constituait la cause exclusive du dommage. L'arrêt fut, sur ce point, cassé au motif qu'il résultait des constatations des juges du fond que « la vitre était fragile, ce dont il résultait que la chose, en raison de son anormalité, avait été l'instrument du dommage ».

Il faut souhaiter que la Cour de cassation persévère dans ce retour à l'exigence d'un fait actif de la chose. Cette condition est la seule, en effet, qui corresponde véritablement à la causalité. Elle constitue la garantie que la responsabilité du fait des choses reste un véritable régime de responsabilité sanctionnant un fait qui s'est réalisé alors qu'il n'aurait pas dû se produire (et qu'il aurait pu ne pas l'être). Pour cette raison, d'ailleurs, la main de l'homme n'est jamais loin qui aurait pu prévenir ou empêcher le fait préjudiciable de la chose. Derrière le fait de la chose se trouve toujours, peu ou prou, le fait du gardien.

371. Le fait causal du gardien ? Admettre le principe d'un fait causal de la chose suppose d'admettre que la chose aurait pu se trouver dans un état autre ou une situation différente. Il faut pouvoir imaginer un état du monde dans lequel la chose n'aurait pas conduit au dommage. Or celui qui avait le moyen d'intervenir sur la chose est le gardien. Derrière le fait causal de la chose se trouve indiscutablement le fait de l'homme¹³³³. On sait que la jurisprudence s'est un temps attachée au fondement de la présomption de faute. Certes, par la suite, le fondement de la faute fut écarté, les juges exigeant la preuve d'une cause étrangère pour renverser la « présomption de responsabilité » du gardien¹³³⁴. L'absence de faute n'étant plus exonératoire, l'attribution de la responsabilité au gardien se

¹³³¹ Ce que relève très justement Mlle Viney, obs. préc.

¹³³² Cass. 2^e civ. 24 février 2005 2^e esp., D. 2005 jur. p.1395, note N. Damas ; JCP G 2005 I chron. 149 n^o6 obs. G. Viney.

¹³³³ « Etablir que la position ou l'état de la chose litigieuse était anormal revient donc à suggérer, en arrière plan, la faute du gardien, faute de surveillance à tout le moins. » Fabrice Leduc, « L'état actuel du principe », in *La responsabilité du fait des choses...* préc. p. 43.

¹³³⁴ Un arrêt du 21 janvier 1919 affirma que la « présomption de responsabilité » fondée sur l'art. 1384 al. 1 ne pouvait être écartée par la preuve de l'absence de faute et ne cédait qu'en présence d'une cause étrangère, imprévisible et irrésistible. DP 1922.1.25 note G. Ripert. L'affaire Jand'heur écarta définitivement le fondement de la faute (Cass. ch. Réunies, 13 février 1930, Jand'heur, D. 1930, 1, 57, rapp. Le Marc'hadour, concl. Matter, note Ripert ; GA n^o193). La solution était acquise depuis 1885 en matière de fait des animaux : l'arrêt Montagnié (GA n^o190) du 27 octobre 1885 avait décidé qu'il ne suffisait pas au gardien de rapporter la preuve d'une absence de faute mais que la présomption de faute de 1385 ne pouvait « céder que devant la preuve soit d'un cas fortuit, soit d'une faute commise par la partie lésée. Le principe fut réaffirmé par un arrêt de 1902 (Cass. civ. 11 mars 1902, DP, 1902.1.216).

fit sur la base de la notion de *garde*. A cet égard, les critères finalement retenus pour la garde renvoient à l'idée que le gardien, par l'usage, la direction et le contrôle qu'il exerce sur la chose aurait pu empêcher qu'elle ne cause le dommage. Certains auteurs avancèrent sur cette base l'idée de « faute dans la garde »¹³³⁵. L'idée de faute nous paraît inadaptée car il ne s'agit pas, ici, d'examiner le comportement du gardien pour le qualifier d'illicite. Le seul comportement véritablement examiné est celui de la chose. Le rattachement, en revanche, fondé sur l'idée de garde, laisse penser que le gardien, en permettant la réalisation du fait de la chose, a indirectement causé le dommage¹³³⁶.

372. Conclusion sur la responsabilité du fait des choses. « Il fallait bien un système aussi abstrait que le nôtre pour inventer l'idée que l'intervention d'une chose quelconque dans la production d'un dommage quelconque puisse constituer, à lui tout seul, un fait générateur de responsabilité objective »¹³³⁷. Les variations, passées et récentes, de la jurisprudence et l'insécurité juridique qui en résulte illustrent, plus d'un siècle après son invention, les difficultés intrinsèques d'un régime qui a sans doute eu le tort de vouloir s'appuyer sur un texte général dont ce n'était pas l'objectif. Elaborée à une époque où l'industrialisation croissante exigeait une protection des travailleurs, perfectionnée lorsque l'essor de la circulation automobile nécessitait un droit des accidents, la responsabilité du fait des choses a vu disparaître la plupart des raisons qui justifiaient son existence. La « litanie des régimes spéciaux »¹³³⁸ s'est allongée : accidents du travail, accidents de la circulation, accidents médicaux, dommages causés par les produits défectueux... Ils offrent, avec l'aide de l'assurance, des solutions claires et équitables au problème de l'indemnisation des victimes. Si elle n'a peut-être pas constitué l'« immense gaspillage d'intelligence et de temps »¹³³⁹ qu'évoquait Carbonnier, la responsabilité du fait des choses

¹³³⁵ Le fait de la chose consisterait en une « perte par le gardien du contrôle matériel de la chose », cette perte de contrôle constituant une « faute dans la garde » résultant du manquement à l'« obligation de garde », obligation de résultat pesant sur toute personne ayant les pouvoirs d'usage, de direction et de contrôle de la chose. H. L. Mazeaud, A. Tunc, *Traité théorique et pratique...*, t. II, n°1243 et s. H. Mazeaud, « La faute dans la garde », RTD civ, 1925, p. 816 et s.

¹³³⁶ « Le gardien est présumé avoir eu un rôle causal dans la survenance du fait de la chose. Cette présomption de causalité tire sa vraisemblance d'une maîtrise effective de la chose au moment du dommage ». Fabrice Leduc, « La cause exclusive », RCA, 1999, chron. 17. « Présomption de responsabilité et présomption de causalité s'identifient tant il est vrai que la causalité est de l'essence de la responsabilité », *ibid.*

¹³³⁷ Philippe Rémy, « Critique du système français de responsabilité civile », 1996/1 p. 31.

¹³³⁸ L. Cadiet, « Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation », art. préc. p. 501.

¹³³⁹ J. Carbonnier, *op. cit.* n°260.

est, de nos jours, de plus en plus difficile à justifier et expliquer¹³⁴⁰.

Cette « responsabilité » peine, en outre, à stabiliser un régime qui oscille entre responsabilité et mécanisme de réparation. L'abandon de la condition de causalité ne conduirait pas à une « responsabilité complètement objective » mais à un régime de réparation, indifférent au rôle exact de la chose, donc du gardien, dans la production du dommage, se rapprochant fort, pour cette raison, du régime mis en place par la Loi Badinter du 5 juillet 1985. Mais, alors que la Loi de 1985 insère le régime d'indemnisation dans un dispositif d'assurance pesant sur une mutualité d'assurés bien identifiés (les automobilistes), une « responsabilité » du fait des choses attribuant la charge du dommage en fonction de la participation matérielle de la chose au dommage ne peut être appuyée par aucun régime d'assurance cohérent et viable. Comment envisager une assurance couvrant toutes les hypothèses de garde d'une « chose », n'importe laquelle, amenée à « intervenir » dans la réalisation d'un dommage quelconque ? L'assurance suppose de pouvoir isoler un risque. Alors qu'il serait, par exemple, envisageable de faire peser le risque lié aux piscines privées sur la mutualité des propriétaires de piscine en leur imputant automatiquement la charge des dommages les impliquant, il est impossible d'imaginer une assurance couvrant *tous* les dommages impliquant *toutes* les choses dont on peut se trouver, un jour ou l'autre, gardien¹³⁴¹.

Dans sa version traditionnelle, la responsabilité du fait des choses, fondée sur l'idée de fait causal de la chose, voire du gardien, se rapproche sensiblement, et inéluctablement, de la responsabilité du fait de l'homme¹³⁴². En revanche, lorsqu'elle fait fi de la causalité, la responsabilité du fait des choses désigne le répondant de manière aléatoire, en se reposant sur la participation matérielle de la chose, sans qu'aucun système d'assurance ne puisse l'appuyer. Un tel régime de réparation du fait des choses ne peut constituer un système cohérent d'indemnisation des dommages, faute de pouvoir isoler clairement le risque qui

¹³⁴⁰ Comp. G. Durry, « L'irremplaçable responsabilité du fait des choses », art. préc. spéc. p. 714 et s.

¹³⁴¹ Il est indispensable d'exiger « au moins la preuve d'un rôle causal actif de la chose à travers l'anormalité de son comportement ou de sa position afin de maintenir cette responsabilité très objective dans des limites raisonnables. » P. Jourdain, obs. préc. RTD civ 2004 p. 109.

¹³⁴² « Ripert avait prédit que la responsabilité du fait des choses rayerait du Code civil l'article 1382 ; ce qui est arrivé est pire : la superposition de deux régimes différents de responsabilité dans des circonstances où le sens commun ne parvient pas à distinguer le « fait » de l' « homme » du « fait de la chose ». Il a, en effet, fallu faire subrepticement place à la faute « sous des déguisements divers : exigence d'un rôle « actif » de la chose, définition de la garde comme pouvoir « d'usage, de contrôle et de direction », distinction de la garde de la structure et de la garde du comportement etc... » P. Rémy, « Critique du système français de responsabilité civile », art. préc. p. 37.

lui correspond dans une perspective assurancielle¹³⁴³. Nous rejoignons donc M. Rémy lorsqu'il écrit qu'« il n'y a, au fond, aucune raison générale pour que l'intervention d'une chose quelconque dans la production d'un dommage déclenche un régime uniforme de responsabilité objective »¹³⁴⁴. Inexistante à l'étranger, à l'exception de la Belgique et du Québec, la responsabilité du fait des choses mériterait, selon nous, de voir ses conditions d'application largement restreintes. Alors que nous paraît justifiée la responsabilité automatique des propriétaires de choses présentant un risque identifiable et évaluable (piscine, téléphérique etc...), qui peuvent s'assurer, une responsabilité générale du fait des choses indéfinies n'a aucun fondement. L'introduction d'une assurance directe parant à l'indemnisation immédiate des victimes de dommages corporels permettrait, d'ailleurs, de « dédramatiser » le contentieux de la responsabilité civile en la plaçant au niveau des recours entre assureurs.

2°) Le fait causal dans la responsabilité du fait des produits défectueux

373. La responsabilité du fait des produits défectueux réserve logiquement une place fondamentale à la condition de causalité¹³⁴⁵. Antérieurement, l'obligation de sécurité de résultat obligeait les fabricants et intermédiaires à fournir des produits « exempts de tout vice ou de tout défaut de fabrication de nature à cause un danger pour les personnes ou pour les biens »¹³⁴⁶. La loi n°98-389 du 19 mai 1998¹³⁴⁷, transposant la Directive de 1985, a mis en place un régime de responsabilité exigeant un rapport de causalité entre le défaut de sécurité du produit et le dommage. L'article 1386-2 du Code civil, issu de la loi de 1998, dispose que « le demandeur doit prouver le dommage, le défaut et le lien de causalité entre le défaut et le dommage ». La difficulté relative à la détermination du « fait causal » de la choses dans le régime de l'article 1384 al. 1 C. civ. ne semble, au premier abord, pas exister

¹³⁴³ « La socialisation de la réparation va de pair avec l'objectivation de la responsabilité » souligne M. Cadiet. L. Cadiet, « Sur les faits et les méfaits... », art. préc. p. 502

¹³⁴⁴ P. Rémy, art. préc. p. 38

¹³⁴⁵ V. not. Jean-Sébastien Borghetti, *La responsabilité du fait des produits, Etude de droit comparé*, préf. G. Viney, LGDJ, 2004, n°267 et s. L'auteur souligne que « l'étude du fait générateur ne peut être dissociée de la question de la causalité ».

¹³⁴⁶ Cass. 1^{re} civ. 17 janvier 1995, D. 1995, p. 351 note P. Jourdain.

¹³⁴⁷ V. not. *La responsabilité du fait des produits défectueux*, colloque de l'Université Paris II, Les Petites Affiches, 28 décembre 1998, n°155.

ici, puisque ce n'est pas la chose, mais le *défait* de cette dernière qui est en relation causale avec le dommage. Déterminer les caractéristiques du lien de causalité en matière de responsabilité du fait des produits défectueux dépend donc de la définition donnée à la notion de défaut.

Simple à première vue, la démarche se révèle être une impasse : dès lors qu'est défectueux un produit « ne présentant pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre », force est d'admettre que l'identification du défaut dépend de la causalité elle-même. Non seulement l'analyse de la causalité est logiquement *antérieure* à celle du défaut mais elle paraît constituer un *élément de la qualification* de ce dernier : le produit dépourvu de sécurité, c'est celui qui provoque un dommage (corporel) auquel on ne pouvait légitimement s'attendre. Deux éléments apparaissent dès lors : d'une part, le produit défectueux a causé le dommage ; d'autre part, on ne pouvait s'attendre à ce qu'il cause ce dommage. Le fait, pour le produit, d'avoir causé le dommage est donc la première étape de la qualification du fait générateur¹³⁴⁸.

374. Le produit défectueux, cause du dommage. Etablir qu'un produit, donc une chose, a causé un dommage nous renvoie à la difficulté évoquée à propos de l'article 1384 al. 1 C. civ. Il convient, en effet, d'isoler un *fait* du produit à l'origine du dommage. Dans le contexte de l'exigence d'une causalité efficiente, dire que le produit en soi constituait une condition *sine qua non* du dommage n'a pas de sens : le produit étant une chose, et non un fait, il ne peut être une condition ou un facteur causal. Il faut donc prouver qu'un *fait* du produit a *génééré* l'accident¹³⁴⁹. Cela revient à identifier une qualité, une caractéristique du produit, dont l'absence aurait permis au dommage de ne pas survenir. Il faut donc identifier le fait du produit de manière à ce que l'on puisse dire que le *fait, pour ce produit, de présenter telle caractéristique*¹³⁵⁰, a provoqué le dommage. A cet égard, la responsabilité du

¹³⁴⁸ Un auteur distingue la causalité entre le produit et le dommage de la notion de défaut elle-même et de la causalité entre ledit défaut et le dommage. François Paul, « La causalité en matière de produits défectueux : une question de pur droit interne ou tributaire de l'harmonisation totale ? », Cont. Conc. Cons. Février 2004, chron. 2 p. 6. Ainsi M. Paul estime qu'en matière médicamenteuse le débat « porte davantage sur l'imputabilité du dommage au produit » que sur « l'existence certaine d'un défaut et d'un lien de causalité entre ce défaut et le dommage ». Il est vrai que le « fait causal » du produit est à démontrer avant de pouvoir, le cas échéant, le qualifier de défaut.

¹³⁴⁹ V. J. F. Overstake « La responsabilité du fabricant de produits dangereux », RTD civ. 1972, p. 485. L'auteur distingue l'hypothèse du produit « cause » du dommage et celle du produit « instrument » du dommage. Nous ne sommes pas convaincus par cette distinction.

¹³⁵⁰ La question de l'utilisation renvoie bien sûr à la faute de la victime. En effet, si l'utilisation normale du produit rendait probable la production du dommage, ce dernier sera imputé au fabricant. En revanche,

fait des produits est plus restrictive que la responsabilité du fait des choses de l'article 1384 al. 1 C. civ. Alors que cette dernière suppose la preuve d'une *anormalité* de la chose, qui peut résulter de circonstances extérieures (position, état de la chose etc...), il convient ici d'isoler une *caractéristique permanente*, inhérente au produit : composition, principe actif, mode de fonctionnement etc.¹³⁵¹

Encore faut-il, bien entendu, pouvoir imaginer que cette caractéristique aurait pu *ne pas exister*. Le raisonnement contrefactuel est toujours limité par le caractère plausible des scénarios qu'il envisage. Le produit devait pouvoir être conçu, composé, utilisé autrement¹³⁵². Supposons qu'un médicament soit conditionné dans des gélules à avaler avec de l'eau qui, un jour, restent coincées dans les intestins d'un patient, provoquant une douloureuse inflammation¹³⁵³. La causalité paraît ici aller de soi. Mais elle va de soi car chacun a immédiatement en tête le fait que ces gélules auraient pu ne pas se comporter ainsi et l'inflammation ne pas survenir : la causalité s'établit machinalement, par comparaison avec le cas habituel dans lequel les gélules sont éliminées par les selles. Le raisonnement est identique si l'on évoque les joints d'acier de la coque du Titanic qui cédèrent si facilement lors du heurt avec l'iceberg. Pour retenir la causalité, il faut pouvoir dire : si les joints avaient été plus solides, le naufrage n'aurait pas eu lieu. La causalité est acquise dès lors qu'est envisageable l'hypothèse dans laquelle de tels joints en acier auraient résisté à la pression de l'eau. En revanche, on ne saurait incriminer les joints s'il est matériellement impossible d'imaginer des joints suffisamment solides pour résister à un tel choc.

Un auteur¹³⁵⁴, cherchant à reconstituer le raisonnement suivi par les juges concernant la causalité en matière de fait des produits, estime qu'elle donne lieu à deux étapes de raisonnement. Alors que la première étape serait relative au *rôle causal général* du produit

une utilisation non conforme à l'usage normal et raisonnable du produit ne permettra pas de nier la causalité (entre l'utilisation du produit et le dommage) mais conduira à rattacher le dommage à l'action de la victime.

¹³⁵¹ Comp. J.-S. Borghetti, préc. n°273

¹³⁵² S'il n'est pas possible d'imaginer que le produit aurait pu ne pas présenter sa caractéristique dangereuse, ce sera le fait de son usage, de sa consommation, de son ingestion par la victime qui apparaîtra comme la cause du dommage, sans laquelle il ne se serait pas produit. A cet égard, l'existence même du produit sur le marché pourra être mise en cause. De même que le fait de la victime qui aurait dû user différemment du produit. L'utilisation dommageable ne sera toutefois pas reprochée à la victime si elle n'avait pas été alertée du risque. V. l'arrêt dit des « granions d'argent ». Cass. 1^{re} civ. 5 janvier 1999, D. 2000, somm. Comm. p.285 obs. G. Pignarre.

¹³⁵³ Il s'agit là des faits de l'arrêt *Kaléorid*, Cass. 1^{re} civ. 3 mars 1998 D. Affaires 1998 p. 664, obs. J. F.

¹³⁵⁴ J.-S. Borghetti, thèse préc. n°265 et s.

dans la réalisation du dommage, la seconde étape viserait à en préciser la *cause exacte*¹³⁵⁵. Il faudrait donc, dans un premier temps, établir que le produit a participé, d'une manière ou d'une autre, à la survenance du dommage, en mobilisant la théorie de l'équivalence des conditions, puis vérifier l'existence d'un lien de causalité entre l'usage du produit et cette survenance au moyen de la théorie de la causalité adéquate¹³⁵⁶. A cet égard, le dommage devrait avoir été « une conséquence de l'usage du produit selon le cours normal des choses, compte tenu de la fonction du produit et de ses caractéristiques propres »¹³⁵⁷. Une fois acquis un lien de causalité adéquat entre l'usage du produit et le dommage, il faudrait, dans un second temps, déterminer « la cause exacte du dommage » soit ce qui, parmi les caractéristiques et les fonctions du produit, a joué précisément le rôle causal et pourrait être, le cas échéant, défectueux¹³⁵⁸. Autrement dit, il faudrait d'abord rechercher si l'« usage » du produit rendait le dommage prévisible avant de s'interroger sur l'élément faisant du produit la cause de l'accident. Une fois établi que l'utilisation du produit est cause adéquate du dommage, la responsabilité ne pourrait être engagée que si la « cause exacte » de ce dommage est un fait générateur de responsabilité. La « cause exacte » semble, aux yeux de l'auteur, celle qui découle d'une connaissance précise du déroulement des faits et constitue soit un défaut du produit, soit une mauvaise utilisation de celui-ci, soit la réalisation d'un risque inhérent à l'utilisation du produit¹³⁵⁹. De ce point de vue, la recherche de la « cause exacte » correspond moins à la détermination d'une causalité qu'à la qualification d'un fait générateur.

Cette approche a le mérite d'illustrer que la toute première démarche du juge est, logiquement, de s'assurer que le produit a matériellement participé à la réalisation du dommage. Il reste que la simple *implication matérielle* apparente du produit dans le dommage n'est pas une causalité¹³⁶⁰. Il faut pouvoir identifier un *fait* du produit pouvant prétendre au titre de cause, au sens où son absence aurait permis d'éviter le dommage.

¹³⁵⁵ J.-S. Borghetti, thèse préc. n°277 et s.

¹³⁵⁶ On relèvera que l'auteur distingue soigneusement la « causalité matérielle » de la « causalité juridique » résultant d'un travail de qualification. Selon lui, la « causalité matérielle » ne fait que vérifier la participation du produit au dommage alors que la « causalité juridique » fait état de la « manière dont le produit a participé à cette survenance », J. S. Borghetti, thèse préc. n°269-270.

¹³⁵⁷ J.-S. Borghetti, thèse préc. n°272 et s.

¹³⁵⁸ J.-S. Borghetti, préc. n°277.

¹³⁵⁹ J.-S. Borghetti, préc. n°278.

¹³⁶⁰ J.-S. Borghetti, thèse préc. spéc. n°272

Recourir, à cet égard, au critère fourni par la causalité adéquate nous paraît réducteur¹³⁶¹. Lorsqu'une gélule se coince dans l'intestin de la victime, l'inflammation ainsi provoquée ne résulte pas du « cours normal des choses » dès lors que les gélules sont normalement éliminées par les selles. Le lien de causalité est pourtant difficilement contestable, dès lors qu'est aisément imaginable un état du monde dans lequel la gélule ne serait pas restée coincée dans les intestins. En réalité, la détermination de la « cause exacte » du dommage doit se faire d'entrée de jeu. Certes, l'opération est délicate et s'opère largement par tâtonnements, à la lumière des circonstances de l'espèce et de l'expérience du juge. Mais elle peut se faire de manière logique, en confrontant les faits réels à l'hypothèse d'une élimination en pensée du produit ou de sa caractéristique préjudiciable.

375. La suppression en pensée de la caractéristique du produit incriminée consiste le plus souvent en une *élimination-substitution*¹³⁶². On cherche à se représenter ce qui se serait passé si les joints de la coque du Titanic avaient été plus solides. Ce raisonnement est généralement mené lorsque la caractéristique dangereuse du produit ne se retrouve pas dans les produits similaires habituellement disponibles sur le marché¹³⁶³. Tel est le cas, par exemple, lorsque les freins d'un véhicule neuf sont en mauvais état, ce qui s'établit facilement par comparaison avec un autre véhicule neuf.

Le raisonnement est plus délicat lorsqu'on ne peut imaginer un produit similaire ne présentant *pas* la caractéristique concernée. Par exemple, on ne peut envisager un produit anesthésiant ne présentant pas les effets indésirables propres aux anesthésiants. De même, on ne peut envisager un tabac ne présentant pas la nocivité propre au tabac. Ne pouvant séparer la caractéristique indésirable du produit de son existence même, on se posera la question de cette existence, ou, à tout le moins, de sa présence dans l'environnement de la victime. Dans le raisonnement en pensée, on supprimera la présence du tabac donc le fait, pour la victime, de l'avoir fumé¹³⁶⁴. Dans ce cas, c'est la consommation du produit qui sera

¹³⁶¹ J.-S. Borghetti, thèse préc. n°273. Le recours à la causalité adéquate se révélerait, en cette matière, une nécessité « perçue intuitivement par tous ».

¹³⁶² V. *supra* n°160.

¹³⁶³ Tel est le cas en présence d'un défaut de fabrication : une bicyclette sort défectueuse de l'usine. Mais cela peut être également le cas en présence d'un défaut de conception : un fabricant de bicyclette conçoit un nouveau type de vélo qui se révèle dangereux.

¹³⁶⁴ Le choix de la loi française a toujours été de laisser libre la consommation de tabac. Il est donc délicat d'envisager un état du monde dans lequel le tabac serait une substance interdite. Cela explique que la

identifiée comme fait causal. En effet, la seule proposition contrefactuelle qui est, en l'occurrence, cohérente consiste à dire : « si la victime n'avait pas fumé, elle n'aurait pas développé un cancer ». En revanche, il est impensable de dire « si le tabac n'était pas nocif, la victime ne serait pas malade », dès lors que le tabac est nocif ! Lorsque la caractéristique dangereuse est propre à la nature même du produit, on est donc conduit à s'interroger sur le caractère licite ou non de sa mise à la disposition de la victime. Cela suppose alors une évaluation bénéfice-risque qui relève de l'appréciation du défaut. Tel est l'objet du critère d'attente légitime.

376. Causalité et attente légitime. En principe, la causalité physique ne suffit pas en tant que telle : le fait d'avoir causé un dommage ne permet pas de conclure au défaut¹³⁶⁵. Certes, ce sera parfois par le fait même d'avoir causé le dommage que le défaut sera détecté : un produit va se révéler dangereux alors qu'il est en principe inoffensif, telle une voiture sortie de l'usine sans freins. Dans d'autres cas, il faudra démontrer que la survenance du dommage est anormale¹³⁶⁶. Certaines décisions ont pu laisser penser que les juges tendaient à conclure au défaut dès lors qu'un produit donné avait causé le dommage¹³⁶⁷. Dans une décision du 3 mars 1998¹³⁶⁸, la Cour de cassation a semblé admettre le défaut dès lors que le produit avait causé le dommage. Par la suite, l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 2 mai 2001 a déduit l'existence du défaut du simple « fait causal » du produit, en l'occurrence contestable¹³⁶⁹. Mais cette décision fut censurée par la

cause habituellement désignée des maladies du tabac soit la consommation des victimes. J. S. Borghetti, *thèse préc.* n°314 et s. Le tabac est un produit dont « seul l'usage excessif peut être dommageable » souligne M. Jourdain. P. Jourdain, RTD civ 2004, p. 106.

¹³⁶⁵ A propos de l'obligation de sécurité de résultat, la Cour de cassation avait précisé que cette obligation « ne comporte pas une garantie de plein droit de tous les dommages pouvant résulter de l'utilisation de ces produits », Civ. 1^{re} 22 janvier 1991, RTD civ. 1991 p. 539.

¹³⁶⁶ « Le caractère anormal du danger saute aux yeux, compte-tenu de l'expérience que chacun a de la vie quotidienne », J.-S. Borghetti, *thèse préc.* n° 294

¹³⁶⁷ V. sur ce point les commentaires de J.-S. Borghetti, *préc.* n°394 et s.

¹³⁶⁸ Affaire du « Kaléorid », *préc.* JCP G 1998 II 10049 rapp. Sargos. En l'occurrence, le dommage résultait du conditionnement du médicament, et non de la substance de ce dernier.

¹³⁶⁹ Il s'agissait du lien causal supposé entre le vaccin anti-hépatite B et la sclérose en plaques. CA Versailles, 2 mai 2001, D. 2001 IR p. 1592 ; JCP G 2002 I 146 n°17 obs. C. Byk, RTD civ. 2001 p. 891 obs. P. Jourdain. Dans un nouvel arrêt du 12 septembre 2003, toujours relatif aux conséquences du vaccin contre l'hépatite B, un paragraphe de la Cour d'appel de Versailles déclare : « le vaccin ayant été le facteur déclenchant de l'affection, le laboratoire ne peut faire admettre que l'intéressé ne déduit le caractère défectueux du produit que de la seule survenance du dommage ». CA Versailles, 12 septembre 2003, D. 2003 IR p. 2550.

Cour de cassation qui lui reprocha de n'avoir établi ni la causalité, ni le défaut¹³⁷⁰. Dans une décision du 5 avril 2005¹³⁷¹, la Cour de cassation a sanctionné une Cour d'appel d'avoir retenu le caractère défectueux d'un médicament au motif qu'il suffisait « de constater que certains principes actifs du médicament en cause sont dangereux, même si la manifestation du danger est rare ». Il convenait, en effet, de « rechercher si, au regard des circonstances et notamment de la présentation du produit, de l'usage que le public pouvait raisonnablement en attendre, du moment de sa mise en circulation et de la gravité des effets nocifs constatés, le produit était défectueux ». Le seul fait, pour un produit, de présenter une caractéristique permettant l'apparition de dommages corporels n'est donc pas nécessairement constitutif d'un défaut, même s'il constitue un indice en sa faveur¹³⁷². Encore faut-il établir que ce caractère est illicite. Alors que l'analyse causale permet seulement d'établir que l'absence de telle ou telle caractéristique aurait permis au dommage de ne pas se produire, la qualification du défaut consiste à conclure que cette caractéristique n'aurait pas dû être présente. Le motif en est que la victime ne pouvait légitimement s'y attendre.

Dans cette optique, l'idée d'attente légitime paraît totalement étrangère à la causalité : étant acquis que le fait du produit est cause du dommage, il convient d'établir que l'on ne pouvait légitimement s'attendre à la réalisation d'un tel dommage dans ces circonstances. La notion d'attente légitime renvoie directement à l'idée de *normalité* qui comporte elle-même deux aspects : un aspect objectif, selon lequel est normal ce qui est le plus fréquent ; un aspect normatif, selon lequel est normal ce qui est souhaitable, ce qui doit être. Par exemple, si les joints de la coque du Titanic avaient été plus solides, le naufrage n'aurait sans doute pas eu lieu. C'est donc la faible solidité de cet acier qui est ici désignée comme cause du dommage. Pour que ces joints d'acier soient défectueux, il faut que l'on n'ait pu légitimement s'attendre à une solidité si faible. Autrement dit, une personne ordinaire se serait attendue à une solidité supérieure, qui aurait permis à la coque du Titanic de résister. A cet égard, il faut se demander si les paquebots sont habituellement équipés de joints

¹³⁷⁰ Cass. 1^{re} civ. 23 septembre 2003, D. 2003 point de vue p. 2579 note L. Neyret ; D. 2004 jur. p. 898 note Y.-M. Serinet et R. Mislowski ; somm. p. 1344 obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 2004 p. 101 obs. P. Jourdain.

¹³⁷¹ Cass. 1^{re} civ. 5 avril 2005, JCP G 2005 II 10085 note Luc Grynbaum et Jean-Marie Job ; JCP G 2005 I chron. 149 obs. G. Viney n°8.

¹³⁷² Pour M. Jourdain, la preuve du lien de causalité autorise une « présomption de défaut », puisque la causalité établit la dangerosité du produit. Inversement, bien sûr, la preuve du défaut permet de présumer la causalité ! P. Jourdain, RTD civ. 2004, p. 103.

d'acier plus solides que ceux du Titanic. Si oui, on ne pouvait légitimement s'attendre à ce qu'ils cèdent. Dans une optique plus normative, on soutiendra qu'il n'est pas « normal » d'équiper un paquebot avec des joints si peu solides, compte tenu de la gravité des conséquences qui en ont découlé. De fait, l'élément normatif de la qualification de défaut est le lieu idéal d'une analyse en termes de bénéfices/risques. Ce dernier critère est indispensable lorsque c'est l'existence même, sur le marché, du produit considéré qui est en jeu. Parfois, en effet, il n'existe aucun autre produit similaire, présentant les mêmes qualités et moins dangereux¹³⁷³ : déclarer le produit défectueux revient à estimer qu'il ne devrait pas être proposé aux consommateurs. Pour cela, il est justifié de rapporter le danger du produit aux avantages qu'il présente. Par ailleurs, l'appréciation normative du défaut permet d'apprécier le comportement de la victime, notamment son respect des précautions d'emploi. L'information donnée à la victime est, à cet égard, fondamentale.

Les deux aspects de la « normalité », objectif et normatif -qui se recoupent largement- ne doivent pas nécessairement être présents simultanément. Le fait, pour une gélule d'être restée coincée dans l'intestin d'un patient, bien qu'inhabituel, ne sera pas constitutif d'un défaut si le juge souhaite tenir compte des qualités thérapeutiques du produit et de la rareté d'un tel incident. Inversement, le caractère habituel d'une caractéristique donnée n'empêchera pas la qualification de défaut si on l'estime inacceptable. Prouver que la plupart des paquebots sont équipés de joints en acier de même qualité que ceux du Titanic ne suffira pas si le juge estime qu'un paquebot du standing du Titanic aurait dû être équipé de joints de première qualité au motif qu'on peut légitimement s'attendre à ce que la coque d'un paquebot résiste à une telle collision.

Supposons, par exemple, qu'une pulvérisation à partir d'un aérosol a provoqué une explosion. L'enquête conclut que l'explosion est due à la présence, parmi les composantes de l'aérosol, d'un gaz qui génère des explosions au contact de l'air. Autrement dit, si le produit n'avait pas contenu ce gaz, il n'y aurait pas eu de dommage. L'analyse est aisée si le produit concerné n'aurait jamais dû contenir un tel gaz : il y a manifestement un défaut de fabrication. Si le gaz, tout en faisant partie des composantes officielles du produit considéré, n'est pas contenu dans les autres produits de même type et de même qualité (qui sont de ce fait moins dangereux), on parlera de défaut dans la conception du produit. Le

¹³⁷³ Les américains se servent, à cet égard, de l'idée de *reasonable alternative design*, également retenue en Allemagne. J. S. Borghetti, thèse préc. n°328 et s.

problème est plus délicat si le gaz incriminé se trouve habituellement et nécessairement dans la composition d'aérosols de ce type. On pourra alors admettre que l'explosion est un risque inévitable ou considérer qu'un tel danger, rapporté à l'utilité du produit, est inacceptable. Dans tous ces cas, la qualification de défaut est un jugement d'appréciation qui n'implique pas la causalité¹³⁷⁴ : il s'agit toujours de dire que quelque chose a été qui n'aurait pas dû être. Si l'aptitude causale est un des éléments permettant de caractériser le défaut, ce caractère n'est toutefois pas suffisant¹³⁷⁵.

377. Conclusion sur la responsabilité du fait des produits. Vérifier que le produit est à l'origine du dommage subi par le demandeur est la première étape de l'établissement de la responsabilité du fait des produits. Mais cette recherche ne peut pas se résumer à s'assurer de *l'implication matérielle* du produit dans le dommage, en se contentant de l'affirmation selon laquelle il n'y aurait pas eu de dommage en l'absence de produit. Il convient, en effet, d'identifier précisément ce qui constitue le *fait causal* du produit au moyen du raisonnement contrefactuel propre à la causalité. Autrement dit, il faut pouvoir désigner une *caractéristique* du produit dont l'absence aurait permis d'éviter le dommage. Trouver cette caractéristique ne peut se faire que par tâtonnement, au regard des faits de l'espèce et par comparaison avec des produits analogues disponibles sur le marché. Par ailleurs, il pourra arriver que le produit soit intrinsèquement dangereux de sorte qu'il n'est pas possible de concevoir un scénario contrefactuel dans lequel un tel produit ne présenterait pas ce degré de dangerosité. Ce cas de figure appelle un *jugement de valeur* opéré dans le cadre de la qualification du défaut et devant établir si la dangerosité du produit est socialement acceptable. De même, dans les autres hypothèses, dès lors qu'une caractéristique du produit peut facilement être identifiée, par sa suppression en pensée, comme étant à l'origine du dommage, il faut formuler, en sus de cette causalité *sine qua non*, un *jugement de valeur* aboutissant à la conclusion que cette caractéristique génératrice du dommage n'aurait pas *dû* exister. Est défectueux le produit présentant une qualité dont

¹³⁷⁴ Le problème de causalité ressurgit toutefois s'il y a eu mauvaise utilisation lorsque la question de l'obligation d'information du fabricant est en jeu.

¹³⁷⁵ « La dangerosité peut en effet être définie comme l'aptitude à causer un dommage et le défaut de sécurité est justement le défaut de nature à causer un dommage. Tout danger présenté par un produit ne suffit cependant pas à caractériser la défectuosité de celui-ci. (...) La jurisprudence a bien marqué que la dangerosité « normale » n'était pas source de responsabilité. », J. S. Borghetti, *thèse préc.* n°293.

l'absence aurait permis d'éviter dommage, cette absence étant non seulement *possible*, mais *souhaitable*.

b. Le « fait causal » dans la responsabilité pour autrui

378. Quoiqu'on la rapproche souvent de la responsabilité du fait des choses, la responsabilité du fait d'autrui obéit à une logique légèrement différente. Il ne s'agit plus de discerner, derrière le fait de la chose et la garde de cette dernière, une causalité qui correspond toujours, directement ou non, à une intervention humaine. Il convient, en effet, d'imputer à un « répondant » étranger au dommage, un fait de nature à engendrer la responsabilité de celui qui l'a commis. En sus du lien causal, unissant le fait illicite au dommage, intervient un *lien de rattachement* strictement juridique, tel le lien de préposition pour le commettant ou le lien de filiation pour les père et mère.¹³⁷⁶ L'interprétation récente de la notion de « cohabitation » illustre l'éloignement du lien de rattachement par rapport aux faits concrets¹³⁷⁷. Même la responsabilité du fait d'autrui inaugurée par l'arrêt *Blieck*¹³⁷⁸ ne paraît pas fonder le rattachement au civilement responsable sur la réalité matérielle : l'interprétation, dans ce contexte, de la notion de garde par la jurisprudence laisse plutôt penser que le gardien se définit moins par son pouvoir matériel effectif que par son aptitude à souscrire une assurance pour couvrir les activités qu'il organise¹³⁷⁹. La condition de causalité concerne donc exclusivement le fait de celui dont on est responsable.

Au premier abord, le fait d'autrui de nature à engager la responsabilité du civilement responsable semble devoir correspondre à un fait générateur classique de responsabilité. Mais le droit positif contemporain ne correspond pas exactement à cela. Si la faute, ou la garde d'une chose sont, bien entendu, de nature à engager la responsabilité du répondant, la

¹³⁷⁶ « La responsabilité repose sur une double opération de rattachement. La première, la causalité, constitue le rattachement matériel du dommage au fait juridique qui en est la cause. La seconde est une opération d'attribution des conséquences de ce fait à un individu. Ce dernier rattachement, à l'inverse de la causalité, ne repose pas sur l'observation de la réalité mais sur l'application de règles prédéterminées et autoritaires » C. Grare, thèse préc. n°65.

¹³⁷⁷ « A partir du moment où la surveillance et l'éducation ne sont plus prises en compte, le problème de la cohabitation n'a plus beaucoup d'intérêt. C'est ainsi que toute une série d'arrêts en font une condition tout à fait formelle et abstraite. » O. Tournafond, note sous Cass 2^e civ. 10 mai 2001, D. 2001, p. 2851.

¹³⁷⁸ Cass. ass. plén. *Blieck*, JCP G 1991, II, 21673, concl. Dontenwille, note J. Ghestin.

¹³⁷⁹ V. par ex. l'application de la notion à une association organisant un défilé de majorettes, Cass. 2^e civ. 12 décembre 2002, D. 2003, somm. p. 2541, obs. Franck Lagarde.

jurisprudence a également développée le principe d'une responsabilité pour le simple « fait causal » de l'enfant mineur.

379. De l'« acte objectivement illicite » au fait causal. En bonne logique, on estimait, originellement, que le fait du mineur susceptible d'engager la responsabilité de ses parents devait constituer un fait générateur de responsabilité. On soulignait donc que « la responsabilité du père suppose que celle de l'enfant ait été préalablement établie »¹³⁸⁰. Il n'était pas possible, à l'époque où la faute et la garde supposaient un discernement, de mettre en jeu cette responsabilité lorsque l'enfant était trop jeune pour être responsable. Afin de pallier cette difficulté, la jurisprudence développa la notion d'« acte objectivement illicite »¹³⁸¹ du mineur. L'« acte objectivement illicite » était proche de l'idée de « faute objective » : seul comptait l'acte matériel, indépendamment de tout élément psychologique. Dans cet acte matériel, la causalité détenait bien sûr une large part : l'acte devait avoir causé le dommage. Mais il devait, en outre, être anormal et constituer une violation des normes de comportement habituellement admises.

Dans l'arrêt *Fullenwarth*¹³⁸², en 1984, l'assemblée plénière décida qu'il suffisait que le mineur « ait commis un acte qui soit la cause directe du dommage invoqué par la victime » pour que soit présumée la responsabilité de ses père et mère sur le fondement de l'article 1384 alinéa. 4 C. civ. Malgré des termes peu équivoques, une partie de la doctrine refusa de voir dans cet arrêt la consécration du « fait causal »¹³⁸³. Le même jour, l'assemblée plénière avait, du reste, admis qu'un enfant de cinq ans pouvait commettre une faute (arrêt *Derguini*) ou être gardien d'une chose (arrêt *Gabillet*). Par la suite, la jurisprudence se révéla ambiguë¹³⁸⁴. De fait, les espèces donnant lieu à la responsabilité parentale, laissaient toujours entrevoir une faute de l'enfant ou le fait d'une chose dont il avait la garde.

L'arrêt *Levert* de la deuxième Chambre civile du 10 mai 2001¹³⁸⁵ est venu clarifier la situation en décidant que la responsabilité de plein droit des parents « n'est pas

¹³⁸⁰ Cass 2^e civ 10 février 1966, D. 1966 jur., p. 133, concl Schmelk ; JCP 1968, II, n°15506, note A. Plancqueel.

¹³⁸¹ Voir Cass 1^{ère} civ. 20 décembre 1960, JCP 1961 II 12031, note A. Tunc.

¹³⁸² Cass. ass. plén. 9 mai 1984, D. 1984 p. 525 concl. J. Cabannes note F. Chabas.

¹³⁸³ V. par ex. N. Dejean de la Bâtie, note sous ass. plén. 9 mai 1984, JCP G 1984 II 20555.

¹³⁸⁴ V. Fabrice Leduc, « Le spectre du fait causal », RC et Assurance, oct. 2001, chron. 20.

¹³⁸⁵ Cass. 2^e civ. 10 mai 2001, D. 2001 p. 2851, rapp. Guerder, note O. Tournafond ; D. 2002 p. 1315, obs. D. Mazeaud ; JCP G 2001, II, 10613, note J. Mouly ; JCP 2002 I 124 obs. G. Viney ; RCA 2001, chron 18, obs. H. Groutel.

subordonnée à l'existence d'une faute de l'enfant ». Au cours d'une partie de rugby improvisée par les élèves d'un établissement privé pendant la récréation, l'un d'eux avait blessé un autre lors d'un placage. La Cour d'appel avait estimé qu'en l'absence de faute imputable à l'auteur du dommage, qui semblait avoir loyalement respecté les règles du jeu, la responsabilité des parents n'était pas engagée. La décision fut cassée par la Cour de cassation, qui renonça à exiger un fait générateur classique de responsabilité. Le simple « fait causal » du mineur suffit à déclencher celle de ses père et mère, même s'il n'est pas de nature à engager la responsabilité de son fait personnel : le même incident, intervenu dans le contexte d'un jeu improvisé entre adultes, n'aurait sans doute pas permis d'engager la responsabilité du joueur. Deux arrêts d'assemblée plénière du 13 décembre 2002¹³⁸⁶ précédés d'un arrêt de la deuxième Chambre civile du 12 décembre 2002, sont venus compléter cette jurisprudence. Dans les deux espèces, les arrêts d'appel avaient refusé la condamnation des parents au motif de l'absence de faute du mineur. La cassation de l'assemblée plénière intervint au motif qu' « il suffit que le dommage invoqué par la victime ait été directement causé par le fait, même non fautif, du mineur ; que seule la force majeure ou la faute de la victime peut exonérer les père et mère de cette responsabilité »¹³⁸⁷. Le principe mis en place par l'assemblée plénière a été, par la suite, réitéré¹³⁸⁸.

380. Notion de « fait causal ». *A priori*, l'idée de fait causal va plus loin que celle de faute objective. Il ne s'agit plus, en effet, d'envisager un acte dont on estime qu'il constitue un écart de conduite, qu'il n'aurait pas dû être commis. On constate simplement que l'acte a causé un dommage, au sens où il a *provoqué des effets* dans le monde extérieur, où il a constitué une *intervention* modifiant le cours des choses. A cet égard, la qualification de fait causal suppose que les choses auraient pu se dérouler différemment en son absence. L'élève jouant au rugby aurait parfaitement pu ne pas « plaquer » son camarade ou pu le plaquer sans le blesser. Pour autant, nul n'est fondé à dire que ce placage, qui suivait les règles du

¹³⁸⁶ Cass. ass. plén. D. 2003, p. 231, note P. Jourdain, JCP 2003 II 10010 note A. Hervio-Lelong, JCP 2003 I 154 n°46 obs. G. Viney.

¹³⁸⁷ Formulation issue de la rectification d'erreur matérielle opérée par la Cour de cassation le 17 janvier 2003, D. 2003, p. 591, note P. Jourdain.

¹³⁸⁸ Cass. 2^e civ. 3 juillet 2003, D. 2003 IR p. 2207, RCA 2003 n°253. Il s'agissait, en l'espèce, d'un élève de collège blessé par un camarade lors d'un « jeu de combat » surveillé et organisé par le professeur d'éducation physique. La cour casse, sous le visa de l'art. 1384 l. 4 et 7 (sans y ajouter l'alinéa 1^{er} comme l'avait fait l'assemblée plénière) l'arrêt du tribunal d'instance de Rocroi qui avait rejeté l'action de la victime au motif de l'absence de faute de l'enfant, alors, souligne la cour, que la responsabilité des père et mère n'est pas subordonnée à l'existence d'une faute de l'enfant mineur ayant causé le dommage.

jeu, était en soi condamnable. Il n'y a donc ici qu'un jugement *objectif* correspondant au test de la condition *sine qua non* abstraction faite de tout *jugement de valeur*.

Cela signifie-t-il que cette responsabilité peut être engagée hors de tout élément d'illicéité caractérisant la situation délictueuse ? Certains auteurs ont souligné que si tout dommage causé, fût-ce de manière parfaitement licite, peut mettre en jeu la responsabilité du civilement responsable, alors « des parents pourraient voir leur responsabilité engagée parce que leur enfant, en période d'incubation d'une maladie contagieuse et ignorant tout de celle-ci, a contaminé d'autres personnes, alors que le même comportement d'un adulte ne saurait donner lieu à réparation »¹³⁸⁹. « On pourrait même imaginer que le premier « collé » d'un concours demande réparation aux parents du dernier des reçus, à le supposer mineur, en raison du dommage que le succès de leur enfant lui cause ! »¹³⁹⁰ A ces critiques, il convient d'abord de répondre que la jurisprudence précitée est intervenue en matière de *dommage corporel*. C'est donc le fait d'avoir, par son geste, causé une atteinte à un intérêt juridiquement protégé, en l'occurrence l'intégrité physique, qui justifie la responsabilité. En outre, les décisions concernées soient intervenues dans des circonstances de jeux sportifs, qui excluaient la qualification de faute. Cela ne nous semble pas anodin. Intervenues dans d'autres circonstances, des gestes ayant pour conséquences de blesser autrui seraient qualifiés de faute. On relèvera, enfin, que la condition de fait causal représente davantage, dans l'esprit des magistrats, que le simple critère de la condition *sine qua non*. L'avocat général de Gouttes a proposé, dans ses conclusions, de combiner la causalité adéquate avec la théorie de la *causa proxima*. De son côté, le conseiller rapporteur Le Coroller a insisté sur la nécessité de réintroduire un correctif fondé sur une application restrictive de la causalité, par exemple en référence au critère de la causalité directe. Le fait causal de l'enfant devrait non seulement être une condition *sine qua non* du dommage mais ne pas être trop éloigné de ce dernier¹³⁹¹.

381. Portée de la jurisprudence relative au fait causal. La portée de la jurisprudence relative au fait causal a été largement discutée en doctrine. Certains ont pensé

¹³⁸⁹ N. Dejean de la Bâtie, JCP 1984, II, 20255.

¹³⁹⁰ Capitant, Terré, Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, tome 2, *op. cit.* n°208-209, p. 315.

¹³⁹¹ Comp. P. Jourdain, note préc. p. 233.

qu'elle pourrait valoir pour l'ensemble des responsabilités du fait d'autrui¹³⁹². D'autres ont estimé qu'elle est propre à la situation des parents, qui doivent prendre en charge l'ensemble des dommages provoqués par leurs enfants. Telle est la position du droit positif. Concernant la responsabilité du commettant, la deuxième Chambre civile a confirmé, dans une décision du 8 avril 2004¹³⁹³, la nécessité d'une faute du préposé pour engager la responsabilité du commettant : il s'agissait en l'espèce d'une compétition sportive, ce qui supposait la preuve d'une faute caractérisée du joueur. Le cas de la responsabilité générale du fait d'autrui fondée sur l'art. 1384 al. 1 C. civ. est un peu plus compliqué. Alors que l'arrêt *Levert* se contentait de viser les alinéas 4 et 7 de l'article 1384 C.civ., l'assemblée plénière a également visé, dans ses décisions du 13 décembre 2002, l'alinéa 1er de l'article 1384 C. civ., laissant ainsi planer le doute sur la portée de cette jurisprudence. Mais depuis lors, la deuxième Chambre civile a, dans un arrêt du 20 novembre 2003¹³⁹⁴, refusé d'étendre la responsabilité du fait causal à la responsabilité générale du fait d'autrui. Le 13 mai 2004¹³⁹⁵, la Cour a confirmé sa position en exigeant la preuve d'une faute commise par autrui pour engager la responsabilité d'un club sportif, solution reprise dans un arrêt du 21 octobre 2004¹³⁹⁶.

382. Conclusion sur la responsabilité du fait d'autrui. L'évolution récente de la responsabilité des père et mère semble illustrer une mutation profonde. Alors qu'antérieurement, seul un fait générateur imputable à l'enfant, illustrant une faute d'éducation des parents, pouvait déclencher la responsabilité, on se contente aujourd'hui d'un simple « fait causal » de l'enfant, assorti au lien juridique de rattachement l'unissant à ses parents. De là l'idée que l'enfant constitue un « risque » dont il revient aux parents

¹³⁹² Hubert Groutel, « Responsabilité du fait d'autrui : l'inexorable progression », RCA 2003, chron. 4. V. égal. O. Tournafond, note sous Cass 2è civ 10 mai 2001, préc. p. 2857. « Serait-il logique de demander à la victime de prouver la faute lorsqu'il s'agit d'un sportif majeur encadré par une association, alors qu'elle en serait dispensée dans le cas d'un mineur soumis à l'autorité de ses parents ? »

¹³⁹³ Cass. 2^e civ. 8 avril 2004, D. 2004 jur. p. 2601 note Y.-M. Serinet, D. 2005 pan. p. 188 obs. D. Mazeaud.

¹³⁹⁴ Il s'agissait en l'occurrence d'une association sportive ayant organisé un match de rugby : soulignant qu'« aucune faute caractérisée par une violation des règles du jeu et imputable à un joueur, même non identifié, membre de l'association sportive » n'était établie, la Cour refusa pour ce motif de retenir la responsabilité de l'association. Cass. 2è civ. 20 novembre 2003, D. 2004, jur., p. 300, note G. Bouché ; RTD civ 2004 p. 106 obs. Jourdain ; JCP 2004 II 10017 obs. J. Mouly.

¹³⁹⁵ Cass. 2è civ. 13 mai 2004 D. 2004 IR p. 1711 ; D. 2005 pan. p. 188 obs. D. Mazeaud.

¹³⁹⁶ Cass. 2^e civ. 21 octobre 2004 D. 2005 jur. p. 40 note J.-B. Laydu.

d'assumer la charge¹³⁹⁷. La parenté de cette responsabilité avec la responsabilité du fait des choses a donc largement été relevée en doctrine¹³⁹⁸. Il faut toutefois relativiser ce rapprochement. Si les qualifications de « fait causal » sont, à ce jour, intervenues dans des circonstances de jeux sportifs qui excluaient la faute, elles n'ont pas servi à condamner n'importe quel acte dommageable, mais un geste ayant causé un dommage corporel. En outre, les père et mère sont en mesure de s'assurer pour les faits et gestes de leurs enfants mineurs, ce qui justifie qu'ils en soient directement responsables. Certes, l'idée de « fait causal » est neutre et objective : elle ne contient pas, en elle-même de jugement normatif justifiant la responsabilité. Il reste que la responsabilité ne paraît justifié que si le fait causal a généré une situation *contraire au droit* : tel semble être le cas en présence d'une atteinte à l'intégrité physique d'une personne.

383. Conclusion du A. Si la qualification de la faute intègre largement l'idée de causalité, il ne s'agit pas pour autant de la causalité entendue en son sens le plus répandu de condition *sine qua non*. La causalité intervient dans l'appréciation de la faute au sens de la probabilité *ex ante* de dommage générée par l'acte fautif. De fait, le critère de la probabilité, ou de la prévisibilité, qui met en évidence les situations dangereuses, paraît plus adapté à la caractérisation de l'illicéité qu'à celle de la causalité matérielle proprement dite. Dans les responsabilités sans faute, en revanche, la causalité *sine qua non* joue un rôle considérable tant dans l'identification du fait de la chose dont on doit répondre que dans la qualification du fait causal du mineur de nature à engendrer la responsabilité de ses parents. Le raisonnement contrefactuel revêt, en la matière, une grande importance, notamment dans la responsabilité du fait des choses : il est essentiel de pouvoir envisager un *scénario contrefactuel crédible* dans lequel l'état ou le comportement de la chose aurait pu ne pas conduire au dommage. Autrement dit, établir le fait causal suppose de montrer que les événements auraient pu se produire autrement. Mais le simple fait d'avoir causé un effet ne

¹³⁹⁷ « Il n'est plus possible d'y voir une simple garantie de solvabilité du mineur fondée sur l'autorité parentale (...), c'est le risque qui justifie cette responsabilité ; il est source de droit à réparation pour la victime et fonde une responsabilité nouvelle qui naît directement sur la tête du responsable, indépendamment de tout fait générateur de responsabilité de l'auteur » P. Jourdain, note sous ass. plén. 13 décembre 2002, préc. p. 234.

¹³⁹⁸ On a ainsi parlé de « réification de l'enfant », v. Denis Mazeaud, « Famille et responsabilité (réflexions sur quelques aspects de « l'idéologie de la réparation ») » in *Mélanges Catala*, Litec, 2001, p.569, spéc. n°14 ; v. égal. Ph. le Tourneau, *op. cit.* n°7434. Comp. Ch. Radé, D. 1997 p. 283 : « Certes, il n'y a pas de faute à avoir des enfants, mais il n'y a aucune raison de faire supporter à autrui les conséquences éventuellement dommageables d'un choix aussi personnel pour ne pas dire égoïste ».

peut suffire en soi : encore faut-il que s'ajoute à cela un élément d'illicéité. La causalité permet d'établir que les choses auraient *pu* être différentes : encore faut-il montrer qu'elle auraient *dû* être différentes.

B. Aspects théoriques de la responsabilité causale

384. Le mouvement d'objectivation de la responsabilité contemporaine a mis au premier plan la nuisance matérielle, au détriment de l'acte délictueux et de l'état d'esprit de l'agent. Désormais indépendante de toute idée de blâme moral, la responsabilité semble d'abord fondée sur le pouvoir causal –direct ou indirect- du responsable. La qualification de la faute prend largement en compte l'aptitude de l'acte à causer des dommages. Quant aux responsabilités objectives, elles tendent à sanctionner le simple fait causal. Cette évolution paraît promouvoir l'idée de *responsabilité causale*. Il ne faut toutefois pas se méprendre sur sa portée : avoir causé un événement donné ne saurait suffire à fonder la responsabilité, encore faut-il que la situation ainsi créée soit contraire au droit (1). Cette limite de l'idée de responsabilité causale transparait dans les propositions et théorisations formulées aux Etats-Unis ou en Angleterre (2).

1. L'idée de responsabilité causale

385. Le droit français connaît deux théories de la responsabilité sans faute accordant une large place à la causalité : la théorie du risque, d'une part, et la théorie de la garantie, d'autre part. La responsabilité pour *risque*, à défaut de nécessiter la preuve d'une faute, exige que le dommage se soit réalisé dans un contexte de risque : elle suppose donc d'établir un dommage et un lien causal unissant ce dommage à une activité risquée. Lorsque la responsabilité se contente d'exiger la preuve d'un dommage et d'un lien causal entre ce dommage et le fait du défendeur, c'est plutôt d'une logique de *garantie* qui est en oeuvre.

386. Causalité et responsabilité pour risque. Les premiers partisans de la théorie du risque critiquaient la condition de faute dans la responsabilité sans nécessairement proposer de critère de rechange¹³⁹⁹. On estimait surtout que les dommages survenus dans

¹³⁹⁹ La théorie dite du risque « groupe tous ceux pour qui la responsabilité civile est indépendante de l'idée de faute ». H. L. Mazeaud et A. Tunc, *op. cit.* n°67.

certains contextes, tels les accidents du travail, ne devaient pas rester à la charge des victimes, même s'ils s'étaient produits en l'absence de toute faute. Par la suite, la théorie du *risque créé* énonça que toute activité faisant naître un risque pour autrui devait conduire celui qui se trouvait à l'*origine* du risque à prendre en charge toutes les conséquences en découlant¹⁴⁰⁰. Ce faisant c'est le *caractère causal* de l'acte ou de l'activité concerné, mesuré par le *risque* -soit l'aptitude causale de l'acte ou de l'activité- qui justifiait l'imputation d'une responsabilité¹⁴⁰¹.

Une fois admis que la théorie conduisait à mettre au premier plan le « fait causal » du responsable, les partisans de la théorie du risque estimèrent que la généralisation d'une telle responsabilité, engagée sur la base d'une simple relation causale, serait injuste et impraticable. Il serait excessif, dirent-ils, de décider que tous les faits causant des dommages engagent la responsabilité de leur auteur¹⁴⁰². On chercha des critères pour la limiter. Certains proposèrent de distinguer entre l'acte anormal et l'acte normal¹⁴⁰³. Ce critère de l'anormalité semblait renvoyer à la faute¹⁴⁰⁴. Il n'est guère éloigné de la causalité, comme l'ont montré Hart et Honoré¹⁴⁰⁵. Parallèlement au critère de l'anormalité, le critère

¹⁴⁰⁰ « Pourquoi est-on tenu de réparer les dommages que l'on cause ? Est-ce simplement parce qu'on agit et faut-il alors poser le principe que, toute activité comportant des risques de dommages, celui qui, en agissant, a réalisé ces risques, doit les supporter ? Au contraire, est-on responsable parce qu'on a mal agi, c'est-à-dire parce qu'on s'est comporté autrement que l'aurait fait un homme raisonnable ? » H. L. Mazeaud et A. Tunc, *op. cit.* n°337.

¹⁴⁰¹ On remarquera que « le risque est moins le fondement de la responsabilité préconisée (...) qu'une réponse d'ordre général aux *conditions souhaitables* de la responsabilité civile ». « La théorie du « risque créé », n'aurait donc pas correspondu, initialement du moins, à une recherche du fondement de la responsabilité civile ; plus pragmatique, elle avait pour seul but « la répartition des risques » ainsi que le professait Saleilles, c'est-à-dire l'attribution du dommage, soit à l'auteur de celui-ci, indépendamment de toute faute, soit à la victime car on sait que pour Josserand –et l'idée n'était pas absente des développements de Saleilles- laisser le dommage sans réparation, c'était, en définitive, faire supporter la responsabilité à la victime ». Louis Bach, « Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français », RTD civ. 1977, p. 17 et 221, spéc. p. 227.

¹⁴⁰² D'ailleurs, « ce commencement de fondement reposait sur un postulat des plus contestables et des plus incertains, savoir que les risques sont créés par ceux-là seuls qui agissent, non par ceux qui subissent les dommages », Louis Bach, art préc. Autrement dit, la responsabilité causale ne tient compte que de l'hypothèse des accidents unilatéraux dans lesquels la victime subit passivement une action extérieure. Or la majorité des accidents sont bilatéraux.

¹⁴⁰³ « L'acte compris dans les limites légales engage néanmoins la responsabilité de son auteur qui, profitant des bénéfices de son droit, doit en supporter les risques. Mais le titulaire du droit ne peut être considéré comme l'auteur responsable de l'acte que s'il n'a pas agi suivant les conditions normales de son époque et de son milieu... L'irresponsabilité est créée, non par l'exercice du droit, mais par ce fait que l'on agit dans les conditions normales de son époque et de son milieu... » G. Ripert, « L'exercice des droits et de la responsabilité civile », *Rev. Crit. Légis. et juris.*, 1906, p. 366.

¹⁴⁰⁴ H. et L. Mazeaud, A. Tunc, *op. cit.* n°348.

¹⁴⁰⁵ V. *supra* n°263 et s.

du profit, ou plutôt du « risque profit » fut mis en avant pour justifier l'imposition d'une responsabilité à certains défendeurs¹⁴⁰⁶. Le responsable est celui qui s'est enrichi grâce à l'activité génératrice de dommage. Le critère du profit est cohérent, opératoire, et complète utilement la condition fondamentale de causalité. Sont donc responsables ceux qui, par leur activité, ont causé un dommage, à la condition que ladite activité leur ait permis de s'enrichir.

En réalité, la logique même de la théorie du risque permet de limiter la portée du principe d'une responsabilité pour le dommage causé. La théorie du risque reste, en effet, une théorie du *fait générateur*. Elle suppose, certes, d'établir que le dommage a été *effectivement* causé par le fait du défendeur, mais elle exige un peu plus. Le fait du défendeur doit s'intégrer dans une activité globalement *risquée*. Cela signifie qu'il faut établir à la fois une causalité *effective*, réalisée et une causalité seulement *potentielle*, inhérente à l'activité du défendeur. Si, par exemple, la responsabilité de l'employeur en matière d'accidents du travail est justifiée par le caractère risqué de l'activité de l'entreprise, il faut toutefois prouver, dans chaque cas particulier, que le dommage subi par la victime résulte bel et bien du travail. Autrement dit, la responsabilité pour risque mobilise en principe *deux types de liens de causalité* : d'un côté, une relation causale *générale et probabiliste* permettant d'établir le caractère risqué d'une activité donnée, de l'autre une relation causale *particulière* unissant l'activité au dommage subi par la victime dans les circonstances de l'espèce. Il se pourra, d'ailleurs, que l'existence d'une liaison causale générale permette de prouver, voire de présumer, le lien causal particulier, comme c'est le cas pour les accidents du travail. Pour cela, il sera essentiel que le dommage subi relève du risque considéré. Si le dommage, par sa nature ou les circonstances de sa survenance, est étranger au risque généré par l'activité en cause, il n'est pas, en principe, concerné par le raisonnement de la théorie du risque. La mise en œuvre de cette théorie suppose donc une analyse en termes de *probabilités* : il faut évaluer *ex ante* le risque considéré pour déterminer si le dommage constitue bien la réalisation dudit risque.

387. Responsabilité causale et garantie. Alors que la théorie du risque persiste à mettre l'accent sur le fait générateur, sur la cause du dommage, la théorie de la garantie

¹⁴⁰⁶ « Tout fait d'activité poursuit un but intéressé ; le plus souvent, ce sera un intérêt économique ; celui qui l'a voulu cherchait son avantage ; il doit accepter, par conséquent, à côté des bonnes chances, les mauvaises ; celui qui a les profits doit avoir les pertes. » R. Saleilles, *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, Paris, 1897, pp. 78-79.

renverse la perspective en se fondant sur le dommage lui-même, donc sur l'*effet*. La théorie de la garantie obéit donc à une logique différente. Centrée sur le dommage, elle suppose simplement de démontrer que le demandeur est victime d'une situation préjudiciable qui résulte du fait du défendeur. Ce n'est plus le *potentiel causal* de l'acte ou l'activité du défendeur qui est essentiel, mais le fait qu'un *dommage* ait été subi, dont il faut chercher la cause. Dans cette optique, la responsabilité n'implique aucune exigence relative au défendeur ou à son fait autre que la causalité : il faut et suffit que la victime démontre le dommage subi et le lien causal unissant ce dommage au fait du défendeur. Peu importe la nature de la cause invoquée : que l'acte désigné comme cause ait été fautif ou risqué n'a aucune importance.

En tant que telle, la théorie de la garantie ne semble pas avoir connu de véritable succès en droit français. De nos jours, elle est néanmoins au fondement des arguments de ceux qui militent en faveur de la reconnaissance d'un droit fondamental à la sûreté¹⁴⁰⁷, qui justifierait de condamner tous les comportements portant atteinte à l'intégrité physique d'autrui. Dans cette optique, le seul constat de dommage corporel subi par la victime ouvrirait automatiquement un droit à réparation à l'encontre de son auteur¹⁴⁰⁸. Il s'agit là, à proprement parler, d'une *responsabilité causale*. Séduisante sur le principe, une telle responsabilité obéit toutefois à une logique qu'il convient d'analyser.

388. Logique de la responsabilité causale. Les deux théories du risque et de la garantie convergent vers une notion : le dommage. Dans un cas, c'est le risque de causer un dommage qui justifie la responsabilité. Dans l'autre, c'est le dommage causé. C'est donc au niveau du dommage que se situe l'élément d'illicéité. A cet égard, il est tentant de croire que le simple fait d'avoir causé un dommage pourrait suffire à fonder la responsabilité, *a fortiori* lorsqu'il s'agit d'un dommage corporel. Une telle responsabilité serait la juste traduction du principe selon lequel nul n'a le droit de nuire à autrui. Mais elle suppose d'être en mesure de déterminer précisément les *situations dommageables* justifiant la

¹⁴⁰⁷ Ch. Radé, « Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile 1) L'impasse » D. 1999 chron. 313 ; « 2) Les voies de la réforme », D 1999 chron. 323. Le droit à la sûreté serait fondé sur l'article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme. On évoque également le droit à au respect de l'intégrité corporelle fondé sur les articles 16-1 et 16-3 du Code civil. V. F. Leduc, *Le spectre du fait causal*, RCA 2001, chron. p. 20. V. égal. N. Damas, « Responsabilité du fait des choses : vers la disparition de la distinction entre chose en mouvement et chose immobile ? », note sous Cass. 2^e civ. 18 septembre 2003, D. 2004 jur. p. 25. V. égal. la critique de C. Grare, thèse préc. n°30 et celle de Ph. le Tourneau, *op. cit.* n°93.

¹⁴⁰⁸ Certains auteurs ont parlé, à cet égard, d'étendre la logique relative à la sanction des troubles de voisinage, v. A. Sériaux, *op. cit.* n°125.

responsabilité. Autrement dit, il faut pouvoir déterminer quelles sortes de faits se produisant dans le monde peuvent être considérés comme des *effets préjudiciables* entraînant la responsabilité. Ce point peut paraître évident : il est, en vérité, redoutable.

Les auteurs partisans du « droit à la sûreté » répondraient sans doute qu'est dommageable toute *atteinte à l'intégrité corporelle*. Autrement dit, serait un dommage toute *altération* de la situation, en l'occurrence physique, de la victime. Mais une *dégradation dans le temps* est-elle, en elle-même, un dommage ? Rien n'est moins sûr. Les situations physiques, matérielles ou morales des personnes évoluent chaque jour sans que ces évolutions, fussent-elles défavorables, puissent être qualifiées de dommage. D'un point de vue physique, par exemple, il nous est toujours possible de tomber malade : une grippe constitue-t-elle un dommage corporel ? Il en va de même des situations matérielles : chaque mois, la valeur de notre portefeuille boursier évolue, subit-on un dommage lorsque sa valeur est à la baisse ? Supposons qu'un restaurant nouvellement installé capte la clientèle d'un restaurant plus ancien situé dans la même rue : peut-on vraiment parler, à cet égard, de dommage¹⁴⁰⁹ ? En réalité, il ne nous paraît pas possible de considérer comme dommageable, juridiquement parlant, toute *évolution défavorable* de la situation physique ou morale, matérielle ou immatérielle, patrimoniale ou extra-patrimoniale d'une personne¹⁴¹⁰. Pour être juridiquement dommageable, l'altération de la situation de la victime doit constituer un *trouble*, une situation illicite justifiant le déclenchement de la responsabilité civile¹⁴¹¹. Que faut-il pour que la dégradation d'une situation soit illicite ?

Plusieurs critères sont envisageables, aux fonctions différentes. La *nature* de l'atteinte constatée, ou sa *gravité*, peuvent par exemple être prises en considération pour qualifier une situation donnée. Le premier élément vise à déterminer s'il y a, en l'occurrence, atteinte à un intérêt *protégé par le droit*. La gravité de l'atteinte, exprimée par la notion de *dommage anormal* en exprime l'illicéité, à l'image de la jurisprudence relative aux troubles de voisinage. Le recours à l'idée de normalité suppose, toutefois, une appréciation qui ne peut se faire qu'au cas par cas. Mais ces critères ne permettent pas de distinguer l'hypothèse d'une maladie contractée par hasard, donc non réparable, du cas de blessures résultant de coups portés à la victime. Contracter la grippe ou la rougeole, souffrir d'un cancer ou d'une

¹⁴⁰⁹ Comp. Terré, Simler, Lequette, *op. cit.* n°697.

¹⁴¹⁰ Comp. Juliana Karila de Van, « Le droit de nuire », RTD civ. 1995 p. 534.

¹⁴¹¹ « La réaction instinctive, devant la matérialité même du dommage, est un sentiment d'injustice, de rupture d'égalité exigeant une compensation ». A. Bénabent, thèse préc. n°11.

sclérose en plaques sont certainement des atteintes à l'intégrité du corps humain. On peut même estimer qu'elles constituent des situations « anormales », au sens où, *dans l'idéal*, personne ne devrait en souffrir. Mais il n'est pas acquis qu'elles soient des *dommages*, au sens du droit de la responsabilité civile. Ce qui manque, en réalité, c'est la preuve que ces situations défavorables auraient pu *être évitées*. La rougeole n'est pas *en soi* un dommage. Elle le devient dès lors qu'elle aurait dû faire l'objet d'une vaccination préalable omise par le médecin. Autrement dit, toute *dégradation* d'une situation n'est pas dommageable en soi, elle est dommageable en ce qu'elle aurait *pu* être évitée. Dans une espèce récente¹⁴¹², un chirurgien dentiste se plaignait d'une erreur de France Telecom, qui l'avait supprimé de l'annuaire téléphonique durant une année. La victime invoquait une diminution de sa clientèle, établie par la baisse du nombre d'actes réalisés durant l'année en cause. Une telle baisse peut toujours se produire au cours d'une carrière professionnelle. Elle constituait, en l'occurrence, un préjudice, car il était vraisemblable que la disparition de ce médecin de l'annuaire avait eu des répercussions sur sa clientèle. En résumé, la dégradation d'une situation constitue un dommage réparable dès lors qu'une autre situation aurait été *possible* qui était *préférable*.

Tout cela signifie qu'un événement, pour constituer un dommage réparable, doit avoir été *causé*. De ce point de vue, la causalité permet de distinguer la *responsabilité* de l'*assurance*. Supposons que l'on estime que toutes les victimes de la sclérose en plaque doivent être indemnisées des conséquences de leur maladie. *A priori*, une telle indemnisation relève d'une logique d'*assurance*. On ne sait pas, en effet, ce qui déclenche la sclérose en plaque ni ce qui permet de l'éviter. Si, en revanche, on établit que, parmi les malades, se trouvent des personnes dont la maladie est imputable à un médicament précis, alors la sclérose en plaque devient un dommage juridiquement réparable au travers d'une action en responsabilité à l'encontre du fabricant du médicament. Le dommage n'existe pas *en soi* : il est simplement le constat que la situation de la victime aurait *pu être meilleure*, ce qui explique qu'on ne la juge pas « normale ». La chose est logique : l'équilibre rompu qui justifie la responsabilité civile est le fruit d'un fait qui a fait basculer le cours des événements dans un sens défavorable. L'analyse causale contrefactuelle est donc, là encore, indispensable. Elle conduit à s'interroger, dans chaque espèce, sur la survenance de la dégradation invoquée.

¹⁴¹² Cass. 1^{re} civ. 30 novembre 2004, Droit et Patrimoine juin 2005 n°3697 obs. P. Chauvel.

Cet aspect conduit, par ailleurs, à minimiser la portée de l'argument qui consiste à vouloir, à tout prix, indemniser, par le biais de la responsabilité, les événements graves, tel l'apparition d'une sclérose en plaque ou la naissance d'un enfant handicapé. C'est, en effet, oublier un peu vite que la responsabilité permet d'indemniser uniquement la fraction des malades pouvant établir que leur situation résulte d'un fait précis. Par exemple, indemniser uniquement, parmi les malades souffrant de sclérose en plaque, ceux qui ont été vaccinés contre l'hépatite B est, en un certain sens, injuste. La justice et l'égalité supposeraient de permettre à tous ceux qui souffrent d'obtenir la même indemnisation, fût-ce par un mécanisme extérieur à la responsabilité.

Finalement, une fois admis qu'une situation défavorable a été *causée* par un événement donné, ce qui suppose qu'elle aurait pu être meilleure, la responsabilité paraît acquise. Cette responsabilité causale est donc constituée de deux conditions : la preuve du *dommage* –soit de l'altération d'une situation- et la preuve de la *causalité*, qui permet de désigner un fait sans lequel le dommage ne se serait pas produit. Deux types de jugements sont donc, ici, à l'œuvre. Un jugement de fait ou *d'existence*, permettant d'affirmer que les événements auraient pu être autres et aboutir à une situation *différente*. Un *jugement de valeur* estimant que la situation effective de la victime est *moins enviable* que la situation alternative. Autrement dit, la responsabilité causale met en jeu un jugement de *causalité* et un jugement *d'illicéité*, l'illicéité étant appréciée au niveau du dommage grâce à la détermination de ce qui aurait pu être. Admettre la responsabilité revient à affirmer que la victime aurait non seulement *pu* être dans une situation meilleure, mais aussi qu'elle aurait *dû* l'être. L'idée que la responsabilité causale doit pouvoir présenter un critère de l'illicéité émerge également de l'analyse des théories anglo-américaines de la responsabilité causale.

2. Théories anglo-américaines de la responsabilité causale

389. Paradoxalement, les auteurs anglo-américains ayant défendu l'idée de responsabilité causale ne l'ont pas fait au nom du risque ou de la garantie, mais en souhaitant restaurer la dimension *rétributive* de la responsabilité. Ces auteurs ont, en effet, surtout réagi aux théories utilitaristes de la responsabilité largement défendues dans les pays de *Common Law*, auxquelles ils reprochent de réduire les objectifs de la responsabilité civile à la maximisation des richesses, la répartition des coûts sociaux, ou la redistribution

des biens, indépendamment de toute idée de culpabilité ou de responsabilité morale¹⁴¹³. Leurs thèses se veulent avant tout des théories de la responsabilité résolument non économiques, éthiques, voire morales : l'idéal de justice qui sous-tend la responsabilité doit conduire à condamner ceux qui ont causé un dommage à autrui. Elles mènent à la responsabilité causale en partant d'analyses relativement traditionnelles de la responsabilité. D'ailleurs, selon ces auteurs, le principe de responsabilité causale serait déjà présent dans le droit positif et devrait s'étendre¹⁴¹⁴. Nous mentionnerons ici les apports de deux auteurs : l'américain Richard Epstein, que l'appartenance au mouvement *Law and Economics* n'a pas empêché de promouvoir une théorie « rétributive » de la responsabilité (a), et Tony Honoré, qui s'est toujours opposé au courant réaliste et aux économistes du droit (b).

a. La responsabilité rétributive selon Richard Epstein

390. La justice corrective. La position de Richard Epstein¹⁴¹⁵ dans le paysage académique du droit de la responsabilité civile n'est pas simple à élucider. Si Epstein se présente comme un « libertaire » (*libertarian*) se situant dans le mouvement *Law and Economics*, il s'oppose violemment à Posner ou Calabresi en proposant une théorie de la responsabilité civile largement teintée de morale. Le principe de la théorie d'Epstein est que la fonction de la responsabilité civile n'est pas, comme le soutiennent les économistes, de maximiser la richesse ou de répartir les coûts sociaux mais plutôt de corriger les injustices. Contrairement aux perspectives utilitaristes -qui ont une approche conséquentialiste (*forward looking*) des règles de responsabilité civile- Epstein tourne la responsabilité vers le passé (*backward looking*). Si l'on peut admettre d'éventuelles considérations d'utilité sociale, la responsabilité civile doit avant tout corriger les *déséquilibres* provoqués par certaines conduites : il s'agit là de « justice corrective » (« *corrective justice* »),

¹⁴¹³ On relèvera au passage que le terme français de responsabilité peut être traduit en anglais par deux mots : « *liability* » qui signifie avoir concrètement l'obligation de répondre de quelque chose et « *responsibility* » qui vise la responsabilité au sens fort, à commencer par la responsabilité morale. Alors que les économistes se préoccupent de « *liability* », les auteurs préoccupés de justice s'intéressent à la « *responsibility* ».

¹⁴¹⁴ Certains auteurs inscrivent ce courant dans la filiation de Hart et Honoré en ce qu'il s'agit de réhabiliter la notion de causalité comme condition de la responsabilité civile, Richard W. Wright, « *Causation in Tort Law* », (1985) 73 *California Law Review* 1735.

¹⁴¹⁵ Richard Epstein, « *A Theory of Strict Liability* » 2 (1973) *Journal of Legal Studies* 151. R. Epstein « *Causation and Corrective Justice : A Reply to Two Critics* » (1979) 8 *Journal of Legal Studies* 472.

correspondant à ce que nous appelons, en France, la justice commutative.

Epstein fonde sa théorie sur le principe de liberté : chacun est libre d'agir, certes, mais chacun est libre aussi de ne pas être importuné. La valeur de la personne comme celle de son patrimoine justifient donc le principe selon lequel l'exercice de la liberté s'accompagne d'une responsabilité lorsqu'un dommage est causé à autrui. Si la théorie d'Epstein se veut « normative » et non descriptive du droit existant, elle s'appuie sur certaines règles du droit positif. Tel est le cas du principe de correspondance entre la somme payée par le défendeur et celle reçue par la victime qui exprime l'idée de justice corrective dans la responsabilité. A cet égard, si la responsabilité pour faute est envisageable, c'est la responsabilité causale qu'Epstein préfère. Il promeut un régime de responsabilité objective dite « stricte » (« *strict liability* ») qu'on qualifie parfois de responsabilité « absolue » (« *absolute liability* »).¹⁴¹⁶. Epstein se présente ainsi comme un « maximaliste causal » (« *causal maximalist* »¹⁴¹⁷), au sens où il attribue un rôle fondamental à la causalité dans la responsabilité civile.

Dans la théorie d'Epstein, la victime doit obtenir satisfaction dès lors qu'elle a démontré que le défendeur a causé son dommage. Mais encore faut-il que *la manière* dont le dommage a été causé tombe dans l'une des quatre hypothèses (« *paradigms* ») définies par Epstein. Il s'agit : 1) de l'usage de *la force* donc d'une causalité directe et matérielle (A frappe B) ; 2) du mécanisme de *la peur* (A a fait peur à B) ; 3) de l'exercice de *la contrainte* (A a contraint B à frapper C) ; 4) de la *création d'une situation dangereuse* (A a créé une situation dangereuse qui a abouti au dommage de B). En cas de conflit entre les paradigmes, certains prévalent. La responsabilité pourra être partagée dans certains cas. Mais au total, seules ces quatre hypothèses permettent d'envisager la responsabilité. Pour Epstein, elles ne font qu'illustrer le principe selon lequel on est responsable de tout dommage que l'on cause. De ce point de vue, la causalité doit se comprendre au sens ordinaire défendu par Hart et Honoré. Les quatre cas énumérés illustrent pour l'auteur ce sens ordinaire de la causalité¹⁴¹⁸. Dans cette optique, les notions de *but for cause* et de *proximate cause* sont évacuées, chez Epstein, au profit de ces quatre « paradigmes » de la causalité.

¹⁴¹⁶R. W. Wright, art. préc. p. 1751.

¹⁴¹⁷Hart et Honoré, *op. cit.* p. LXXIV.

¹⁴¹⁸« *They are the mode of description which best capture the ordinary use of causal language* », Epstein, « *A Theory of Strict Liability* » art. préc.

391. La théorie d'Epstein a suscité, parmi les auteurs anglo-américains, des critiques et des soutiens. Hart et Honoré¹⁴¹⁹ ont soutenu la position d'Epstein en ce qu'elle conteste les approches utilitaristes et est conforme à « l'intuition morale générale » selon laquelle celui qui cause un dommage à autrui doit le réparer. Mais les auteurs relèvent que le simple fait d'avoir causé un dommage est un peu court pour justifier l'imposition d'une responsabilité. Il faut, en effet, un *élément d'illicéité*, tel le critère de la faute, retenu dans la plupart des systèmes de droit. Aux yeux de Jane Stapleton¹⁴²⁰, l'auteur échoue à expliquer les raisons pour lesquelles il retient ses quatre « paradigmes », et ne parvient pas à dépasser l'indétermination de la notion de cause. En outre, il faut pouvoir justifier pourquoi l'on peut imposer une responsabilité « stricte » à un défendeur dans des circonstances où une personne raisonnable se comportant raisonnablement aurait agi comme lui¹⁴²¹.

Nous relèverons pour notre part que les quatre « paradigmes » traduisent une conception restrictive de la causalité qui permet à la théorie de ne pas promouvoir une responsabilité excessive. Mais les raisons qui justifient la condamnation du défendeur, dans l'un de ces quatre cas, ne sont pas réellement explicitées. Si la seule causalité justifie la responsabilité, alors il faut pouvoir donner les raisons pour lesquelles la causalité se réduit à ces quatre hypothèses. Si d'autres considérations entrent en ligne de compte, alors il faut les présenter. Finalement, la faiblesse de la théorie d'Epstein est qu'il a voulu combiner, sous l'idée de responsabilité causale, deux éléments nécessaires de la responsabilité qui se complètent : la causalité, jugement d'existence, d'une part, et l'illicéité, jugement de valeur, d'autre part.

b. Le fondement moral de la responsabilité causale selon Honoré

392. Dans un article fondateur¹⁴²², Honoré a exposé les bases de sa théorie morale de la « *strict liability* ». La responsabilité causale, objective, a en effet, à ses yeux, un fondement moral. Partant du régime de la responsabilité pour négligence, l'auteur relève que le critère de la négligence, qui repose sur un standard de diligence objectif (« *objective*

¹⁴¹⁹ Hart et Honoré, *op. cit.* p. LXXV.

¹⁴²⁰ J. Stapleton, *Products Liability*, *op. cit.* p. 166 et s.

¹⁴²¹ J. Stapleton, *op. cit.*, p. 170.

¹⁴²² T. Honoré, « *Responsibility and Luck : The Moral Basis of Strict Liability* » (1988) 104 *Law Quarterly Review* 530.

standard of care »), impose parfois une forme de responsabilité objective sur des gens qui, pour certaines raisons (incompétences physiques, émotionnelles, intellectuelles), ne peuvent respecter ce standard. Pourtant, dit-il, le critère de la négligence requiert un fondement *moral*. Ce fondement moral, Honoré le trouve dans notre qualité de *personne*. C'est une partie nécessaire de notre personnalité que d'avoir une histoire, une identité, un caractère, une volonté : c'en est également une d'être responsable des effets que nous causons, même lorsque ces derniers sont simplement dus à la malchance. Cette responsabilité causale est liée à notre qualité de personnes douées d'une volonté (*choosing persons*) : les responsabilités morale et juridique n'en sont que des particularisations ; la responsabilité stricte et la négligence ne sont elles-mêmes que des particularisations de ces particularisations.

Pour Honoré, la responsabilité pour le dommage causé (*outcome responsibility*), donc la responsabilité causale, est une part nécessaire du fait d'être humain : elle est beaucoup plus fondamentale que la responsabilité morale qui, beaucoup plus étroite, ne permet pas de distinguer l'acte suivi d'effets de la simple tentative. Ce qui ne signifie pas qu'une telle responsabilité manque de fondement moraux : les agents savent que les résultats de leur action vont leur être imputés et feront en sorte que les résultats positifs soient plus nombreux que les résultats négatifs. Non seulement, dit Honoré, la responsabilité causale est la forme la plus fondamentale de responsabilité mais elle est fondée sur l'équité et la morale.

Cette responsabilité « pré-morale » prend en compte le fait que les agents doivent supporter le risque de malchance mais peuvent également bénéficier des effets heureux du hasard. Dans un système de responsabilité causale les agents parient sur les effets de leur conduite et se préparent à percevoir les bénéfices de leurs succès comme les dommages liés à leurs échecs. Pour être équitable, cette responsabilité doit être globalement bénéficiaire : chaque agent responsable doit pouvoir recevoir des bénéfices qui seront au total supérieurs aux dommages qu'il lui faudra indemniser. La capacité minimum requise pour pouvoir être assujéti à la responsabilité causale est donc la capacité générale à profiter du système la majeure partie du temps. D'une façon générale, les agents sont bénéficiaires dans un système de responsabilité causale parce qu'habituellement les gens réussissent dans ce qu'ils entreprennent : la responsabilité causale n'est donc pas seulement inhérente à notre qualité de personne volontaire, elle est, en outre, équitable.

Le plaidoyer pour la responsabilité objective que constitue la théorie d'Honoré est convaincant à certains égards. En particulier, l'idée selon laquelle la responsabilité peut être fondée sur la morale tout en correspondant à un régime de responsabilité sans faute est

séduisante. Mais là encore, l'auteur ne précise pas quel doit être le critère permettant de délimiter ce qui relève de la responsabilité. Or, comme nous l'avons vu, le simple fait de produire un effet dans le monde ne peut suffire à justifier la responsabilité : encore faut-il que cet effet soit considéré comme *dommageable*, ce qui suppose un jugement d'illicéité.

393. Conclusion du B. Aucune situation n'est dommageable en elle-même : elle ne se révèle illicite que si elle aurait *pu* et *dû* être évitée. Une responsabilité causale n'est envisageable qu'à cette condition¹⁴²³. Elle suppose à cet égard un double jugement : d'une part un jugement selon lequel le dommage aurait pu être évité, qui est de nature *causale* et constitue une analyse des éléments *factuels* de l'espèce, d'autre part, un *jugement de valeur* selon lequel le dommage aurait *dû* être évité, ce qui revient à reconnaître l'illicéité de la situation dommageable. L'intérêt de cette réflexion est de mettre en évidence qu'il n'y a pas de situation dommageable *en soi*, mais uniquement par rapport à une autre situation, plus favorable, qui devait être *possible*.

394. Conclusion de la section. En tant que condition classique de la responsabilité, couplée à la preuve d'une faute ou d'une inexécution contractuelle, la causalité juridique implique, en principe, l'exigence d'un *lien direct* qui se superpose à la condition *sine qua non*. Le succès de la responsabilité objective, sous l'influence de la théorie du risque, a conduit à l'émergence du *la causalité probabiliste* caractérisant un fait illicite de nature à engendrer la responsabilité. Dans la responsabilité pour faute, le fait causal est une causalité *potentielle* permettant de qualifier la faute : est illicite le comportement de nature à augmenter la probabilité de dommage. Dans ce contexte, le critère de la probabilité *ex ante* est déterminant, étant précisé qu'il sert à qualifier l'acte illicite et non à établir le lien *effectif* de causalité, qui correspond à la causalité *sine qua non*. La causalité effective est davantage prise en considération dans le cadre de la sanction du fait causal d'une chose ou d'un enfant dont on doit répondre. Dans ce contexte, la détermination du fait causal suppose d'imaginer un état du monde différent et meilleur, dans lequel le dommage ne se

¹⁴²³ « La responsabilité civile, écrivait Boris Starck, n'a pas pour fondement la causalité du dommage. La causalité est un élément nécessaire à la responsabilité, car on ne saurait exiger réparation de n'importe qui : il faut bien qu'entre l'activité du défendeur et le dommage il y ait une relation de causalité, mais cet élément nécessaire n'est pas suffisant. Le fondement de la responsabilité était, dans la théorie traditionnelle, la faute du défendeur ; dans une théorie proposée mais non acceptée, le risque ; dans une autre, la garantie. Mais on ne saurait en aucun cas, réduire la responsabilité à un pur problème de causalité ». B. Starck, « La pluralité des causes de dommage et la responsabilité civile (La vie brève d'une fausse équation : causalité partielle = responsabilité partielle », JCP 1970, I, 2339, n°6.

serait pas produit. L'élaboration du scénario alternatif permet, à cet égard, d'identifier le fait de la chose (voire de l'enfant) dont l'absence aurait permis d'éviter le dommage. Ce faisant, l'analyse causale met le doigt sur ce qui s'est révélé défectueux dans le cours des événements.

Pour autant, la causalité ne peut constituer à elle seule, un élément de nature à justifier la responsabilité. Le jugement de causalité permet seulement d'affirmer que les choses auraient *pu* se passer différemment. Ce jugement objectif doit pouvoir être complété d'un *jugement de valeur* permettant de conclure que les choses auraient *dû* se passer autrement. Alors que la causalité ne fait que confirmer qu'un autre état du monde aurait été *possible*, le jugement de responsabilité considère que cet autre état du monde aurait été *préférable*. A cet égard, l'idée de responsabilité purement causale est un leurre, dès lors qu'elle n'offre aucun critère de l'illicite. Si l'on peut envisager de fonder la responsabilité sur l'idée que certains dommages ne doivent pas se produire, cela suppose de justifier en quoi ces événements qualifiés de dommages ne sont pas souhaitables. Encore faut-il, d'ailleurs, que de tels événements puissent, humainement, être évités, faute de quoi ils ne relèvent pas de la responsabilité.

Section 2. La causalité, condition indispensable de la responsabilité

395. On ne saurait être responsable de ce que l'on n'a pas causé. Un système de réparation indifférent à la causalité constitue simplement un mécanisme d'indemnisation des dommages permettant d'imputer à un « payeur » la charge d'un dommage pour des raisons étrangères au déroulement des faits¹⁴²⁴. Dans la responsabilité, le défaut de causalité permet d'exonérer le défendeur.

396. Causalité et exonération. Parler d'exonération de la responsabilité peut prêter à confusion. L'idée d'exonération laisse supposer, en effet, que les conditions de la responsabilité sont réunies, mais qu'une considération externe va permettre, exceptionnellement, d'écarter l'obligation de réparation. L'exonération serait ainsi l'effet de considérations d'équité, chargées de tempérer la sévérité de la règle de responsabilité¹⁴²⁵. Cependant, l'effet libératoire des causes d'exonération semble surtout tenir à la disparition, pour une raison ou pour une autre, d'une condition fondamentale de la responsabilité, voire de plusieurs d'entre elles. A cet égard, l'exonération correspond moins à une décharge de réparation qu'à une remise en question de l'existence effective de la responsabilité. Dans ce contexte, le défaut de causalité, voire le défaut de causalité *suffisante*, constitue un moyen d'exonération indiscutable. L'hypothèse est la suivante : alors que le lien de causalité semble établi par le demandeur, le défendeur parvient à démontrer l'absence de causalité justifiant la responsabilité. Ce défaut de causalité du fait générateur peut résulter de deux cas de figure. Soit il découle de la présence d'une cause étrangère à l'origine du dommage. Soit il est lié au fait que la cause du dommage est, en réalité, inconnue : faute de cause déterminable d'un événement donné, on le dira sans cause, donc fruit du hasard. Mais cette

¹⁴²⁴ « La réparation est sans égard à la responsabilité lorsque le débiteur de la dette de réparation est désigné sans considération de son rôle causal dans la production du dommage », F. Leduc, « La cause exclusive », RCA 1999 chron. 17 p. 4, spéc. p. 7.

¹⁴²⁵ M. Antonmattei estime, par exemple, que l'exonération pour force majeure est surtout « une règle élémentaire d'équité qui veut qu'en présence de circonstances exceptionnelles, l'application de la règle doit être modifiée sous peine de conduire à un résultat inique ». « Aussi importe-t-il, afin que le maniement de l'équité ne dégénère pas en arbitraire, de définir ces situations exceptionnelles qui emportent correction de la règle ». Paul-Henri Antonmattei, « Ouragan sur la force majeure », JCP G 1996, I, 3907.

dernière hypothèse satisfait peu l'esprit du juriste contemporain : l'événement sans cause ou de cause inconnue est difficilement concevable, *a fortiori* si le fait générateur semble expliquer le dommage. Pour cette raison, l'exonération de responsabilité pour défaut de causalité résulte, la plupart du temps, de la reconnaissance d'une cause étrangère : c'est à ce sujet que l'on parle de force majeure.

397. La cause étrangère. Cause étrangère et force majeure entretiennent des liens complexes et ambigus jusque dans les textes. Alors que l'article 1147 C. civ. évoque la cause étrangère non imputable, l'article 1148 C. civ. mentionne l'impossibilité d'exécution résultant d'un cas fortuit ou de force majeure. Il semble que les rédacteurs du Code aient distingué les deux notions, bien que la juxtaposition des articles 1147 C. civ. et 1148 C. civ. ait conduit de nombreux auteurs à les assimiler¹⁴²⁶. De nos jours, cette assimilation est couramment opérée¹⁴²⁷. Certes, la force majeure -notion riche, complexe et variable, dont la définition classique peine à exprimer le droit positif¹⁴²⁸- n'est sans doute pas épuisée par l'idée de causalité. Cependant, malgré cette variabilité¹⁴²⁹, sur laquelle M. Antonmattei mit l'accent, l'exonération de responsabilité fondée sur la force majeure résulte, dans la majorité des cas, de considérations relatives à la causalité. Deux hypothèses sont envisageables, à cet égard : soit la cause étrangère « absorbe » l'intégralité de la causalité, conduisant à une exonération totale du défendeur ; soit ce fait, tout en ayant eu un rôle causal dans la production du dommage, ne permet pas de nier la causalité du fait générateur, ce qui ne conduit logiquement qu'à une exonération partielle. Le fait de force majeure –qu'il s'agisse d'un fait anonyme ou du fait d'une personne identifiée (tiers ou victime)- appartient, en principe, à la première catégorie, puisqu'il permet une exonération intégrale du défendeur : l'effet libératoire est total, tant dans la responsabilité contractuelle¹⁴³⁰ que dans la responsabilité délictuelle malgré le silence du Code civil dans

¹⁴²⁶ V. P-H Antonmattei, *Contribution à l'étude de la force majeure*, préf. B. Teysse, LGDJ Bibl. droit privé t. 220, 1992 ; n°131 et s.

¹⁴²⁷ D. Voinot, « La force majeure » in *Lamy Droit de la responsabilité civile*, sous la dir. D. Mazeaud, n°273-3.

¹⁴²⁸ Un auteur parle de « décalage entre la description habituelle de la force majeure et la réalité des décisions ou la réalité des faits. », Ph. Stoffel-Munck, RDC 2003 p. 57.

¹⁴²⁹ V. P.-H. Antonmattei, thèse préc.

¹⁴³⁰ L'article 1147 C. civ. déclare le débiteur responsable chaque fois « qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée ». L'article 1148 C. civ. dispose : « Il n'y a lieu à aucun dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était

ce dernier cas¹⁴³¹.

Une nouvelle question se pose à ce stade : toutes les causes étrangères paraissant concentrer la causalité du dommage constituent-elles nécessairement des faits de force majeure ou pourrait-on envisager des « causes exclusives » ne présentant pas ce caractère ? La première hypothèse semble la bonne dès lors que la force majeure se définit comme une cause étrangère permettant de nier la causalité du fait générateur. Pour autant, l'idée d'une cause exclusive ne correspondant pas à la force majeure, hypothèse d'ailleurs retenue par certains textes législatifs¹⁴³² ne peut être écartée totalement si l'on se fie aux critères classiques. Ne pourrait-on envisager une cause exclusive ne présentant pas les caractères d'irrésistibilité, d'imprévisibilité et d'extériorité propres à la force majeure ? Pour trancher ces questions délicates, il nous faut reprendre à la racine le principe et la justification de l'exonération.

398. Principe et mise en œuvre de l'exonération. La responsabilité suppose que les événements auraient pu se dérouler différemment. Retenir une responsabilité n'a aucun sens si les faits devaient nécessairement se produire ou s'il est impossible d'établir qu'ils auraient pu être autres. Autrement dit, la responsabilité est injustifiée si le dommage était fatal ou si l'incertitude est telle qu'il est impossible d'identifier une cause, fût-ce une simple condition *sine qua non*. Ces deux cas de figure, sont à la racine de l'exonération pour défaut de causalité (§1). Dans cette logique, reste à préciser comment la notion peut être interprétée dans le cadre de la mise en œuvre effective de l'exonération (§2).

§1. Fondements de l'exonération pour force majeure

399. Hasard ou nécessité ? L'évaluation de la causalité peut donner lieu à des degrés : à une extrémité se trouve la causalité déterministe, telle que la cause impliquait

interdit ». Ce texte est néanmoins rarement visé. P. H. Antonmattei, thèse préc. n°254. En matière contractuelle, on peut à la rigueur admettre que la force majeure n'affecte pas le contrat tout entier, ce qui s'explique aisément par le fait que le contrat a pu faire naître plusieurs obligations dont une seule est affectée par la force majeure.

¹⁴³¹ « Il est, en droit privé, communément admis qu'un événement de force majeure absorbe toute la causalité. En raison de ses caractères, la force majeure, lorsqu'elle est avérée, constitue la cause (juridique) exclusive du dommage ». Fabrice Leduc, « La cause exclusive », RCA. 1999 chron. 17 p. 4.

¹⁴³² La loi du 5 juillet 1985 relative aux accidents de la circulation prévoit ainsi que la victime non conductrice perd son droit à réparation lorsqu'elle a commis une « faute inexcusable si elle a été la cause exclusive de l'accident » (L. 5 juillet 1985, art. 3 al. 1).

nécessairement l'effet ; à l'autre extrémité se trouve une relation purement accidentelle, aléatoire, telle qu'il était impossible de prévoir qu'un événement pourrait découler d'un autre, voire d'identifier la moindre condition *sine qua non*¹⁴³³. Ces deux hypothèses excluent logiquement la responsabilité. Il est donc tentant de rapprocher la force majeure de l'un de ces deux cas de figure radicalement opposés. D'un côté, la force majeure peut être assimilée à l'hypothèse du hasard, au sens d'une indétermination rendant impossible l'établissement d'une cause du dommage, soit que la cause est inconnue, soit que l'on admet qu'il n'y a pas de cause. D'un autre côté, la force majeure peut correspondre au cas du déterminisme absolu : celui dans lequel les événements n'auraient pas pu se passer autrement. Ces deux idées se rapprochent des deux notions qui, historiquement, étaient à la racine de l'exonération : alors que la *vis major* était l'événement surtout insurmontable, le cas fortuit, *casus*, était essentiellement imprévisible¹⁴³⁴. Il arrive encore que l'on distingue entre l'idée de « force majeure » au sens strict « qui renvoie à l'idée d'insurmontabilité d'un événement »¹⁴³⁵ et celle de « cas fortuit » qui « vise un événement survenu de façon inattendue »¹⁴³⁶. Ces deux aspects ramènent aux deux justifications (causales) de l'exonération pour force majeure : le hasard, d'une part (A), et la nécessité, de l'autre (B).

1. Hasard et force majeure

400. « La fatalité, c'est personne, la responsabilité, c'est quelqu'un », écrivait Paul Ricoeur¹⁴³⁷. Nous sommes tous amenés, tôt ou tard, à subir des dommages relevant des vicissitudes de l'existence qui, pour cette raison, sont à notre charge. Chacun d'entre nous subit inéluctablement les aléas de la vie : catastrophe naturelle, maladie, décès d'un proche... Ces événements sont inévitables. Etant la marque de la fatalité, à laquelle chacun est soumis, ils ne relèvent pas de la responsabilité juridique : c'est « la faute à pas de chance », dit-on trivialement. On admet aisément que les coups du sort sont à la charge de ceux qui les subissent¹⁴³⁸. L'événement relevant du hasard est un événement sans cause ou

¹⁴³³ V. *supra* n°94.

¹⁴³⁴ Pour M. le Tourneau, les deux expressions seraient devenues synonymes parce que la jurisprudence est devenue plus sévère en exigeant la réunion des deux caractères d'irrésistibilité et d'imprévisibilité, Ph. le Tourneau, *op.cit.* n°1802.

¹⁴³⁵ M. Fabre-Magnan, *op. cit.* n°270 p. 736

¹⁴³⁶ Ibid.

¹⁴³⁷ P. Ricoeur, « Le concept de responsabilité... », art. préc. p. 41.

¹⁴³⁸ Qui peuvent, le cas échéant, s'assurer.

découlant du cours incertain des choses, un concours de circonstances. Les faits se sont déroulés d'une manière tellement indéterminée qu'il est impossible de dire que l'absence de l'un d'entre eux aurait exclu la survenance du dommage. En cela, ce dernier se situe en dehors de la responsabilité, aucune attribution causale précise n'étant possible¹⁴³⁹. Tel est le cas des tempêtes, des inondations, des épidémies, dont la survenance imprévisible interdit de les imputer à quoi que ce soit, sinon à Dieu, comme l'exprime le terme utilisé en *Common Law* de *act of God*¹⁴⁴⁰. On parlera volontiers, à cet égard, de cas fortuit ou de hasard : le fait du hasard, c'est l'événement sans cause, ou sans cause identifiable¹⁴⁴¹.

401. Hasard et imprévisibilité. Cournot disait du hasard qu'il correspondait à l'idée d'une rencontre entre des faits rationnellement indépendants les uns des autres « rencontre qui n'est elle-même qu'un pur fait, auquel on ne peut assigner de loi ni de raison »¹⁴⁴². Il signifiait par là que les événements amenés par la combinaison, ou la rencontre, d'autres événements qui appartiennent à des *séries indépendantes* les unes des autres sont des *événements fortuits*, ou des résultats du *hasard*¹⁴⁴³. Telle personne, un jour, décidera

¹⁴³⁹ « Le concept de fortuit ne peut être compris en dehors de sa relation au concept de nécessaire ». F. Rauh, « Hasard », in André Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, p. 406

¹⁴⁴⁰ Défini comme le fait irrésistible et insondable (*unsearchable*) de la Providence, réduisant à néant tout acte humain : « *An irresistible and unsearchable Providence nullifying all human effort* », selon le mot de Lord Blanesburgh dans *GWR v. Owners of S. S. Mostyn* [1928] AC, 57, 105. V. Hart et Honoré, *op. cit.* p. 136 note 21.

¹⁴⁴¹ Selon le Vocabulaire Lalande, le hasard est d'un point de vue subjectif le « caractère d'un événement ou d'un concours d'événements qui ne présente pas le genre de détermination qui nous paraîtrait normal étant donné sa nature », et, d'un point de vue objectif, « ce qui est à la fois matériellement indéterminé et moralement non délibéré ». « Hasard », in André Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, p. 401. Autrement dit, il faut bien distinguer selon que l'on entend le hasard comme une impossibilité de *connaître* les causes (hasard au sens épistémologique) et le hasard comme une *absence de cause* en tant que telle (hasard au sens ontologique). Cette dernière option revient à voir dans le hasard un événement objectivement dénué de cause, voire même l'absence de cause en elle-même ou, pour le dire autrement, le « désordre partiel ou total qui serait immanent à l'univers ». Cette conception admet que l'apparition de certains événements puisse être totalement désordonnée, non soumise à des lois ou sans cause. Ils peuvent donc être totalement imprévisibles. La notion de hasard comme absence objective de cause existait chez Aristote. Dans le raisonnement ordinaire qui est celui du juriste, le hasard est *a priori* moins le fait de l'ignorance que celui de l'incertitude des événements.

¹⁴⁴² V. not. Augustin Cournot, *Essai sur les fondements de nos connaissances et sur les caractères de la critique philosophique*, Paris Hachette, 1851, rééd. 1922. V. Andler, Fagot-Largeault, Saint-Sernin, *op. cit.* p. 850 et s.

¹⁴⁴³ Pour Cournot, une série causale est une série linéaire indéfinie dont chaque membre est l'effet du membre précédent et cause du suivant. Comme un grand nombre de telles séries existent simultanément, elles peuvent se croiser. Si elles concourent à la production d'un même effet, elles seront dites solidaires. Si elle restent séparées les unes des autres, elles sont indépendantes. Ces séries causales indépendantes « se développent parallèlement ou consécutivement, sans avoir les unes sur les autres la moindre influence ». On peut dire « qu'il y a là comme deux petits mondes, dans chacun desquels on peut observer

d'emprunter le métro car elle vient de manquer un autobus qui subira, quelques minutes plus tard, un grave accident : « j'ai eu de la chance », dira-t-elle. Inversement, celui qui aura renoncé au métro pour prendre l'autobus n'aura pas eu de chance... Max Weber, discutant la notion de hasard en histoire, s'appuya sur la définition de Cournot pour développer l'idée de hasard « relatif »¹⁴⁴⁴ au sens d'un rapport logique entre des complexes de causes considérés séparément. Il fit ainsi émerger un « concept causal de hasard » dans lequel « l'« accidentel » est ce qu'il n'est pas possible de faire dériver causalement, suivant les règles générales du devenir, des conditions qui entrent seules en ligne de compte, mais résulte de l'intervention d'un facteur qui se trouve « en dehors » d'elles »¹⁴⁴⁵. Ainsi, concernant les événements humains, le « concept causal de hasard » implique l'intervention purement fortuite, dans un enchaînement causal, d'un fait totalement extérieur issu d'une autre série causale. En outre, on sait qu'« accidentel » s'oppose à « adéquat » : le caractère accidentel de la force majeure signifie qu'aucune « loi causale », qu'aucune « règle du devenir » n'augmentait *a priori* la possibilité objective de survenance de l'effet (soit le fait de force majeure). Autrement dit, cet effet n'était pas objectivement prévisible.

De fait, on enseigne traditionnellement que l'événement de force majeure est imprévisible¹⁴⁴⁶. En principe, cette imprévisibilité concerne l'événement lui-même et non la manière dont il a produit ses effets. Dans l'exemple dit de Feuerbach¹⁴⁴⁷, A veut tuer B, qui l'apprend et meurt de peur. Un tel cas ne relève pas de la force majeure, même si la réaction

un enchaînement de causes et d'effets qui se développent simultanément, sans avoir entre eux de connexion, et sans exercer les uns sur les autres d'influence appréciable ». Mais il peut advenir, par accident, que de telles séries se croisent : tel est le hasard. La thèse de Cournot n'est pas déterministe, d'un point de vue philosophique, au sens où tout n'est pas pour lui, en relation : le fortuit est envisageable, justement, parce qu'il existe des événements foncièrement indépendants les uns des autres.

¹⁴⁴⁴ Par opposition au hasard « absolu » pouvant prendre les deux sens que nous évoquons : d'une part celui de hasard « absolu » au sens métaphysique, soit l'« absence » objective de causes, d'autre part le hasard « absolu » au sens épistémologique, soit « l'impossibilité absolue subjective de connaître les conditions causales ». Le hasard au sens épistémologique est celui des jeux de hasard comme les jeux de dé ou la loterie, celui qui donne lieu au calcul des chances. M. Weber, *op. cit.* p. 210.

¹⁴⁴⁵ M. Weber, *op. cit.* p. 210.

¹⁴⁴⁶ L'imprévisibilité, dit M. Bénabent, est due à « une absence de cause, du moins de cause pour nous discernable », Alain Bénabent, *La chance et le droit*, préf. J. Carbonnier, LGDJ, 1973, n°6. Il est vrai que si l'on s'attache à une vision du hasard comme le fruit de l'ignorance humaine (le hasard en son sens épistémologique), l'imprévisibilité en est aussi le signe : si nous sommes incapables d'identifier les causes d'un fait donné, nous ne pouvons le prévoir. Le critère d'imprévisibilité peut, du reste, aussi se rattacher à l'idée d'absence de cause en soi : que les causes soit ignorées ou qu'elles n'existent pas, le fait est que l'événement était imprévisible.

¹⁴⁴⁷ V. Adolf Reinach, « Sur le concept de cause dans le droit pénal en vigueur », trad. Julien Cantegreil, APD, à paraître.

de B était accidentelle au sens où l'on ne pouvait la prévoir d'après le cours ordinaire des choses. L'exonération concerne les cas où c'est l'événement de force majeure lui-même qui, telle une catastrophe naturelle, était imprévisible et à l'origine du dommage. Si le fait de force majeure imprévisible peut être, un fait de la nature¹⁴⁴⁸, il peut également être un fait humain, qu'il s'agisse du comportement d'un tiers ou de la victime, qui doit être suffisamment imprévisible pour être qualifié de fortuit. En revanche, si l'action du tiers ou de la victime pouvait être prévue, par exemple parce qu'il réagissait à un événement donné, la force majeure ne pourra pas être invoquée.

402. Le hasard dans le Code civil. Si les rédacteurs du Code civil concevaient les événements fortuits, il est moins certain qu'ils aient réellement envisagé l'absence de cause en tant que telle. M. Bénabent a remarqué, dans sa thèse¹⁴⁴⁹, que les règles du Code civil semblent exclure le hasard et supposer que tout événement a nécessairement une cause. « Inspiré de la philosophie rationaliste, le droit napoléonien répugnait à l'absence de cause, la concevait mal et n'imaginait pas qu'un rapport juridique puisse en naître »¹⁴⁵⁰. « Toute chose, tout événement devait pouvoir être rattaché à un autre dont il était issu »¹⁴⁵¹. Ainsi, dans la responsabilité civile, s'il n'y a pas faute, il y a nécessairement un autre fait causal à la place : « le cas fortuit commence exactement là où cesse la faute »¹⁴⁵². Pour l'application de l'article 1147, C. civ. « démontrer que l'inexécution n'est pas son fait ou prouver qu'elle

¹⁴⁴⁸ Un fait de la nature figurant parmi les facteurs du dommage mais ne présentant pas les caractères de la force majeure ne peut exonérer en aucune manière, fût-ce partiellement, le défendeur : sa responsabilité et la réparation mise à sa charge restent intégrales.

¹⁴⁴⁹ A. Bénabent, thèse préc. n°1 p. 5. Pour cet auteur, la « chance équivaut au hasard » et la causalité apparaît comme son antithèse. L'auteur renvoie aux différentes définitions du terme de « chance ». La chance, selon Lalande est « l'une des manières dont peut se produire un événement aléatoire » (V. A. Lalande, préc.), la manière dont advient un événement « suivant des conditions qui ne nous sont pas connues » (Littré), au gré du « hasard des circonstances » (Larousse). Le terme de « chance », employé au pluriel, équivaut à « probabilité », c'est la probabilité du calcul des chances: « si un événement fortuit pris isolément reste impénétrable quant à ses causes et à sa survenance, le regroupement de plusieurs d'entre eux, à condition qu'ils soient de même nature, permet de dégager des règles constantes, des « lois du hasard », à partir desquelles une action devient possible (...). Bien loin de constituer une ambivalence, la double définition fait donc apparaître dans les termes la nature même du phénomène, à savoir que la chance, insaisissable sur le plan individuel peut être cernée et maîtrisée par le grand nombre : les chances se calculent. », A. Bénabent, thèse préc. n°4.

¹⁴⁵⁰ A. Bénabent, thèse préc. n°7.

¹⁴⁵¹ « Dans la mesure où l'événement fortuit n'est pas lié à une cause (...), il ne peut être rattaché à un événement antérieur. Ne sachant ainsi à quoi rationnellement le relier, le Code civil ne pouvait l'insérer à aucun endroit de son système et le laissait en dehors du champ juridique. Il le faisait avec d'autant meilleur conscience qu'il concevait mal ces événements sans cause » *Ibid.*

¹⁴⁵² A. Bénabent, thèse préc. n°32.

est due à une cause étrangère revient au même »¹⁴⁵³ : on en arrive à une « complémentarité exacte faute - force majeure »¹⁴⁵⁴ en tant que faits causaux.

Il est vrai que la force majeure n'est mentionnée, dans le Code civil, qu'à propos du contrat. Mais la chose est logique. Dans un système fondé sur le principe d'une responsabilité pour faute subjective, les conditions requises pour qualifier la faute semblent suffire à cantonner la responsabilité dans des limites acceptables. S'il y a force majeure, c'est que le défendeur n'est pas fautif, ou bien que son fait n'est pas causal, ce qui revient au même. Dans le système de Domat, aucune réparation n'est due « s'il arrive quelque dommage par une suite imprévue d'un fait innocent, car cet événement aura quelque autre cause, soit une imprudence de la victime, soit un cas fortuit, et c'est à ce cas fortuit que le dommage doit être imputé »¹⁴⁵⁵. Autrement dit, ce qui résulte d'un fait illicite donne lieu à responsabilité, ce qui est dû au hasard pèse sur la victime¹⁴⁵⁶. « L'attribution naturelle du dommage est de le laisser à la charge de la victime, parce qu'ainsi on ne fait pas de choix, on ne cherche pas à redresser les coups du hasard. La victime est choisie par le sort, désignée par le destin. Lors donc que l'on oblige l'auteur à réparation, on déplace cette attribution naturelle. Ce déplacement n'est légitime que s'il y a des raisons particulières de l'effectuer »¹⁴⁵⁷. La raison particulière est la faute : ce qui n'est pas dû à une faute résulte du hasard et reste à la charge de la victime¹⁴⁵⁸. Tarrible le mentionna devant le Corps Législatif : « Le dommage, pour qu'il soit sujet à réparation, doit être l'effet d'une faute ou d'une imprudence de la part de quelqu'un : s'il ne peut être attribuée à cette cause, il n'est plus que l'ouvrage du sort, dont chacun doit supporter les chances, mais s'il y a eu faute ou imprudence, quelque légère

¹⁴⁵³ En l'absence d'autre fait causal, le débiteur est responsable : « exiger du débiteur la preuve de la force majeure c'est faire peser sur lui non seulement la charge de la preuve mais aussi le risque du dommage sans cause, la règle de preuve emportant ainsi une règle de fond. » Ce qui poussera les auteurs à discuter sur le fondement (faute ou risque) de la responsabilité contractuelle. A. Bénabent, thèse préc. n°33.

¹⁴⁵⁴ A. Bénabent, thèse préc. n°32. Certes, le Code civil a semblé se départir « de sa réserve face au hasard » dans les termes de l'art. 1148 C. civ., mais rien ne prouve que les rédacteurs ont envisagé autre chose que l'événement sans cause. Pour M. Bénabent, c'est l'événement imprévisible et non l'événement sans cause qui est visé par l'article 1148 C. civ.. V. A. Bénabent, thèse préc. n°29 et n°32.

¹⁴⁵⁵ J. Domat, *Lois civiles, op. cit.* Livre II titre VIII, Sect. IV §3.

¹⁴⁵⁶ « Pendant très longtemps », écrit M. Bénabent, on a distingué « ce qui est dû au hasard et ce qui est dû à l'activité fautive de quelqu'un et en limitant la réparation à ceci ». A. Bénabent, thèse préc. n°13.

¹⁴⁵⁷ J. Flour, *Droit Civil, cours photocopié 2è année*, 1964-65, pp. 563-564 cité par A. Bénabent, thèse préc. n°14.

¹⁴⁵⁸ Si l'absence de faute résulte de l'absence de discernement, malgré l'anormalité de l'acte commis, le dommage serait aussi dû au hasard : « le hasard joue au deuxième degré en ce que la folie n'ayant pas de cause, le dommage qui en découle non plus ». A. Bénabent, thèse préc. n°16.

que soit leur influence sur le dommage commis, il en est dû réparation »¹⁴⁵⁹. On peut ainsi parler d'« une complémentarité parfaite faute/cas fortuit. Tout ce qui n'est pas dû à la première ressortit au second »¹⁴⁶⁰. Ce n'est, de ce point de vue, pas un hasard, si les premières analyses de la force majeure l'assimilaient à l'absence de faute¹⁴⁶¹, idée mentionnée aujourd'hui encore, fût-ce pour la combiner à l'explication reposant sur la causalité.

403. Recul du fatalisme ? Il est devenu de moins en moins admissible de laisser à leur sort des victimes innocentes. Il a bien fallu, en outre, se rendre à l'évidence que des dommages pouvaient résulter de faits préjudiciables ne constituant pas, pour autant, des fautes subjectives. Le mouvement d'objectivation de la responsabilité, grâce à l'essor de la notion de faute objective et de la responsabilité de plein droit, a rendu indispensable l'exonération pour force majeure dans le contexte de la responsabilité délictuelle. L'événement de force majeure est ainsi ce qui interdit de rattacher le dommage à celui qui serait tenu de plein droit pour le fait de sa chose ou de la personne dont il doit répondre. Mais alors qu'antérieurement la force majeure conduisait à imputer le dommage au mauvais sort, elle constitue désormais une cause étrangère permettant d'écarter tout fait causal de la chose, voire de l'enfant.

Aujourd'hui encore, la rationalité pousse au déterminisme¹⁴⁶² : le sens commun lui-même admet difficilement l'hypothèse de faits non causés ou dont la cause reste inconnue. La chose est déterminante concernant la causalité : bien souvent, l'événement dont on ne parvient pas à déterminer la cause sera imputé à celui qui paraît le mieux l'expliquer, d'un

¹⁴⁵⁹ Tarrible, Discussion devant le Corps Législatif, in Fenet, op. cit. p. 488.

¹⁴⁶⁰ A. Bénabent, thèse préc. n°15 note 15, et l'auteur d'ajouter « Ce n'est qu'avec un certain raffinement de la notion de probabilité qu'apparaîtra au XX^e un champ intermédiaire où, sans qu'il y ait faute, un dommage n'est pas tout à fait fortuit en raison de la probabilité qu'il avait de résulter de telle activité. Sur quoi s'épanouira la théorie du risque ».

¹⁴⁶¹ M. Chabas souligne que « pour la quasi-unanimité des arrêts, le cumul d'une faute et de la force majeure et inconcevable ». F. Chabas, *L'incidence de la pluralité des causes sur le droit à réparation*, préf. H. Mazeaud, LGDJ Bibl. droit privé, t. 78, Paris, 1967, n°49. Il reste que l'explication par l'absence de faute est impuissante à expliquer l'effet libératoire de la force majeure dans le contexte des responsabilités sans faute. V. F. Chabas, thèse précitée, n°170 et s.

¹⁴⁶² La position déterministe, telle qu'illustrée dans sa version la plus absolue par la théorie de Laplace, consiste (pour aller vite) à considérer l'état présent de l'univers comme l'effet de son état antérieur et comme la cause de celui qui va suivre. Le lien entre la cause et l'effet est uniforme et n'admet aucune exception. Les recherches scientifiques contemporaines ont néanmoins mis en évidence des systèmes au sein desquels prévaut le principe d'incertitude, ce qui signifie que l'occurrence des événements est indéterminée et indéterminable.

point de vue subjectif. On n'exonérera pas celui qui se contente d'invoquer que la cause du dommage est inconnue ou indéterminée¹⁴⁶³. Le raisonnement mené par la Cour d'appel de Versailles relativement à la sclérose en plaque est, à cet égard, symptomatique : faute d'autre cause expliquant le dommage, le vaccin contre l'hépatite B est incriminé nonobstant l'avis des experts qui soulignent que les causes de la sclérose en plaque sont inconnues¹⁴⁶⁴. Ni l'absence de cause, ni l'ignorance des causes ne semblent suffire. Ce qui explique que l'idée de nécessité, bien plus que le hasard, satisfasse l'esprit des juristes.

2. *Nécessité et force majeure*

404. La responsabilité suppose que les événements auraient pu (et dû) se dérouler différemment. S'ils étaient inéluctables, les imputer à un responsable est illusoire : seule la fatalité peut être invoquée. La force majeure est la circonstance dans laquelle le dommage devait se produire, inéluctablement : en cela, elle concentre la causalité. Cette hypothèse de la nécessité paraît plus compatible avec l'esprit des rédacteurs du Code civil ou du juriste contemporain que celle du hasard empêchant l'identification des causes. Il ne s'agit plus d'admettre la cause inconnue ou l'absence totale de cause, il convient juste de prendre acte de ce que le déroulement des faits n'aurait pu être différent. Si les événements devaient nécessairement s'enchaîner, la recherche de causes est vaine : par définition, rien n'aurait pu modifier le cours des choses si ce n'est la circonstance de force majeure qui les a rendues fatales.

405. Causalité et nécessité. D'un point de vue logique et théorique, si l'événement de force majeure est tel qu'il devait *nécessairement* engendrer le dommage, cela signifie qu'il constitue une cause *suffisante* du dommage en vertu d'une loi causale. Mais, comme l'a montré Mill, chaque cause suffisante, terme d'une loi causale générale, est composée d'une multiplicité de conditions¹⁴⁶⁵. Or la connaissance de l'intégralité des conditions composant un ensemble causal de cette nature est inaccessible dans le contexte du droit de la responsabilité. La responsabilité se préoccupe moins, en outre, d'événements types que de *cas particuliers*. C'est donc *in concreto* qu'il convient d'évaluer le caractère inéluctable, nécessaire de la réalisation du dommage. A cet égard, l'événement de force majeure doit

¹⁴⁶³ V. par ex. CA Bordeaux, 8 février 2000, D. 2001 jur. p. 804 note Ph. Malinvaud.

¹⁴⁶⁴ CA Versailles 2 mai 2001 D. 2001 IR p. 1592, RTD civ 2001 p. 891 obs. P. Jourdain.

¹⁴⁶⁵ V. *supra* n°141.

constituer, au sein de l'ensemble causal, un fait qui, à défaut de rendre absolument *certaine* l'apparition du dommage, *augmentait* considérablement ses chances d'apparition. Parallèlement, les autres facteurs apparents du dommage n'avaient que peu de chance d'influer sur le cours des événements. En cela, la force majeure est proche de l'idée de cause exclusive. Mais c'est surtout le critère de l'irrésistibilité qui résume à merveille l'idée que la force majeure rendait *nécessaire* la réalisation du dommage.

406. Nécessité et irrésistibilité. Le caractère *insurmontable* de la force majeure est fondamental. La jurisprudence le privilégie largement : l'irrésistibilité constitue le « véritable critère de la cause étrangère révélant son essence profonde »¹⁴⁶⁶. Certains arrêts ont souligné que le seul motif tiré de l'irrésistibilité de l'événement suffisait à la qualification de force majeure¹⁴⁶⁷. Si certains auteurs estiment que la primauté de l'irrésistibilité n'existe qu'en matière délictuelle¹⁴⁶⁸, la chose ne nous paraît ni acquise, ni justifiée. Simple à première vue, l'idée est toutefois complexe. Si l'on retient l'intégralité des circonstances qui y ont conduit, un événement est toujours inéluctable : le Titanic ne pouvait que faire naufrage dans le contexte que nous avons décrit.

En réalité, le caractère inéluctable ne doit pas être apprécié de cette manière mais en faisant varier *en pensée* les circonstances entourant l'événement de force majeure lui-même. En effet, cet événement doit avoir été d'une force telle qu'aucune autre modification des circonstances n'aurait pu permettre d'éviter le dommage. Par exemple, un tremblement de terre était tel que l'effondrement des maisons avoisinantes était *inéluçtable* : quels qu'aient été l'emplacement ou la qualité des constructions, elles ne pouvaient que s'effondrer sous l'effet du séisme. De même, la collision avec un iceberg constituera un cas de force majeure

¹⁴⁶⁶ « Seule donnée objective permanente de la force majeure », J. Moury, art. préc. n°6 ; « condition capitale », Terré, Simler, Lequette, *op. cit.* n°582. V. égal. Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *op. cit.* n°195 ; P-H. Antonmattei, thèse préc. n°57.

¹⁴⁶⁷ La Cour de cassation a affirmé dans un certain nombre d'arrêts que « l'irrésistibilité de l'événement est, à elle seule, constitutive de la force majeure lorsque sa prévision ne saurait permettre d'en empêcher les effets, sous réserve que le débiteur ait pris toutes les mesures requises pour éviter la réalisation de l'événement », Cass. com., 1^{er} octobre 1997, *Bull. civ. I*, n° 240 ; JCP G 1998 I 144, n° 13, obs. G. Viney, RTD civ. 1998, p. 121 obs. P. Jourdain. Dans le même sens, v. not. Cass. 1^{re} civ., 7 mars 1966, JCP G 1966, II, 14878, note J. Mazeaud, RTD civ. 1966, p. 823 obs. G. Durry. Dans certains arrêts, la Cour de cassation est allée encore plus loin, en affirmant que « la seule irrésistibilité de l'événement caractérise la force majeure » Cass. 1^{re} civ., 6 novembre 2002, *Bull. Civ. I* n°258, RTD civ. 2003.p. 301, obs. P. Jourdain D&P. 2003 n°112 p. 110 obs. p. Chauvel. Cass.1^{re} civ. 17 novembre 1999, *Bull. civ. I* n°307, RGDA 2000 p. 194 note Ph. Rémy. Cass. com. 1^{er} oct. 1997, D. 1998 som.com.199 obs.Ph. Delebecque.

¹⁴⁶⁸ A. Bénabent, these préc. n°622.

dès lors que cette collision rendait le naufrage inexorable : aucun changement dans les autres circonstances du dommage n'aurait permis de l'éviter¹⁴⁶⁹. Bien entendu, les facteurs dont il faut vérifier qu'ils n'auraient en rien modifié le cours des événements, doivent pouvoir donner lieu à un *raisonnement contrefactuel possible* : les hypothèses retenues doivent être raisonnablement envisageables. Il faut pouvoir concevoir le cas de maisons dotées de fondations consolidées pour se demander ensuite si elles auraient été, dans ce cas, détruites. Mais rien ne sert d'imaginer que les maisons effondrées auraient pu ne jamais avoir été construites, ou que le Titanic aurait pu ne pas exister. Comme chaque fois que l'on mène un raisonnement contrefactuel, il faut apprécier la force majeure par rapport à des circonstances qui auraient réellement pu être différentes.

Il faut, par ailleurs, garder à l'esprit que l'appréciation de l'irrésistibilité est nécessairement empreinte de *relativité*. S'il est acquis que le naufrage du Titanic n'aurait pas eu lieu si le paquebot avait été mieux conçu, cette circonstance est-elle de nature à empêcher le capitaine d'invoquer la force majeure à son profit ? Ce dernier ne pouvait rien à la conception du bateau. Il est donc préférable d'apprécier le caractère insurmontable de l'événement à partir de ce sur quoi le défendeur avait pris. Cet aspect mènera bien souvent à se prononcer sur le comportement du défendeur, ce qui explique pourquoi l'on n'est jamais loin, en matière de force majeure, de l'appréciation de la faute. L'irrésistibilité n'est d'ailleurs pas un critère objectif et constitue un standard sujet à variation. On s'interrogera sur ce qu'un individu moyen, placé dans les mêmes circonstances, aurait pu faire. On a ainsi pu juger qu'un voyage organisé restait possible malgré des émeutes dans le pays de destination, dès lors que d'autres voyageurs avaient maintenu leurs programmes¹⁴⁷⁰. Ou que le décès d'un acteur au cours d'un tournage n'était pas un cas de force majeure justifiant de rompre l'engagement de son partenaire au motif que l'acteur décédé aurait pu être remplacé¹⁴⁷¹.

L'importance des considérations de *politique juridique* est indéniable. Elles apparaissent clairement dans la jurisprudence refusant à la SNCF toute exonération dans une écrasante majorité de cas. Par exemple, dans le contentieux des agressions de passagers dans les

¹⁴⁶⁹ Dans les faits, le caractère de force majeure de la collision avec l'iceberg est discutable : nous avons vu, entre autres choses, que le naufrage ne se serait sans doute pas produit si le paquebot avait été mieux conçu.

¹⁴⁷⁰ Cass. 1^{re} civ. 20 janvier 1998, Bull. civ. I, n°20.

¹⁴⁷¹ Cass. soc. 12 février 2003, RDC 2003 p. 59 note Ph. Stoffel-Munck.

trains de la SNCF, les juges estiment généralement que ces agressions ne sont ni imprévisibles, ni inévitables¹⁴⁷². L'affirmation en elle-même pourrait être discutée : le contrôle étroit du comportement de nombreux voyageurs mobiliserait probablement des moyens colossaux. Mais il est, en réalité, inutile de trop s'interroger : la volonté manifeste des juges est ici de garantir à des victimes innocentes une indemnisation par une entreprise publique qui peut se retourner elle-même contre le coupable. De même, une grève n'a pas été jugée constituer un cas de force majeure pour la Poste,¹⁴⁷³

3. *Hasard et nécessité ?*

407. Combinaison des deux idées. Si, à l'origine, on distinguait entre l'événement irrésistible et l'événement imprévisible, ces deux aspects constituent aujourd'hui des conditions *cumulatives* de la force majeure. Aussi est-il tentant de combiner les deux idées, bien qu'elles soient relatives à des causalités diamétralement opposées – accidentelle d'un côté, et déterministe de l'autre. En effet, il est possible de distinguer entre l'événement de force majeure lui-même –maladie, catastrophe naturelle, réaction inopinée- qui, imprévisible et découlant de l'incertitude, relève du hasard, et *l'effet* de cet événement de force majeure, qui a pu empêcher le débiteur d'exécuter son obligation ou provoquer de graves dommages à la victime. Dans ce cadre, la force majeure serait cet événement *fortuit* qui a rendu *inéluçtable* la réalisation du dommage. Dans son origine, le cas de force majeure ne serait imputable à rien d'autre qu'au hasard. Dans ses effets, il constituerait la cause irrésistible du dommage subi par le demandeur. Il s'agirait donc, au total, d'un événement sans cause et cause à lui seul excluant, par définition, toute responsabilité¹⁴⁷⁴. Cette interprétation explique les deux caractéristiques essentielles de la force majeure : l'imprévisibilité -au sens où l'événement de force majeure est purement fortuit, sans cause-, l'irrésistibilité -au sens où le dommage devait fatalement en découler. Le caractère

¹⁴⁷² Cass. 1^{ère} civ. 12 décembre 2000, Bull. Civ. I n°323 ; D. 2001 jur. p. 1650 note C. Paulin. En l'occurrence, l'agresseur était en état d'ébriété et dépourvu d'un titre de transport. L'arrêt mentionne que « la SNCF n'établissait pas que des rondes avaient été effectuées par les contrôleurs pour assurer la sécurité des voyageurs et qu'au moment des faits l'agresseur avait été contrôlé ». Cass. 2^e civ. 15 mars 2001 D. 2001 IR 1145, Bull. civ. II n°56 (victime poussée hors du train par un inconnu). Cass. 1^{ère} civ. 3 juillet 2002 D. 2002, jur. p. 2631 note J. P. Gridel, RTD civ. 2002, p. 821 obs. P. Jourdain.

¹⁴⁷³ Cette dernière aurait pu, selon la décision, mettre en œuvre des moyens de substitution, CA Aix en Provence, 12 décembre 2000, D. 2002 p. 607, note Fehrenbach-Andreani.

¹⁴⁷⁴ « Force majeure et responsabilité sont des termes antinomiques et inconciliables », Ph. le Tourneau, *op. cit.* n°1803

extérieur¹⁴⁷⁵ nous paraît, quant à lui, se rattacher à l'une et l'autre de ces qualités : c'est en tant qu'il est extérieur au défendeur que le fait de force majeure est imprévisible et irrésistible. L'évolution historique semble confirmer cette approche.

408. Prédominance de l'irrésistibilité. Cette tentative de combinaison ne doit pas faire oublier le caractère prédominant de l'élément d'irrésistibilité. L'imprévisibilité est, de fait, fréquemment utilisée comme un indice d'« insurmontabilité ». Cette tendance n'est pas nouvelle¹⁴⁷⁶. Elle est cohérente : c'est, bien souvent, parce qu'un fait était imprévisible qu'il était inévitable¹⁴⁷⁷. Il y a, dans l'ignorance, une forme d'irrésistibilité : en cela, le risque de développement constitue une sorte de force majeure. En revanche, face à un événement prévisible, il est, en général, possible de neutraliser ou limiter les effets préjudiciables¹⁴⁷⁸. Un fait de force majeure n'est donc pas seulement irrésistible en raison de sa force : il peut l'être en raison de son imprévisibilité¹⁴⁷⁹. En revanche, lorsque la prévision de l'événement n'aurait pas permis de l'éviter ou d'en éviter les effets, le critère d'imprévisibilité est négligé : peu importe que la survenance d'un tremblement de terre ait pu être prévue, si rien ne pouvait être fait pour empêcher les maisons de s'effondrer¹⁴⁸⁰. Certains auteurs contemporains préfèrent, à cet égard, l'expression d'« inévitabilité »¹⁴⁸¹. Si l'on reprend l'exemple de la collision du Titanic avec un iceberg au regard de la force majeure ainsi définie, il faudra parvenir à établir que non seulement le fait de force majeure invoqué (la collision) rendait le naufrage inévitable, mais qu'elle-même n'aurait pas pu être

¹⁴⁷⁵ Ce caractère extérieur n'est d'ailleurs pas toujours mentionné. Cass. 2^e civ. 11 janvier 2001, D. 2001 IR 433, LPA 2 octobre 2001 note S. Szames. V. égal. Cass. 1^{re} civ. 10 février 1998, Bull. civ. I n°53, D. 1998 p. 539 note D. Mazeaud, JCP G 1998, II, 10124 note G. Paisant, espèce dans laquelle la maladie de la débitrice, qui l'empêchait de profiter d'un contrat à exécution successive, fut considérée comme un événement de force majeure bien que n'étant pas extérieure à celle-ci.

¹⁴⁷⁶ Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit.* n°454 not. note (5).

¹⁴⁷⁷ La Cour de cassation, qui contrôle étroitement l'imprévisibilité, semble avoir raidi sa position sur ce sujet en interprétant l'imprévisibilité comme ce qu'il était totalement impossible de prévoir.

¹⁴⁷⁸ Par exemple, l'effondrement d'une falaise n'est pas un cas de force majeure dès lors que des travaux étaient prévus afin de l'éviter, qui n'avaient pas été réalisés. Cass. 2^e civ. 29 avril 1998 Gaz. Pal. 1998, 2, pan. 315.

¹⁴⁷⁹ V. Valérie Depadt-Sebag, « La place de la condition d'imprévisibilité dans l'établissement de la force majeure », note sous Cass. 2^e Civ. 23 janvier 2003, D. 2003, p. 2465.

¹⁴⁸⁰ Cass. 1^{re} civ. 9 mars 1994 D. 1994 IR p. 108 ; JCP 1994, I, n°3773 n°6 ; RTD civ. 1994 p. 871. « L'irrésistibilité de l'événement est, à elle seule, constitutive de force majeure lorsque sa prévision ne saurait permettre d'en empêcher les effets ».

¹⁴⁸¹ F. Chabas, thèse précitée, n°164 et s. ; P.H. Antonmattei, thèse préc. n°76 ; P. Jourdain, obs. préc. sous Cass. 2^e civ. 12 décembre 2002 etc... RTD civ. 2003.

évitée. On cherchera donc à établir, d'une part, que la présence de l'iceberg à un tel endroit constitue une circonstance fortuite et imprévisible, ce qui rendait la collision inévitable, et, d'autre part, que la collision conduisait nécessairement au naufrage¹⁴⁸². La force majeure ne peut, en outre, pas être retenue si une seule des conditions est remplie. A supposer que la collision se soit avérée incontournable car imprévisible, il n'y a pas force majeure si le naufrage pouvait être évité. Reste à savoir comment, sur de tels fondements, l'exonération pour force majeure peut être mise en œuvre dans le droit de la responsabilité.

§2. Mise en œuvre de l'exonération pour force majeure

409. En droit romain, la *vis major* et le *casus* entraînaient l'exonération du débiteur d'une obligation portant sur un corps certain¹⁴⁸³. Si, à l'origine, on distinguait entre la *vis major*, irrésistible, et le *casus*, imprévisible, on fit, par la suite, de la force majeure un événement extérieur par opposition au cas fortuit qui correspondait à un obstacle interne relevant de l'activité du débiteur. Certains auteurs furent tentés d'opposer le « cas fortuit », correspondant à un fait de la nature, à la « force majeure », assimilée à un fait de l'homme, mais, chez la plupart des auteurs modernes, les deux notions sont assimilées, comme elles l'étaient chez les rédacteurs du Code civil, qui les employaient indifféremment. Dans l'ensemble, la doctrine¹⁴⁸⁴ et la jurisprudence les assimilent et leur attribuent, à l'une comme à l'autre, les trois caractéristiques d'irrésistibilité, d'imprévisibilité et d'extériorité. La force majeure est ainsi définie par le Vocabulaire juridique Capitant comme « l'événement imprévisible et irrésistible qui, provenant d'une cause extérieure au débiteur d'une obligation ou à l'auteur d'un dommage (force de la nature, fait d'un tiers, fait du prince) le libère de son obligation ou l'exonère de sa responsabilité »¹⁴⁸⁵. La définition de la force majeure ne varie donc pas, en principe, selon les circonstances dans lesquelles elle est invoquée.

Le débat contemporain relatif à la notion de responsabilité contractuelle a mis en pleine

¹⁴⁸² Nous savons que les deux conditions n'étaient, en l'occurrence, pas remplies : non seulement la présence de l'iceberg aurait pu être connue ou prévue par le capitaine du Titanic mais le naufrage aurait pu être évité si le paquebot avait heurté l'iceberg de front ou s'il avait été mieux conçu.

¹⁴⁸³ Jacques Moury, « Force majeure : éloge de la sobriété », RTD civ. 2004 n°3, p.471.

¹⁴⁸⁴ H. L. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, op.cit. n° 573.

¹⁴⁸⁵ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, op. cit. p. 405.

lumière la difficulté d'admettre une notion unitaire de force majeure. Pour des raisons évidentes, les partisans de l'exécution par équivalent différencient clairement l'exonération prévue par les articles 1147 et 1148 du C. civ. et l'exonération admise par la responsabilité délictuelle¹⁴⁸⁶. En revanche, ceux qui ont une conception unitaire de la responsabilité civile traitent la force majeure comme une notion commune aux deux types de responsabilité¹⁴⁸⁷, même si certains nuancent parfois leur analyse¹⁴⁸⁸. La principale distinction est généralement opérée entre la responsabilité pour faute, dans laquelle la force majeure est souvent rapprochée de l'absence de faute, et la responsabilité sans faute, dans laquelle la notion est nécessairement liée à celle de cause exclusive. Nous allons tenter d'évaluer la mesure dans laquelle la force majeure se présente comme une notion unitaire ou plurielle. A cet égard, il est possible de distinguer, d'un côté, le cas où l'*inexécution* préjudiciable d'une obligation ou d'un devoir général est imputée au fait de force majeure, et, de l'autre, l'hypothèse dans laquelle l'événement de force majeure a généré lui-même *le dommage* finalement subi par la victime. Dans le premier cas, la violation d'une obligation ou d'un devoir est réelle et a produit ses effets, mais résulte elle-même d'un événement qui la rend non imputable au défendeur : par exemple, une manifestation sur la voie publique a empêché l'exécution d'un contrat de transport. Dans le second cas, le fait de force majeure a *directement* engendré le dommage dont se plaint la victime, ce qui conduit à exclure le caractère causal du fait générateur invoqué : par exemple, l'effondrement d'une maison n'a rien à voir avec la mauvaise exécution d'un contrat de construction mais résulte d'un tremblement de terre. La première hypothèse pose la question de l'imputabilité d'un fait illicite qui a produit ses effets préjudiciables alors que la seconde conduit à nier le caractère causal du fait illicite lui-même au profit d'une cause extérieure. La causalité est impliquée dans l'un et l'autre cas, mais de manière fort différente. Nous aborderons donc

¹⁴⁸⁶ « On ne peut se contenter de transposer les concepts propres à la responsabilité délictuelle ; même lorsqu'ici et là se rencontrent des notions de même nom, il faut y réfléchir à deux fois avant de considérer qu'elles sont identiques ; la « force majeure » comme la causalité et le dommage est de ces faux amis dont il faut se défier... » Ph. Rémy, note sous Civ 1^{re} 17 nov. 1999 RGDA 2000 p. 194 et s. ; v. égal. Ph. le Tourneau, *op.cit.* n°1809-1.

¹⁴⁸⁷ H. et L. Mazeaud, F. Chabas, *op. cit.* n°573 et s.

¹⁴⁸⁸ On relève ainsi logiquement que la force majeure, en matière contractuelle, « s'inscrit à l'intérieur d'un rapport de droit en quelque sorte balisé, et le fait allégué est à appréhender relativement à un but qui devait être atteint ou vers lequel devaient tendre les efforts du débiteur » alors qu'en matière délictuelle « le rapport de droit dans lequel prend place la force majeure résulte d'une perturbation dans l'ordre juridique due à la survenance, hors de toute manifestation de volonté créatrice de droit de la part de ceux qui vont y être impliqués, d'un fait qui n'aurait pas dû se produire ». J. Moury, « Force majeure : éloge de la sobriété » art. préc. n°3.

successivement l'hypothèse dans laquelle la force majeure est cause du *fait préjudiciable* attribué au défendeur (A) et celle dans laquelle elle constitue la cause directe du *dommage* subi par la victime B.

A. La force majeure, contrainte à l'origine du fait dommageable

410. *Impossibilium nulla obligatio.* La force majeure, entendue comme une contrainte à laquelle le défendeur n'a pu résister, trouve ses racines dans l'adage, parfois présenté comme un principe général du droit français¹⁴⁸⁹, selon lequel « à l'impossible, nul n'est tenu ». Le principe relève de la raison comme de l'équité. On ne saurait reprocher à un débiteur de ne pas avoir procédé à une exécution manifestement impossible, ou à un défendeur d'avoir violé, fût-ce par omission, un devoir impossible à respecter. C'est ainsi qu'un fait générateur de responsabilité peut s'être produit, entraînant des effets dommageables, sans pour autant engendrer la responsabilité de son auteur, dès lors qu'il a eu lieu sous l'emprise de circonstances telles qu'il était impossible de faire autrement. On peut, bien sûr, justifier l'exonération par l'idée d'absence de faute. Mais on ne peut nier que le fait matériel a bel et bien eu lieu. Il s'agit, selon nous, d'un peu plus : le fait n'engendre pas la responsabilité de son auteur, non parce que ce dernier ne l'a pas commis, mais parce qu'il a agi sous l'emprise d'une circonstance contre laquelle il ne pouvait rien. En d'autres termes, même si l'agent s'avère être l'auteur matériel du fait dommageable, son acte trouve sa source dans l'événement de force majeure qui en constitue la véritable cause. Cette circonstance rend ainsi impossible l'imputation du fait dommageable à son auteur. Autrement dit, la contrainte insurmontable qui est à l'origine du délit ou de l'inexécution contractuelle permet de nier leur imputabilité matérielle. Ce n'est pas à la personne, auteur matériel de l'acte, qu'il convient de rattacher ce dernier mais au fait qui a rendu sa commission inéluctable, d'où la place privilégiée de l'irrésistibilité.

L'analyse de l'exonération pour force majeure comme une cause de « non imputabilité physique »¹⁴⁹⁰ a déjà été proposée en doctrine. Pour M. Jourdain, cette cause de non imputabilité ne peut jouer qu'en cas d'inexécution contractuelle (1) ou de responsabilité

¹⁴⁸⁹ P.-H. Antonmattei, *thèse préc.* n° 248 et s.

¹⁴⁹⁰ Patrice Jourdain, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, thèse dactyl., Paris II, 1982, n°527 et s. Cette analyse est reprise par D. Voinot, « La force majeure », in *Lamy responsabilité civile*, préc. n°273-13.

pour faute (2), ce qui est logique si l'imputabilité se rapproche de la faute plutôt que de la causalité. Il reste que la situation de contrainte que nous avons décrite peut survenir également lorsque le fait d'une chose ou d'une personne dont on doit répondre a été provoqué par une situation irrésistible. L'éventualité d'une contrainte exonératoire dans de tels cas illustre une fois de plus la difficulté des responsabilités objectives à se dégager de la logique de la responsabilité du fait personnel (3).

1. Contrainte et inexécution contractuelle

411. Dans le Code civil, la règle de l'article 1147 suppose que « démontrer que l'inexécution n'est pas son fait ou prouver qu'elle est due à une cause étrangère revient au même »¹⁴⁹¹. La formule même de l'article 1147 évoque l'idée d'imputabilité, en exonérant le débiteur toutes les fois que l'inexécution contractuelle provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être *imputée*. Dans le même esprit, les Principes Lando du droit des contrats disposent dans l'article 8-108 « qu'est exonéré des conséquences de son inexécution le débiteur qui établit que cette inexécution est due à un empêchement qui lui échappe et qu'on ne pouvait raisonnablement attendre de lui qu'il le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'il en prévienne ou en surmonte les conséquences ». Dans ce cas de figure, l'inexécution contractuelle résulte d'une cause extérieure et incontrôlable qui l'a rendu inéluctable : pour cette raison, il n'est pas envisageable de l'imputer au débiteur. Apprécier le caractère insurmontable de l'inexécution suppose de se poser la question : pouvait-il faire autrement ? Y répondre implique à la fois la causalité et la faute. Une fois admis que l'inexécution résulte d'un cas de force majeure irrésistible, les obligations dont l'exécution est empêchée par la force majeure sont éteintes¹⁴⁹². Par extension, le dommage invoqué par le créancier paraît causé non par l'inexécution, mais par la force majeure elle-même.

412. Non imputabilité matérielle ou limite de l'obligation souscrite ? Dans l'analyse « classique » que nous venons de présenter, la force majeure suppose que l'inexécution, quoique non imputable au débiteur, est acquise. Une autre analyse voit dans l'événement de force majeure la *limite* de l'accord convenu entre les parties. Dans cette

¹⁴⁹¹ A. Bénabent, thèse préc. n°32.

¹⁴⁹² Non seulement la force majeure est une cause d'extinction de l'obligation, mais elle est aussi, en provoquant en général la disparition de l'objet de l'obligation fondamentale du contrat, une cause d'extinction du contrat. P. H. Antonmattei, thèse préc. n°212.

optique, la force majeure constituerait « simplement la limite ordinaire (sauf convention contraire) de l'obligation née du contrat ; si la force majeure libère le débiteur (Code civil, art. 1148), ce n'est pas parce qu'elle rompt la causalité entre un « fait générateur » et un « dommage », mais parce que le risque d'un événement extérieur rendant l'exécution impossible n'est normalement pas assumé par le débiteur »¹⁴⁹³. Il s'agirait donc moins ici d'une question de causalité, ou d'imputabilité de l'inexécution, que de *contenu de l'obligation* souscrite : le débiteur ne peut s'être engagé à l'impossible¹⁴⁹⁴. Le créancier le sait, qui « connaît la règle universelle et intemporelle (de droit naturel ?) selon laquelle « à l'impossible nul n'est tenu » »¹⁴⁹⁵. Il n'y aurait donc, tout simplement pas d'inexécution. La survenance de l'événement de force majeure aurait pour effet d'éteindre l'obligation née du contrat dont l'exécution est devenue impossible. La force majeure étant, de ce point de vue, « la difficulté d'exécution dont le créancier ne pouvait raisonnablement espérer la prise en charge par le débiteur », cela suppose de déterminer le « seuil de l'impossible » au-delà duquel le débiteur n'est plus tenu¹⁴⁹⁶. La première référence pour l'apprécier serait, à cet égard, le contrat. L'allocation de dommages-intérêts ne serait concevable que si il résulte du contrat que le débiteur a entendu prendre à sa charge l'éventualité de la survenance d'un cas de force majeure¹⁴⁹⁷.

¹⁴⁹³ Ph. Rémy, note préc. sous Cass. 1^{re} civ. 17 nov. 1999.

¹⁴⁹⁴ Ainsi, commente M. Stoffel-Munck, « la responsabilité du débiteur étant en rapport étroit avec l'étendue de l'engagement qu'il a contracté, il faut d'abord sonder l'étendue de cet engagement pour déterminer si, dans les circonstances de l'espèce, il est ou non excusable de ne pas avoir fourni la prestation attendue. », obs. préc. RDC 2003 p. 60. Mais s'agit-il vraiment, dans une telle logique, d'être excusable ou non ?

¹⁴⁹⁵ Ph. Stoffel-Munck, obs. préc. RDC 2003/1 p. 61. Dans cette perspective, ajoute l'auteur, il est « logique que le seuil de l'impossible, c'est-à-dire de la force majeure, soit déterminé en considération des attentes raisonnables du créancier. » De fait, il n'est pas niable que le critère d'imprévisibilité de la force majeure s'apprécie, en matière contractuelle, au moment de la formation du contrat. Il est, en outre, parfaitement possible aux parties de stipuler sur la force majeure.

¹⁴⁹⁶ Dans l'affaire du voyage en Egypte, la question aurait été de savoir, « si l'on pouvait attendre du voyageur qu'il prévoit une solution de rechange ou si celle-ci était hors de propos dans l'esprit des parties ». Ph. Stoffel-Munck, obs. préc. RDC 2003/1 p. 62. L'auteur reprend également l'exemple de l'affaire « Gondolfruit » ayant donné lieu à l'arrêt de la première chambre civile du 17 novembre 1999 préc. Dans cet arrêt, il y avait bien force majeure car « on ne pouvait raisonnablement attendre du dépositaire qu'il prenne en charge de prémunir ses entrepôts contre le risque d'une émeute échappant au contrôle des forces de l'ordre : il n'est, après tout, qu'un commerçant ». « au-delà des apparences, la jurisprudence considère la question de la force majeure en fonction de la répartition des risques de l'opération, telle qu'elle est fixée par la convention, la loi ou, dans leur silence, les attentes raisonnables des parties ».

¹⁴⁹⁷ Il faut notamment tenir compte de l'aptitude à l'assurance. Le débiteur peut parfaitement s'assurer en répercutant dans ses prix le coût de l'assurance.

Cette analyse est séduisante d'un point de vue théorique. Elle est, très largement, liée à la théorie de l' « exécution par équivalent » et au volontarisme contractuel qui la sous-tend. Tout étant dans le contrat, il suffit d'examiner le contenu, fût-il tacite, de ce dernier pour en déduire le régime, même lorsqu'il n'est pas respecté. Cependant, estimer qu'il n'y a, en cas de force majeure, non pas inexécution mais réalisation d'une situation « hors contrat », n'est en conformité ni avec l'appréhension « classique » de la question, ni avec le sens commun. La force majeure est traditionnellement vue comme une *exonération*, parce qu'elle joue lorsqu'une *inexécution* est constatée. L'idée que la force majeure place les protagonistes « hors » de l'obligation ferait de la force majeure une sorte de fait (justificatif ?) rendant facultatif le respect de l'obligation. Ce qu'elle n'est pas : l'obligation n'a pas disparu, l'agent a simplement été empêché de la respecter, et l'on s'abstient de le lui reprocher. Par ailleurs, n'est-il pas contre-intuitif d'affirmer qu'il n'y a pas violation du contrat lors d'une coupure de courant, fût-elle provoquée par une grève soudaine, ou lorsqu'un voyage est annulé, quelle qu'en soient les raisons ? Au total, le recours à l'idée de non imputabilité nous paraît plus évidente et plus proche des textes, à commencer par l'article 1147 C. civ. qui la mentionne. En ce sens, la force majeure est une situation qui permet de ne pas imputer au débiteur l'inexécution de son obligation.

413. Spécificité de la « force majeure contractuelle » ? Reste à préciser s'il faut isoler la notion de force majeure en matière contractuelle de ce qu'elle est dans le droit du délit. Pour certains auteurs, en effet, l'importance quasi-exclusive de la condition d'irrésistibilité serait propre à l'inexécution contractuelle¹⁴⁹⁸. La force majeure se résumerait, en ce cas, à une simple impossibilité d'exécution, alors qu'elle aurait pour fonction, dans la responsabilité délictuelle, « d'exclure le fait générateur de responsabilité (...) parce qu'elle rompt complètement la causalité entre le comportement du défendeur et le dommage »¹⁴⁹⁹. Cet aspect justifierait l'exigence cumulative des trois conditions de la force majeure en matière délictuelle, alors que l'irrésistibilité serait centrale en cas d'inexécution contractuelle¹⁵⁰⁰. Nous ne partageons pas cette analyse. Les situations

¹⁴⁹⁸ « La dette se fonde originairement sur un acte de volonté et s'enracine ainsi sur un ensemble de prévisions, (...) il devient logique qu'en matière contractuelle la définition des événements susceptibles de constituer un empêchement exonératoire présente un particularisme », Ph. Stoffel-Munck, obs. préc. RDC 2003/1 p. 60 ; Ph. le Tourneau, *op. cit.* n°1809-1.

¹⁴⁹⁹ Ph. Rémy, note préc. sous Cass. 1^{re} civ. 17 nov. 1999 p. 197.

¹⁵⁰⁰ En effet, « la causalité n'est complètement rompue que si l'on ne peut reprocher à l'auteur de n'avoir pas prévu ou de n'avoir pas résisté ; sa participation au dommage retrouve un rôle causal (au moins

de contrainte ayant empêché le défendeur d'agir de manière licite se retrouvent également en matière délictuelle. Et les cas dans lesquels la force majeure joue comme cause étrangère et directe du dommage subi sont différents de ces situations de contrainte. En réalité, le caractère prépondérant de la condition d'irrésistibilité est propre à toutes les hypothèses de contrainte dans lesquels le défendeur ne s'est pas trouvé libre de son comportement.

On peut, toutefois, concéder que l'interprétation de la force majeure comporte une certaine particularité en matière contractuelle, dans la mesure où elle implique d'analyser le contenu du contrat. La force majeure devant constituer une véritable impossibilité, un empêchement absolu d'exécution de l'obligation¹⁵⁰¹, son appréciation suppose d'examiner, avant toute chose, ce qui était, précisément, promis. Dans tous les cas, en outre, il convient d'apprécier l'irrésistibilité, qui n'est pas relative à la portée de l'obligation ou du devoir mais constitue une question de fait que seul l'examen des circonstances permet de trancher. On remarquera, par ailleurs, que l'imprévisibilité ne s'apprécie pas, en matière contractuelle, au moment du fait dommageable (l'inexécution) mais au jour de la conclusion du contrat. La chose est logique si l'on souligne qu'il s'agit ici de mesurer l'impossibilité d'exécution à l'aune de ce qui pouvait être évité ou limité. Mais le raisonnement est exactement le même en matière délictuelle, même si, ne disposant pas d'une date antérieure en fait dommageable pour apprécier l'imprévisibilité, on s'interrogera seulement sur ce qu'un homme moyen aurait pu avoir prévu au moment d'agir. On reconnaîtra, enfin, que l'argument lié à l'attribution du risque comporte une spécificité en matière contractuelle¹⁵⁰². Si, en effet, la logique de répartition des risques est également présente dans la responsabilité délictuelle, cet aspect comporte une dimension particulière dans le cadre d'une opération économique constituant un échange entre deux partenaires, qui l'évaluent à un certain prix. Il est donc pertinent, dans l'attribution du risque, de tenir compte de la nature de l'opération réalisée et du prix payé. L'assurance entre également en ligne de compte : il faudra, à cet égard,

partiellement) si l'événement extérieur pouvait soit être prévu, soit être surmonté ». Ph. Rémy, note préc. sous Cass. 1^{re} civ. 17 nov. 1999 p. 197.

¹⁵⁰¹ Un fait rendant l'exécution plus difficile ou plus onéreuse ne suffit pas. Lorsque la force majeure n'implique qu'une impossibilité partielle d'exécution, le débiteur n'est libéré que dans la mesure de l'impossibilité. Lorsque l'impossibilité n'est que momentanée, le contrat est seulement suspendu, et reprend effet à la fin de l'impossibilité.

¹⁵⁰² La force majeure libérerait le débiteur, en matière contractuelle, non pas « parce qu'elle rompt la causalité entre un « fait générateur » et un « dommage », mais parce que le risque d'un événement extérieur rendant l'inexécution impossible n'est pas normalement assumé par le débiteur (...) l'irrésistibilité est simplement l'autre nom de l'impossibilité d'exécution ». Ph. Rémy, note préc. sous Cass. 1^{re} civ. 17 nov. 1999 p. 197.

déterminer lequel des deux contractants était le mieux placé pour assurer le risque considéré. On peut s'attendre, par exemple, à ce qu'un tour opérateur renommé, proposant des prestations à des tarifs confortables, soit assuré pour le risque lié à l'annulation intempestive d'un séjour, pour des raisons tenant à la maladie d'un intervenant ou à un conflit géopolitique.

414. Cause de l'inexécution, cause du dommage. Notre analyse distingue selon que l'événement de force majeure constitue une contrainte provoquant l'inexécution contractuelle ou qu'il est un fait extérieur causant directement le dommage subi par la victime. Il peut, toutefois, s'avérer délicat de distinguer le cas d'une inexécution dommageable provoquée par la force majeure de celui dans lequel le dommage résulte d'une cause étrangère au contrat sans qu'aucune inexécution n'ait été commise. En effet, le second cas suppose une inexécution au moins apparente, faute de quoi la question de l'exonération pour force majeure ne se poserait pas. Si une violente tempête empêche un cargo de prendre la mer, on pourra dire à la fois que le défaut de livraison des marchandises et ses conséquences ont eu pour cause la tempête, mais aussi que l'inexécution dommageable du contrat de transport n'est pas imputable au transporteur. Dans l'affaire *Gondolfruit* ayant donné lieu à l'arrêt de la première chambre civile du 17 novembre 1999¹⁵⁰³, le dépositaire de marchandises avait vu ces dernières détruites par un incendie imputable à des émeutiers ayant échappé au contrôle des forces de police. Fallait-il ici se contenter d'affirmer que la cause du dommage était un fait de force majeure ou souligner que l'inexécution de l'obligation de restitution des marchandises résultait de la force majeure ? Sachant que l'action du propriétaire des marchandises visait le dépositaire, mieux valait, dans une telle hypothèse, se fonder sur la seconde formulation. Mais la frontière est ténue entre la « non imputabilité matérielle » de l'inexécution et le défaut de rôle causal de cette dernière.

D'autres exemples illustrent plus clairement l'hypothèse d'une violation du contrat non imputable au débiteur car provoquée par la force majeure. Dans une espèce récente¹⁵⁰⁴, un voyage culturel en Egypte avait dû être annulé en raison de l'intervention chirurgicale qu'avait subie, *in extremis*, l'égyptologue devant accompagner les voyageurs. Les juges du fond avaient refusé de retenir la force majeure au motif que la maladie d'une personne âgée

¹⁵⁰³ Cass. 1^{re} civ. 17 nov. 1999 RGDA 2000, p. 194, obs. Ph. Rémy.

¹⁵⁰⁴ Cass 1^{re} civ. 6 novembre 2002 Bull. civ. I n°258, RDC 2003/1 p. 57 obs. Ph. Stoffel-Munck.

n'est pas imprévisible. Leur décision fut censurée par la Cour de cassation au motif que la seule irrésistibilité de l'événement permet de caractériser la force majeure. En l'occurrence, la non exécution du contrat était acquise, puisque le voyage n'avait pas eu lieu. Le motif invoqué visait seulement à écarter la responsabilité en imputant l'annulation à cet événement insurmontable qu'était la maladie de l'égyptologue. S'agissant d'un égyptologue renommé, donc difficilement remplaçable, la maladie semblait irrésistible, puisque même sa prévision n'aurait empêché l'annulation du voyage¹⁵⁰⁵. Il y avait, en tout état de cause, une inexécution contractuelle engendrée par le fait de force majeure que constituait la maladie.

2. Contrainte et responsabilité pour faute

415. Contrainte et non imputabilité matérielle. Un fait délictueux a été commis, qui a généré des effets dommageables, mais sous l'emprise d'une circonstance telle que les événements n'auraient pu se dérouler différemment. Cette circonstance ne constitue pas un fait justificatif qui légitimerait le geste de l'agent : elle ne rend pas facultatif l'obligation ou le devoir violé par le défendeur¹⁵⁰⁶. Mais elle rend impossible de lui rattacher cette violation, qui n'est, pour ainsi dire, pas son fait, même s'il en a été l'instrument. Autrement dit, si la faute a matériellement été commise, elle n'est pas « physiquement » imputable à son auteur qui s'est trouvé privé de toute liberté d'action.

Force majeure et contrainte sont des notions connues en droit pénal. L'article 122-2 du nouveau Code pénal précise que « n'est pas pénalement responsable la personne qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pas pu résister »¹⁵⁰⁷. L'article 121-3 *in fine* précise qu' « il n'y a pas de contravention en cas de force

¹⁵⁰⁵ Un commentateur souligne que le juge n'a pas pris le soin de préciser que le renoncement à la condition d'imprévisibilité tient au fait que la prévision de l'événement n'aurait pas permis d'en prévenir les effets. Ph. Stoffel-Munck, obs. préc. RDC 2003/1 p. 58.

¹⁵⁰⁶ Le Doyen Savatier liait toutefois ce mécanisme à la culpabilité. « L'acte ou l'abstention reprochés à ce dernier restent objectivement illicites, mais subjectivement n'entraînent pas de culpabilité » R. Savatier, *Traité de la responsabilité civile*, tome 1, *op. cit.* n°184 p. 299. Nous persistons toutefois à penser que le fait de l'agent reste (objectivement) illicite mais que l'impossibilité de lui rattacher son acte découle du fait qu'il n'est pas réellement la cause, donc l'auteur, de son acte.

¹⁵⁰⁷ Reprenant ainsi, à sa manière, la distinction traditionnelle entre contrainte physique et contrainte morale. Les pénalistes admettent généralement le rapprochement de la contrainte du droit pénal avec la notion civile de force majeure, à ceci près que le droit pénal prend traditionnellement et largement en considération la contrainte morale. Certains précisent en outre que l'autonomie du droit pénal impose « une conception « plus relativiste » et « surtout plus personnaliste » de la force majeure qu'en droit civil », R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, tome 1, 7^e éd. Cujas, 1997, n°618 p. 779 ; v. également P-H Antonmattei, thèse préc. n°128 et note 25..

majeure »¹⁵⁰⁸. En droit pénal, de telles hypothèses équivalent à une absence de faute car la faute pénale, intentionnelle ou non, suppose une volonté libre chez l'agent. En droit civil, l'analyse est légèrement différente compte-tenu de l'analyse objective de la faute qui prévaut désormais. Le fait objectivement défectueux constitutif de la faute existe bel et bien, mais il est à rattacher au fait de force majeure ayant contraint l'agent, plutôt qu'à ce dernier. Nous sommes, certes, très proches de l'absence de faute¹⁵⁰⁹, même s'il est patent que la faute matérielle existe. Supposons qu'une panne d'électricité se produise brusquement dans un restaurant provoquant une collision entre un serveur pressé, chargé d'assiettes brûlantes et une personne venant d'entrer. Si les blessures de cette dernière pourront, certes, être rattachées au fait du serveur qui portait les assiettes, leur véritable cause sera la panne d'électricité. Certes, il sera possible d'estimer qu'il y a, en l'occurrence, absence de faute, puisque le serveur n'a foncé dans la victime qu'en raison du noir subi. Il reste que le fait s'est matériellement produit : le serveur a foncé dans la victime, que ce soit, ou non, en raison de l'obscurité.

En réalité, faute et causalité se mêlent dans l'appréciation de l'irrésistibilité du fait de force majeure : toute la question est, en effet, de savoir si le serveur aurait pu faire autrement qu'entrer en collision avec la victime. Cette appréciation implique à la fois la faute et la causalité. En outre, l'absence de causalité n'est pas totale : le délit a effectivement engendré des effets dommageables. Si la victime a été blessée, c'est en raison de sa collision avec le serveur. Mais le fait de ce dernier a lui-même été causé par ce fait de force majeure irrésistible, qui l'a rendu inéluctable : dans l'obscurité, il n'était pas en mesure de discerner les obstacles. En définitive, dans la responsabilité pour faute personnelle, la force majeure, en tant que cause de non imputabilité, semble jouer à la fois sur la condition de faute et

¹⁵⁰⁸ Certains auteurs distinguent la force majeure ainsi entendue de la contrainte. « La contrainte agit sur la volonté de commettre l'acte délictueux, en supprimant toute faculté d'opposition chez l'agent, alors que la force majeure contraventionnelle permet de démontrer l'absence de faute du défendeur alors même que l'acte contraire à la loi était volontaire » Claude Benayoun, « De l'autorité de la chose jugée au pénal en matière de cause étrangère », D. 1999 chron. p. 476 n°7. L'exemple suivant est cité : « Le véhicule d'un automobiliste pris de syncope s'immobilise en un lieu où le stationnement est interdit. Il y a contrainte, force plus grande encore que la volonté : le conducteur n'a pas voulu s'arrêter là. Un automobiliste arrête sa voiture au sommet d'une côte parce que la route est coupée. Il veut ce qu'il fait (pas de contrainte) mais il plus fort que lui de s'arrêter là (force majeure) » (Cl. Lombois, *Droit pénal général*, Les fondamentaux, Hachette p. 94 cité par C. Benayoun). La distinction, certes subtile, ne sera pas retenue ici : dans les deux cas, l'agent a été contraint par un fait sur lequel il n'avait pas de prise.

¹⁵⁰⁹ En doctrine, « selon une opinion aujourd'hui quasi unanime, force majeure et faute s'excluent l'une l'autre » J. Moury, art. préc. n°5. « C'est que l'inexécution, ou la survenance d'un dommage, ne peut raisonnablement être attribuée à une faute du défendeur qu'autant qu'il était en son pouvoir de l'éviter ».

celle de causalité¹⁵¹⁰. Les deux justifications se recoupent plutôt qu'elles ne s'opposent ou se complètent : nous avons déjà mentionné la grande proximité des notions de faute et de causalité, largement poreuses entre elles¹⁵¹¹.

3. *Contrainte et responsabilité objective*

416. A proprement parler, la question de l'imputabilité, fût-elle matérielle, paraît hors de propos dans les responsabilités sans faute. La responsabilité du fait des choses ne pose aucune question d'imputabilité si l'on entend par là le lien, moral ou matériel, rattachant un acte à celui qui l'a commis. Pourtant, le fait de la chose entraînant la responsabilité de son gardien peut s'être réalisé sous la contrainte d'un événement externe, ce qui rapproche cette hypothèse des cas de non imputabilité précédemment étudiés. De leur côté, les responsabilités pour autrui sont, en général, engagées par la faute de l'intéressé, qui peut, dans certaines circonstances, avoir agi sous la contrainte. Il en va de même en matière de « fait causal de l'enfant », pour lequel une analyse en termes d'imputabilité matérielle peut, selon nous, être menée. Nous aborderons donc, successivement, la question de la contrainte en matière de fait des choses puis de fait d'autrui.

417. *Contrainte et fait de la chose.* L'idée qu'une circonstance contraignante a pu provoquer le fait causal d'une chose n'est pas à exclure. Cela signifie que la chose a été mue par une action ou un événement d'une force telle qu'il n'était pas possible qu'elle se comporte autrement. Supposons qu'une tuile s'est détachée d'un toit et a blessé un passant. Or cette tuile s'est déplacée sous l'effet d'une tempête particulièrement violente¹⁵¹². Le

¹⁵¹⁰ P.H. Antonmattéi, *thèse préc.* n°200 et s.

¹⁵¹¹ En outre, M. Antonmattei relève que dans « certaines dispositions du Code civil, une cohabitation de la faute et de la force majeure n'est pas exclue. P. H. Antonmattei, *thèse préc.* n°200 note 13. Tel est le cas de l'art. 1807 du Code civil qui prévoit que le preneur dans un bail à cheptel simple « n'est tenu du cas fortuit que lorsqu'il a été précédé de quelque faute de sa part, sans laquelle la perte ne serait pas arrivée. » On peut douter toutefois que le « cas fortuit » de l'art. 1807 corresponde exactement à la force majeure telle qu'elle est entendue aujourd'hui : en effet, l'art. 1807 admet l'éventualité d'un « cas fortuit » en présence d'une faute causale à l'origine du dommage.

¹⁵¹² Ainsi a-t-on accordé l'exonération pour force majeure à l'hypothèse de la chute d'un arbre provoqué par la foudre (CA Versailles, 2 juillet 1999, D. 1999, IR 226). En l'occurrence, le « fait de l'arbre » était indiscutable et avait probablement provoqué des dommages. Mais ce fait de l'arbre résultait d'un événement de force majeure. Le cas de la tempête de décembre 1999 a été évoqué dans l'arrêt du 5 février 2004, D. 2004 2520 note S. Beaugendre, RTD civ. 2004 n°4, obs. P. Jourdain. La force majeure a, en revanche, été exclue dans une affaire relative à l'article 1385 C. civ., dans laquelle des chevaux, participant à un spectacle de sons et lumières, avaient été affolés par le déclenchement d'une sirène de pompiers et s'étaient enfuis au galop, provoquant de graves dommages. Le motif retenu pour écarter

caractère causal du fait de la tuile paraît acquis, d'autant qu'il y a bien eu, ici, mouvement et contact. Mais cet événement n'est que la conséquence d'un autre événement, qui explique à lui seul le dommage : la tuile ne s'est déplacée que parce qu'elle était mue par le vent, par rapport auquel elle ne constituait qu'un objet passif. Si, en revanche, une tuile s'est déplacée, non sous l'effet d'une violente tempête mais d'un vent pouvant être qualifié de « normal », l'esprit n'aura aucun mal à voir la causalité dans le fait de la tuile et non dans l'action du vent. Sous-jacente à ce jugement se trouve une idée : la tuile aurait *du*, par un tel vent, rester en place, ce qui justifie la responsabilité du gardien. Dans ce contexte, la force majeure est la circonstance telle qu'aucune tuile normalement conçue et fixée sur le toit n'aurait pu rester en place. C'est donc, avant tout, l'idée d'irrésistibilité qui l'emporte, même si cette dernière est sujette à nuances et appréciations. Il faudra, par exemple, se demander à partir de quelle force de vent l'on peut s'attendre à ce qu'une tuile tombe. Et l'on s'aperçoit ici que, comme partout ailleurs dans la responsabilité civile, l'exercice implique de se prononcer sur ce qui apparaît ou non « normal »¹⁵¹³.

Une telle hypothèse se rapproche de l'idée de rôle passif. L'arrêt *Cadé* de 1941 mentionnait précisément que le gardien pouvait détruire la présomption de fait causal de la chose « en prouvant que la chose n'a joué qu'un rôle purement passif, qu'elle a seulement subi l'action étrangère génératrice du dommage »¹⁵¹⁴. Pour autant, si la force majeure, ainsi entendue, suppose que la chose n'a joué qu'un rôle passif, tous les cas de rôle passif de la chose ne correspondent pas forcément à la force majeure. Dans ce cas précis, la chose a manifestement eu un rôle causal dans la réalisation du dommage : qu'une tuile tombe d'un toit est, en principe, anormal. Elle n'est passive qu'en ce qu'elle était actionnée par une force à laquelle aucune chose « normale » n'aurait pu résister. Tout cela n'explique pas vraiment, toutefois, le recours aux critères classiques de la force majeure. Si la condition

l'exonération fut le caractère prévisible du déclenchement d'un telle sirène- motif qui s'explique uniquement si cette prévisibilité était de nature à empêcher la réaction de panique des chevaux. Cass. 2^e civ. 13 juillet 2000, RTD civ. 2000, p. 848 obs. P. Jourdain.

¹⁵¹³ De fait, alors qu'elle exigeait antérieurement une cause étrangère rigoureusement imprévisible et irrésistible, la jurisprudence a estimé, à partir de 1955, que la force majeure pouvait totalement exonérer le gardien dès lors que le fait dommageable de la chose résultait d'une cause étrangère normalement imprévisible et irrésistible. Voir Cass 2^e Civ 15 juin 1955, D. 1956, p. 340. La doctrine salua le recours au terme de « normalement ». Pourtant, l'expression « normalement imprévisible et irrésistible » fut abandonnée par l'arrêt Desmares (Cass 2^e Civ 21 juillet 1982, D. 1982, 449, note Ch. Larroumet ; JCP G 1982, II, 19861 note F. Chabas). Après le renversement de la jurisprudence Desmares, le terme ne fut pas repris.

¹⁵¹⁴ Cass. civ. 19 février 1941 D. C. 1941 p. 85.

d'irrésistibilité s'impose, faut-il vraiment exiger que l'événement de force majeure ait été imprévisible et extérieur¹⁵¹⁵ ? A dire vrai, ces conditions ne se comprennent qu'en référence au gardien¹⁵¹⁶. Preuve supplémentaire, s'il en faut, que le régime de responsabilité du fait des choses peine à s'affranchir réellement de la logique de la responsabilité du fait personnel. De ce point de vue, on peut sans doute parler de « non imputabilité matérielle » à propos du gardien, lorsque est intervenu un fait de force majeure. Il s'agit du cas où la chose a joué un rôle qui aurait permis d'engager la responsabilité du gardien dans toute autre circonstance. Par exemple, le demandeur s'est blessé contre un plot en ciment situé sur le trottoir et le gardien du plot établit que la victime s'est trouvée projetée contre ce plot sous l'effet d'un tremblement de terre. Si, en l'occurrence, le tremblement de terre constitue une cause étrangère exonératoire de responsabilité, le gardien du plot serait certainement responsable dans des circonstances normales.

418. Contrainte et fait d'autrui. Les personnes responsables du fait d'autrui ne peuvent s'exonérer de leur responsabilité de plein droit en démontrant leur absence de faute. Mais il leur reste possible d'établir que le fait d'autrui a été provoqué par un fait de force majeure. En ce cas, il ne sera pas imputable, matériellement parlant, à son auteur, qui a été privé de toute liberté d'action. Les choses sont plus délicates lorsque le fait d'autrui est un simple fait causal, tel celui de l'enfant mineur. Supposons que le « fait causal » de l'enfant résulte d'une situation de contrainte telle que l'enfant n'était pas en mesure de se comporter différemment. Peut-on réellement parler, dans ce cas, de non imputabilité matérielle, comme on le fait pour la faute objective, ou doit-on se contenter d'affirmer que le « fait causal » de l'enfant a lui-même pour cause un fait de force majeure ? Cette dernière affirmation paraît suffire dès lors que l'on estime que la force majeure doit, en l'occurrence, s'apprécier par rapport aux parents. De ce point de vue, on admettra l'exonération lorsque le fait de l'enfant résulte d'un fait de force majeure insurmontable à son égard, mais aussi à

¹⁵¹⁵ Dans une affaire récente, le client d'un magasin de bricolage était monté sur une échelle afin d'éprouver la solidité et s'était blessé à cette occasion. La Cour de cassation a refusé d'admettre que le fait de la victime constituait ici une force majeure : la faute était insuffisamment irrésistible et imprévisible. Cass. 2^e civ. 27 mars 2003, D. 2003 IR 1078, RCA 2003 n°163.

¹⁵¹⁶ Il s'agit de démontrer « qu'une cause étrangère au gardien est bien à l'origine de l'intervention de la chose », qu'il « n'y a plus de lien de causalité entre le comportement du gardien et le fait de la chose » D. Voinot, « La force majeure », préc. n°273-45. Cette position est partagée par M. Leduc, pour qui le gardien est, en temps normal, « présumé avoir eu un rôle causal dans la survenance du fait de la chose ». F. Leduc, art. préc.

celui de ses parents, qui ne pouvaient, de ce fait, l'empêcher de commettre le fait dommageable¹⁵¹⁷.

B. La force majeure, cause directe du dommage

419. La force majeure peut être autre chose qu'une situation insurmontable ayant rendu le fait dommageable inévitable. Elle peut, en effet, consister en un événement extérieur directement à l'origine du dommage dont se plaint la victime. De ce point de vue, c'est en ce qu'elle permet de nier tout lien causal entre le fait du défendeur et le dommage qu'elle permet l'exonération¹⁵¹⁸. La force majeure constitue, à cet égard, une cause concurrente à laquelle on attribuera la causalité du dommage, de préférence au fait générateur.

420. Le fait de force majeure comme cause concurrente. Dans l'hypothèse précédente, l'événement de force majeure constituait une contrainte ayant provoqué la survenance inéluctable du fait générateur, suivi de ses conséquences préjudiciables. Ici, la force majeure cause directement le dommage et permet de nier le caractère causal du fait générateur invoqué : le dommage résulte de l'événement de force majeure, sans pouvoir être rattaché à la violation d'une obligation, à un écart de conduite, ou au fait d'une chose. Certes, au stade où intervient l'invocation de la force majeure, la causalité est censée avoir déjà été examinée. Mais l'argument de force majeure doit permettre, justement, de balayer les apparences de causalité du fait générateur¹⁵¹⁹.

Une maison s'effondre. Supposons que le demandeur ait établi le vice de construction et l'effondrement de sa maison, ce qui permet de présumer la causalité. Il restera au défendeur à prouver que le tremblement de terre aurait, dans tous les cas, détruit la maison pour être exonéré. Le tremblement de terre expliquera, à lui seul, la survenance du dommage. C'est

¹⁵¹⁷ Ph. le Tourneau, *op. cit.* n°7454. *Contra* L. Grynbaum obs. sous CA Chambéry, 4 janvier 2000, RCA 2000 n°317, l'arrêt paraît apprécier la force majeure par rapport aux parents. Quoi qu'il soit le caractère imprévisible et irrésistible du fait de l'enfant lui-même n'a aucune vertu exonératoire. V. Cass. 1^o civ. 18 mai 2000 D. 2000 obs. P. Jourdain.

¹⁵¹⁸ « Le terme technique exact correspondant à une rupture du lien de causalité est celui de force majeure. » M. Fabre-Magnan, *op. cit.* n°270 p. 736.

¹⁵¹⁹ « On peut supposer qu'un rapport de causalité semblant déjà établi à l'encontre du défendeur, celui-ci veuille démontrer que cette première apparence ne correspond pas à la réalité, que par delà sa faute apparente ou le fait apparent de sa chose (...) le dommage a une cause étrangère qui ne lui est pas imputable » J. Carbonnier, *op. cit.* n°492.

donc en tant que cause étrangère et exclusive du dommage que la force majeure permet l'exonération. Le fait de force majeure constitue une cause concurrente qui, à l'analyse, concentre l'essentiel de la causalité ou, pour le dire autrement, explique à elle seule le dommage. En cela, cette cause d'exonération a vocation à jouer dans la totalité des régimes de responsabilité exigeant un lien causal, en particulier dans les régimes de responsabilité sans faute, qui accordent une grande place à la causalité. Pour cette raison, l'exonération pour force majeure nous paraît possible dans le cadre de la responsabilité du fait des produits défectueux, bien que les textes ne la prévoient pas¹⁵²⁰. Nous aborderons le principe de l'exonération pour cause exclusive (1) avant d'évoquer la mise en œuvre de cette exonération (2).

1. Principe de l'exonération pour cause exclusive

421. La cause exclusive. Il peut paraître curieux que l'on ait repris, en matière de force majeure/cause étrangère les trois caractéristiques traditionnelles d'irrésistibilité, d'imprévisibilité et d'extériorité qui paraissent plus appropriées à l'application de l'adage « à l'impossible, nul n'est tenu ». Il faut, toutefois, relever que l'idée de cause exclusive a permis, dans certains cas, d'accorder l'exonération, sans qu'il soit fait mention de la force majeure et de ses critères habituels¹⁵²¹. Certains en ont conclu que la notion de cause exclusive constituait un nouveau moyen d'exonération, concurrent et indépendant de la force majeure¹⁵²². Cette interprétation nous semble excessive : l'exonération pour cause exclusive nous paraît, ni plus ni moins, une application de la théorie de la force majeure¹⁵²³.

¹⁵²⁰ C. civ. art. 1386-1 à 1386-18. Comp. Ph. le Tourneau, op.cit. n°8452.

¹⁵²¹ Fabrice Leduc, « La cause exclusive », RCA 1999, chron. 17. Parfois « la jurisprudence admet l'exonération totale du débiteur en se référant à la notion de cause « exclusive » ou « unique » du dommage sans relever les caractères de la force majeure. Il s'agit souvent d'une faute de la victime cause exclusive du dommage : exemple d'un patient tombé par sa faute de sa table d'examen de radio Cass. 1^{re} civ. 9 novembre 1999, D. 1999 IR 266, Defrénois 2000 p. 251 obs. D. Mazeaud. De même, hypothèse de la cliente d'un salon d'esthétique se brûlant sous la douche Cass. 1^{re} civ. 8 décembre 1998 JCP E 1999 pan. p. 202. Exemples tirés du contrat de transport : voyageur traversant la voie alors que la gare était équipée de passages souterrains (CA Versailles, 2 février 2001, D. 2001 IR 832) ; voyageur tentant de descendre d'un train en marche (CA Paris 15 octobre 2001 D. 2001 IR 3399).

¹⁵²² F. Leduc, « La cause exclusive », art préc.

¹⁵²³ De fait, l'interprétation de la notion de « cause exclusive » par les tribunaux paraît s'être faite en référence à la force majeure, avec une référence fréquente aux éléments de la force majeure. V. Cass. 1^{re} civ. 6 octobre 1998, Bull. civ. I n°269, RTD civ. 1999 p. 113 obs. P. Jourdain : exonération approuvée au motif que « la faute de la victime constituait la cause exclusive de son dommage ». M. Jourdain regrette ce recours sporadique à la notion de cause exclusive en raison du flou d'une telle notion mais aussi parce que le phénomène « traduit un certain recul du droit de la victime à demander réparation à tous ceux qui répondent d'un fait générateur de responsabilité qui a été une condition nécessaire du dommage ».

L'idée de cause exclusive renvoie à celle de « cause suffisante » : la cause suffisante engendre à elle seule l'effet, sans avoir besoin, pour cela, d'aucun autre facteur. Nous savons, grâce à l'analyse de Mill, qu'une telle cause, loin d'être un fait unique, correspond plutôt à un ensemble causal réunissant toutes les conditions actives et passives permettant de produire le dommage. Mais cette conception ne nous est pas accessible : on ne peut, au quotidien, aborder l'intégralité des conditions composant à un ensemble causal. Il convient donc de se contenter, dans ce contexte, des seuls « facteurs relevant » dans le cadre de la responsabilité civile, soit, globalement, les comportements des différents protagonistes de l'espèce et, le cas échéant, des choses qu'ils avaient sous leur garde. Dans cette optique, la cause étrangère/force majeure constitue le fait tel qu'il n'avait besoin d'aucun autre facteur « relevant » pour engendrer le dommage. En soi, le tremblement de terre n'est pas « cause exclusive » de l'effondrement des maisons s'il faut, pour qu'il produise un tel effet, lui adjoindre un certain nombre de lois physiques, à commencer par la gravitation. Mais si l'on néglige ces lois physiques pour se concentrer sur les faits intéressant la responsabilité civile, le tremblement de terre apparaît bel et bien comme la cause exclusive de l'effondrement des maisons : aucun autre facteur n'était nécessaire pour aboutir à la réalisation du dommage.

422. Cause exclusive et théories de la causalité. Dans la définition que nous venons de donner, la cause exclusive est une condition *sine qua non* du dommage telle qu'aucun autre « facteur pertinent » du dommage (aux yeux du droit de la responsabilité) ne peut prétendre à ce caractère. Autrement dit, la cause exclusive était le seul facteur à « faire la différence ». Les autres circonstances, à commencer par le fait du défendeur, étaient sans incidence sur la réalisation de l'effet. La probabilité *ex ante* semble, ici, un critère approprié d'appréciation. Dans cette optique, la « cause exclusive », est une cause *prépondérante* qui augmente, plus que toute autre, la probabilité objective de survenance du dommage. A défaut de l'engendrer nécessairement, la « cause exclusive » doit augmenter sensiblement la probabilité¹⁵²⁴. Autrement dit, la cause exclusive rendait le dommage tellement probable que la suppression ou la modification en pensée des autres circonstances n'aurait rien ou presque rien changé à sa survenance. Les autres facteurs du dommage n'ont eu que peu

¹⁵²⁴ Dans cette optique, ce serait parce que l'événement prépondérant « apparaît comme la cause adéquate du dommage » qu'« il fait figure de cause « exclusive » et vient rompre le lien de causalité entre le fait générateur attribué au défendeur et le dommage ». P. Jourdain, obs. RTD civ. 1999, p. 113.

d'impact sur la réalisation du dommage¹⁵²⁵ : le tremblement de terre rendait l'effondrement des maisons tellement probable que l'incidence de la solidité des constructions est négligeable.

Il est possible, dans ce contexte, d'envisager l'éventualité que d'autres facteurs nécessaires du dommage soient identifiables mais qu'ils n'aient joué qu'un rôle très secondaire dans l'accident. Cela explique que la cause exclusive puisse être retenue alors que le fait du défendeur a manifestement joué un rôle causal dans la survenance du dommage. Dans certaines décisions, la responsabilité du défendeur, malgré la preuve de sa faute et du lien de causalité, a pu être écartée au motif qu'une autre faute commise par un tiers ou par la victime constituait la cause exclusive du dommage¹⁵²⁶. La qualification de cause exclusive, loin de s'imposer d'elle-même, suppose d'opérer un arbitrage entre les différents facteurs du dommage.

423. Cause exclusive et force majeure. La cause exclusive ainsi définie, que penser, à cet égard, des trois critères habituels de la force majeure ? Il peut s'avérer, au premier abord, étonnant de conserver, pour apprécier le poids causal d'une cause concurrente, les trois caractères propres à identifier le caractère contraignant d'un événement empêchant d'imputer son fait au défendeur. L'élément d'extériorité est évident, par hypothèse, puisque la cause exclusive est une cause concurrente au fait générateur. Par ailleurs, on retrouve, dans la cause exclusive, l'idée d'irrésistibilité de manière détournée : la probabilité d'apparition du dommage engendrée par la cause exclusive est telle que la survenance du dommage est (quasi) certaine. Pour être considéré comme cause exclusive, un tremblement de terre devait créer une probabilité très importante d'effondrement des maisons alentours, compte-tenu des circonstances. En revanche, un tremblement de terre de faible intensité, engendrant une probabilité moyenne de dommages, ne peut pas être estimé irrésistible et laisse ouverte la possibilité d'une intervention causale significative d'autres facteurs, telle la mauvaise qualité des constructions. Il faut, en outre, mesurer l'aptitude du défendeur à empêcher ou limiter le dommage : s'il disposait d'une capacité d'intervention et qu'il n'a

¹⁵²⁵ L'éventualité de « petites » causes dont le rôle est négligeable explique l'invocation de la force majeure dans des cas où le fait générateur semble avoir eu un rôle causal. Pour M. Leduc, la présence d'une cause exclusive n'empêche pas nécessairement d'admettre le jeu d'un autre facteur causal, comme une faute du défendeur. « La cause exclusive », art. préc.

¹⁵²⁶ Il s'agit le plus souvent d'une faute de la victime n'ayant pas le caractère de la force majeure mais permettant en l'occurrence l'exonération totale du défendeur. V. Cass. 2^e civ. 6 octobre 1998, Bull. Civ. I n°269, RCA 1998 comm. n°395.

rien fait, son abstention comptera comme une cause du dommage, empêchant d'accorder la qualité de cause exclusive au fait de force majeure invoqué. Le troisième caractère de la force majeure classique, l'imprévisibilité, est lié au fait que cette cause étrangère du dommage constitue en principe un cas fortuit, un fait du hasard¹⁵²⁷ (cf supra). Elle est, en cela imprévisible. Ce caractère est également un élément de l'irrésistibilité : l'événement imprévisible est d'autant plus insurmontable. Il génère donc une probabilité d'autant plus grande de dommage. Le fait, par exemple, qu'un entrepreneur ait construit une maison dépourvue de fondations anti-sismiques dans une zone à risque pourra jouer dans l'appréciation du poids causal de chaque acteur : la prévisibilité du tremblement de terre jouera en faveur du rôle causal de l'omission de l'entrepreneur dans l'effondrement de la maison.

424. Force majeure et responsabilité. La notion de force majeure-cause exclusive, telle que nous l'entendons, est plus proche de la causalité que de la faute. Elle présente un caractère d'objectivité qui s'avérait moins évident dans l'appréciation de la force majeure, entendue au sens de contrainte. Antérieurement, la force majeure s'appréciait par rapport à la personne du défendeur qui, sans nier son intervention causale dans la production du dommage, en rejetait la responsabilité en raison de la contrainte exercée sur lui par la force majeure. Par exemple, le capitaine du Titanic, accusé d'avoir tenté de virer de bord juste avant la collision, invoque la lenteur irrésistible et imprévisible du bateau à dévier sa trajectoire, qui constituait une contrainte insurmontable. Dans cette optique, la force majeure se rapprochait, à maints égards, de l'absence de faute. En revanche, l'invocation de la force majeure/cause exclusive ne suppose pas une telle analyse du comportement du défendeur : elle revient juste à établir qu'un événement prépondérant concentre la causalité du dommage, à l'exclusion des autres. Poursuivi pour négligence dans la conception du paquebot, l'architecte ayant construit le Titanic peut tenter de soutenir que la collision avec l'iceberg constituait la cause exclusive du drame au sens où il générerait une grande probabilité objective de naufrage. Cet argument, qui suppose de montrer qu'une autre conception du paquebot n'était pas envisageable ou n'aurait pas permis d'éviter le naufrage, opère strictement sur le terrain de la causalité.

¹⁵²⁷ « L'extériorité de la cause du dommage par rapport à la chose constitue le seul vrai critère de la force majeure, écrivait André Tunc, les prétendus caractères d'imprévisibilité n'ayant aucune valeur propre ». A Tunc, « force majeure et absence de faute en matière délictuelle, RTD civ. 1946, p. 199.

425. Le cas particulier de la responsabilité du fait des choses. Le problème de l'exonération pour force majeure en matière de responsabilité du fait des choses est, comme nous l'avons déjà relevé, particulièrement délicat. Comment, en effet, déterminer les limites d'un régime de responsabilité dont la condition essentielle est aussi fuyante ? Dans l'hypothèse qui nous occupe, la démonstration de la force majeure/cause exclusive doit permettre d'exclure le caractère causal du « fait de la chose ». Il ne s'agit plus d'établir que la chose a causé le dommage sous l'emprise d'un fait de la nature ou d'un acte humain, donc que son « fait causal » n'était, finalement qu'un « fait passif », telle la tuile mise en branle par un vent violent. Il convient ici de montrer que le rôle de la chose dans la réalisation du dommage est négligeable au regard de l'intervention concurrente d'un fait de force majeure. D'un côté, un « fait de la chose » paraît pouvoir être retenu selon les critères classiques, mais, de l'autre, un événement, naturel ou humain, paraît concentrer la causalité du dommage, à tel point qu'il convient d'exonérer le gardien. Autrement dit, la chose a eu un rôle dans le dommage mais la circonstance de force majeure permet de négliger ce rôle. Concevable sur le principe, un tel cas de figure n'en est pas moins délicat à envisager lorsqu'on connaît le caractère lâche et fuyant de la notion de « fait de la chose ». La logique supposerait, en effet, de partir de la définition du fait de la chose afin de tracer les frontières d'une telle responsabilité. Telle n'a pas été l'optique de notre droit, qui a conservé, à propos de la responsabilité du fait des choses, les critères classiques de la force majeure. S'agissant d'évaluer le poids causal du « fait » d'une chose, comment et par rapport à qui parler d'imprévisibilité ou d'inévitabilité ? Certes, ces critères se comprennent si l'on admet qu'il faut les rapporter au gardien. Mais, lorsqu'il ne s'agit plus d'évaluer la contrainte ayant éventuellement entraîné le fait de la chose, mais d'apprécier le caractère causal d'un fait extérieur, concurrent à cette dernière, les trois critères classiques sont-ils vraiment pertinents ? De fait, les tribunaux admettent très rarement l'exonération. Cette pratique accrédite l'idée selon laquelle la « responsabilité » du fait des choses est avant tout un régime de réparation favorable aux victimes, ayant vocation à se déclencher dès lors qu'une chose est intervenue, d'une manière ou d'une autre, dans le dommage¹⁵²⁸.

¹⁵²⁸Un auteur souligne la « contradiction consistant à affirmer l'existence d'une cause d'exonération tout en refusant systématiquement de reconnaître la réunion de ses conditions », S. Hocquet-Berg, « Gardien cherche force majeure... désespérément », RC et ass ; 2003, chron. 12 p. 6. Pour cette raison, l'auteur suggère l'abandon pur et simple de cette cause d'exonération en matière de responsabilité du fait des choses.

2. La qualification de la cause exclusive : l'arbitrage entre les causes

426. La reconnaissance d'un cas de force majeure-cause exclusive conduit le juge à devoir arbitrer entre des facteurs concurrents pour reconnaître à l'un d'entre eux la qualité de cause exclusive exonératoire¹⁵²⁹. Dans ce cadre, le critère de la probabilité de dommage paraît s'imposer. Il faut donc se référer prioritairement à la probabilité *ex ante* engendrée par le fait considéré. En pratique, on constate que le fait extérieur cause exclusive du dommage est, le plus souvent, un acte humain, fait de la victime ou fait d'un tiers. Il est, à cet égard, compréhensible que le juge se livre à une appréciation du comportement des protagonistes afin de hiérarchiser les causes¹⁵³⁰. L'intervention, en la matière, d'arguments d'opportunité ou d'équité va par ailleurs de soi : l'arbitrage entre les causes constitue, en effet, un jugement de causalité proprement attributif et non explicatif¹⁵³¹. Nous aborderons donc brièvement l'usage de ces divers arguments en matière de fait d'un tiers ou de fait de la victime¹⁵³².

427. **La qualification du fait de la victime de cause exclusive.** Un jugement de responsabilité affirme toujours que les choses auraient pu et dû se dérouler différemment. C'est à celui qui avait les moyens d'intervenir dans le déroulement des événements de supporter le poids du dommage. Si la victime avait ce pouvoir, c'est à elle de supporter son dommage. On notera, à cet égard, que l'acte de la victime, pour être totalement exonératoire, n'est pas obligatoirement fautif : seul compte son caractère de « force majeure », donc, en l'occurrence, de cause exclusive du dommage. C'est ainsi que le geste d'un enfant de trois ans se blessant sur un arbre épineux a pu constituer une force majeure exonératoire¹⁵³³. Autrement dit, l'exonération est acquise dès lors que le fait de la victime

¹⁵²⁹ Pour une étude de la cause étrangère exonératoire en matière d'obligation de sécurité, v. Fabrice Defferard, « Une analyse de l'obligation de sécurité à l'épreuve de la cause étrangère », D. 1999 p. 364.

¹⁵³⁰ « La persistance de l'appréciation du comportement humain révèle que si le régime de responsabilité fondé sur l'article 1384 al. 1^{er} a puissamment refoulé la faute, il ne l'a pas entièrement éliminée », écrit M. le Tourneau dans un article resté célèbre, Ph. le Tourneau, « La verdeur de la faute dans la responsabilité civile ou de la relativité de son déclin », RTD civ. 1988 p. 505.

¹⁵³¹ V. supra n°252.

¹⁵³² Le fait de la victime présentant le caractère de la force majeure concerne 90% des cas d'exonération totale du gardien en matière de responsabilité du fait des choses. En revanche, l'exonération pour cause étrangère (fait de la nature ou fait d'un tiers) présente un caractère marginal puisque ne représentant que 11% des hypothèses d'exonération totale du gardien. Fabrice Leduc, « L'état actuel du principe », in *La responsabilité du fait des choses...*, préc. p. 53

¹⁵³³ CA Versailles 18 juin 1999, D. 1999 IR 226.

constituait une cause prépondérante du dommage pouvant être qualifiée de cause exclusive. Bien souvent, du reste, un fait de la victime cause exclusive du dommage répondra aux critères de la faute.

Lorsque deux faits sont en concurrence du point de vue de la causalité, le critère de l'augmentation de la probabilité objective du dommage s'impose. Par exemple, le fait, pour un train, d'entrer en gare, génère une certaine probabilité de dommage. Mais le fait, pour la victime, de se placer à un endroit dangereux, en empiétant sur la voie augmente sensiblement la possibilité d'un accident. De ce point de vue, la causalité adéquate attribue un poids causal supérieur au fait de la victime. On relèvera, d'ailleurs, que l'action du train entrant en gare ne se prête guère à la construction du scénario contrefactuel que nous connaissons bien : il est, en effet, difficile d'imaginer autre chose que ce qui s'est produit - un train entrant en gare à l'heure de son arrivée- qui correspond au cours naturel des choses. Là encore, c'est le fait de la victime qui constitue une intervention dans le cours des choses et se prête le mieux à l'analyse causale : si la victime s'était placée différemment dans la gare, l'accident ne serait sans doute pas survenu. Il nous semble, pour cette raison, approprié de tenir compte de ce qui se révélait habituel, normal par rapport à ce qui sortait de l'ordinaire et aurait pu, de ce fait, être différent.

Dans le cas particulier de la responsabilité du fait des choses, il ne nous paraît pas choquant que la faute de la victime constitue le motif principal d'exonération¹⁵³⁴. Loin de « pervertir » la responsabilité objective par une référence à la faute, elle permet d'équilibrer un régime particulièrement favorable aux victimes. De ce point de vue, la concurrence entre les causes doit, selon nous, être arbitré en retenant le fait qui sort de l'ordinaire comme cause du dommage. Mais, bien entendu, le critère ne vaut pas si les différents facteurs entre lesquels arbitrer du dommage sont tous « anormaux ». Dans un arrêt du 14 décembre 2000¹⁵³⁵, un adolescent avait voulu accéder à une terrasse en montant sur les épaules d'un camarade. Sur la terrasse se trouvait une jardinière en béton qui, déséquilibrée, tomba en blessant le camarade qui portait le jeune garçon. Les propriétaires de la jardinière furent

¹⁵³⁴ M. Leduc souligne que plus du tiers des arrêts admettent une faute de la victime présentant les caractères de la force majeure, alors que moins des deux-tiers retiennent une faute de la victime simplement partiellement exonératoire. Ce qui tendrait à prouver que le juge a une appréciation relativement souple de la force majeure. Fabrice Leduc, « L'état actuel du principe », in *La responsabilité du fait des choses...*, préc. pp. 55-56.

¹⁵³⁵ Cass 2^e civ, 14 décembre 2000, 2^e esp., RCA 2001 comm. n°76 ; D. 2001, I, 338, chron. n°13 obs. G. Viney.

condamnés au motif que « l'agencement constitué par les jardinières sans protection et en équilibre sur le rebord de la terrasse sur des bancs de ciment en saillie sur le vide était dangereux dans sa conception, que l'escalade entre les deux étages ne pouvant être exclu de la part de jeunes invités sportifs, n'était ni imprévisible, ni irrésistible pour les gardiens de l'installation », les juges en déduisant que la jardinière « n'avait pas joué un rôle purement passif dans l'accident ». Ils furent approuvés par la Cour de cassation. En l'occurrence, le caractère dangereux de l'installation ne permettait pas de nier son rôle causal dans l'accident.

Dans un arrêt du 18 mars 2004¹⁵³⁶, la Cour de cassation a censuré une Cour d'appel d'avoir écarté la responsabilité du gardien d'un ascenseur qui s'était arrêté entre deux étages. Les juges du fond avaient pourtant relevé « l'ascenseur ne présentait aucune anomalie ; que la victime en avait provoqué l'arrêt entre le 13^e et 14^e étage puis avait ouvert les portes intérieures et ensuite déverrouillé le système de sécurité des portes palières à l'aide du bouton poussoir prévu à cet effet ; qu'ayant alors tenté de s'extraire de la cabine, elle avait chuté dans la cage ; qu'ainsi l'accident avait eu une cause étrangère au fonctionnement de l'ascenseur, qui revêtait un caractère imprévisible et irrésistible ». Mais la Cour de cassation a estimé que « le comportement de la victime ne présentait pas un caractère imprévisible et irrésistible » pour les propriétaires de l'immeuble, gardiens de l'ascenseur. La sévérité de la Cour s'explique peut être par le fait que la possibilité d'immobiliser l'ascenseur entre deux étages, d'ouvrir les portes et de déverrouiller le système de sécurité n'est pas normal. Enfin, la deuxième Chambre civile a accepté, dans une espèce récente¹⁵³⁷, d'accorder l'exonération dans un cas où un tremplin, installé au bord d'un étang pour permettre des sauts en VTT, avait été utilisé comme plongeoir par un baigneur qui s'était blessé en heurtant le fond de l'étang. L'action de la victime contre le propriétaire du tremplin fut repoussée en appel comme en cassation au motif de l'absence d'anormalité de la chose, établissant que le tremplin n'avait pas été « l'instrument du dommage ». La Cour de cassation précisa, à cet égard, que le fait de la victime constituait la cause exclusive du dommage¹⁵³⁸.

¹⁵³⁶ Cass. 2^e civ. 18 mars 2004, D. 2005 jur. p. 125 note I. Corpart ; RCA 2004 comm°172.

¹⁵³⁷ Cass. 2^e civ. 24 février 2005 2^e esp., D. 2005 jur. p. 1395 note N. Damas ; JCP G 2005 I chron. 149 n°6 obs. G. Viney.

¹⁵³⁸ Dans une espèce récemment tranchée, une femme qui cherchait son mari, avait pénétré de nuit dans le jardin d'une maison qu'elle ne connaissait pas et s'était blessée. Il fallait donc, compte-tenu ces deux faits concurrents que constituait l'acte de la victime et le « fait du jardin », choisir entre leur reconnaître à

La grande sévérité de la jurisprudence dans certaines hypothèses illustre la prise en compte d'arguments de *politique juridique*. Tel nous semble être le cas de la responsabilité de la SNCF, qu'elle soit fondée sur l'obligation de sécurité ou sur l'art.1384 al.1. On peut, en effet, être surpris que le comportement dangereux et aberrant d'une victime cherchant à descendre d'un train en marche ne constitue pas un cas de force majeure mais une cause seulement partielle du dommage¹⁵³⁹. Il est vrai, toutefois, que l'accident aurait sans doute pu être évité par un verrouillage des portes empêchant toute descente lorsque le train est en marche. De même la qualification de force majeure a-t-elle été refusée dans le cas d'une dame aveugle qui, bien que connaissant les lieux, s'était placée trop près du bord du quai, malgré les observations d'un agent, et était tombée sous la rame d'un train entrant en gare¹⁵⁴⁰.

Enfin, paradoxalement, le fait de la victime cause exclusive du dommage est pris en considération dans le régime mis en place par la Loi Badinter du 5 juillet 1985, qui repose pourtant sur l'implication, et non sur la causalité. L'exonération pour force majeure avait, logiquement, été exclue du régime de réparation organisé par la loi (art. 2). Mais la victime non conductrice voit son droit à réparation supprimé lorsqu'elle a commis une faute inexcusable cause exclusive de l'accident (art. 3 al. 1 Loi 5 juillet 1985), ce que les tribunaux admettent rarement¹⁵⁴¹. Quant à la victime conductrice, son droit à réparation devrait, en principe, entièrement disparaître lorsque sa faute est une *cause exclusive* de l'accident, au sens où elle présente les caractères de la force majeure. Mais le caractère causal de la faute de la victime s'apprécie non à l'égard de l'accident mais de son dommage. A cet égard, la Cour de cassation estime qu'il revient au juge du fond

chacun un rôle causal ou estimer que l'action de la femme constituait la cause exclusive de son dommage. V. Cass. 2^e civ. 28 novembre 2002, RCA 2003 n°94. V. égal. Cass. 2^e civ. 22 mai 2003 JCP G 2003 IV 2247 RCA 2003 n°226.

¹⁵³⁹ Cass. 2^e Civ. 23 janvier 2003, D. 2003, p. 2465, note Valérie Depadt-Sebag, RCA. 2003 n°95. En l'espèce, la victime était montée dans un train afin de dire au revoir à un passager et avait cherché à descendre du train alors qu'il démarrait, malgré les cris d'un agent. La victime, grièvement blessée après avoir chuté entre le wagon et le quai, fut estimée n'avoir causé que partiellement de son dommage. Comp. Cass. 1^{ère} Civ. 21 octobre 1997 Bull. Civ. I, n°228, D. 1997, IR p. 247, D. Affaires. 1997, p. 1352.

¹⁵⁴⁰ Cass. 2^e civ. 11 janvier 2001, D. 2001 IR p. 408 ; JCP G IV 1377 ; LPA 2 octobre 2001 note S. Szames. En 1998, la même Chambre avait déjà jugé que le comportement de la victime, heurtée par un train de marchandises alors qu'elle empiétait d'au moins 3,5 cm sur la voie, n'était pas constitutif d'un fait de force majeure exonératoire. Cass. 2^e civ. 25 juin 1998, Bull. civ. II n°238, D. 1999 jur. p. 416 note C. Lapoyade-Deschamps.

¹⁵⁴¹ Par exemple, le comportement d'une victime piéton se plaçant au milieu de la chaussée de manière à faire arrêter un automobiliste pouvant le prendre à son bord pour la ramener chez elle, n'a pas été jugé exonératoire. Cass. ass. plén. 10 novembre 1995, JCP G 1995, II, concl. Jéol, note G. Viney.

d'apprécier souverainement si la faute de la victime est de nature à exclure ou diminuer sa réparation. Cette appréciation peut être l'occasion de tenir compte d'arguments de politique juridique : par exemple, l'alcoolémie excessive du conducteur victime est de nature à réduire son indemnisation¹⁵⁴².

La Cour de cassation condamne sévèrement la qualification du caractère de cause exclusive de la faute du conducteur opérée au motif que les faits commis par les autres conducteurs de l'accident n'étaient pas fautifs¹⁵⁴³. Autrement dit, la faute du conducteur peut ne pas se révéler cause exclusive de son dommage alors même que son fait est le seul fautif : l'intervention d'autres conducteurs, fût-ce de manière non fautive, dans la réalisation du dommage, permet d'écarter la qualification de cause exclusive. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt précité du 13 mai 2004¹⁵⁴⁴, la victime avait percuté par l'arrière un poids lourd qui se trouvait à l'arrêt sur la bande d'arrêt d'urgence, à la suite d'une première collision avec une voiture en panne. Le rôle causal du poids lourd, et du véhicule en panne étaient ici incontestables, bien que leurs conducteurs soient non fautifs : si le premier véhicule n'était pas tombé en panne, le poids lourd ne se serait pas trouvé sur la bande d'arrêt d'urgence. La victime, en revanche, roulait sur la bande d'arrêt d'urgence en état d'imprégnation alcoolique. La Cour de cassation a refusé, ici, d'admettre le caractère de cause exclusive de la faute de la victime, malgré sa relative gravité. Sous-jacentes à cette jurisprudence se trouvent des considérations de politique juridique, et notamment le souhait de faire bénéficier les victimes d'une indemnisation, conformément à l'objectif de la loi de 1985. Dans d'autres cas de figure, la Cour de cassation a parfois approuvé l'exclusion de l'indemnisation, par exemple lorsque la Cour d'appel avait mentionné la vigilance accrue qu'impliquaient les conditions atmosphériques, le fait que la victime n'avait pas bouclé sa ceinture de sécurité et, surtout, le fait que le « freinage appuyé » opéré par la victime était, manifestement, à l'origine du dommage, puisque les véhicules suivant le véhicule accidenté avaient conservé leur trajectoire¹⁵⁴⁵.

¹⁵⁴² Cass. 2^e civ. 4 juillet 2002, RTD civ. 2002, p. 829 obs. P. Jourdain.

¹⁵⁴³ Cass. ch. Mixte, 28 mars 1997, D. 1997, jur. 294, note Groutel et somm. p. 291 obs. Mazeaud, RTD civ. 1997 p. 681. V. égal. Cass. crim. 31 mai 2005 (2 esp.), 13 juillet 2005, 30 juin 2005, RCA septembre 2005 p. 10.

¹⁵⁴⁴ Cass. 2^e civ. 13 mai 2004, RTD civ. 2004 p. 515, obs. P. Jourdain.

¹⁵⁴⁵ Cass. 2^e civ. 22 janvier 2004, RCA 2004, comm. 94.

428. Le fait du tiers. Arbitrer entre le fait d'un tiers et celui du défendeur ou de sa chose présente les mêmes difficultés qu'en cas de fait de la victime. C'est, là encore, la responsabilité du fait des choses qui concentre l'essentiel du contentieux. Dans ce contexte, la jurisprudence répugne à accorder l'exonération pour force majeure, même lorsque la chose a eu un comportement normal. Des arrêts du 25 avril 2000¹⁵⁴⁶ et du 29 mars 2001¹⁵⁴⁷ ont ainsi refusé d'accorder l'exonération au gardien d'un escalator dans lequel la victime avait chuté, bousculée par un tiers. Dans un arrêt du 13 mars 2003¹⁵⁴⁸, la deuxième Chambre civile a écarté la force majeure dans le cas où la victime descendait normalement sur l'escalator lorsqu'elle fut heurtée et renversée par une valise lâchée par un tiers se trouvant derrière elle¹⁵⁴⁹. Cette tendance des juges nous semble préoccupante. D'un point de vue causal, elle se justifie grâce à la présomption pesant sur les choses en mouvement. Mais cette présomption, qui joue sur le fait qu'une chose en mouvement et en contact avec la victime a de fortes chances d'avoir causé le dommage, ne doit pas permettre de négliger le fait d'un tiers lorsqu'il a manifestement constitué la cause efficiente du dommage. Dans la jurisprudence précitée, l'escalator, bien qu'en mouvement, a conservé un comportement parfaitement normal. Raisonner, à cet égard, en termes de condition *sine qua non*, supposerait d'imaginer en pensée que l'escalator aurait pu ne pas exister, ce qui n'est pas pertinent. A cet égard, la position de la jurisprudence, certes favorable aux victimes, conduit à se demander si le régime de « responsabilité » du fait des choses n'évolue pas doucement vers un régime de garantie des dommages causés.

Dans une espèce récente¹⁵⁵⁰, la deuxième Chambre civile a été conduite à arbitrer entre les causes d'un accident dans l'hypothèse d'un recours exercé par le conducteur du véhicule déclaré responsable sur le fondement de la loi de 1985. En l'espèce, le tiers¹⁵⁵¹ contre lequel s'exerçait le recours avait laissé son véhicule stationné au bord de la route, empiétant légèrement sur la chaussée, en plein campagne, de nuit, sans signalage ni éclairage. Le requérant affirmait donc que le conducteur responsable de l'accident aurait pu, si le

¹⁵⁴⁶ CA Paris, 25 avril 2000, JCP 2002, II, 10032, note Jacques Delagarde.

¹⁵⁴⁷ Cass civ 2è, 29 mars 2001, Bull. Civ. II n°68 ; RTD civ. 2001 p. 598 obs. Jourdain; D&P 2001, n°2890 obs. F. Chabas.

¹⁵⁴⁸ Cass. 2è civ. 13 mars 2003, D. 2003 IR p. 866.

¹⁵⁴⁹ La Cour a rappelé à cette occasion que « le fait du tiers ne peut exonérer en totalité le gardien de sa responsabilité qu'à la condition d'avoir été à l'égard de celui-ci imprévisible et irrésistible ».

¹⁵⁵⁰ Cass. 2° civ. 21 avril 2005, Lamy droit civil 2005 n°737.

¹⁵⁵¹ En réalité, ce tiers figurait parmi les victimes de l'accident en tant que piéton.

véhicule stationné avait été signalé, freiner et éviter la collision génératrice de l'accident. La causalité semblait donc établie entre le mauvais stationnement et l'accident. Mais cette causalité était toute relative face au comportement du conducteur responsable. En l'occurrence, le conducteur était ivre et conduisait à gauche, à une vitesse manifestement excessive. Certes, si le véhicule stationné ne s'était pas trouvé là, il n'y aurait pas eu d'accident. Mais le véhicule se trouvait stationné en bordure de la voie opposée à celle sur laquelle s'était trouvé le conducteur. En outre, on reprochait moins au défendeur de s'être garé à cet endroit que de n'avoir pas signalé son véhicule. Compte-tenu de l'imprégnation alcoolique du conducteur et de sa vitesse excessive, une signalisation adéquate n'aurait sans doute pas suffi à éviter l'accident. C'est, probablement pour ces motifs, que la Cour de cassation a vu la cause exclusive de l'accident dans le comportement du conducteur, et refusé de retenir une causalité certaine entre le mauvais stationnement et l'accident.

429. Conclusion de la section. La force majeure est conçue comme une cause d'exonération bien qu'elle révèle plutôt, à proprement parler, une *absence de responsabilité*. Les raisons pour lesquelles il ne peut y avoir responsabilité en cas de force majeure sont simples : il ne peut y avoir responsabilité si la réalisation du dommage était *inéluçtable* ; il ne peut y avoir responsabilité si le dommage est survenu de manière si *fortuite* et accidentelle que l'imputer à quelqu'un n'aurait aucun sens. Dans sa mise en œuvre, la force majeure peut prendre plusieurs formes. En premier lieu, la force majeure peut s'apparenter à une situation de *contrainte* insurmontable, qui n'a pas permis au défendeur de respecter son obligation contractuelle ou un devoir général de conduite, ou qui a entraîné la réalisation d'un fait dommageable quelconque. En second lieu, la force majeure constitue une *cause* du dommage qui *absorbe* la totalité de la causalité de ce dernier, à l'exclusion du fait du défendeur. Ces appréhensions de la force majeure relèvent, l'une comme l'autre, de la causalité : d'un côté, l'événement de force majeure a causé le *fait dommageable*, de l'autre il a directement causé le *dommage* dont se plaint la victime. L'argument causal n'est toutefois pas le seul à intervenir dans la qualification de la force majeure. Le comportement du défendeur ou de la victime constitue, indiscutablement, un élément de poids, de même que divers arguments de politique juridique¹⁵⁵².

¹⁵⁵² Après avoir souligné que le choix des critères de qualification doit être dicté par « la nature même de la force majeure », M. Antonmattei ajoute que « parce qu'elle procède d'un sentiment d'équité, la force majeure appelle un jugement du comportement humain qui ne peut s'effectuer que par des critères subjectifs. Il s'agit d'un jugement de valeur : il faut vérifier que le sujet victime de l'événement

430. Conclusion du chapitre. L'étude du rôle de la causalité comme condition de la responsabilité a permis de mettre en évidence le caractère fondamental, dans la mise en œuvre de la responsabilité civile, du *raisonnement contrefactuel* propre à la condition *sine qua non*. L'importance de ce raisonnement affleure surtout dans le cadre des responsabilités sans faute. Il a ainsi une vertu explicative de la notion de *fait de la chose*, qui suppose de pouvoir concevoir un état du monde *plausible* dans lequel une vitre aurait été moins fragile, ou un escalier moins glissant. Il illustre les *limites* de la responsabilité en justifiant pourquoi il ne saurait y avoir responsabilité lorsque les événements étaient *inéluçtables*, de telles sorte qu'aucun scénario contrefactuel alternatif n'est raisonnablement envisageable. Telle est l'hypothèse de la *force majeure*, entendue comme une *contrainte* qui s'est imposée aux parties.

En tant que tel, le raisonnement contrefactuel ne suffit pas à légitimer la responsabilité. Il permet simplement d'affirmer qu'en l'absence d'un fait donné, le dommage ne serait pas produit. Or la responsabilité suppose de pouvoir ajouter à cette explication causale un *jugement d'illicéité* : condamner le gardien de la chose revient, en effet, à estimer que la caractéristique causale de cette chose –en l'absence de laquelle il n'y aurait pas eu de dommage- n'aurait pas dû exister. Il revient donc au juge de peser, dans chaque cas, les arguments permettant de conclure qu'un plot, par exemple, n'aurait pas dû se trouver sur un trottoir.

La *causalité probabiliste*, qui correspond à l'idée de *risque*, peut, par ailleurs, intervenir dans le cadre de l'identification de situations illicites. Non seulement le *comportement* risqué est généralement constitutif d'une faute, pénale ou civile, mais la *situation de risque* peut, en elle-même, être considérée comme un trouble justifiant l'intervention du droit. La probabilité *ex ante* est, en outre, un critère particulièrement adapté pour opérer une sélection entre les conditions nécessaires du dommage, en particulier dans l'identification d'une *cause exclusive*, entendue comme celle qui a particulièrement augmenté la probabilité de dommage. La probabilité est, enfin, sous jacente dans le critère traditionnel du dommage *direct*, défini par les anciens auteurs comme une « suite nécessaire », donc hautement probable. Il ne faut pas confondre, à cet égard, la *probabilité objective* ici employée et la notion de *prévisibilité*, qui correspond à ce que l'agent pouvait raisonnablement prévoir.

perturbateur mérite une modification de la règle. Ainsi, en matière de responsabilité, il mérite l'exonération dès lors que l'on ne saurait blâmer son comportement face à l'événement ». Paul-Henri Antonmattei, « Ouragan sur la force majeure », JCP G 1996, chron. I, 3907.

Enfin, alors que la condition *sine qua non* permet d'établir le lien causal *minimum* pouvant justifier la responsabilité, le critère de la probabilité semble davantage en lien avec *l'attribution de la responsabilité*, qu'il s'agisse de se prononcer sur la faute, la cause exclusive, ou sur l'étendue de la responsabilité. Cependant, la causalité –contrefactuelle ou probabiliste- ne peut jamais exprimer en quoi une situation donnée porte atteinte à une valeur protégée par le droit. A cet égard, l'idée de responsabilité purement causale est une impasse : la causalité permet seulement de dire que les choses auraient *pu* se passer différemment ; or la responsabilité affirme que les choses auraient *dû* se passer autrement.

CHAPITRE II

LA CAUSALITE, CRITERE DE LA REPARATION

431. On pourrait s'étonner de retrouver la causalité au stade des *effets* de la responsabilité, alors qu'on la conçoit habituellement comme conditionnant la responsabilité dans son *principe*. Mais si la causalité conduit à la responsabilité en traçant un lien entre le fait du défendeur et le dommage, son rôle n'est pas moins grand lorsqu'il faut se prononcer sur la réparation mise à la charge du responsable. « Dans le système issu du Code civil, responsabilité et réparation coïncident parfaitement : elles ne vont pas l'une sans l'autre »¹⁵⁵³. Il s'agit en effet de réparer, de rendre pareil (*re-parare*)¹⁵⁵⁴. Rétablir l'équilibre rompu par le tort commis implique de prendre la mesure des conséquences qu'il a engendrées. Si, précédemment, la causalité était recherchée afin de vérifier que le dommage invoqué par la victime découlait bel et bien du fait générateur, l'enquête causale doit être approfondie, au stade de la réparation, afin d'identifier précisément les effets imputables au défendeur¹⁵⁵⁵.

Là réside sans doute l'une des difficultés les plus ardues de la question causale : plus les répercussions s'éloignent du fait dommageable dans le temps et l'espace, plus le lien de causalité semble ténu. Dans l'analyse humienne, la proximité temporelle était déterminante dans l'identification d'un lien causal¹⁵⁵⁶. Mais les causalités prises en compte dans la responsabilité civile n'ont rien à voir avec les liaisons invariables étudiées par Hume. Et les

¹⁵⁵³ Loïc Cadiet, « Sur les faits et méfaits de l'idéologie de la réparation », Mélanges Draï, Dalloz, 2000, p. 495, spéc. p. 497.

¹⁵⁵⁴ L. Cadiet, « Sur les faits et méfaits... », art. préc. spéc. p. 496 note 6.

¹⁵⁵⁵ En anglais, l'expression *to damage*, employé comme verbe, suppose une causalité entre le fait délictueux et ce que la victime a souffert. V° « *Causation in the Law* », *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2001.

¹⁵⁵⁶ V. *supra* n°28.

critères de causalité précédemment évoqués n'excluent pas de retenir une relation causale entre deux faits relativement éloignés l'un de l'autre. En outre, le dommage résulte généralement de plusieurs causes qui se sont combinées pour l'engendrer : plus la cause et l'effet sont éloignés dans le temps ou l'espace, plus ce problème de pluralité des causes est aigu.

Au stade de la réparation, la causalité doit donc remplir à la fois le rôle difficile de déterminer l'étendue de ce qui doit être réparé (section 1) et celui de déterminer comment répartir entre les différentes causes l'effet dommageable identifié (section 2).

Section 1. La causalité, critère d'évaluation de la réparation

432. Le principe de réparation intégrale. L'idée selon laquelle on est responsable de l'entier dommage que l'on a causé tombe sous le sens. Elle se traduit, en droit français, par ce que l'on appelle le principe de réparation intégrale¹⁵⁵⁷. Ce principe traditionnel a conduit, dans le droit contemporain de la responsabilité, à une inflation non négligeable des préjudices réparés et des indemnités allouées¹⁵⁵⁸. Est-ce à dire que l'on cause davantage d'effets aujourd'hui qu'autrefois ? Deux éléments permettent d'expliquer ce phénomène : d'une part, un développement significatif des chefs de préjudice réparables, avec l'admission de la réparation du préjudice moral et du préjudice d'agrément, sous la pression de l'« idéologie de la réparation » ; d'autre part, une complexité et une intrication croissantes des phénomènes humains, physiques, économiques dont il résulte qu'effectivement, chaque fait recèle en lui-même une foule de conséquences que les moyens modernes d'investigation permettent de mettre en évidence.

Au stade de la réparation, le dommage de la victime a déjà fait l'objet d'un examen par le juge. A été vérifié, notamment, si l'effet préjudiciable invoqué constituait bien une suite causalement liée au fait générateur de responsabilité. A cet égard, l'enquête causale prenait pour hypothèse la réalisation du dommage pour en rechercher la ou les causes. En réalité, ce n'est que *provisoirement* que le dommage peut être tenu pour acquis. Car sa détermination même dépend de la causalité, et notamment du *raisonnement contrefactuel* qui lui est inhérent. La reconnaissance d'un dommage suppose à la fois de pouvoir affirmer qu'une autre situation était *possible*, et que cette situation aurait été *préférable*. Dans cette section, nous reprendrons la question de la détermination du dommage réparable (§1) avant d'évoquer le problème spécifique de l'incertitude (§2).

¹⁵⁵⁷ V. Charles Coutant-Lapalus, *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, PUAM, 2002.

¹⁵⁵⁸ Loïc Cadiet, « Les métamorphoses du préjudice », in *Les métamorphoses de la responsabilité*, Journées René Savatier, PUF, coll. Publ. Fac. de droit de Poitiers, t. 32, 1998, p. 37.

§1. Incidence de la causalité sur l'identification du dommage

433. Les principes mêmes d'identification du dommage réparable impliquent de mener un raisonnement causal. A cet égard, déterminer le dommage implique moins de comparer un « avant » et un « après » que de confronter ce qui a été avec ce qui aurait pu être. Après avoir présenté les principes devant guider le raisonnement (A) nous évoquerons l'importance du caractère possible du scénario contrefactuel à élaborer pour la détermination du dommage (B).

A. Principes d'identification du dommage réparable

434. L'objectif de la réparation est simple : il convient de rétablir l'équilibre rompu entre la victime et le responsable. Le juge est donc conduit à identifier précisément le dommage causé par le fait illicite avec pour objectif de placer la victime dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence du tort commis (1). Cet exercice lui impose d'identifier exactement l'étendue des conséquences préjudiciables du dommage (2).

1. L'objectif de la réparation : rétablir l'équilibre

435. « Le propre de la responsabilité civile, écrivait le doyen Savatier, est de rétablir, aussi exactement que possible, l'équilibre détruit par le dommage, en remettant la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle aurait été sans l'acte reproché à celui-ci »¹⁵⁵⁹. Le principe est rappelé et appliqué régulièrement¹⁵⁶⁰. On se trouve, là encore, conduit à mener le raisonnement contrefactuel inhérent à la causalité. Nous aborderons les principes du raisonnement mené (a), avant d'évoquer quelques exemples (b).

a. Le raisonnement contrefactuel de détermination du dommage

436. **Raisonnement contrefactuel et évaluation du dommage.** On affirme souvent que la détermination du dommage conduit à une comparaison entre la situation antérieure et la situation effective au jour du jugement. « Puisqu'il s'agit de replacer la victime dans

¹⁵⁵⁹ R. Savatier, *Traité de la responsabilité civile*, *op. cit.* n°601.

¹⁵⁶⁰ Nombreux sont les arrêts qui le réaffirment. V. Cass. 1^{re} civ. 17 juillet 1996, Bull. civ. I, n°327 : « la fonction de la responsabilité civile est de replacer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit ». Cass 2^e civ. 23 janvier 2003, D&P 2003 n°3288. obs. F. Chabas. Cass. com. 20 mai 2003, n°99-20.169.

l'état où elle se trouvait avant la survenance du dommage, l'indemnité a pour mesure le préjudice subi »¹⁵⁶¹. Pourtant, le principe implique moins de comparer un « avant » à un « après » que d'évaluer la situation réelle de la victime par rapport à ce qu'elle aurait dû être dans un état du monde où le fait illicite ne se serait pas produit¹⁵⁶². La réparation doit, en effet, mettre la victime dans la situation qui serait la sienne si le fait dommageable n'était pas intervenu¹⁵⁶³. Alors que la première démarche conduit à examiner deux états du monde réels à deux moments différents, la seconde implique de confronter une situation effective à une situation purement hypothétique. Le dommage résulte donc de la comparaison entre la situation finale, dommageable, de la victime, avec une situation contrefactuelle dans laquelle l'acte incriminé ne se serait pas réalisé¹⁵⁶⁴. Dans le droit du délit ou du quasi-délit, cela revient généralement à supprimer en pensée le fait générateur illicite, voire de le remplacer par un fait licite¹⁵⁶⁵. En matière de contrat, on tentera de se représenter ce qu'aurait été le cours des événements si le contrat avait été régulièrement exécuté¹⁵⁶⁶.

Au stade de la réparation, il faut donc approfondir le raisonnement contrefactuel et construire un scénario hypothétique permettant d'établir en quoi, et dans quelle mesure, la situation de la victime aurait pu être préférable. Il faut, d'une part, pouvoir dire en quoi le cours des choses aurait été *autre* en l'absence du fait incriminé. Il faut, d'autre part, évaluer en quoi la différence est *préjudiciable*.¹⁵⁶⁷. Ce faisant, l'évaluation du dommage suit la distinction traditionnellement opérée entre intérêt positif et intérêt négatif.

¹⁵⁶¹ Ph. le Tourneau, *op. cit.* n°2523. L'auteur indique toutefois plus loin que le but de la réparation est de « rétablir l'équilibre détruit par le dommage, de faire en sorte que la victime se retrouve dans la même situation que si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu », *ibid.* n°2525.

¹⁵⁶² *Comp.* Viney et Jourdain, *op. cit.* n° 249 : « les tribunaux comparent la situation actuelle (de la victime) non pas à la situation antérieure au fait dommageable, mais à celle qui aurait vraisemblablement existé si ce fait ne s'était pas produit ». « Il s'agit donc de rétablir le cours normal des choses ». Ph. Stoffel-Munck, note sous Cass. soc. 18 novembre 2003, RDC 2004 p. 657.

¹⁵⁶³ « Le préjudice représente ce différentiel à combler entre ce qui aurait dû être et ce qui a été », Ph. Stoffel-Munck, note sous Cass. soc. 18 novembre 2003, RDC 2004 p. 657. L'auteur relève que la méthodologie d'un tel calcul reste en grande partie dans l'ombre.

¹⁵⁶⁴ V. *supra* n°160 et s.

¹⁵⁶⁵ Le cas de l'omission suppose d'imaginer que se serait réalisé l'acte positif correspondant.

¹⁵⁶⁶ La démarche revient à isoler l'intérêt positif. V. M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n°216 p. 580-582.

¹⁵⁶⁷ Le juge doit avoir la « certitude que le demandeur se serait trouvé dans une situation *meilleure* si le défendeur n'avait pas accompli l'acte qui lui est reproché ». H. et L. Mazeaud, A. Tunc, *Traité théorique et pratique ...*, tome 1, *op. cit.* n°216.

437. Intérêt positif, intérêt négatif. On présente souvent les modalités de la réparation en évoquant les types d'intérêts compensés par l'octroi de dommages-intérêts. En matière contractuelle¹⁵⁶⁸, on oppose traditionnellement l'indemnisation de *l'intérêt positif* à celle de *l'intérêt négatif*. Réparer l'intérêt positif –qui correspond à l'intérêt du créancier à l'exécution du contrat- consiste « à placer le cocontractant dans la même situation patrimoniale que celle où il se serait trouvé si l'obligation avait été complètement et ponctuellement exécutée »¹⁵⁶⁹. Autrement dit, il faut fournir au créancier l'équivalent de tout ce qu'il aurait eu en cas d'exécution du contrat¹⁵⁷⁰. Dans cette optique, le préjudice correspond à la différence entre la situation effective du patrimoine du créancier et celle qu'elle aurait été si le contrat avait été correctement exécuté¹⁵⁷¹. A cet égard, cette différence ne correspondra pas nécessairement à la valeur de la chose promise. Il faudra tenir compte de toute diminution de l'actif ou augmentation du passif qui n'aurait pas eu lieu si le contrat avait été correctement exécuté. L'élément de comparaison n'est pas l'état du patrimoine *avant* l'opération contractuelle, mais ce qu'il aurait été si le contrat avait été exécuté. A cet égard, la distinction de la perte subie et du gain manqué n'est pas indispensable : il faut surtout être en mesure d'imaginer les conséquences qu'aurait eu l'exécution du contrat sur le patrimoine du créancier. Si l'inexécution n'est pas dolosive, le raisonnement est, en outre, limité par la condition de prévisibilité : les conséquences positives considérées devaient *a priori* pouvoir être envisagées par les cocontractants lors de la conclusion du contrat. En cas de dol ou de faute lourde, le raisonnement n'est pas aussi strictement encadré : on évalue *a posteriori* les effets positifs qu'aurait pu avoir le contrat sur la situation du créancier lésé sans se demander si ces derniers étaient prévisibles.

Quant à l'intérêt dit « négatif », il vise moins à compenser l'inexécution du contrat que sa conclusion. Il consiste à « réparer le dommage découlant de la confiance vainement placée

¹⁵⁶⁸ V. la présentation de Y.-M. Laithier, thèse préc. n°106 et s.

¹⁵⁶⁹ Y.-M. Laithier, thèse préc. n°110 et les réf. citées note 429.

¹⁵⁷⁰ Les *common lawyers* parlent d'« *expectation interest* ». A cet égard, lorsque le contrat n'a reçu aucun commencement d'exécution, le créancier ne dispose que d'un espoir. Il faudrait donc admettre qu'à ce stade l'inexécution contractuelle ne l'appauvrit pas et ne justifie pas de le placer dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté. V. Y.-M. Laithier, thèse préc. n°112.

¹⁵⁷¹ On remarquera, à cet égard, que « Fuller et ses fidèles estiment que la règle qui consiste à placer le créancier dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté n'est pas la suite nécessaire du principe de réparation intégrale, comme on le pense habituellement mais une règle « extrême », « quasiment punitive », Y.-M. Laithier, thèse préc. n°133.

par le créancier dans un contrat resté sans suite, soit parce que le contrat est annulé, soit parce que le débiteur est défaillant »¹⁵⁷². Il s'agit de placer le créancier dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat n'avait jamais été conclu : tel est l'élément de référence auquel comparer la situation finale du créancier afin de déterminer la perte subie et le gain manqué. Dans cette optique, la perte subie correspondra notamment aux frais engagés en raison du contrat, et le gain manqué lié à la chance perdue de conclure le même contrat avec un autre partenaire. Les juristes français estiment en général que l'indemnisation de l'intérêt négatif sanctionne une difficulté survenue dans la formation du contrat, telle l'hypothèse d'un contrat nul ou d'une rupture des négociations contractuelles¹⁵⁷³. Quoiqu'il en soit, en ce qu'elle suppose de supprimer en pensée la survenance d'un événement, la réparation de l'intérêt négatif se rapproche de l'indemnisation du dommage délictuel. Il faut comparer la situation effective de la victime et ce qu'elle aurait été en l'absence de fait dommageable.

438. La comparaison entre le scénario hypothétique et le scénario effectif La difficulté de l'évaluation de la situation hypothétique tient au fait que la situation de la victime aurait probablement évolué, dans un sens ou dans un autre, en l'absence du fait illicite. Bien entendu, il pourra arriver que ce qu'aurait été la situation de la victime corresponde à sa situation antérieure. Si la victime est restée lourdement handicapée à la suite d'un accident de la circulation, le dommage est aisé à identifier : la situation antérieure et la situation hypothétique coïncident, l'établissement du dommage correspond bel et bien à une comparaison entre un « avant » et un « après ». Mais la réalité est mouvante, elle peut toujours évoluer, de manière positive ou négative. Il faut tenir compte du fait que la situation de la victime pouvait changer, favorablement ou non, en l'absence du fait dommageable. A cet égard, la situation hypothétique de la victime, selon le cours normal et probable des choses, peut se révéler meilleure, ou pire, que la situation antérieure au dommage. Prenons l'exemple d'une entreprise qui -victime de l'inexécution par un fournisseur de son obligation de livraison de matières premières- est conduite à déposer son bilan. Le raisonnement contrefactuel doit ici établir ce qu'aurait été la situation financière de l'entreprise en cas d'exécution correcte du contrat. Selon les circonstances, on pourra conclure que l'entreprise aurait été inexorablement conduite à la cessation des paiements ou

¹⁵⁷² Y.-M. Laithier, thèse préc. n°119.

¹⁵⁷³ Y.-M. Laithier, thèse préc. n°131.

qu'elle aurait pu conserver une certaine santé financière, fût-elle précaire¹⁵⁷⁴. Le raisonnement ne concerne pas seulement la causalité, mais aussi la consistance du dommage. Si un médecin omet d'avertir son patient du risque lié à une opération et que ce dernier voit le risque se réaliser, il n'y a pas de dommage s'il est avéré que la situation du patient aurait été pire en cas de refus de l'opération. Le problème est le même lorsqu'il est probable qu'en l'absence de faute d'un médecin, l'état du malade aurait été sensiblement identique.

Par exemple, dans une espèce tranchée le 4 novembre 2003¹⁵⁷⁵, un chirurgien avait commis des fautes évidentes qui avaient conduit la Cour d'appel à le condamner à réparer les séquelles dont le patient restait atteint. Mais l'expert avait noté que, même correctement traitée (notamment plus précocement), l'affection dont le patient souffrait aurait pu laisser des séquelles importantes. La Cour de cassation a censuré ici les juges du fond d'avoir indemnisé la totalité des séquelles subies par le patient au lieu d'une fraction d'entre elles. Effectivement, le scénario hypothétique devait prendre en considération l'évolution du patient en l'absence de faute du médecin. S'il était possible que des séquelles subsistent, il fallait tenir compte de cette éventualité dans l'appréciation du préjudice. La difficulté tenait au fait qu'on ne pouvait aboutir à aucune certitude quant à l'apparition de ces séquelles. L'appréciation du préjudice devait donc aussi le prendre en compte, en opérant un raisonnement sur la probabilité de séquelles durables en l'absence de faute du médecin¹⁵⁷⁶.

Le problème devient redoutable dans le contexte économique. Lorsque LVMH accuse Morgan Stanley d'avoir nui à l'évolution de son cours de bourse¹⁵⁷⁷, n'est-il pas possible de soutenir que l'évolution des marchés n'aurait probablement pas conduit à une autre situation ? De même, lorsqu'il est reproché à une banque ou une société mère d'avoir soutenu abusivement une entreprise en situation désespérée, le défendeur ne peut-il

¹⁵⁷⁴ Pour l'admission d'un lien de causalité avec une cessation des paiements, v. Cass. com. 10 mai 2000, RJDA, 2000 n°853.

¹⁵⁷⁵ Cass. 1^{ère} civ. 4 novembre 2003, D. 2004 somm. p. 601, obs. J. Penneau.

¹⁵⁷⁶ Pour M. Penneau, qui commente l'arrêt, cette incertitude sur les causes véritables des séquelles aurait dû conduire au rejet de la demande en raison d'une causalité trop hypothétique. Effectivement, il ne paraissait pas certain que les séquelles subies par la victime ne seraient pas apparues en l'absence de faute du praticien. Mais on pouvait tenir compte ici de la probabilité qu'elles n'apparaissent pas, chances sinon écartées, du moins réduites par les fautes du chirurgien.

¹⁵⁷⁷ *Morgan Stanley c. LVMH* Tribunal de Commerce de Paris, 12 janvier 2004. V. Alain Pietrancosta, « L'affaire Morgan Stanley/LVMH, Banque d'investissement et analyse financière », Revue de droit bancaire et financier 2004 Analyse p. 131.

répliquer que les pertes subies par les créanciers aurait été identiques si le dépôt de bilan était intervenu plus tôt¹⁵⁷⁸ ? Ces arguments, qui concernent au premier chef la causalité, ont également des répercussions sur la détermination du dommage. Ils justifient que l'on soit parfois conduit à ne tenir compte que de probabilités.

b. Exemples de détermination du dommage réparable

439. L'exemple de la rupture abusive des pourparlers¹⁵⁷⁹. Un exemple significatif du raisonnement hypothétique mené dans l'identification du préjudice réparable est celui de la jurisprudence relative à la rupture abusive des pourparlers précontractuels. Un arrêt abondamment commenté de la Chambre commerciale en date du 26 novembre 2003¹⁵⁸⁰ a limité l'indemnisation de la victime d'une rupture abusive aux frais et études préalables occasionnés par la négociation en refusant toute réparation relative aux gains escomptés de la conclusion du contrat, fût-ce sur la base de la perte d'une chance. En l'occurrence, le fait générateur de responsabilité était identifié d'emblée : les pourparlers précontractuels étant régis par un principe de liberté, la faute ne résultait pas du fait de rompre mais des *circonstances* dans lesquelles était intervenu l'exercice du droit de rupture. Quant au préjudice, la Cour de cassation exclut tout gain manqué en estimant que la faute commise ne constituait pas « la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat. » En l'occurrence, l'interlocuteur fautif avait continué à entretenir la croyance de son partenaire en une issue heureuse, alors même qu'une promesse de cession avait été signée avec un tiers. La faute était constituée par cette hypocrisie. Evaluer le dommage revenait donc logiquement à s'interroger sur la situation qui aurait été celle de la victime si son interlocuteur avait été

¹⁵⁷⁸ Cass. com. 25 mars 2003, JCP G 2004, II, 10164, note H. Croze.

¹⁵⁷⁹ Olivier Deshayes, « Le dommage précontractuel », RTD com. 2004, p.187.

¹⁵⁸⁰ Cass. Com. 26 novembre 2003, JCP E 2004 738 note Ph. Stoffel-Munck ; D. Aff. 2004 jur. p. 869, note A.-S. Dupré-Dallemagne, RDC 2004 p. 257 note D. Mazeaud. En l'espèce, la société Alain Manoukian envisageait l'acquisition d'une société anonyme. Les pourparlers avec les actionnaires, qui avaient duré plusieurs mois, étaient bien engagés et avaient donné lieu à la rédaction d'un « accord final » de cession. Les actionnaires firent traîner sa signature en invoquant l'indisponibilité de leur expert-comptable, tout en négociant, parallèlement avec un tiers à qui ils donnèrent la préférence. L'avancement des négociations et le caractère soudain de la rupture permirent aisément aux juges du fond de caractériser la faute.

loyal.

Là se profilait la difficulté d'élaborer un raisonnement hypothétique crédible. En supposant un interlocuteur loyal, en effet, deux possibilités de scénario alternatifs semblaient envisageables : soit imaginer que l'interlocuteur loyal aurait informé honnêtement son partenaire de ses démarches et *rompu les pourparlers en temps et en heure* ; soit estimer que, compte-tenu de l'avancement des pourparlers et de la rédaction du projet de cession, un interlocuteur loyal aurait nécessairement *conclu le contrat* prévu. De fait, le scénario hypothétique retenu par la Cour dans la détermination du dommage ne fut pas celui de la conclusion du contrat mais l'hypothèse d'une rupture de bonne foi. Le préjudice devait donc être déterminé par référence à cette dernière hypothèse : il fallait placer la victime dans la situation qui aurait été la sienne si elle avait eu affaire à une rupture loyale, ce qui aboutissait logiquement à l'indemnisation des frais occasionnés par la négociation et à l'exclusion des gains escomptés du contrat. La chose s'explique aisément par les faits de l'espèce¹⁵⁸¹ : en l'occurrence, les actionnaires fautifs n'avaient manifestement plus -s'ils l'avaient jamais eue- l'intention de réaliser la cession depuis un bon moment¹⁵⁸².

La réflexion pourrait s'arrêter là : il reviendrait à la Cour de déterminer, dans chaque espèce, le scénario hypothétique le plus plausible et adéquat afin d'identifier le préjudice. Mais cette conclusion est à concilier avec l'attendu de la Cour, qui semble formuler un principe selon lequel la rupture fautive de pourparlers ne pourrait *jamais* être la cause du gain manqué. Il faudrait donc admettre que la Cour a ici entendu consacrer, sur cette question, le principe de l'exclusion de la réparation du gain manqué au profit de l'indemnisation de « l'intérêt négatif » défini comme « l'intérêt qu'aurait eu la victime à ne pas s'engager dans le processus dommageable »¹⁵⁸³. L'exclusion du gain manqué est justifiée par le fait que l'indemniser en retenant, comme scénario hypothétique, la conclusion du contrat reviendrait à donner « indirectement (...) effet à un contrat qui n'a

¹⁵⁸¹ Certains auteurs insistent sur l'argument tiré des chances très restreintes qu'aurait eu la victime de conclure le contrat dans l'hypothèse d'un comportement loyal des défendeurs, indépendamment de tout argument de principe quant à la liberté de rompre. Telle est la position de M. Mestre qui estime que la victime ne peut se prévaloir de la conclusion du contrat lorsque celle-ci est « par trop hypothétique », le juge recherchant en l'espèce si « la passation du contrat était ou non vraisemblable lorsqu'elle a été rendue impossible par l'effet d'un tiers ». J. Mestre, RTD civ. 1988 p. 108.

¹⁵⁸² « Lors même que le contrat aurait été conclu, l'obtention des gains prévisionnels eût de toute façon été aléatoire, car rien ne dit que le contrat se serait exécuté sans heurts jusqu'à son terme », Ph. Stoffel-Munck, note préc.

¹⁵⁸³ Ph. Stoffel-Munck, note préc.

pas été conclu »¹⁵⁸⁴. L'argument est discutable pour toutes les hypothèses où les pourparlers étaient tellement avancés qu'une conduite correcte aurait nécessairement consisté en la conclusion du contrat. Et, de fait, certaines décisions ont admis la réparation -pour perte d'une chance- lorsque les négociations étaient tellement avancées qu'elles permettaient de penser qu'une attitude loyale aurait conduit à la conclusion du contrat¹⁵⁸⁵. Quant à la mobilisation de la notion d'intérêt négatif, est-elle, en l'occurrence, vraiment justifiée ? On peut contester qu'il s'agisse ici de remettre les choses dans le même état que si le contrat n'avait jamais été proposé. Vouloir placer les demandeurs dans la situation qui aurait été la leur si le contrat n'avait pas été proposé reviendrait à voir un délit dans la proposition de contrat. Or la faute réside dans le *caractère abusif de la rupture*. Dès lors, c'est cet abus qu'il faut supprimer en pensée pour pouvoir envisager le préjudice et la causalité¹⁵⁸⁶. Logiquement, il faut ici postuler que les pourparlers ont eu lieu, que le contrat a été proposé et que les cédants se sont dégagés loyalement des pourparlers en informant sincèrement leur interlocuteur en temps utile¹⁵⁸⁷. En l'espèce, il est cohérent que la Cour de cassation ait exclu, comme les juges d'appel, toute réparation au profit de la victime pour les gains qu'elle pouvait espérer tirer de l'exploitation du fonds de commerce, tout en acceptant d'indemniser les frais occasionnés par la négociation et les études préalables. Mais il nous semble excessif de voir dans cette décision un *principe général* selon lequel le gain manqué ne saurait constituer un préjudice réparable en une telle matière¹⁵⁸⁸.

¹⁵⁸⁴ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois 2004, n°464. « La perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat ne serait indemnisée qu'en présence d'un accord « ferme et définitif ». *A contrario*, pendant la période des pourparlers, ce préjudice ne saurait être indemnisé faute de véritable chance perdue » A. S. Dupré-Dallemane, *note préc.*

¹⁵⁸⁵ CA Paris 10 mars 2000, JCP G 2001 II 10470 note Violet. Dans une telle hypothèse, il ne nous paraît d'ailleurs pas gênant de cumuler l'indemnisation pour perte d'une chance de conclure le contrat avec le défendeur et la perte d'une chance de conclure avec un tiers. Il ne s'agit pas, en effet, de « placer simultanément la victime de la rupture dans deux situations incompatibles » (O. Deshayes, art. préc. n°13) puisque ces indemnisations sont affectées de *probabilités*. On peut estimer, par exemple, qu'au stade où est intervenu la rupture, la victime avait 75% de chances de conclure avec le défendeur, et 25% de chances de trouver un autre partenaire.

¹⁵⁸⁶ « Dès lors, le propre de la responsabilité civile étant de remettre les parties dans l'état qui aurait été le leur si la faute n'avait pas été commise, il faudra mesurer la sanction à ce qui se serait passé si le comportement de l'auteur de la rupture avait été loyal, c'est-à-dire s'il n'avait pas été hypocrite. » De fait, « si les cédants avaient loyalement prévenu leur vis-à-vis, ce dernier n'aurait pas engagé un certain nombre de frais pour établir les actes, aurait évité certaines démarches, aurait peut-être contracté avec un tiers ». Ph. Stoffel-Munck, *note préc.* p. 821.

¹⁵⁸⁷ La chambre commerciale relève que la faute commise n'est pas « la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat. »

¹⁵⁸⁸ *Contra* D. Mazeaud, *note préc.*

440. Le cas de l'obligation d'information. Le raisonnement hypothétique mené en matière de sanction de l'obligation d'information est particulièrement intéressant. En effet, réparer le dommage causé par l'abstention d'informer suppose de retracer ce qui se serait produit si la victime avait obtenu l'information due. La démarche conduit donc à émettre des suppositions sur le cours qu'auraient pris les événements, à commencer par le comportement de l'intéressé. La chose est délicate. En matière médicale, l'invocation de la violation de l'obligation d'information a largement été utilisée, ces dernières années, pour pallier l'impossibilité d'indemniser les conséquences de l'aléa thérapeutique au moyen de la responsabilité¹⁵⁸⁹. Cette tendance s'est accentuée à partir du moment où la charge de la preuve de l'exécution de l'obligation a reposé sur le praticien¹⁵⁹⁰, l'obligation concernant désormais tous les risques, même exceptionnels¹⁵⁹¹.

En principe, il convient d'établir ce qui se serait passé si la victime avait reçu l'information : aurait-elle ou non accepté l'intervention ? Il faut déterminer en quoi la situation de la victime dûment informée aurait été meilleure¹⁵⁹². Si l'intervention -donc la réalisation du risque- était nécessaire, alors la victime n'est pas fondée à se plaindre¹⁵⁹³. Dans une décision du 13 novembre 2002¹⁵⁹⁴, la Cour de cassation a logiquement refusé d'indemniser la victime dès lors qu'il semblait acquis que l'acte médical était nécessaire et que le patient n'apportait pas la preuve qu'il aurait refusé de s'y soumettre s'il avait été correctement informé. Mais s'il s'avère que la victime aurait probablement refusé l'intervention médicale, il suffit de comparer son état final avec l'état dans lequel elle se serait trouvée en l'absence d'intervention. Si la situation du patient aurait été pire en l'absence d'intervention médicale, on ne peut admettre qu'il existe un dommage

¹⁵⁸⁹ On sait en effet, notamment depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 8 novembre 2001, que les conséquences de l'aléa thérapeutique ne peuvent être imputées au médecin. Cass. 2^e civ. 8 novembre 2001, D. 2001 somm. comm. 2236 obs. D. Mazeaud, JCP 2001 10493 obs. F. Chabas, RTDCiv. 2001 p. 154 obs. P. Jourdain.

¹⁵⁹⁰ Cass. 1^{re} civ. 25 février 1997, JCP 1997 I 4025 obs. G. Viney ; RTD civ. 1997 p. 434 obs. P. Jourdain.

¹⁵⁹¹ Cass. 1^{re} civ. 7 octobre 1998, D. 1999 p. 145 note S. Porchy et somm. comm. p. 259 obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 1998 p. 111 obs. P. Jourdain. CE 5 janvier 2000, JCP G 2000, II, 10271 note J. Moreau. CE 17 mai 2000, JCP G 2001, II, 10462, note E. Savatier.

¹⁵⁹² V. sur cette évolution F. Chabas, « L'obligation médicale d'information en danger », JCP G 2000, I, 212.

¹⁵⁹³ Bien qu'on puisse ici souligner l'existence d'un dommage moral résultant du fait de n'avoir pas connu par avance l'éventualité qui s'est réalisée.

¹⁵⁹⁴ Cass. 1^{re} civ. 13 novembre 2002, RTD civ. 2003 p. 98 obs. P. Jourdain, RDC 2003 p. 47 obs. D. Mazeaud.

réparable¹⁵⁹⁵. Par exemple, dans un arrêt récent, un patient, qui avait fait l'objet d'une opération du genou, se plaignait de la réalisation d'un risque dont il n'avait pas été informé. Sa demande fut rejetée. Le juge estima, en effet, que l'opération du patient, malgré la réalisation du risque, l'avait placé dans une situation plus enviable que celle qui aurait été la sienne en l'absence d'intervention. La réparation n'est finalement possible que si l'on établit que la victime, en refusant l'intervention, se serait trouvée dans une situation meilleure¹⁵⁹⁶. Cette jurisprudence concerne donc toutes les hypothèses où le risque couru du fait du soin est plus grave que l'affection ayant conduit le patient à se soigner : de tels cas sont fréquents, les risques graves étant souvent exceptionnels.

La jurisprudence relative à l'obligation d'information en matière médicale semble destinée à se tarir en raison de l'entrée en vigueur de la Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 qui règle la question de l'indemnisation de l'aléa thérapeutique. Sans doute peut-on penser qu'on se bornera à l'avenir à indemniser le patient du fait du préjudice moral « d'impréparation » résultant du fait de n'avoir pas été informé du risque couru. Quoi qu'il en soit, le principe demeure pour toutes les hypothèses de manquement à une obligation d'information ou de conseil¹⁵⁹⁷, contractuelle ou non, telles l'information de la caution ou de l'assureur¹⁵⁹⁸. La difficulté d'établir ce qu'aurait pu être le comportement du bénéficiaire s'il avait été réellement informé conduit fréquemment à n'indemniser que de la perte d'une chance d'éviter le dommage¹⁵⁹⁹.

2. Le problème de l'étendue du dommage réparable

441. Si le dommage réparable s'évalue par comparaison de la situation réelle de la victime avec celle qui aurait été la sienne en l'absence de fait illicite, la détermination de la réparation se complique dans les circonstances dans lesquelles il se révèle difficile

¹⁵⁹⁵ V. pour un refus d'indemnisation concernant une opération vitale, CE 15 janvier 2001, D. 2001 jur. p. 2924, note D. Dendocker. Cass. 1^{re} civ. 4 février 2004, Bull. civ. I n°40. Cass. 1^{re} civ. 20 juin 2000, Bull. civ. I n°193 ; D. 2000 somm. p. 471 obs. P. Jourdain

¹⁵⁹⁶ Bien entendu, le dommage ainsi défini sera le plus souvent pondéré en fonction de la probabilité de refus du soin par la victime. On n'indemniserait donc que pour la perte d'une chance d'échapper au risque qui s'est réalisé.

¹⁵⁹⁷ V. Marius Tchendjou, « L'alourdissement du devoir d'information et de conseil du professionnel », JCP G 2003, I, 141.

¹⁵⁹⁸ Voir par exemple, concernant l'inobservation de son obligation de renseignement de l'assureur dans un contrat d'assurance-vie, TGI Lyon, 1^{er} juillet 2002, JCP G 2002, II, 10063, note L. Gimalac et J.-M. Portal.

¹⁵⁹⁹ V. *infra* n°454 et s.

d'évaluer ce qu'aurait pu être la situation de la victime, voire d'opérer la comparaison entre les deux types de situation. Si le principe peut paraître simple, l'opération est, en réalité, particulièrement complexe lorsqu'il faut prendre en considération toutes les caractéristiques particulières à la victime. D'abord, tenir compte de la situation préexistante de la victime peut compliquer le raisonnement (a). Ensuite, il convient d'envisager, en sus de la situation préexistante de la victime, ce qu'aurait été son évolution future (b). Enfin, déterminer les suites causées par le fait illicite peut s'avérer particulièrement délicat (c).

a. L'incidence de la situation préexistante de la victime.

442. Comparer la situation effective de la victime avec ce qu'elle aurait été en l'absence de fait générateur suppose de se fonder sur la situation réelle de la victime *au moment où le juge statue*. Il faut ensuite se demander ce qu'aurait été cette situation en l'absence de fait dommageable. Cela signifie que les circonstances *préexistantes* au dommage font partie du *point de départ* du raisonnement. Une règle évocatrice du *Common Law* dit que le responsable « *takes the plaintiff as he finds him* ». Cependant, dans certains cas, l'esprit est conduit à vouloir imputer l'origine du dommage à la situation préexistante de la victime plutôt qu'au fait du défendeur. On dira : si la société A n'avait pas été dans une situation financière délicate au moment où son client B a omis de la payer, elle ne se serait pas trouvée en cessation des paiements. Un tel argument ne paraît acceptable que si l'on pouvait raisonnablement escompter, de la part d'une société ayant ses particularités, une meilleure santé financière. La question se rapproche du problème de la faute de la victime¹⁶⁰⁰. De fait, les circonstances permettent rarement d'attribuer la totalité de la causalité du dommage à la situation préexistante. On ne peut pas être certain que la société A aurait évité le dépôt de bilan si la société B l'avait payée : en effet, un autre client aurait tout aussi bien pu ne pas honorer sa dette, la conduisant à la cessation des paiements. Dans ce genre d'hypothèse, la situation préexistante de la victime conduit surtout à rendre le lien de causalité moins probable¹⁶⁰¹. En réalité, elle a surtout une incidence sur le préjudice réparable.

¹⁶⁰⁰ V. *infra* n°481 et s.

¹⁶⁰¹ Nous étudierons ce cas de figure avec la question de la répercussion sur le dommage de l'incertitude causale V. *infra* n°454 et s.

443. Le cas de l'infirmité préexistante. Supposons qu'une victime est d'abord blessée par A puis par B, de telle façon que si l'acte de B n'avait pas suivi le premier dommage, il aurait produit des conséquences beaucoup moins importantes, voire aucune conséquence¹⁶⁰². Dans une affaire française célèbre, un borgne était devenu aveugle à la suite d'un nouvel accident¹⁶⁰³. Comme l'indemnisation doit, en principe, être opérée pour la seule aggravation imputable à l'accident, il n'aurait fallu indemniser la victime que pour le préjudice résultant de la perte d'un œil. Or la victime n'avait pas seulement perdu un œil, mais elle était devenue *aveugle*. L'exemple montre à nouveau l'intérêt de raisonner en termes contrefactuels. Il ne s'agit pas ici d'évaluer le préjudice *en général*, par rapport à une personne normale, mais de comparer la situation *effective* de la victime avec sa situation *hypothétique* en l'absence de fait dommageable. En l'absence d'accident, le borgne aurait pu voir d'un œil, alors qu'après l'accident, il était devenu totalement aveugle. Cela justifiait d'indemniser la cécité, ce que fit le juge. On objectera que la cécité est moins grave pour un borgne que pour quelqu'un qui voit des deux yeux. Mais cet argument est négligeable. La victime avait perdu la vue du fait de l'accident, alors qu'elle l'aurait conservée en son absence. Ce cas de figure ne remet pas en cause le principe général selon lequel on indemnise seulement l'*aggravation* de la situation de la victime générée par l'accident¹⁶⁰⁴.

b. L'évolution ultérieure de la victime

¹⁶⁰² On peut rapprocher de ce genre d'hypothèse une difficulté propre au droit des accidents de la circulation : celui des chocs successifs. Antérieurement, la Cour de cassation analysait ces faits séparément en identifiant une série d'accidents simples : chaque préjudice invoqué était imputé à un accident simple pour lequel jouait l'assurance du conducteur concerné (Cass. 2^e civ. 28 juin 1989 JCP G 1990 II n°21508 note J.-C. Montanier). Ainsi, dans les accidents mortels, les conducteurs impliqués dans des chocs postérieurs pouvaient échapper à toute responsabilité en établissant que la victime était déjà décédée lorsqu'ils l'avaient heurtée, ce qui revenait à prouver qu'ils n'étaient pas la cause du décès. Cela obligeait la victime à prouver la causalité entre le dommage et le fait de ces conducteurs. Mais la jurisprudence a consacré dorénavant la notion d'*accident complexe* englobant tous les événements survenus à propos d'un accident donné (Cass. 2^e civ. 24 juin 1998 JCP 1998 I p. 2216 obs. G. Viney. RTD civ. 1998 p. 922-924 obs. Jourdain. Cass. 2^e civ. 11 juillet 2002; RCA 2002 comm. n°331). « Pour qu'il y ait accident unique, il faut que chacun d'eux ait joué un rôle dans le déroulement de l'accident considéré globalement. Cela suppose un enchaînement causal entre ces événements, de telle sorte que chaque événement, hormis le tout premier, trouve son explication dans les autres », P. Jourdain D. 2005 pan. p. 192 obs. relatives à Cass. 2^e civ. 13 mai 2004, Bull. civ. II, n°224.

¹⁶⁰³ Cass. 2^e civ. 19 juillet 1966, D. 1966, 598 note M. le Roy. Une affaire similaire a été tranchée plus récemment, v. Cass. 1^{re} civ. 28 octobre 1997, RTD civ. 1998 p. 123 obs. Jourdain. D. 1998 IR 6.

¹⁶⁰⁴ Cass. Ass. plén. 27 novembre 1970, D. 1971, p. 181, concl. Lindon ; RTD civ. 1971 p. 657 obs. G. Durry.

444. La comparaison de la situation réelle de la victime et de sa situation hypothétique en l'absence d'accident, conduit inévitablement à tenir compte de l'évolution future. Supposons qu'une personne reste lourdement handicapée après un accident. Sa situation effective est le handicap : pour le futur, cela implique l'assistance d'un tiers à vie, de multiples privations, et, probablement, une espérance de vie réduite. Sa situation hypothétique, s'il n'y avait pas eu d'accident, aurait été la suivante : liberté d'aller et venir, loisirs, et espérance de vie normale. Le raisonnement se complique toutefois si l'on apprend que la victime est porteuse d'un gène particulier qui a pour conséquences une espérance de vie réduite : en toute rigueur, il ne faudrait pas retenir la réduction de l'espérance de vie comme chef de préjudice. Deux cas de figure doivent être distingués en matière d'événements pouvant influencer l'avenir de la victime : d'un côté, la présence d'une circonstance propre à provoquer le dommage, ou un dommage analogue ; d'un autre côté, l'éventualité d'événements futurs de nature à réduire le dommage.

445. Circonstance postérieure de nature à engendrer le dommage. Cette question difficile rejoint celle, déjà évoquée, de la présence d'une cause alternative¹⁶⁰⁵. S'il est avéré qu'en l'absence du tort commis, la victime aurait tout de même subi son dommage, admettre une causalité devient délicat. Par exemple, une victime décède d'un choc anesthésique durant une opération, mais elle était, de toutes les façons, atteinte d'une affection mortelle. Une telle hypothèse peut conduire à nier la causalité. En pratique, on répercute surtout cette circonstance sur l'évaluation du dommage réparable, car on part du principe que la situation de la victime aurait, de toutes les façons, été différente et meilleure en l'absence de faute.

En droit français, l'évaluation du dommage tient compte de *l'avenir de la victime* mais seulement dans une certaine mesure. Si un piéton est tué dans un accident automobile alors qu'il souffrait déjà d'un cancer très avancé, cette circonstance n'entraînera ni négation de la causalité, ni réduction de la réparation : on accordera une indemnisation en fonction de l'espérance de vie normale d'un homme du même âge. Autrement dit, on ne tient pas compte des circonstances particulières à la victime, par exemple le fait qu'elle était atteinte d'une maladie mortelle. En revanche, les éléments communs à l'ensemble de la population, par exemple l'espérance de vie générale, sont pris en considération : le fait d'être défiguré

¹⁶⁰⁵ V. *supra* n°176.

est plus grave pour un enfant que pour un vieillard¹⁶⁰⁶. De même, la canicule de l'été 2003 a été considérée comme ayant causé 15000 décès, indépendamment du fait que les personnes concernées seraient sans doute mortes dans l'année qui suivait. S'il y avait eu procès, on aurait indemnisé les familles des victimes en tenant compte de l'espérance générale de vie de la victime, sans se concentrer sur les circonstances particulières à cette dernière. Le principe est que les circonstances postérieures au fait dommageable ayant une incidence sur l'ampleur du dommage ne sont prises en compte, pour son évaluation, que si elles en sont une conséquence directe et nécessaire.

En *Common Law*, on a parfois tenu compte d'une cause alternative postérieure au dommage, dès lors qu'on était *sûr* qu'elle allait survenir¹⁶⁰⁷. Dans une espèce américaine, un enfant était tombé d'un pont et, au lieu de s'écraser sur les rochers en contrebas, s'électrocuta sur les fils électriques que le défendeur avait négligemment posés là. La Cour conçut l'indemnité en évaluant sa courte espérance de vie au moment de l'électrocution¹⁶⁰⁸. Un autre exemple découle d'une affaire anglaise célèbre, *Baker v. Willoughby*¹⁶⁰⁹. En 1964 la victime avait souffert d'une infirmité permanente à la jambe résultant d'un accident de la circulation causé par la négligence du défendeur. En 1967, lors d'un hold-up, un coup de feu fut tiré sur sa jambe infirme et il fallut l'amputer. On aurait pu décider que l'automobiliste ne devait indemniser la victime de son infirmité que jusqu'à la date du hold-up : il serait revenu à l'auteur du coup de feu d'indemniser la victime pour l'amputation subie à partir du cambriolage. Mais, comme en droit français, le droit anglais prévoit de ne réparer que l'« addition de dommage » résultant de la faute. L'auteur du coup de feu aurait dû seulement payer pour le « supplément » de dommage, soit la différence entre le fait d'avoir une jambe infirme et le fait d'être amputé. La victime aurait donc perçu du cambrioleur une indemnisation inférieure à celle d'une personne valide, sa jambe infirme « valant moins » qu'une jambe valide. Surtout, elle n'aurait pas été totalement indemnisée de son dommage puisque l'indemnisation du premier défendeur n'aurait pas couvert la

¹⁶⁰⁶ V. Margeat et Picard, « La réparation du dommage chez l'enfant » et « La réparation du dommage chez le vieillard », *Gaz. Pal.* 1981, 1, doct. 254 et 258.

¹⁶⁰⁷ A propos de la causalité alternative, nous avons différencié d'un côté, l'hypothèse dans laquelle une autre cause était *présente*, dont les effets n'ont pas pu se réaliser en raison de la survenance du fait dommageable, et, d'un autre côté, le cas où une autre cause *aurait pu intervenir* en l'absence de fait dommageable.

¹⁶⁰⁸ *Dillon v. Twin State Gas & Electric Co.* (1932) 85 NH 449. Le même principe fut appliqué dans une décision anglaise *Cutler v. Vauxhall Motors* [1971] 1 Q.B. 418 (C.A.). V. Hart et Honoré, *op. cit.* p. 249.

¹⁶⁰⁹ *Baker v. Willoughby* [1970] A.C. 467.

période postérieure à l'intervention du second. Pour éviter ces conséquences fâcheuses¹⁶¹⁰, la Chambre des Lords réputa le premier défendeur responsable de l'infirmité sur une base permanente et condamna l'auteur du coup de feu à indemniser le dommage résultant de l'amputation, évaluée par rapport à l'infirmité¹⁶¹¹. Cette décision montre surtout que les juges anglais ont ici refusé de tenir compte, dans l'évaluation de la réparation due par le premier défendeur, d'un événement postérieur dont ils savaient qu'il allait survenir au moment où ils ont rendu leur décision. Un autre choix fut fait dans l'arrêt *Jobling v. Associated Dairies*¹⁶¹². La victime avait été blessée dans un accident en 1973, ce qui l'avait obligée à cesser de travailler. En 1976, se déclara une maladie, indépendante de l'accident, qui aurait, dans tous les cas, conduit la victime à abandonner son travail. Or le procès relatif à l'accident intervint en 1979. Le juge, bien que devant se placer au moment de l'accident (1973) choisit de n'indemniser la victime que pour la période 1973-1976, soit une compensation très inférieure à ce qu'elle aurait été si le procès avait eu lieu en 1975. On tenta, à l'époque, de justifier la solution par le fait que la maladie constituait une circonstance préexistante et latente au moment de l'accident. Mais une telle analyse reste douteuse.

446. Circonstance postérieure de nature à limiter le dommage. S'il est envisageable de prendre en considération les circonstances qui auraient amené la victime à subir une situation très proche du dommage, il convient aussi de s'interroger sur les événements qui, dans le futur, pourront éventuellement améliorer la situation de la victime. Par exemple, une femme perd son mari dans un accident, mais sa jeunesse laisse penser qu'elle va se remarier. Il paraît justifié de refuser de tenir compte de ce genre de considérations purement gratuites pour l'évaluation du dommage. On a ainsi refusé de diminuer l'indemnité accordée à une veuve au motif qu'elle se remarierait probablement avec l'un de ses cousins, conformément à la tradition musulmane¹⁶¹³. Si le fait de nature à

¹⁶¹⁰ La Court of Appeal les avait néanmoins validées.

¹⁶¹¹ La décision *Baker v. Willoughby* est parfois présentée comme une exception au critère de la condition *sine qua non* (*but for test*). L'idée fut également émise de rendre le second défendeur responsable pour l'intégralité du dommage subséquent sur la base de la théorie selon laquelle sa faute a privé la victime de son remède à l'encontre de A. On a, enfin, songé à l'hypothèse d'une responsabilité « jointe et commune » (« *joint and several* »), *in solidum*, de A et B comme si leurs contributions avaient été simultanées et non successives.

¹⁶¹² *Jobling v. Associated Dairies* 1982 AC 794 (1981).

¹⁶¹³ Cass. crim. 11 octobre 1988, RCA 1989 comm n°6. *Comp.* Cass. crim. 7 juillet 1966, Bull. crim. n°370 (refu de prendre en compte la circonstance que la veuve était jeune et pouvait se remarier). V. H.

améliorer la situation de la victime n'est plus seulement hypothétique, mais certain, voire actuel, la solution du droit positif est la même. Par exemple, dans une espèce tranchée par un arrêt du 28 janvier 2004¹⁶¹⁴, une société victime d'abus de biens sociaux avait été renflouée par un apport de fonds propres. Mais la Cour de cassation refusa de tenir compte de cette circonstance dans l'évaluation du dommage causé par l'infraction.

c. Difficultés de la détermination des répercussions du dommage

447. Dommage et préjudice. Les victimes invoquent, en général, une multiplicité de chefs de préjudice constituant les conséquences du fait dommageable. Prenons l'exemple simple de celui qui a perdu une jambe dans un accident de la route. Le dommage, en tant que tel, est le fait d'avoir perdu une jambe. Mais ce dommage se traduit, du point de vue de la réparation, en une multitude de chefs de préjudice ayant un caractère patrimonial et extra-patrimonial : préjudice d'agrément, incapacité de travail, frais liés à l'utilisation d'un fauteuil roulant etc.... Il est tentant de voir dans ces chefs de préjudice non pas l'expression, en termes de réparation, du fait d'avoir perdu sa jambe, mais les répercussions de ce dommage initial¹⁶¹⁵. Autrement dit, les divers préjudices susmentionnés sont moins perçus comme la traduction du dommage que comme des effets de cet événement initial que constitue la perte d'une jambe. La distinction entre le dommage initial et les chefs de préjudice réparables est reprise par ceux qui souhaitent distinguer entre les notions de dommage et de préjudice¹⁶¹⁶, notions qui sont, en droit français, synonymes. Dans tous les cas, les préjudices invoqués par la victime doivent tous être en lien avec l'acte initial. Ce lien doit, d'abord, être un lien de dépendance contrefactuelle : le dommage principal doit

Groutel, « L'interdiction de prendre en considération des circonstances hypothétiques pour l'évaluation du préjudice », RCA 1989 chron. 3.

¹⁶¹⁴ Cass. crim. 28 janvier 2004, Bull. crim. n°18. RTD civ. 2004 p. 298 obs. P. Jourdain ; D. 2005 pan. p. 190 obs. P. Jourdain.

¹⁶¹⁵ *Comp.* Jérôme Fischer, « Certitude du dommage et éventualité du préjudice », note sous Cass. 1^{ère} civ. 7 mai 2002, D. 2003 jur. comm. p. 998 : « Le dommage est la conséquence que le fait générateur a provoquée ; le préjudice détermine l'effet réparateur que le droit doit produire ». (...) « Le fait générateur est relié au dommage par un rapport causal, et le dommage est lui-même relié au préjudice par un rapport d'imputation ».

¹⁶¹⁶ Voir S. Rouxel, *Recherches sur la distinction du dommage et du préjudice*, thèse, Grenoble, 1994. Ch. Lapoyade-Deschamps, « Quelle(s) réparation(s) ? » in *La responsabilité à l'aube du XXI^e siècle*, RCA 2001, Hors-série, 6bis, p. 62. F.-P. Benoît, « Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé » JCP G 1957, 1, 1351. Ph. le Tourneau, *op. cit.* n°1305. V. égal. H. et L. Mazeaud, A. Tunc, *Traité théorique et pratique...*, t. 1, n°208, note 1 : « A l'origine les termes dommage et préjudice n'avaient pas le même sens : le « damnum » de la loi Aquilia désignait l'atteinte à l'intégrité d'une chose (...) sanctionnée sans qu'on recherche si elle causait ou non un préjudice au propriétaire ».

avoir été la condition *sine qua non* de ces préjudice. Nous savons, par ailleurs, qu'il convient de tracer une limite à l'étendue de la responsabilité du défendeur, nécessité traduite en droit français par l'exigence d'un lien direct.

448. L'apparition de nouveaux préjudices chez la victime. En principe le dommage s'apprécie au jour où le juge statue. Cela signifie que l'on se fonde sur la situation de la victime au jour du jugement pour la comparer à ce qu'elle aurait pu être, au même moment, en l'absence de délit. Dans l'évaluation du préjudice, le futur est pris en considération : une personne lourdement handicapé devra, par exemple, être assistée d'une tierce personne jusqu'à la fin de ses jours. Mais il arrive que, une fois le préjudice évalué, des faits postérieurs viennent encore alourdir le dommage subi par la victime. En ce cas, le bon sens commande de n'imputer au responsable que ce qui apparaît comme une suite du fait dommageable, et non ce qui découle d'une circonstance extérieure. Dans une affaire tranchée le 19 février 2004¹⁶¹⁷, une jeune femme avait été victime d'un accident de la circulation. Elle restait atteinte d'une incapacité permanente partielle de 75% et avait été indemnisée de son préjudice, notamment du coût de l'assistance d'une tierce personne. Quelques années plus tard, elle demanda un supplément d'indemnisation au motif que les naissances successives de ses deux enfants avaient provoqué une aggravation de son préjudice. L'état physiologique de la victime n'avait pas changé, mais sa situation personnelle, en revanche, s'était modifiée, faisant en sorte que ses besoins d'assistance et d'aide ménagère étaient désormais plus grands. Du point de vue de la causalité, la décision de lui accorder une indemnisation supplémentaire nous semble irréprochable : c'était, en effet, en raison de l'accident que la victime se trouvait condamnée à recourir à une aide extérieure pour prendre soin de ses enfants. Certes, la victime avait déjà été indemnisée, mais la réparation déjà accordée n'avait pas pris en considération les frais relatifs aux enfants.

Un exemple récent et saisissant de dommage consécutif à l'accident a fait l'objet d'une décision de la Cour de cassation en date du 24 février 2005¹⁶¹⁸. A la suite d'un accident de voiture, un homme avait conservé un handicap important dont il avait été indemnisé. Par la suite, l'homme s'était marié et avait eu trois enfants, qui demandèrent, des années plus tard,

¹⁶¹⁷ Cass. 1^{re} civ. 19 octobre 2004, RTD civ. 2005, obs. P. Jourdain.

¹⁶¹⁸ Cass. 2^e civ. 24 février 2005, JCP G 2005 I 149 n°1 obs. G. Viney, RCA 2005 comm. n°145 obs. S. Hocquet-Berg.

réparation du préjudice moral subi du fait « qu'ils n'avaient jamais pu établir des relations ludiques et affectives normales avec leur père, dont ils vivaient au quotidien la souffrance du fait de son handicap ». La Cour de cassation sanctionna ici l'arrêt d'appel ayant accueilli cette demande au motif « qu'il n'existait pas de lien de causalité entre l'accident et le préjudice allégué ». L'accident était pourtant une condition *sine qua non* du dommage invoqué par les enfants : si l'accident ne s'était pas produit, ils n'auraient pas eu un père handicapé. Cela dit, affirmer qu'en l'absence d'accident les enfants auraient pu entretenir « des relations ludiques et affectives normales » avec leur père restait discutable. Valide, le père aurait peut-être mené une vie très différente : il aurait fort bien pu ne pas se marier, ou se marier avec une autre personne... Toute la difficulté est ici que dans l'enchaînement des événements sont intervenus des événements difficilement maîtrisable dans le cadre du raisonnement contrefactuel : un mariage, des naissances. Non seulement les personnes demandant réparation n'étaient ni en vie, ni conçues, lors du fait dommageable initial, mais le principe même de leur naissance n'était pas acquis lors de l'accident. Supposer donc que ces enfants auraient entretenu des relations « normales » avec leur père en l'absence d'accident était très contestable. On retrouve, dans cette espèce, la tendance illustrée par l'affaire Perruche d'évaluer le dommage en comparant la situation réelle du requérant à une situation « normale », idéale, peu important qu'elle ait été impossible ou improbable. Derrière le problème de causalité se cachait finalement une difficulté relative à la définition de dommage réparable.

449. Les répercussions du dommage invoquées par un tiers. Les conséquences du dommage peuvent fort bien ne pas être invoquées par la victime elle-même mais par un tiers. Les principaux tiers concernés par le dommage sont les victimes par ricochet. En effet, les proches de la victime principale subissent, par contrecoup, les effets du dommage. La mort ou le handicap de la victime conduit, par exemple, les personnes qu'elle faisait vivre à ne plus bénéficier de ses subsides. Mais les effets du dommage peuvent également être subis directement. Dans une affaire récente, un couple avait décidé de recueillir chez lui la mère d'un des conjoints, grièvement blessée dans un accident. Si une telle décision était libre, il n'en reste pas moins que les époux subissaient un préjudice en lien direct avec l'accident¹⁶¹⁹.

¹⁶¹⁹ Cass. 2^e civ. 12 mai 2005, RCA 2005, comm. 207.

B. Le caractère possible du scénario contrefactuel de référence

450. La responsabilité suppose que les événements auraient pu être différents et aboutir à une situation préférable à celle qui s'est finalement réalisée. La réparation, qui a pour objectif d'effacer symboliquement le tort commis, doit conduire à indemniser la victime dans la mesure où sa situation aurait pu être meilleure. Comme pour l'établissement du lien causal proprement dit, la détermination du dommage s'opère au moyen d'une confrontation avec les possibles. Il faut pouvoir dire ce qui se serait produit en l'absence du fait illicite, puis confronter ce scénario à la réalité pour prendre la mesure du dommage. La représentation en pensée de ce qui aurait pu se produire doit, à cet égard, correspondre à ce qui aurait été *le plus probable* : le scénario contrefactuel doit se dérouler dans le « monde possible » le plus proche du nôtre¹⁶²⁰. Lorsque, en revanche, le dommage est déterminé par comparaison avec une situation *impossible*, c'est toute la logique de la responsabilité qui en est bouleversée.

451. Evolution de la notion de dommage ? Plus que toute autre, l'affaire Perruche a cristallisé le débat relatif au dommage indemnisable. Le 17 novembre 2000, l'assemblée plénière de la Cour de cassation décidait, à la suite d'une audience fortement médiatisée, d'indemniser le jeune Nicolas Perruche pour le préjudice découlant de sa vie handicapée¹⁶²¹. Les deux questions du dommage et du lien de causalité étaient en cause, et à ce point liées entre elles qu'elles étaient difficilement dissociables. Que l'on prenne la question sous l'angle du dommage réparable ou sous celui de la causalité, c'était, en définitive toujours le même problème qui était abordé. Nicolas Perruche était né gravement handicapé en raison d'une rubéole contractée par sa mère pendant sa grossesse. La rubéole n'avait pas été détectée à cause d'une erreur médicale, ce qui avait privé la mère de recourir à un avortement. Le médecin se voyait donc poursuivi à la fois par la mère en raison du préjudice subi du fait de la naissance d'un enfant gravement handicapé et par Nicolas

¹⁶²⁰ V. *supra* n°161.

¹⁶²¹ Cass. ass. plén., JCP G 2000, II, 10438, concl. J. Sainte-Rose, rapp. P. Sargos, note F. Chabas. D. 2001, p. 332, note D. Mazeaud et note P. Jourdain Cette décision a suscité une avalanche d'articles et de commentaires qui figurent dans notre bibliographie générale. Nous n'en citons ici que quelques uns. L. Aynès, « Préjudice de l'enfant né handicapé : la plainte de Job devant la Cour de cassation », D. 2001, chron. p. 492. M. Gobert « La Cour de cassation méritait-elle le pilori ? », Les Petites Affiches, 8 décembre 2000, n°245. M. Fabre-Magnan, « Avortement et responsabilité médicale », RTD civ. 2001, p. 285.

Perruche lui-même du fait de la « vie préjudiciable » qui avait résulté de sa naissance. Aux droits du jeune Perruche se joignaient la Caisse de Sécurité Sociale ainsi que divers organismes complémentaires qui avaient pris en charge l'enfant depuis sa naissance. Concernant le préjudice invoqué par la mère, la jurisprudence était déjà bien fixée et cette dernière obtint, sans grande difficulté, une réparation. En revanche, l'action pour « vie préjudiciable » intentée par l'enfant était nettement plus problématique. Réclamer au médecin réparation pour n'avoir pas permis, par sa faute, l'IVG qui lui aurait permis de ne pas venir au monde gravement handicapé posait, en effet, une difficulté éthique indiscutable.

En principe, il fallait, pour déterminer le dommage réparable, comparer la situation effective de Nicolas Perruche –celle d'un enfant gravement handicapé– à la situation qui aurait été la sienne si la faute n'avait pas été commise. Or il était acquis que l'enfant ne serait pas né en l'absence de faute du médecin : sa « situation » (si l'on peut dire) hypothétique aurait donc été la « non existence ». Admettre, en l'occurrence, un dommage, c'était admettre que le fait d'être né gravement handicapé était un état moins enviable que la « situation » hypothétique et alternative de « non vie ». Pour pallier cette difficulté, la Cour de cassation, suivie en cela par les partisans de la décision, a usé d'un raisonnement particulier. Elle a prétendu en effet n'indemniser que le handicap et non pas le fait d'être né handicapé. En d'autres termes, le dommage se définit non par une comparaison de la situation réelle du jeune Perruche avec ce qui se serait passé en l'absence de faute du médecin, mais en rapportant la situation *effective* de vie handicapée à une situation *idéale* de vie normale que l'intéressé n'aurait, dans tous les cas, jamais pu connaître. Ce faisant, le raisonnement a opéré un glissement dans la notion de dommage. L'élément de comparaison, en effet, n'y est plus défini en se demandant ce qui se serait probablement produit en l'absence de faute, mais en se référant à une situation « normale ».

Indépendamment de la question éthique posée par l'arrêt Perruche, la référence, pour déterminer le préjudice, à une situation inatteignable constitue un véritable bouleversement de la logique de la responsabilité civile. Le fait d'être responsable du dommage causé consistait, à ce jour, à remettre en place l'ordre des choses en plaçant symboliquement la victime dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence de délit. S'affranchir de toute référence à ce qui se serait vraisemblablement produit en l'absence de faute signifie que la responsabilité ne répare plus le trouble engendré par le délit mais un dommage *arbitrairement défini* selon d'autres critères. Certes, les concepts juridiques étant d'abord des outils, remodeler la notion de dommage pour désormais retenir comme préjudiciable non pas une situation moins enviable que celle qui aurait pu être mais une situation jugée

défavorable au regard de la situation normale, n'est pas unimaginable¹⁶²². Mais encore faut-il s'en expliquer honnêtement. Or les partisans de l'arrêt Perruche ont majoritairement nié toute distorsion introduite par l'arrêt dans les concepts de la responsabilité civile.

Yan Thomas souligna la difficulté : « comment voir dans cette faute de diagnostic la cause du handicap, dès lors que, pour y remédier, il aurait fallu empêcher la vie ? Et comment faire pour réparer ce préjudice si l'on ne compare pas l'état du nouveau-né avec celui où il se serait trouvé sans naître ? »¹⁶²³ Il discerna également les conséquences de la décision : « si le dommage consiste dans le seul handicap, ce dernier ne peut plus s'apprécier que par rapport à l'état des enfants nés sains »¹⁶²⁴ et ses difficultés puisqu'il faut « s'accorder sur une moyenne et évaluer des seuils de normalité physique et mentale chez les êtres humains » et trouver les critères d'une « normalité désormais objectivée par le droit de la réparation ». M. Thomas y cerne, à juste titre, l'impasse, celle de « l'extrême danger, éthique, social, qu'il y a à objectiver, sur le mode de leur mesure, les anomalies génétiques juridiquement repérables » puisque la décision institue alors « un droit à une certaine normalité de naissance, opposable aux médecins lorsque les parents se sont déclarés prêts à l'éviter par une IVG »¹⁶²⁵. En vérité, le médecin condamné par la décision Perruche avait causé par sa faute, la naissance handicapée de Nicolas Perruche qui, sans cela, ne serait pas né. Mais il n'avait pas causé le handicap du jeune Perruche qui n'aurait jamais pu, fût-ce en l'absence de faute, naître sans handicap. La seule justification logique à la décision était d'admettre qu'en empêchant l'avortement le médecin avait causé un préjudice. Donc que l'avortement eût été préférable.

La jurisprudence Perruche, bien que particulièrement controversée, illustre une tendance presque insensible, mais réelle, des esprits contemporains à voir un dommage dans toute situation non conforme à une situation arbitrairement qualifiée de « normale », à laquelle

¹⁶²² Dès lors, toute situation défavorable par rapport à la « normale » deviendrait un dommage, même si la situation « normale » est impossible à atteindre.

¹⁶²³ L'auteur précise qu'ordinairement, en responsabilité civile, on mesure « la perte subie par la victime de l'accident en comparant son état physique ou mental actuel avec sa condition antérieure ». Comment apprécier un dommage « inscrit dans le corps du sujet, inséparable de son existence même ? » Y. Thomas, « Le sujet concret et sa personne », *Du droit de ne pas naître, à propos de l'affaire Perruche*, Le débat, Gallimard, 2002, p. 95.

¹⁶²⁴ Y. Thomas, « Le sujet concret et sa personne », *op. cit.* p. 112.

¹⁶²⁵ Y. Thomas, « Le sujet concret et sa personne », *op. cit.* pp. 112-113. L'auteur relève à juste titre que « la qualité de la vie vient faire irruption dans le domaine des droits subjectifs », ce qui est une tendance indiscutable de notre droit de la responsabilité.

chacun aurait droit. L'espèce précitée, dans laquelle les trois enfants d'un homme, handicapé du fait d'un accident avant leur naissance, exigeaient réparation du fait de n'avoir pu entretenir avec lui des « relations ludiques et affectives normales », illustre ce phénomène. Il nous paraît souhaitable d'insister sur le caractère *possible* du scénario contrefactuel devant permettre l'établissement de la causalité et, partant, de la responsabilité. Faute de quoi il ne s'agirait plus de réparer un événement injuste qu'il aurait été possible d'éviter, mais toute situation subjectivement ressentie comme préjudiciable.

452. Conclusion du paragraphe. La détermination du dommage causé illustre l'importance du raisonnement contrefactuel dans l'établissement de la réparation. Si la causalité ne se détermine que par une confrontation avec les possibles, tel est le cas du dommage, qui a pour fonction de placer la victime dans la situation qui lui a fait défaut parce qu'elle aurait dû être la sienne. Ce raisonnement est toutefois largement affaibli lorsqu'on ne peut affirmer avec certitude que la situation du demandeur aurait été différente, ou meilleure.

§2. Incertitude du dommage et incertitude causale

453. La détermination du dommage reposant sur l'évaluation de ce qu'aurait pu être la situation de la victime en l'absence de fait dommageable, il va de soi que le raisonnement hypothétique ne peut toujours aboutir à des certitudes. Parfois, le scénario contrefactuel met en jeu une situation aléatoire lorsque, par exemple, la victime n'a pu participer à un jeu de loterie. Telle est l'hypothèse classique de la perte d'une chance (A). Il se peut aussi que l'on ne parvienne pas à déterminer avec une probabilité suffisante ce qui se serait passé en l'absence du fait illicite (B).

A. Perte de chance et situation aléatoire

454. La perte d'une chance. Traditionnellement¹⁶²⁶, l'idée de perte de chance concerne les hypothèses dans lesquelles le préjudice résulte d'avoir été privé de l'exposition à une situation aléatoire dont l'issue aurait pu être heureuse. Autrement dit, la victime a été privée d'une chance de gain ou de la possibilité d'éviter une perte¹⁶²⁷. Tel est le cas lorsque le cheval de la victime a manqué le départ d'une course qu'il avait des chances de gagner. Le dommage réside dans la privation de cet aléa : la victime ayant perdu la possibilité de voir son cheval concourir, sa situation est moins favorable que ce qu'elle aurait dû être. On évalue donc les chances qu'avait le cheval de gagner la course. Au gain représenté par la victoire, on applique la probabilité correspondant à ces chances, afin d'octroyer la compensation la plus proche possible de la perte effectivement subie par la victime. Le juge doit se livrer, à l'aide des circonstances de l'espèce, à une évaluation de l'aléa¹⁶²⁸.

Dans un cas de ce type, le *principe* du dommage est certain, au sens où il n'y a aucun doute sur le fait que la victime s'est retrouvée dans une situation moins favorable que celle qui aurait dû être la sienne. Il y a en revanche une incertitude quant à la *mesure* du préjudice car la présence d'une situation aléatoire ne permet pas de dire ce qui se serait produit, selon le cours normal des choses, en l'absence de fait dommageable¹⁶²⁹. Si la victime a été privée de la possibilité de participer à une loterie, on ne peut dire si elle aurait, ou non gagné un lot. Ce qui permet ici de pallier l'incertitude est un *calcul des chances*¹⁶³⁰, dans la mesure où

¹⁶²⁶ V. Isabelle Vacarie, *La perte d'une chance*, RRJ 1987, p. 903. Caroline Ruellan, « La perte de chance en droit privé », RRJ 1999, p. 229. L'indemnisation pour la perte d'une chance est admise en jurisprudence depuis deux arrêts de 1932 admettant l'un la réparation pour la perte d'une chance proprement dite (Cass. Req. 26 mai 1932, S. 1932, I, p. 387), l'autre celle de la perte d'un préjudice futur (Cass. Req. 1^{er} juin 1932, D. 1932, I, p. 102, rapp. Pilon).

¹⁶²⁷ L'idée de chance correspond donc à un événement heureux, favorable à la victime, bien que M. Bénabent souligne qu'en soi « ce n'est que par une extension de langage que la chance est souvent comprise comme désignant la manière heureuse dont peut se produire cet événement. Son sens propre est impartial : il y a la chance et elle peut être bonne ou mauvaise. Ainsi comprise, la chance équivaut au hasard », A. Bénabent, thèse préc., p. 5.

¹⁶²⁸ Si la victime n'avait aucune chance de gain, il n'y a pas préjudice puisque, fait dommageable ou non, elle se serait trouvée de toutes les façons dans la même situation. Toute la question est de déterminer le seuil de probabilité à partir duquel la chance considérée peut être tenue pour réelle et sérieuse, pouvant par là même véritablement constituer un aléa. Pour un exemple récent, Cass. 2^e civ. 29 janvier 2004, D. 2004 IR p. 926. Dans cette affaire un créancier avait, par la saisie de valeurs mobilières, entraîné l'indisponibilité de l'ensemble des comptes titres au-delà du montant des sommes garanties, à une période où les valeurs avaient subi une baisse générale. Le débiteur saisi avait donc perdu une chance de limiter la diminution de valeur de son portefeuille par une gestion habile.

¹⁶²⁹ Comp. M. Fabre-Magnan, *op. cit.* n°259 p. 711.

¹⁶³⁰ L'exemple type d'un tel calcul est celui du jeu de dé : on a toujours une chance sur six de tirer un six.

l'on dispose d'une probabilité permettant d'évaluer les chances de gain. Le dommage se mesure donc par l'application à la valeur de l'avantage considéré de sa probabilité de réalisation. Il peut arriver, toutefois, que la perte de chance joue dans des hypothèses dont le caractère aléatoire est moins évident qu'une loterie ou une course, mais où la victime a incontestablement été privée d'une opportunité. Tel est le cas, par exemple, de la veuve d'un étudiant en médecine, interne des hôpitaux, qui a perdu de ce fait la chance de bénéficier des « belles perspectives d'avenir » qui s'ouvraient à son mari¹⁶³¹. Tel est également le cas de celui qui a perdu une chance de gagner un procès en raison d'une faute de son avocat¹⁶³². La perte d'une chance correspond ici au « gain manqué ».

455. L'exposition à un risque. La perte de chance peut aussi concerner, en principe, la probabilité d'éviter une perte. Au lieu d'empêcher la victime de vivre une situation aléatoire constituée de chances de gain, le fait du défendeur a exposé la victime à une situation aléatoire contenant des chances de pertes. Par exemple, un guide de montagne se perd et entraîne son groupe dans un secteur à avalanches au lieu du trajet sûr qui était prévu : ce faisant, il l'expose au risque d'avalanche. Cette situation est conceptuellement différente de la première. Alors que, précédemment, le préjudice correspondait au fait de ne pas avoir été confronté à l'aléa, il correspond, cette fois, au fait d'y avoir été exposé. Un auteur a ainsi distingué la privation d'une chance de gain et l'exposition à un risque¹⁶³³. En principe, l'exposition à un risque devrait constituer, comme la privation d'une chance de gain, un préjudice en soi, mesurable par un calcul de même nature : le guide devrait indemniser ses clients du préjudice moral constitué par le fait de leur avoir fait courir un risque inutile. Mais, dans les faits, il est invoqué alors que le risque *s'est réalisé*. Cela signifie que l'aléa ne doit pas jouer dans le calcul du dommage, puisqu'on sait que l'on se trouve précisément dans la fraction de cas dans lesquels le risque se réalise. Autrement dit, le raisonnement contrefactuel permettant d'établir le dommage permet d'affirmer sans hésitation que la victime n'aurait pas subi son dommage si elle n'avait pas été exposée au risque. Si un groupe de touristes est victime d'une avalanche en raison d'une prise de risque du guide de haute montagne, il sera incontestable que ces touristes ne seraient pas morts en

¹⁶³¹ Cass. crim. 24 février 1970, JCP G 1970, II, 16456 note Ph. le Tourneau.

¹⁶³² V. par ex. Cass. soc. 14 février 2001, JCP G 2001 IV 1651.

¹⁶³³ M. Fabre-Magnan, *op. cit.* n°263 p. 722-724 et n°225 p. 610-612. V. également Muriel Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, préf. J. Ghestin, LGDJ, Bibl. droit privé t. 221, 1992, n°620 et s.

l'absence de faute du guide. Il n'y a donc pas lieu de raisonner en termes de perte d'une chance.

B. Perte d'une chance et incertitude du scénario contrefactuel

456. L'incertitude du scénario contrefactuel. Le raisonnement devient délicat lorsque s'interpose, dans le déroulement des événements, un événement dont il est difficile d'envisager l'issue, comme une décision de la victime¹⁶³⁴ ou un acte médical¹⁶³⁵. Tel est le cas lorsque une information a été omise qui aurait permis à la victime de ne pas courir un risque¹⁶³⁶. Par exemple, l'Office du Tourisme d'une station de sports d'hiver a omis de signaler à la victime que tel secteur comporte un risque d'avalanche. Dans cette hypothèse, la victime d'une avalanche est-elle fondée à réclamer réparation pour l'intégralité du dommage causé par l'avalanche ? Il faut établir que la victime, dûment informée, ne se serait jamais rendue dans le secteur dangereux. Or ce scénario contrefactuel peut être affecté d'un doute persistant. Compte-tenu des circonstances et de la personnalité de la victime, on ne parvient pas à conclure de manière affirmative qu'elle se serait abstenue de skier dans le secteur risqué. Un tel doute existe également en matière médicale, lorsque le médecin soignant la victime a commis une faute, mais qu'on ne sait dire précisément ce qu'aurait été le cours des choses en l'absence de faute, et notamment si la victime se serait trouvée dans une situation préférable¹⁶³⁷. Dans une telle circonstance, écarter toute

¹⁶³⁴ Stéphanie Porchy, « Lien causal, préjudices réparables, et non respect de la volonté du patient », D.1998, chron. 380.

¹⁶³⁵ Jacques Boré, « L'indemnisation pour les chances perdues, une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable », JCP G, 1974, I, 2620. Gérard Mémeteau, « Perte de chances et responsabilité médicale », Gaz. Pal. 1997, II p. 1367. Cass. 1^{re} civ. 24 mars 1982, D. 1981, p. 545 note J. Penneau.

¹⁶³⁶ A propos de la sanction d'une obligation d'information, v. M. Fabre-Magnan, thèse préc. spéc. n° 596 et s.

¹⁶³⁷ V. Cass. 1^{re} civ. 14 décembre 1965, JCP G, 1966, II, 14753, note R. Savatier. Dans cette espèce, un médecin avait commis une erreur de diagnostic (fracture de l'humérus au lieu d'une luxation du coude) concernant un enfant accidenté qui demeura infirme. L'arrêt d'appel avait admis des présomptions graves, précises et concordantes selon lesquelles l'invalidité de l'enfant résultait de la faute médicale. Mais les juges n'avaient condamné le médecin que des « chances de guérison » dont avait été privé le jeune blessé, approuvés en cela par la Cour de cassation. Autrement dit, le scénario contrefactuel, dans lequel l'enfant ne serait pas resté infirme en l'absence de faute du médecin, n'apparaissait pas au juge suffisamment probable pour justifier une indemnisation pleine et entière. Pour un exemple récent, v. CA Versailles 28 novembre 2003. D. 2004 jur. p. 2814, note P. Hennion-Jacquet. L'arrêt précise que l'incertitude sur le lien causal ne peut donner lieu à réparation pour perte d'une chance tout en accordant une indemnisation à hauteur de 70% des chances d'échapper au dommage.

indemnisation serait sévère pour la victime. Inversement, accorder une pleine indemnisation malgré l'incertitude serait sans doute excessif. La notion de perte d'une chance a donc été utilisée comme solution de compromis : elle consiste à accorder une indemnisation calculée proportionnellement à la probabilité qu'aurait eu la victime d'échapper au dommage.

La situation est très différente de celle d'une perte de chance classique : il ne s'agit plus, ici, de tenir compte d'une situation aléatoire relevant du *calcul des chances*, mais de se fonder sur une *probabilité subjective*¹⁶³⁸ représentant le degré de certitude du scénario contrefactuel dans lequel la victime échappe au dommage¹⁶³⁹. Dans l'exemple du cheval de course, le fait dommageable a empêché la victime de vivre un événement aléatoire : le calcul du préjudice prend logiquement en considération cet aléa. Dans l'hypothèse présente, en revanche, la probabilité correspond à la difficulté d'établir que le déroulement des événements aurait pu être différent en l'absence de fait générateur. Il ne s'agit plus d'évaluer les chances d'obtention d'un gain, mais de se prononcer sur la probabilité d'échapper au dommage en l'absence de délit ou d'inexécution contractuelle¹⁶⁴⁰. Par exemple, s'il est difficile d'établir que la victime, dûment informée, aurait refusé l'opération médicale qui lui fut fatale, on dira que l'intéressée aurait eu 40% de chance de refuser l'opération¹⁶⁴¹. De même, on affirmera qu'un diagnostic effectué de manière plus précoce aurait donné à la victime des chances d'éviter l'infirmité dont elle reste atteinte,

¹⁶³⁸ La probabilité subjective correspond au pari que l'on serait prêt à faire sur l'affirmation contrefactuelle du type « en l'absence du fait de A, il n'y aurait pas eu B ». Sur les notions de calcul des chances et de probabilités subjectives, v. *supra* n°41.

¹⁶³⁹ M. Fabre-Magnan, *op. cit.* n°225 pp. 611-612.

¹⁶⁴⁰ Un auteur a estimé, pour cette raison, que la perte de chance était passée d'un rôle d'estimation du préjudice à une fonction de détermination du principe même de la responsabilité. Isabelle Vacarie, « La perte d'une chance », *Revue de la Recherche Juridique*, 1987, p. 903.

¹⁶⁴¹ En matière d'obligation d'information, on citera, à titre d'exemple, une espèce jugée par la Cour de cassation le 24 septembre 2003. Une caution poursuivait le commissaire aux comptes de la société cautionnée, dont les négligences avaient conduit la caution à croire en la solvabilité de l'emprunteur. Cette dernière estimait avoir été privée d'une chance de ne pas s'engager aux côtés d'un débiteur insolvable. La Cour d'appel de Poitiers avait, en l'occurrence, écarté la responsabilité. Mais pour la Chambre commerciale, les juges du fond auraient dû « rechercher si les négligences du commissaires aux comptes relevées par les premiers juges, n'avaient pas permis à la banque de croire à la solvabilité du débiteur et privé en conséquence la caution d'une chance de n'avoir pas à s'obliger en qualité de caution ». Nul ne sait ce qu'aurait fait la caution si le commissaire aux comptes s'était montré plus sérieux. Mais cette dernière pouvait néanmoins obtenir une indemnisation sur la base de la probabilité qu'elle aurait eue de ne pas s'engager si elle avait été dûment informée. Cass. com. 24 septembre 2003, D. Aff. 2003, A.J. p. 2568.

faute d'être certain que l'infirmité eût pu être évitée. La probabilité concerne l'évaluation *a posteriori* de la possibilité que les événements prennent un tour différent.

457. Critiques du mécanisme. Le recours à la perte d'une chance dans les hypothèses précitées a parfois été qualifié de « détournement ». Certains auteurs, tel le doyen Savatier, ont dénoncé l'« emploi vicieux de l'expression de perte de chance »¹⁶⁴². « On transposerait ainsi, au cœur même de la justice civile, la réaction du jury pénal, traduisant par une peine diminuée, le doute qui subsiste en lui sur l'imputabilité à l'accusé du crime traduit devant les assises »¹⁶⁴³. Plus encore, on appliquerait une technique destinée à l'évaluation du préjudice à un problème affectant le lien de causalité¹⁶⁴⁴. En matière d'obligation d'information, tenir compte de la probabilité qu'aurait eu la victime d'adopter un comportement différent ou similaire est également critiqué¹⁶⁴⁵. Cette critique a été récemment renouvelée¹⁶⁴⁶.

L'argument selon lequel la perte de chance permettrait de condamner des responsables à réparer des dommages qu'ils n'auraient pas causés nous paraît toutefois contestable. Certes, la perte d'une chance conduit à répercuter sur l'indemnisation l'incertitude du jugement de causalité. Mais il s'agit là, nous l'avons dit, d'une solution de *compromis* : écarter la responsabilité ou la retenir entièrement seraient injustes. Ecarter la responsabilité serait injuste car le défendeur a commis une faute. La retenir entièrement serait injuste car on ne peut être certain qu'en l'absence de cette faute, le dommage n'aurait pas été subi. Répercuter l'incertitude sur la réparation sans écarter, pour autant, la responsabilité nous paraît de saine justice¹⁶⁴⁷. En outre, vouloir, à tout prix, maintenir une distinction de principe entre dommage et causalité nous semble illusoire. Etablir la causalité suppose de montrer que la victime se serait trouvé dans une situation différente en l'absence du fait du

¹⁶⁴² René Savatier, « Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé ? », D. 1970, chron. p. 123.

¹⁶⁴³ V. la note de R. Savatier sous Cass. 1^{re} civ. 14 décembre 1965, JCP G, 1966, II, 14753.

¹⁶⁴⁴ M. Fabre-Magnan, thèse préc. n°603.

¹⁶⁴⁵ M. Fabre-Magnan, thèse préc. n°605 et s. La Cour de cassation a néanmoins récemment réaffirmé que « la violation d'une obligation d'information ne peut être sanctionnée qu'au titre de la perte de chance subie par le patient d'échapper, par une décision peut-être plus judicieuse au risque qui s'est finalement réalisé », Cass. 1^{re} civ. 7 décembre 2004, RCA 2005, comm. 60.

¹⁶⁴⁶ Frédéric Descorps Declère, « La cohérence de la Cour de cassation sur la perte de chance consécutive à une faute du médecin », D. 2005 chron. p. 742.

¹⁶⁴⁷ Comp. Mireille Heers, « L'indemnisation de la perte d'une chance », Gaz. Pal. mars-avril 2000, p. 525.

défendeur. Etablir le dommage suppose de montrer que cette situation différente aurait été meilleure et dire dans quelle mesure elle aurait été meilleure. Les deux notions sont donc intrinsèquement liées.

Certes, dans l'hypothèse classique, il est certain que la situation de la victime est inférieure à celle qu'elle aurait dû être. En revanche, l'incertitude causale suppose que, justement, on ne peut être sûr que la victime a réellement perdu quelque chose. En outre, les deux cas de figure mettent en jeu des probabilités de nature différente. Les probabilités utilisées dans les cas traditionnels de perte d'une chance expriment des chances de gain *a priori*, comme, par exemple, en matière de jeu de hasard. En revanche, la probabilité affectant le scénario contrefactuel relève d'une probabilité subjective qui exprime un degré de croyance. Autrement dit, avoir une chance sur six de tirer le six au jeu de dé relève d'un calcul mathématique et objectif, par opposition à la croyance que la guerre en Irak n'aurait pas eu lieu si George Bush n'avait pas été élu Président des Etats-Unis, qui est affaire de subjectivité.

458. En réalité, cette distinction doit être relativisée. Lorsqu'on indemnise une victime privée de la chance de participer à une tombola, tenir compte de cette chance et réparer sa perte revient à admettre que l'on ne sait pas, finalement, ce qui se serait produit si la victime avait pu réellement tenter sa chance. De même, lorsqu'on indemnise la victime d'une avalanche pour avoir été privée de la possibilité d'échapper au dommage par une information adéquate sur le risque, on tient compte de l'incertitude affectant le scénario contrefactuel. Il est vrai qu'on peut distinguer la chance d'échapper au dommage et la chance d'obtenir un gain. Mais on ne sait pas, au fond, si la victime aurait gagné à la loterie, tout comme on ne sait pas si une caution, dûment informée, aurait accepté de s'engager. Autrement dit, la différence entre la probabilité classique des chances et la probabilité subjective établie à propos du scénario contrefactuel doit être nuancée. Pour cette raison, l'argument selon lequel il convient de distinguer le raisonnement relatif au dommage de celui qui concerne la causalité doit être également relativisé. Dans les deux cas, on ne sait ce qui serait arrivé à la victime. Dans le cas classique de perte d'une chance, l'incertitude est moindre au sens où l'on sait que la victime aurait pu prendre le départ d'une course ou se présenter à un examen dont l'issue est incertaine. En revanche, lorsqu'on ignore ce qui serait arrivé à la victime -si elle serait allée skier dans un lieu risqué, si elle serait restée infirme- l'incertitude est plus importante. Mais ce n'est là qu'une affaire de degré. Encore une fois : condamner pour la totalité du « dommage » ou exclure la responsabilité serait inéquitable. Au total, répercuter dans le jugement de responsabilité une

incertitude consubstantielle au raisonnement contrefactuel ne nous semble en rien condamnable.

Le mécanisme a été utilisé en *Common Law*. Le développement de l'indemnisation pour perte d'une chance, notamment en matière médicale, se développe en droit américain¹⁶⁴⁸. La décision la plus célèbre sur ce sujet, *Herskovits v. Group Health Cooperative of Puget Sound*¹⁶⁴⁹, rendue en 1983 par la Cour Suprême de l'Etat de Washington, concernait le problème des conséquences du diagnostic tardif, par le défendeur, de la maladie de la victime. En l'espèce, les experts s'accordaient sur le fait que les chances de survie de la victime avaient été réduites de 39% à 25% par le retard dans le diagnostic. Les règles traditionnelles auraient dû conduire à écarter la responsabilité, dans une telle hypothèse. Mais la Cour estima que le défendeur était responsable de la perte de 14% de chances de survie, donc de 14% du dommage représenté par le décès. La jurisprudence relative à la perte de chance en matière d'erreur médicale s'est développée depuis dans les différents états américains, tout en étant parfois critiquée¹⁶⁵⁰. Deux techniques sont utilisées : la première consiste à indemniser la victime du montant du dommage total affecté du pourcentage de chances qu'elle aurait eu de l'éviter ; la seconde se contente d'attribuer un « *fair assessment* » correspondant à l'intérêt dont le défendeur a privé la victime, souverainement évalué par le jury¹⁶⁵¹. Bien que connue en droit des contrats, et largement admise dans les cas de préjudice économique¹⁶⁵², la technique connaît des difficultés en

¹⁶⁴⁸ Il existe une jurisprudence constante concernant la négligence dans le secours porté à un homme en mer qui a diminué les chances de survie de l'intéressé. V. J.G. Fleming, « *Probabilistic Causation...* », art. préc. p. 675.

¹⁶⁴⁹ *Herskovits v. Group Health Cooperative of Puget Sound*, 99 Wash. 2d 609, 664 P. 2d 474 (Wash. S. C. 1983).

¹⁶⁵⁰ On relèvera d'ailleurs que cette tendance tend à remettre en question l'ensemble de la règle selon laquelle la causalité doit être prouvée avec un pourcentage de chances supérieur à 51%. En effet, admettre la responsabilité pour 20% du dommage lorsque la probabilité est de 20% (alors qu'elle devrait, selon la règle, être rejetée) conduit insensiblement à accorder une indemnisation de 70% du dommage lorsque la probabilité est de 70%, alors que la règle traditionnelle justifierait la réparation de la totalité. Il s'agit donc là de plus qu'un assouplissement des règles de preuves : c'est un glissement dans la logique de la réparation.

¹⁶⁵¹ David W. Robertson, « *The Common Sense of Cause in Fact* », 70, *Texas Law Review*, 1765 (1997) spec. p. 785.

¹⁶⁵² Par exemple lorsqu'un avocat manque à ses obligations. Lorsque les tribunaux anglais admettent l'indemnisation pour perte d'une chance dans le droit des torts, c'est en rapprochant l'hypothèse de d'un *breach of contract*. V. J. G. Fleming, « *Probabilistic Causation in Tort Law* », 68, *Canadian Bar Review*, 661 (1989) pp. 674-675.

droit anglais, comme l'illustre l'arrêt *Hotson v. East Berkshire Health Authority*¹⁶⁵³. En l'espèce, la négligence du défendeur l'avait conduit à traiter trop tardivement la maladie de la victime. On ne parvenait pas à des conclusions nettes quant à ce qui se serait produit si la victime avait été soignée à temps. L'expertise avait conclu que le dommage final subi par la victime était lié à 75% à sa maladie et à 25% à la négligence du défendeur. La *Court of Appeal* admit d'indemniser l'intéressée à hauteur de 25% de son dommage. Mais la Chambre des Lords refusa cette solution, en rappelant la règle traditionnelle selon laquelle la victime doit prouver que la négligence avait au moins 51% de chances d'être une condition *sine qua non* du dommage : or, en l'occurrence, la probabilité n'était que de 25%. Les juristes anglais ont, comme les français, mentionné la difficulté qu'il y a d'étendre une règle relative à l'évaluation du dommage au problème du jugement de causalité.

459. Conclusion de la section. Il ne peut y avoir responsabilité que s'il est possible d'établir que les événements auraient pu prendre un tour *différent*, qui se serait révélé *préférable* pour le demandeur. Le dommage est donc évalué au moyen d'un raffinement du raisonnement contrefactuel permettant d'établir la causalité, par la comparaison entre la situation *effective* de la victime et ce qu'elle *aurait pu être*. Des difficultés peuvent se présenter, à plusieurs égards, dans le cadre de cette démarche. D'une part, les mécanismes de la responsabilité sont remis en question lorsque le dommage est évalué non par rapport à ce qu'aurait *pu être* la situation de la victime, mais en référence à une situation qu'elle n'aurait *jamais* pu atteindre. Tel est le problème posé par la jurisprudence Perruche, qui opère, ce faisant, un glissement dans la définition du dommage réparable.

D'autre part, la détermination du dommage devient très délicate lorsque le scénario contrefactuel permettant de l'établir n'est plus vraisemblable, ou hautement probable, mais se trouve affecté d'une *incertitude* persistante. Le recours à la technique de la *perte d'une chance* permet traditionnellement de pallier l'incertitude liée à une situation aléatoire aisément quantifiable. Lorsque cette technique sert, en revanche, à combler l'incertitude affectant la possibilité même que les événements eussent pu être différents, son emploi est critiqué. Cette critique est, selon nous, excessive. Le recours, en de telles hypothèses, à la technique de la perte de chance constitue un moyen commode d'aboutir à un *compromis* entre deux solutions qui seraient, l'une et l'autre, injustes. La *logique du probable* est

¹⁶⁵³ *Hotson v. East Berkshire Health Authority* (1987) A. C. 750 (C.A., H.L.), (1987) 2 All E.R. 909 (H.L.) et 1 All. E. R. 210 (C.A.)

consubstantielle à la causalité, donc à la responsabilité : en tenir compte permet, justement, d'éviter la rigueur du tout ou rien.

Section 2. La causalité, critère d'attribution de la charge de la réparation

460. Dès lors qu'un lien causal est établi, le défendeur doit réparation intégrale du dommage causé. Le principe ne pose aucun problème lorsque le fait du défendeur est le seul fait illicite à l'origine du dommage : s'agissant, au moins juridiquement, de la seule cause, il va de soi que son auteur est tenu de l'entier dommage. Si un fait de la nature s'est combiné au fait du défendeur pour produire le dommage, il est négligé car les seules causes qui comptent, juridiquement, doivent être de nature à engager la responsabilité. La question est singulièrement plus complexe lorsque le dommage apparaît comme la résultante de plusieurs faits générateurs de responsabilité. Deux cas de figure doivent être distingués à cet égard : la pluralité d'auteurs, d'une part (§1), et la contribution du fait de la victime à la réalisation du dommage (§2).

§1. Causalité et pluralité d'auteurs

461. Le contexte d'une pluralité de causes au dommage pose un problème aux deux stades successifs de la réparation : d'abord vient la question de l'obligation à la dette d'indemnisation (A), puis celle de la contribution à la dette d'indemnisation (B).

A. Incidence de la causalité sur l'obligation de réparation

462. Lorsque plusieurs faits illicites, de nature à engendrer la responsabilité, sont à l'origine du dommage, diverses éventualités s'ouvrent à propos de la mise en œuvre de la responsabilité. La première idée qui vient à l'esprit du néophyte est que la victime n'a qu'à assigner simultanément la totalité des responsables. En pratique, toutefois, cette solution est coûteuse et compliquée à mettre en œuvre. Pour cette raison, le droit français admet traditionnellement que la victime peut ne demander réparation pour le tout qu'à l'un des coresponsables, à charge pour lui, le cas échéant, d'exercer un recours à l'encontre des

autres auteurs du dommage¹⁶⁵⁴. Ce mécanisme, connu sous le nom d'obligation *in solidum*, pourrait se justifier par la simple facilité qu'il donne à la victime, et la garantie dans laquelle elle se trouve d'obtenir réparation de l'intégralité de son dommage. Mais une autre justification a été émise, qui repose sur la causalité : chaque coresponsable, dit-on, est tenu de l'intégralité du dommage, non par faveur pour la victime, mais parce qu'il a *causé le tout*.

463. Apparition de l'obligation *in solidum*. Traditionnellement, il semble qu'on ait toujours estimé qu'en cas de pluralité de responsables d'un dommage, la victime puisse être indemnisée de l'intégralité de son dommage en agissant contre l'un quelconque des coauteurs, quels que soient les fondements de leur responsabilité¹⁶⁵⁵. Conformément à la pratique de l'Ancien Droit¹⁶⁵⁶, elle-même fondée sur le droit romain¹⁶⁵⁷, la jurisprudence a, au cours du XIX^e siècle, pris l'habitude de condamner au tout chaque coresponsable, en retenant une solidarité entre eux malgré l'absence de texte¹⁶⁵⁸. Cette habitude entraîna, à l'époque, les critiques de certains auteurs invoquant l'article 1202 du Code civil. La jurisprudence créa donc une obligation *sui generis*, l'obligation *in solidum*, inaugurée dans un arrêt de 1892¹⁶⁵⁹ et consacrée définitivement dans un arrêt du 4 décembre 1939¹⁶⁶⁰. La

¹⁶⁵⁴ Par exemple, dans un arrêt du 18 septembre 2003 (Cass. 2^e civ. D. 2003 I.R. p. 2413), la deuxième chambre civile a estimé que le fait pour le conducteur d'un motocyclette de circuler en transportant en connaissance de cause un passager dépourvu de casque constituait une faute de nature à concourir au dommage subi par ce passager et pouvant lui être opposée dans le cadre de l'action récursoire du conducteur d'un autre véhicule impliqué.

¹⁶⁵⁵ François Chabas, *L'influence de la pluralité de causes sur le droit à réparation*, préf. H. Mazeaud, LGDJ, Bibl. droit privé, t. 78, Paris, 1967, spéc. n°10 et s. et n°31 et s.

¹⁶⁵⁶ Pothier, *Traité des obligations*, *op. cit.* n°268 : « ceux qui ont concouru à un délit (...) sont tous obligés solidairement à la réparation. Ils ne peuvent opposer aucune exception de discussion ni de division, en étant indignes ».

¹⁶⁵⁷ « A Rome chacun des codébiteurs se trouve dans un isolement complet par rapport aux autres. Isolement tel qu'à l'origine la victime pouvait même dans certains cas demander l'indemnité totale successivement à chacun d'entre eux, faculté qui lui fut enlevée quand s'affirma le caractère indemnitaire de ces actions ». F. Chabas, thèse préc. n°12 et s. Le Digeste disposait ainsi : « si deux ou plus ont emporté une poutre que chacun en particulier le pouvait pas enlever, il faut dire que tous sont tenus de l'action de vol pour la totalité, quoique chacun ne pût ni la manier, ni l'enlever ; et tel est le droit reçu. Car on ne peut pas dire que chacun ai fait le vol pour sa part mais plutôt que tous l'ont fait du tout. Ainsi, il arrivera que chacun en particulier sera tenu du vol », Dig. 47, 2, 21 §9.

¹⁶⁵⁸ On tenta toutefois d'invoquer l'article 55 de l'ancien Code pénal, qui prévoyait la solidarité des coauteurs d'une *infraction*.

¹⁶⁵⁹ Cass. civ. 11 juillet 1892, D. 1894, 1, 561 note Levillain ; S. 1892, 1, 505, rapp. Durand.

¹⁶⁶⁰ Cass. civ. 4 décembre 1939, D. C. 1941. jur. p. 124, note G. Holleaux. Une Cour d'appel avait condamné deux coauteurs d'un délit à payer l'un les deux tiers, l'autre le tiers des dommages-intérêts dus à la victime. La décision fut censurée par la Cour Suprême au motif que « chacun des coauteurs d'un

victime dispose d'un recours pour le tout à l'égard de n'importe quel coauteur, celui qui a payé disposant d'un recours contre les autres coobligés *in solidum*. La formule utilisée est classique : « chacun des responsables d'un même dommage doit être condamné à le réparer en totalité sans qu'il y ait lieu de tenir compte du partage de responsabilité, auquel il est procédé entre eux et qui n'affecte pas l'étendue de leurs obligations envers la partie lésée »¹⁶⁶¹.

Une fois admise la distinction de principe entre obligation *in solidum* et solidarité, les discussions ont persisté quant à la nature exacte de l'obligation *in solidum*. Il existe, aujourd'hui encore, une ambiguïté, au moins en doctrine, quant à l'autonomie des deux institutions¹⁶⁶². L'obligation *in solidum* joue quels que soient les faits générateurs invoqués ou la nature de la responsabilité mise en jeu¹⁶⁶³. Les juges sont seulement tenus de vérifier l'existence d'un lien de causalité entre le fait reproché au défendeur et le dommage. Il suffit donc que le dommage soit unique, indivisible, et causalement relié au fait du responsable. Peu importe la part de l'intéressé dans le dommage : le simple fait d'avoir joué un rôle causal dans la survenance du dommage suffit à justifier qu'il soit tenu au tout.

464. Justification de l'obligation *in solidum*. La justification de l'obligation au tout des coresponsables se fait généralement au moyen d'une affirmation nette : le coresponsable est tenu au tout parce qu'il a *causé* le tout. Autrement dit, le fait de n'être qu'une cause, parmi d'autres, du dommage ne saurait empêcher que l'on soit cause de la *totalité* de l'effet. Telle est la théorie de la causalité totale, soutenue, entre autres auteurs, par M. Chabas (1). A l'opposé, la théorie de la causalité partielle soutient l'exact contraire (2). Nous ne pensons pas, pour notre part, qu'une quelconque théorie de la causalité puisse fournir un argument valide pour ou contre l'obligation *in solidum* (3).

même dommage conséquence de leurs fautes respectives doit être condamné *in solidum* à la réparation de l'entier dommage ».

¹⁶⁶¹ Cass 1^{ère} civ. 22 avril 1992, D 1992 IR p. 167.

¹⁶⁶² Sur ce débat, v. Marc Mignot, *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, préf. E. Loquin, Dalloz, 2002, spéc. n°280-281. V. égal. Terré, Simler, Lequette, *op. cit.* n°1261, not. réf. citées note 4 ; Malaurie, Aynès, Stoffel-Munck, *op. cit.* n°1282.

¹⁶⁶³ Lorsqu'un fait de l'administration se combine au fait d'une personne privée, le défendeur poursuivi devant les tribunaux judiciaires doit réparation de l'entier dommage et peut recourir contre le coauteur personne publique. Cependant, si la victime choisit de poursuivre l'administration, les juridictions administratives refusent de poursuivre l'Etat pour le tout et ne condamnent l'administration que pour sa part dans le dommage. CE, 16 mai 1951, *Pintal*, D. 1951, p. 511. L'obligation au tout joue toutefois lorsque plusieurs personnes morales de droit public sont coresponsables, comme, par exemple, en matière de transfusion sanguine. CE 15 janvier 2001, D. 2001 IR p.597.

1. La théorie de la causalité totale

465. L'indivisibilité de la cause du dommage. La première idée mobilisée pour justifier l'obligation *in solidum* fut celle d'indivisibilité de la cause du dommage. Elle consiste à dire que le préjudice a été le fruit d'un *fait générateur unique et indivisible* auquel chacun des coauteurs a contribué¹⁶⁶⁴. Les expressions utilisées en jurisprudence sont celles de « faute commune », de « fautes conjuguées », de « fautes indivisibles » etc...¹⁶⁶⁵. L'idée est souvent rapprochée de l'argument selon lequel l'obligation au tout résulte de l'impossibilité de fixer la part de chacun dans le dommage¹⁶⁶⁶. L'idée rappelle J. S. Mill pour qui le terme de cause devait, logiquement parlant, être réservé à la somme des conditions ayant permis d'engendrer le dommage, et non à l'une d'entre elles¹⁶⁶⁷. Cela dit, appréhender l'*intégralité* des conditions du dommage au titre de la cause n'est pas praticable dans le contexte juridique, et ne justifie en rien que l'on tienne l'une des conditions comme responsable de tout l'effet. Autrement dit, une indivisibilité concernant le fait générateur n'implique pas nécessairement une dette de réparation indivisible, surtout lorsqu'on assigne un seul des différents défendeurs¹⁶⁶⁸. On a d'ailleurs relevé que « la notion de faute commune est inexacte » car chaque fait est strictement personnel à son auteur¹⁶⁶⁹. On s'est donc orienté vers l'analyse du lien causal lui-même pour justifier l'obligation au tout, en supposant que « les caractères inhérents à la causalité se communiqueraient à la réparation »¹⁶⁷⁰.

¹⁶⁶⁴ « Il faut mais il suffit que les comportements des responsables soient indivisibles : qu'ils se soient inextricablement conjugués pour produire le dommage ». A. Sériaux, *Droit des Obligations*, 2^e éd., 1998, n°131.

¹⁶⁶⁵ M. Mignot, thèse préc. n°293 et les décisions citées note 759. F. Chabas, thèse précitée, n°15.

¹⁶⁶⁶ « Si plusieurs causes sont à l'origine d'un même dommage, chacun des auteurs doit le réparer en entier car il est impossible de fixer avec exactitude la part de chacune des causes. La faute est *indivisible*. », Ph. le Tourneau, *op. cit.* n°1736. M. Mignot, thèse préc. n°294 spéc. note n°773. F. Chabas, thèse préc. n°37.

¹⁶⁶⁷ V. *supra* n°140 et s.

¹⁶⁶⁸ Un auteur a par ailleurs fait remarquer que l'indivisibilité du fait générateur ne saurait impliquer nécessairement une dette indivisible à la charge des coauteurs, la cause de l'obligation de réparer résidant *a priori* dans le dommage. M. Mignot, thèse préc. n°324.

¹⁶⁶⁹ F. Chabas, thèse préc. n°15.

¹⁶⁷⁰ M. Mignot, thèse préc. n°325.

466. La théorie de la causalité totale fondée sur l'équivalence des conditions.

Une première version de la théorie de la causalité totale repose sur l'équivalence des conditions. Chacun des auteurs est considéré comme cause totale du dommage car son fait en constitue une condition *sine qua non*. Ainsi, « l'action de chaque auteur étant une condition sans laquelle l'accident ne se serait pas produit, chacun d'entre eux peut être considéré comme l'ayant causé dans son intégralité. *Unus quisque fraudis, particeps auctor est* »¹⁶⁷¹. M. Chabas appelle ce point de vue « théorie de l'interdépendance des causes »¹⁶⁷². Il est ainsi arrivé à la Cour de cassation de décider que l'obligation au tout s'impose parce que « la faute de chacun d'eux a concouru à produire l'entier dommage subi par la partie lésée »¹⁶⁷³. Il ne nous semble pas, toutefois, que l'équivalence des conditions soit réellement de nature à justifier une telle position. Certes, les premiers développements de Von Büri insistaient précisément sur l'impossibilité de distinguer l'action de l'un des trois agresseurs d'une quatrième personne¹⁶⁷⁴. Mais la théorie de l'équivalence des conditions, à strictement parler, ne fait qu'affirmer que toutes les conditions dont la somme permet d'engendrer l'effet sont équivalentes entre elles, donc qu'aucune ne mérite, plus qu'une autre, le nom de cause. Faute de pouvoir distinguer, on accepte de toutes les considérer comme des causes. Autrement dit, la théorie se borne à se prononcer sur la question de l'éventuelle sélection entre les conditions du dommage. Mais elle ne dit rien sur le point de savoir si chaque condition individuelle peut être considérée comme cause de l'intégralité ou d'une partie du dommage¹⁶⁷⁵.

467. La théorie de M. Chabas : la causalité du tout. La théorie de l'obligation au tout présentée par M. Chabas ne se présente pas comme une théorie « causaliste » impliquant l'adoption d'une certaine conception de la causalité. Selon l'auteur, quelle que

¹⁶⁷¹ Ph. le Tourneau, *op. cit.* n°1736.

¹⁶⁷² On peut également l'exprimer en disant que les coauteurs « se retrouvent tout entiers dans l'événement comme la cause dans l'effet ; et comme l'événement est un et qu'il est un seul mal, il faut nécessairement que le mal de l'un soit le mal de l'autre sans division possible... Les auteurs au regard l'un de l'autre sont cause mutuelle du caractère dommageable de leur acte fautif ». Defroidmont, note sous Bruxelles 31 mai 1929, *Revue Générale des assurances et des responsabilités (belges)*, 1929, p. 477 cité par F. Chabas, thèse préc., n°15.

¹⁶⁷³ Cass. 2^e civ. 3 février 1983, *JCP G* 1984, II, 20183, note F. Chabas.

¹⁶⁷⁴ V. *supra* n°146.

¹⁶⁷⁵ On mentionnera un autre argument : « sans l'autre auteur, l'accident ne se serait pas produit. Il en résulte que chacun n'a été que la cause partielle du dommage : c'est de la conjonction des actions de chaque auteur, de la réunion de leurs fautes ou du fait de leurs choses qu'est né le dommage. » Ph. Le Tourneau, *op. cit.* n°1736.

soit la théorie de la causalité que l'on retient, ce serait *l'indivisibilité du résultat* qui expliquerait l'obligation *in solidum*. « Chaque auteur est tenu au tout parce qu'il a causé le tout et parce qu'il est inconcevable qu'on puisse causer moins que le tout »¹⁶⁷⁶. Pour être considéré comme ayant causé le tout, il faut et il suffit de pouvoir être considéré comme une cause, fût-elle partielle¹⁶⁷⁷. Beaucoup d'auteurs assimilent la théorie de M. Chabas à celle de l'équivalence des conditions¹⁶⁷⁸. Mais l'auteur insiste sur la distinction. C'est l'indivisibilité du dommage, l'impossibilité de le fractionner, qui justifie qu'on soit tenu du tout, et non le critère de la condition *sine qua non*. « Si chaque intervention causale est censée avoir causé le tout, ce n'est pas parce que sans elle, la faute des autres n'aurait pas été dommageable ou, du moins, ce n'est pas pour cela seulement, c'est surtout parce qu'il est inconcevable que l'on ait causé une portion de dommage ». Le fait d'avoir causé le tout ne tient pas à une propriété de la relation de causalité mais à la caractéristique du dommage, qui a nécessairement été causé en son entier et non par fraction. Cette indivisibilité du dommage est *de fait* et non de droit : le dommage se présente à nous, dans sa factualité, comme un tout qu'il serait impossible, logiquement, de diviser¹⁶⁷⁹.

L'obligation *in solidum* devient donc là une obligation « plus logique que juridique »¹⁶⁸⁰. Elle n'est pas « une institution juridique créée, une « modalité de l'obligation, car « elle a lieu par la force même des choses », elle découle d'un « état de pur fait »¹⁶⁸¹. On retrouve

¹⁶⁷⁶ F. Chabas, thèse précitée, n°16.

¹⁶⁷⁷ Et l'auteur de citer Henri et Léon Mazeaud : « Du moment que l'intervention de l'un a joué dans la réalisation du dommage un rôle suffisant pour en être considéré comme la cause, c'est tout le dommage qu'il a causé ». H. et L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, t. II, 4^e éd., p. 786.

¹⁶⁷⁸ H. et L. Mazeaud et A. Tunc, *Traité théorique et pratique...*, n°1644. M. Chabas souligne qu'il est faux « de dire que l'on ne peut considérer chaque condition comme cause du total sans être un partisan de l'équivalence des conditions. » Ce faisant, explique l'auteur, on étend le rôle de la causalité de l'analyse du caractère causal des conditions analysées à l'évaluation de leur effet causal en faisant intervenir la théorie de l'équivalence des conditions sur les deux niveaux : on ajoute au caractère qualitatif de l'équivalence des conditions un caractère quantitatif. F. Chabas, thèse préc. n°125.

¹⁶⁷⁹ « De deux choses l'une : ou bien il est prouvé que chaque cause a eu un effet déterminé indépendant des autres causes et il y aura alors deux préjudices différents donc exclusion de l'obligation *in solidum* ; ou bien il est prouvé que les différentes causes ont été nécessaires pour la réalisation du dommage unique et alors l'obligation *in solidum* s'impose. Cette considération implique qu'il y ait condamnation *in solidum* même si l'un des agents n'a contribué qu'à aggraver le dommage car dans de tels cas il n'y a qu'un seul dommage ». F. Chabas, thèse préc. n°16.

¹⁶⁸⁰ F. Chabas, thèse préc. n°17.

¹⁶⁸¹ F. Chabas, thèse préc. n°16 et n°95.

des arguments de même nature chez le Doyen Savatier¹⁶⁸², pour qui l'obligation *in solidum* résulte à la fois de l'indivisibilité du dommage et du lien de causalité direct qui l'unit au fait générateur. En effet, « chaque faute contenant en puissance, la totalité du préjudice, on ne voit pas pourquoi l'auteur n'en devrait réparer qu'une partie. Mais « la coexistence d'une obligation au tout chez chacun des responsables disparaîtrait partiellement si l'une des fautes n'avait concouru qu'à une fraction déterminée du dommage : le reste n'incomberait qu'à l'agent de l'autre faute ». D'autres auteurs, enfin, ont vu la théorie de M. Chabas fondée sur « l'indivisibilité du lien de causalité », ce qui serait une « saine conception de la causalité, qui est naturellement intégrale »¹⁶⁸³.

La démonstration de M. Chabas selon laquelle l'obligation au tout dérive de la « nature des choses », puisque « on ne saurait avoir causé moins que le tout » est séduisante. La thèse se présente comme faisant état d'une vérité logique indépendante des diverses théories de la causalité. Autrement dit, quel que soit le critère de causalité choisi, le dommage a toujours été causé dans son intégralité par l'événement retenu comme cause. Reprenons les diverses définitions de la causalité que nous connaissons. Dans le cas le plus simple, A est cause suffisante de B, ce qui signifie que A a causé B dans son entier. Dans le cas de la pluralité des cause, ce sont des condition x, y, z, qui, ensemble, causé B. Il est juste d'écrire que l'ensemble (x, y, z) a causé B, et même qu'il a causé l'intégralité de B. On pourra également dire que x est une condition *sine qua non* de B. Il sera même possible que x soit la condition la plus adéquate de B, car elle est celle qui a le plus augmenté la probabilité d'apparition de B. La dépendance contrefactuelle exprimée par la condition *sine qua non*, de même que le rapport d'adéquation concerne, logiquement, l'effet B *en entier*. Peut-on pour autant estimer que ce facteur x, désigné comme cause sur la base de tels critères, est « cause de B en son entier » ? Toute la difficulté vient du fait que l'on accepte d'appeler « cause » de simples conditions, *sine qua non* et/ou adéquates, du dommage. Or, en logique, la seule cause qui cause B (en entier), est l'ensemble A constitué de (x, y, z). Si le lien de dépendance contrefactuelle ou le rapport d'adéquation sont utiles au juriste, faute de pouvoir appréhender l'intégralité des conditions d'un dommage, ils ne permettent pas d'inférer quoi que ce soit sur la manière dont est causé l'effet. Seule la cause suffisante est

¹⁶⁸² R. Savatier, *Traité de la responsabilité civile*, *op. cit.* n°488 et s.

¹⁶⁸³ Viney et Jourdain, *op. cit.* n°408 et s.

cause de l'entier dommage. Concernant les conditions du dommage que l'on choisit de désigner comme cause, on ne peut rien affirmer de plus que « x est une condition *sine qua non* de B », ou « x augmente la probabilité de B ». De telles affirmations concernent certes l'événement B, mais elles ne permettent pas de déduire quoi que ce soit à propos du caractère intégral ou non du lien considéré. On ne peut ni dire que x a causé *tout* B, ni que x a causé *une partie* de B. La seule chose que l'on peut, logiquement, affirmer, c'est que tel ou tel critère a permis de retenir le caractère causal de l'événement x. Prenons l'exemple simple du naufrage du Titanic, en retenant comme causes du naufrage la présence de l'iceberg sur le trajet du Titanic, la vitesse excessive du paquebot et la mauvaise conception du bateau. Ces trois éléments sont bel et bien des conditions *sine qua non* du dommage. Affirmer, par exemple, que la mauvaise conception du bateau est l'une des causes du naufrage ne permet ni de dire que cette mauvaise conception a causé l'intégralité du naufrage et de ses conséquences, ni d'estimer que cette mauvaise conception n'en a causé qu'une partie.

La théorie de M. Chabas tente d'éviter l'écueil en s'éloignant de la causalité pour invoquer l'indivisibilité du dommage. Dans cette optique, le dommage ne peut être considéré que dans son entier, donc toute reconnaissance d'un rapport causal revient à admettre qu'une cause donnée a causé *tout* le dommage. Il est difficile ici de déterminer si M. Chabas estime que cette indivisibilité du dommage existe *en soi* –l'événement désigné comme dommage étant en lui-même indivisible- ou si elle résulte de la notion juridique de dommage qui exclurait par principe toute division. Quoi qu'il en soit, on ne voit pas, malheureusement, la raison pour laquelle l'événement dommageable devrait être nécessairement considéré comme indivisible par principe. Si le dommage en tant que tel est pris comme un événement unique dans l'examen des conditions de la responsabilité, quels arguments logiques ou juridiques empêcheraient, dans l'analyse d'un tel événement, de le fractionner ? Du point de vue de la réparation, le dommage est scindé en des chefs de préjudices multiples. Et, comme certains auteurs l'ont souligné, l'existence d'un partage *a posteriori* conduit à estimer qu'une division est possible¹⁶⁸⁴. La théorie de M. Chabas emporterait sans doute l'adhésion si les notions de dommage et de causalité étaient parfaitement distinctes et

¹⁶⁸⁴ M. Sériaux observe qu'une telle explication « heurte le bon sens » et « ne s'accorde guère avec le fait qu'au stade de la contribution des coauteurs à la dette les tribunaux procèdent bien à un partage de responsabilité ». L'auteur avoue d'ailleurs « ne pas voir en quoi il est juste que l'un des coauteurs qui n'a, par hypothèse, joué qu'un rôle partiel dans le dommage subi par la victime doive supporter au moins dans un premier temps la totalité de la réparation ». A. Sériaux, *op. cit.* n°131.

dissociées. Mais nous avons vu qu'il s'agit là de notions inextricablement imbriquées entre elles. Certains auteurs, bien que favorables à l'analyse de M. Chabas, ont ainsi noté qu'elle relève d'une « pétition de principe éminemment contestable »¹⁶⁸⁵.

2. La théorie de la « causalité partielle »

468. Lorsque plusieurs faits ont concouru à produire le dommage, on peut considérer que chaque condition du dommage, n'étant que partiellement cause, n'a eu qu'une part de responsabilité dans le dommage¹⁶⁸⁶. Autrement dit, la cause partielle d'un dommage ne l'a causé que partiellement. Dans cette optique, l'obligation *in solidum* n'est que « l'addition *a posteriori* de dettes partielles de réparation » et non « la constatation *a priori* des dettes totales de réparation »¹⁶⁸⁷. Cela signifie qu'il faut, pour justifier l'obligation *in solidum*, trouver un autre argument que la causalité. Une autre option est d'y renoncer. Dans ce cas, la responsabilité partielle ne joue pas seulement en cas de pluralité de défendeurs : si un fait de la nature est l'une des conditions du dommage, ce fait doit être pris en considération pour n'accorder qu'une indemnisation partielle à la victime. Quant aux coresponsables, ils ne peuvent être poursuivis que pour leur contribution causale dans la réalisation du dommage. C'est ce qu'on a appelé « l'équation causalité partielle = responsabilité partielle »¹⁶⁸⁸.

469. Succès (partiel) de la causalité partielle. Une jurisprudence aujourd'hui abandonnée a fait prévaloir la théorie de la causalité partielle en certaines occasions. Dans l'affaire Lamoricière¹⁶⁸⁹, un navire avait disparu dans une tempête au large des Baléares. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence, approuvée par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, condamna le gardien du bateau à réparer un cinquième du dommage causé aux

¹⁶⁸⁵ Viney et Jourdain, *op. cit.* n°408 et s.

¹⁶⁸⁶ « Il semble en effet qu'un dommage puisse être dans une mesure plus ou moins grande la conséquence d'une faute : il l'est en totalité si la faute est sa seule cause (alors l'auteur de cette faute sera tenu de la réparer intégralement), mais il l'est seulement pour partie si la faute n'est que l'un de ses causes. Peut-être y a-t-il lieu seulement à réparation partielle ? » H. et L. Mazeaud, A. Tunc, *Traité théorique et pratique...* Tome II 5^e éd., *op. cit.* n°1427. Les tenants de cette analyse ont notamment été R. Meurisse, « Le déclin de l'obligation *in solidum* », D. 1962 chron. p. 243 et Jacques Boré, « La causalité partielle en noir et blanc, ou les deux visages de l'obligation *in solidum* », JCP G 1971, doc. 2369.

¹⁶⁸⁷ F. Chabas, thèse. préc. n°3.

¹⁶⁸⁸ Boris Starck, « La pluralité des causes de dommage et la responsabilité civile (La vie brève d'une fausse équation : causalité partielle = responsabilité partielle) », JCP, 1970, I, 2339.

¹⁶⁸⁹ Cass. com. 19 juin 1951, *Lamoricière*, D. 1951, jur. 717, note Ripert; JCP 1951, 2, 6426, note Becqué.

héritiers des disparus. En effet, si le sinistre était « dû principalement à une tempête d'une extrême violence à caractère de cyclone et à l'attribution au navire par voie d'autorité d'un charbon défectueux », il ne procédait pas exclusivement d'une cause étrangère au fait de la chose que le gardien du navire avait sous sa garde. Le juge opéra donc une ventilation de la réparation du dommage, en attribuant 1/5 de la réparation au gardien, les 4/5 restant étant attribués à la tempête et au fait du prince, donc restant à la charge des victimes. Les circonstances semblaient pourtant constitutives d'un cas de force majeure : on se demanda si la décision ne remettait pas en cause l'effet libératoire total de la force majeure¹⁶⁹⁰. La décision revenait, en tout cas, à admettre le principe d'une responsabilité partielle en présence d'une pluralité des causes. Quelques années plus tard, un autre arrêt reprit cette solution, dans l'hypothèse où la faute du défendeur s'était combinée à un fait naturel pour aboutir au dommage¹⁶⁹¹. L'influence de ces décisions sur la jurisprudence postérieure fut, du reste, contrastée. Certains arrêts continuèrent, en effet, à condamner les coauteurs des dommages pour le tout quand d'autres admirent l'exonération partielle¹⁶⁹². De nos jours, toutefois, la jurisprudence relative à la causalité partielle est largement obsolète. Soit la cause concurrente constitue un cas de force majeure et conduit à l'exonération totale du défendeur. Soit la cause concurrente ne permet pas de nier le lien causal entre le fait du défendeur et le dommage, auquel cas l'intéressé est responsable pour le tout.

Il faut réserver, toutefois, certaines hypothèses dans lesquelles le juge peut être conduit à raisonner en termes de responsabilité partielle. Il s'agit, d'abord du problème posé par l'opposabilité de la faute de la victime principale aux victimes par ricochet. Les Chambres réunies ont décidé, par plusieurs arrêts du 25 novembre 1964¹⁶⁹³ que la faute de la victime directe était opposable aux victimes par ricochet. L'assemblée plénière a confirmé la règle par deux arrêts du 19 juin 1981¹⁶⁹⁴ : le dommage étant le résultat de la faute du défendeur et

¹⁶⁹⁰ B. Starck, art. préc. n°2.

¹⁶⁹¹ Cass. 2^e civ. 13 mars 1957, *Houillères du Bassin du Nord*, JCP 1957, II, 10084, note P. Esmein ; S. 1958 p. 77, note R. Meurisse.

¹⁶⁹² F. Chabas, thèse préc. n°134 et s.

¹⁶⁹³ Cass. ch. Réunies, 25 novembre 1964, *Vve Estève et Dame Sacre*, D. 1964 p. 733 concl. Aydalot, JCP 1964, II, 13972 note P. Esmein. Alors qu'originellement, l'indemnisation intégrale des victimes par ricochet était écartée, dans une telle hypothèse, la Chambre criminelle avait décidé, après beaucoup d'hésitations, que la faute de la victime principale n'était pas opposable aux victimes par ricochet, qui pouvaient être indemnisées intégralement (Crim. 31 mars 1960 et 26 déc 1960, JCP 1961, II, 1293, note Esmein).

¹⁶⁹⁴ Cass. ass. plén. 19 juin 1981, *Mandin et Durovray*, D. 1982, p. 85, concl. J. Cabannes, note F. Chabas, JCP 1982, II, 19712, rapp. A. Ponsard, RTD civ 1981, 857, obs. Durry. On notera simplement

de celle de la victime, le défendeur n'en est que partiellement responsable¹⁶⁹⁵. Il n'est pas, à vrai dire, si évident qu'une telle jurisprudence mobilise la causalité partielle. La victime par ricochet, comme son nom l'indique, tire son préjudice de celui de la victime principale. Or la victime principale fautive ne peut, par définition, recourir pour le tout contre le responsable. Raisonner autrement conduirait à autoriser la victime par ricochet à actionner la victime principale, ce qui serait un non sens.

Une autre hypothèse d'application de la théorie de la causalité partielle est celle dans laquelle le recours en contribution est impossible par suite d'un obstacle de droit ou de fait. Par exemple, la prescription d'une action à l'encontre de l'un des coauteurs rend impossible tout recours subrogatoire. Sous l'empire de l'ancienne jurisprudence relative au transport bénévole¹⁶⁹⁶, la deuxième Chambre civile refusa de condamner un conducteur à réparer intégralement le préjudice subi par la victime, au motif que le défendeur était privé d'action récursoire contre le coauteur ayant transporté bénévolement la victime¹⁶⁹⁷. Le même raisonnement fut mené en matière d'accidents du travail imputables à la fois à l'employeur et à un tiers : la victime ne pouvant agir en responsabilité contre son employeur -sauf faute inexcusable ou intentionnelle de celui-ci- la jurisprudence estima donc qu'elle ne pouvait réclamer au tiers qu'une fraction de l'indemnité calculée d'après la part de responsabilité qui lui incombait dans l'accident. Cette jurisprudence n'a pas perduré. Quatre arrêts de l'Assemblée plénière du 22 décembre 1988¹⁶⁹⁸ ont décidé que la victime pouvait réclamer

qu'entre 1964 et 1981, un arrêt *Falcao* avait adopté la solution inverse (Cass. 2^e civ. 25 octobre 1978, D. 1979, 115 note Ch. Larroumet).

¹⁶⁹⁵ Pour le doyen Rodière, « il ne s'agit pas de heurter de front le principe de l'action *in solidum*, mais seulement d'affirmer la vérité, à savoir que le défendeur n'est que partiellement responsable de l'accident et que la faute de la victime corporelle de l'accident est pour lui cette cause étrangère dont la Cour de cassation a déjà admis qu'elle pouvait à l'occasion modifier le quantum des dommages-intérêts », R. Rodière, note sous Civ. 14 novembre 1956, D. 1957, p. 74.

¹⁶⁹⁶ Avant les arrêts de la Chambre mixte du 20 décembre 1968 (D. 1969, 37, concl. Schmelck), la victime transportée bénévolement n'avait en effet pas la possibilité d'agir contre son transporteur sur la base de l'article 1384 al. 1. En cas d'accident impliquant d'autres véhicules, la victime transportée agissait donc contre les autres gardiens des véhicules ayant causé le dommage. V. François Chabas, « Bilan de quelques années de jurisprudence en matière de rôle causal », D. 1970, chron. p. 113.

¹⁶⁹⁷ Il s'agit de l'arrêt *Pilastre*, Cass. 1^{re} civ. 9 mars 1962, JCP. 1962, II, 12728, note P. Esmein ; D. 1962, 625, note R. Savatier. Il s'agissait d'une collision de voitures. Le transporté avait agi contre le conducteur du véhicule qui ne le transportait pas. La cour déclare que le conducteur actionné ne saurait être responsable que pour sa part contributive, estimée par certains auteurs comme représentant la moitié du dommage. Cette jurisprudence n'a pas pu, du reste, être ultérieurement confirmée ou infirmée, les arrêts de 1968 ayant ouvert à la victime la possibilité d'agir directement contre son transporteur.

¹⁶⁹⁸ Cass. ass. plén. 22 décembre 1988, D. 1989, 105, concl. Monnet, note G. Paire, RTD civ 1989, 331, obs. P. Jourdain.

l'intégralité de la réparation au tiers coauteur d'un accident du travail. Par ailleurs, il ne semble pas que la jurisprudence ait jamais admis de tenir compte d'un obstacle de fait pour revenir sur le principe de l'obligation *in solidum*, par exemple lorsque l'un des coauteurs est inconnu ou insolvable. Au total, les cas d'application de la causalité partielle en droit positif sont si peu nombreux qu'on peut l'estimer largement résiduelle. Le principe fut bien exprimé par l'arrêt *Gueffier*¹⁶⁹⁹ : en cas de pluralité d'auteurs d'un dommage, chacun « doit être condamné envers la victime à en assurer l'entière réparation, sans qu'il y ait lieu d'envisager l'éventualité d'un recours à l'égard d'un autre coauteur ».

470. Justification de la causalité partielle. Pour les partisans de la causalité partielle, il est parfaitement possible de déterminer la part de causalité revenant à chaque auteur du dommage : si un partage est opéré *a posteriori* par le biais des actions récursoires, disent-ils, c'est qu'un tel partage est possible¹⁷⁰⁰. En outre, la causalité partielle exprimerait la théorie de la causalité adéquate : on pourrait ainsi déterminer la part de chacun proportionnellement au pouvoir causal qu'a eu la faute dans le résultat global¹⁷⁰¹. Ce rapprochement est inexact. La causalité adéquate ne permet qu'une chose : mesurer la probabilité *ex ante* de dommage générée par le fait considéré. Une telle probabilité n'a rien à voir avec la part effective de chacune des conditions dans la réalisation de l'effet. Si l'on identifiait trois conditions x, y, z, ayant cumulativement conduit au dommage, on pourrait constater que, toutes choses égales par ailleurs, x générerait 75% de chances de mener au dommage, y générerait 50% de chances et z 60% de chances. Le total ne fait (logiquement) pas 100% ! De fait, la théorie de la causalité partielle a été, à juste titre, contestée¹⁷⁰². Il ne faudrait pas pour autant en déduire que la causalité totale doit s'imposer.

¹⁶⁹⁹ Cass. 2^e civ. 2 juillet 1969, *Gueffier*, JCP, 1971, II, 16582, RTD civ. 1970 p. 177 obs. G. Durry.

¹⁷⁰⁰ A cet argument, Starck répond sèchement qu'« il n'est pas contestable que toute appréciation de l'influence causale respective de chaque auteur dans la production du dommage est impossible et d'ailleurs injustifiable, la responsabilité n'ayant pas pour fondement l'idée de causalité », B. Starck, « La causalité partielle... », art. préc. n°19.

¹⁷⁰¹ Flour, Aubert, Savaux, *op. cit.*, n°169-171 Flour, Aubert et Savaux assimilent la causalité totale à l'équivalence des conditions et la causalité partielle à la causalité adéquate. Pour ces auteurs, la théorie de la causalité adéquate permettrait, après une sélection qualitative fondée sur la probabilité que chaque fait avait de causer le dommage, une sélection quantitative fondée sur une recherche du pouvoir causal propre à chacune d'elles. Les auteurs admettent toutefois la grande difficulté d'application d'une telle solution.

¹⁷⁰² Boris Starck estimait ainsi que le défendeur est tenu intégralement lorsque son fait est une condition *sine qua non* du dommage, cette circonstance excluant logiquement la force majeure. Seules certaines circonstances permettraient d'envisager un partage, telle l'hypothèse où le fait du défendeur a simplement aggravé un dommage qui se serait produit de toutes les façons en raison d'un événement de force majeure. B. Starck art. préc. n°6. Ainsi, alors que M. Chabas estime que l'obligation doit jouer même

3. *L'impossibilité de justifier l'obligation in solidum par la causalité*

471. Exclusion de l'argument causal. Fonder les modalités du recours de la victime sur la causalité, totale ou partielle, signifie que l'on aligne la réparation du dommage sur la manière concrète dont ce dernier s'est produit. En soi, la démarche se comprend. Le défendeur est responsable parce qu'il a causé le dommage : il est cohérent que le régime de la réparation suive également cette idée. D'ailleurs, fonder l'existence juridique d'une obligation sur la *matérialité des faits* donne à la justification avancée une assise particulièrement solide. Demolombe écrivait ainsi que l'obligation *in solidum* découlait de « la nature (ou la force) des choses »¹⁷⁰³. Toutefois, lorsqu'elle utilise la causalité, une telle justification souffre d'une faiblesse particulière qui tient à la difficulté de la notion utilisée. Fonder, en effet, une obligation juridique sur la réalité matérielle est aisé tant que cette réalité matérielle est connaissable et indiscutable. Mais le bât blesse dès lors que la connaissance de cette réalité est obérée par l'incertitude du concept même qui permet de la saisir. Concernant la causalité, s'il s'est avéré possible de déterminer quelques critères permettant d'identifier un lien causal entre le fait du défendeur et le dommage, le problème de la pluralité des causes paraît insoluble. Il n'y a pas de rapport entre l'idée de *génération* d'un événement par un fait ou un ensemble de circonstances, et le problème des liens éventuels à tracer en retour entre la conséquence et ses différentes causes. Non seulement il est *impossible* de fractionner le rapport de causalité en affirmant que telle cause a engendré seulement une partie de la conséquence, mais on ne peut, en sens inverse, affirmer en logique qu'une condition donnée a causé la totalité de l'effet¹⁷⁰⁴. Il est donc souhaitable de fonder l'obligation au tout sur autre chose que l'affirmation douteuse selon laquelle chaque condition du dommage aurait causé l'intégralité de l'effet.

472. L'idée de garantie. L'argument causal n'étant guère concluant, c'est ailleurs qu'il faut chercher un fondement à l'obligation au tout des coresponsables¹⁷⁰⁵. De ce point

contre celui qui n'a fait qu'aggraver le dommage, Starck exclut cette hypothèse. Il est surprenant qu'un auteur qui a souhaité fonder la responsabilité civile sur l'idée de garantie préfère en l'occurrence s'appuyer sur la causalité.

¹⁷⁰³ De même, écrit M. Mignot, dans les justifications de l'obligation *in solidum* par la causalité « tandis que l'obligation solidaire est une institution purement technique s'opposant à la division des créances et des dettes, l'obligation *in solidum* résulte de la nature même des choses, elle s'impose comme une donnée première issue de l'équité, des principes généraux du droit ou de la logique », thèse préc. n°297.

¹⁷⁰⁴ V. A. Sériaux, *op. cit.* n°131.

¹⁷⁰⁵ On peut ajouter à cela que la justification de l'obligation au tout par la causalité ne fonctionne plus lorsqu'on a affaire à des régimes d'indemnisation indifférents à la causalité comme c'est le cas pour les

de vue, l'idée d'une *garantie* donnée à la victime, lui évitant les aléas et le coût d'une division des poursuites contre les différents coauteurs, justifie parfaitement l'obligation *in solidum*¹⁷⁰⁶. L'idée de garantie existe à l'étranger, par exemple en droit américain qui prévoit, lui aussi, une obligation au tout (« *joint and several liability* »)¹⁷⁰⁷. Les défendeurs sont supposés se garantir les uns les autres. Ce mécanisme de la « *joint and several liability* » joue lorsque plusieurs faits, attribuables à différents défendeurs, constituent des conditions *sine qua non* du dommage. Cette responsabilité « *joint and several* » permet à la victime de demander réparation de son entier dommage à n'importe lequel des défendeurs, chacun étant responsable (*vicariously responsible*) du fait de l'autre. Les choses sont toutefois plus compliquées dans les cas où le dommage est divisible et où les défendeurs ont agi de manière indépendante (ce qui signifie qu'aucune action commune ne peut leur être reprochée). Mais lorsque les faits de l'espèce rendent impossible toute division de la réparation, le maintien d'une responsabilité « *joint and several* » se justifie. La règle est illustrée par l'affaire *Maddux v. Donaldson*¹⁷⁰⁸, à propos d'un accident automobile impliquant deux véhicules ayant successivement heurté la victime, qui fut atteinte de plusieurs blessures distinctes, sans que l'on puisse déterminer quel était le choc ayant causé chacune d'elles¹⁷⁰⁹. La Cour Suprême du Michigan choisit de condamner les deux défendeurs. Les auteurs américains désignent ces hypothèses par le nom amusant de « *spaghetti like injuries* »¹⁷¹⁰.

B. Causalité et contribution à la dette

accidents de la circulation où la causalité est remplacée par celle d'implication : « l'amenuisement du rôle de la causalité aurait dû entraîner l'éviction de l'obligation au total, qui aurait dû céder la place à la réparation partielle » M. Mignot, thèse préc. n°328. M. Mignot oublie ici un peu vite que, si la causalité a disparu en tant que critère de désignation des débiteurs de l'indemnisation, elle subsiste comme instrument de détermination du dommage réparable, seul le dommage causé par l'accident pouvant donner lieu à indemnisation. On peut donc persister à penser que le dommage, ayant été causé dans son intégralité par l'accident, les conducteurs des véhicules impliqués dans ce dernier doivent tous réparation pour la totalité du dommage causé.

¹⁷⁰⁶B. Starck, art. préc. n°16, Terré, Simler, Lequette, *op. cit.* n°1264. A. Sériaux, *op. cit.* n°131. M. Mignot, thèse préc. n°554

¹⁷⁰⁷T. Honoré et T. Weir, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol XI, chap 12 n°79.

¹⁷⁰⁸*Maddux v. Donaldson*, 108 N. W. 2d 33 (Mich. 1961)

¹⁷⁰⁹On rapprochera cette jurisprudence des hypothèses que nous connaissons d'accidents complexes.

¹⁷¹⁰V. D. W. Robertson, « The Common Sense of Cause in Fact », 70, *Texas Law Review*, 1765 (1997)

473. La question des recours en contribution entre codébiteurs *in solidum* est largement dépendante du fondement que l'on attribue à l'obligation au tout. Si l'on fonde cette dernière sur la « causalité totale », les codébiteurs -considérés comme ayant chacun causé le tout- n'ont pas de droit acquis au recours et au partage : cette possibilité ne peut être qu'une faveur motivée par l'équité¹⁷¹¹. En revanche, si l'obligation *in solidum* est une garantie offerte à la victime, alors le recours s'impose, chacun ne devant payer que sa part de responsabilité¹⁷¹². Comme précédemment, la question sous-jacente est la suivante : si le défendeur est responsable parce qu'il a causé un dommage, et s'il est responsable du dommage causé, cela signifie-t-il que l'attribution de la charge ultime de la réparation dépend de la causalité ? Nous évoquerons cette question à propos du fondement des recours contributifs (1), puis de leurs modalités (2).

1. Fondement du recours en contribution

474. Tant que l'obligation au tout fut considérée comme découlant de la causalité totale, la question des recours entre coauteurs reçut des réponses variables suivant les arrêts et les auteurs¹⁷¹³. Certains auteurs du XIX^e siècle excluèrent purement et simplement tout recours du *solvens* à l'égard des coauteurs du dommage, comme c'était le cas en droit romain. Progressivement, toutefois, la possibilité d'un recours s'imposa aux auteurs comme à la jurisprudence tant son absence semblait injuste. L'essor de la responsabilité sans faute conduisait à admettre cette possibilité, afin de ne pas pénaliser le *solvens* jugé responsable en raison du fait de sa chose alors que la faute d'un tiers avait contribué à la production du dommage. Dans l'ensemble, le recours était perçu comme fondé sur l'équité¹⁷¹⁴.

Cette justification générale devait toutefois être approfondie d'un point de vue technique : il

¹⁷¹¹ Nous verrons que les auteurs plutôt favorables à une justification de l'obligation *in solidum* fondée sur la causalité acceptent ce recours en le fondant sur l'équité. Pour M. Chabas, fervent partisan de la causalité totale, le *solvens* ne paie que ce qu'il doit et n'a pas de droit acquis au recours qui ne peut être fondé que sur l'équité. D'autres soulignent que le recours en contribution entre coauteurs repose « sur une règle d'équité selon laquelle « chacun n'assume ni plus ni moins que les conséquences de ses actes. » A. Sériaux, *Obligations, op. cit.* n°131.

¹⁷¹² Les auteurs favorables à la causalité partielle acceptent ce recours comme parfaitement logique, puisque l'obligation au tout n'est « que la juxtaposition de deux dettes partielles, chacun étant tenu de sa part de responsabilité et étant garant de celle des autres », Jacques Boré, « Le recours entre coobligés *in solidum* », JCP, 1967, 1, 2126.

¹⁷¹³ « Les rapports entre les coresponsables, écrit M. Boré, ont été pendant longtemps un purgatoire, où la vie juridique se limitait à l'essentiel et où les solutions restaient incertaines », J. Boré, « Le recours entre coobligés *in solidum* », art. préc.

¹⁷¹⁴ F. Chabas, thèse précitée, n°28.

fallait un fondement à l'action. C'est la subrogation qui fut majoritairement choisi par les tribunaux¹⁷¹⁵ malgré des critiques doctrinales¹⁷¹⁶. Admettre, en effet, que le *solvens* est subrogé dans les droits de la victime laisse supposer qu'il paie, au moins en partie, la dette d'autrui, ce qui est incompatible avec le postulat de la « causalité totale » selon lequel chaque responsable a causé le tout. Dans l'optique de la « causalité totale », l'obligé *in solidum* ne paie pas la dette d'autrui mais sa propre dette. Il est vrai que le recours contributif, admis pour des motifs d'équité, est difficile à fonder en droit : l'enrichissement sans cause lui-même n'est pas justifié si l'on admet la « causalité totale ». De fait, si la jurisprudence a parfois admis un recours personnel¹⁷¹⁷, c'est généralement le mécanisme de la subrogation qui est choisi¹⁷¹⁸, ce qui laisse penser que la garantie, bien plus que la causalité totale, est à l'origine de l'obligation au tout.

2. Modalités de contribution à la dette

475. Dans l'optique de la causalité totale, l'admission du recours entre coauteurs pour des motifs d'équité doit conduire à un partage par parts viriles¹⁷¹⁹ ou à l'adoption de critères de répartition indépendants de la causalité. En revanche, si l'obligation *in solidum* résulte d'une simple garantie offerte aux victimes, la question de la pluralité des causes se repose au stade de la contribution à la dette. Il devient alors tentant de vouloir mesurer la part de chaque coauteur dans le dommage à partir de leur rôle causal.

476. La causalité, critère de la contribution à la dette ? Admettre que la répartition de la charge ultime de la réparation puisse se fonder sur le caractère causal de chacun des faits générateurs de responsabilité implique de mesurer leur rôle causal¹⁷²⁰. On

¹⁷¹⁵ Le premier arrêt à l'avoir fait est Cass. civ. 21 décembre 1943, D.C. 1944, 39.

¹⁷¹⁶ F. Chabas, thèse précitée, n°84.

¹⁷¹⁷ Cass. 1^{re} civ. 7 juin 1977, D. 1978, p. 289 note Ch. Larroumet ; JCP G 1978, 19003, note N. Dejean de la Bâtie.

¹⁷¹⁸ Cass. 2^e civ. 11 février 1981, D. 1982, 255, note E. Agostini.

¹⁷¹⁹ Pour M. Chabas, « sachant que chaque faute a causé tout le dommage, il est difficile d'admettre la notion même de partage en fonction du rôle causal ». Le rôle causal de chaque faute ayant été total, « ce n'est que par humanité et par équité que l'on admet le recours. Le seul partage possible, compte tenu de cet état des choses devrait être par parts viriles ». F. Chabas, thèse préc. n°89. Telle est également la position du Traité de H. et L. Mazeaud et A. Tunc, *Traité théorique et pratique...*, t. II; *op. cit.* n°1973.

¹⁷²⁰ Pour des auteurs favorables à cette optique, v. Malaurie, Aynès, Stoffel-Munck, *Les obligations*, *op. cit.* n°1281. Elle est vivement critiquée par François Chabas : « malgré son rôle causal plus ou moins grand, chaque événement a causé tout le dommage (...) La répartition des tenants de la causalité adéquate

se souvient que J. S. Mill insistait précisément sur l'impossibilité logique qu'il y a à sélectionner, parmi la totalité des conditions de l'effet, une condition prépondérante. Ce choix ne peut être que capricieux, disait-il, et lorsqu'il s'opère, c'est uniquement en fonction de l'intérêt de l'observateur. Le seul critère dont nous disposons est celui que fournit la probabilité *ex ante* de dommage générée par chaque condition. Cet élément permet seulement de hiérarchiser entre eux les facteurs, en se référant à la probabilité, ou plutôt à *l'augmentation de probabilité*, de dommage qu'ils engendraient. Les probabilités *ex ante* ne mesurent aucune *efficacité* causale : elles sont seulement des *anticipations*. Se fonder sur un tel critère ne peut donc être qu'un pis-aller pour celui qui voudrait évaluer le poids causal précis de chaque facteur. S'il est concevable de recourir à un tel critère, il faut garder à l'esprit que les probabilités de dommage de chacun des facteurs ne font pas, mises ensemble, un total de 100% ! La hiérarchisation des causes grâce aux probabilités n'est donc en aucun cas une mesure de la part de chacun dans la production du dommage. Il reste que le droit positif ne se fonde pas explicitement sur la causalité pour répartir la contribution à la dette.

477. Le critère de la gravité des fautes. Si plusieurs fautes ont concouru à la production du dommage, le principe est de répartir la charge de ce dommage en fonction de la *gravité* de chaque faute. Ce principe est mis en œuvre depuis un arrêt de 1886¹⁷²¹. Depuis lors, la Cour de cassation a abandonné aux juges du fond la question de la part de chacun dans le dommage. Il semble que ces derniers se soient toujours référés à la gravité des fautes. Cela acquis, la probabilité de dommage générée par l'acte du défendeur constitue un élément non négligeable de mesure de la gravité des fautes¹⁷²². Certains auteurs ont ainsi soutenu que, sous couvert d'une motivation fondée sur la faute, les arrêts opéraient le partage en fonction du rôle causal effectif de chaque antécédent de l'accident¹⁷²³.

a l'inconvénient de ne satisfaire ni la logique stricte qui veut que l'on répare ce que l'on a causé, ni la morale élémentaire qui veut que l'on soit puni en fonction de la gravité de la faute qu'on a commise ». F. Chabas, thèse préc. n°29.

¹⁷²¹ Cass. req. 24 février 1886, S. 1886, 1, 460.

¹⁷²² De fait, « ne peut-on pas dire pour concilier ces deux théories que gravité de la faute et rôle causal ne sont en réalité qu'une seule et même chose ? » F. Chabas, thèse préc. n°89. En effet, « certains auteurs ne voient pas de différence entre gravité de la faute et intensité de la causalité. Il y a entre ces deux notions des points communs surtout dans la théorie de la causalité adéquate qui adopte une conception de la cause bien proche de celle de la faute *in abstracto* ». F. Chabas, thèse préc. n°29.

¹⁷²³ H. et L. Mazeaud et A. Tunc, *Traité théorique et pratique...*, t. 2, *op. cit.* n°1443. V. Flour, Aubert, Savaux, *op. cit.* n°162.

Aujourd'hui, la Cour de cassation laisse les juges du fond décider souverainement de la part qui incombe à chacun sans imposer de méthode de calcul. Certains arrêts ont parfois estimé que des fautes particulièrement graves « absorbaient » la causalité du dommage¹⁷²⁴, motif tiré de leur rôle prépondérant, ce qui rappelle la jurisprudence précédemment citée en matière de cause exclusive. Par exemple, dans une affaire tranchée le 3 décembre 2002¹⁷²⁵, une banque avait négligemment omis de vérifier la régularité d'un chèque falsifié. Or elle n'était pas la seule à avoir été négligente : la banque de l'auteur du détournement avait présenté le chèque à l'encaissement sans vérification. Le rôle causal prépondérant revenait à la banque tirée. L'exemple illustre le lien entre gravité de la faute et rôle causal.

Plus récemment, un arrêt¹⁷²⁶ a admis le caractère exclusif de la faute de l'un des coauteurs, alors que l'auteur du recours avait incontestablement commis une faute constituant une condition *sine qua non* du dommage. La voiture de ce dernier était stationnée de nuit, sans éclairage, en empiétant légèrement sur la chaussée. Un autre véhicule, dont le conducteur se trouvait en état d'ébriété, arriva de la direction opposée, à une vitesse excessive, en circulant à gauche. La collision blessa trois piétons. Ces circonstances permirent à la Cour d'appel, appuyée par la Cour de cassation, de nier tout lien de causalité entre le stationnement du premier véhicule et les conséquences dommageables de l'accident, l'accident ayant pour cause exclusive la conduite fautive du conducteur éméché. L'exemple illustre la grande interdépendance des notions de faute et de causalité (probabiliste) : en l'occurrence, la gravité de la faute (pénale ici) du conducteur justifie la qualification de cause exclusive, mais on peut également estimer que son comportement augmentait significativement la probabilité d'accident.

478. Le critère des parts viriles. On pourrait presque s'étonner que la causalité soit absente de la répartition dans les cas de responsabilité sans faute, malgré l'importance de la condition de causalité pour la responsabilité objective. Il est vrai qu'un partage en fonction du rôle causal joué par chacun des faits générateurs est difficile en matière de fait des choses dès lors que le fait causal de la chose lui-même est particulièrement difficile à cerner. De fait, l'impossibilité logique d'opérer une sélection entre les conditions nécessaires du dommage justifie le partage par *parts viriles*.

¹⁷²⁴ Cass. 1^{re} civ. 23 novembre 1999, Bull. civ. I, n°320.

¹⁷²⁵ Cass. com. 3 décembre 2002, D. Aff. 2003, jur. comm. p. 1756, note Jamel Djoudi.

¹⁷²⁶ Cass. 2^e civ. 21 avril 2005, RCA 2005, comm. 213.

Lorsque une responsabilité sans faute est combinée à une responsabilité pour faute, la question est ardue. Certains auteurs ont estimé que le problème du concours entre une responsabilité pour faute et une responsabilité sans faute appelle une répartition en fonction du rôle causal des coresponsables dans l'accident¹⁷²⁷. Il conviendrait de rechercher celui dont l'action a été *déterminante* dans la genèse de l'accident au moyen de la théorie de la causalité adéquate. Ainsi, en matière de chaîne de contrats, si tout membre de la chaîne peut être actionné pour vice caché, celui sur qui pèsera la charge définitive de la réparation sera le fabricant, fût-il exempt de faute. De même, en matière de contamination transfusionnelle suite à un accident de la route, ce sera le centre de transfusion sanguine qui devra assumer l'intégralité des préjudices causés par la contamination « car c'est celui-ci dont l'action (ou l'inaction !) a été déterminante dans la réalisation du préjudice ». La causalité adéquate appliquée au partage entre coauteurs permettrait ainsi de pallier les effets de l'adoption large de l'équivalence des conditions en matière de préjudice en cascade.

Dans les faits, la jurisprudence est assez empirique. Les juges tiennent surtout compte de la faute. On admet qu'un coauteur non fautif puisse recourir pour le tout contre un coauteur fautif¹⁷²⁸. Inversement, l'auteur d'une faute prouvée n'a pas de recours contre un coresponsable qui serait tenu de plein droit¹⁷²⁹. Il peut arriver qu'un fait générateur non fautif ait été à l'origine de la faute du tiers. Dans ce cas, le recours intégral du responsable de plein droit est écarté au profit d'un recours partiel¹⁷³⁰. La règle se fonde en l'occurrence sur la causalité. Par exemple, l'automobiliste tenu des conséquences d'une faute médicale postérieure à l'accident pourrait recourir contre le médecin pour tous les chefs de préjudice dont la faute médicale constituait la cause adéquate.

479. Conclusion du paragraphe. La causalité paraît, au premier abord, un élément déterminant de l'attribution de la charge de réparation. En réalité, elle est d'une aide marginale. D'abord, elle ne permet pas de fonder de manière convaincante l'obligation *in solidum*, mieux justifiée par l'idée de garantie. Ensuite, son rôle dans la répartition de la

¹⁷²⁷ Yvonne Lambert-Faivre, « De la poursuite à la contribution : quelques arcanes de la causalité », D. 1992, chron. p. 311. V. égal. Hubert Groutel, « La pluralité d'auteurs dans un accident de la circulation », D. 1987, chron. p. 86.

¹⁷²⁸ Cass 2^e civ. 11 juillet 1977, D. 78 jur. 581 note E. Agostini ; Cass 3^e civ. 5 décembre 1984, JCP 1986 II 20543 note N. Dejean de la Batie.

¹⁷²⁹ Cass 2^e civ, 23 février 1983, JCP 1984 II 20124 note N. Dejean de la Batie.

¹⁷³⁰ Voir Cass. 2^e civ. 15 décembre 1986 D 1987 p. 221 note Ch. Larroumet.

contribution effective à la réparation du dommage reste modeste. Le critère de la gravité de la faute peut toutefois conduire à tenir compte de la probabilité *ex ante* de dommage générée par chaque conducteur, faisant ainsi réapparaître la condition de causalité.

§2. Le fait de la victime

480. Si la victime se voit indemnisée pour le tout lorsque plusieurs faits illicites ont contribué à provoquer son dommage, il n'en va pas de même lorsqu'elle en est elle-même coresponsable¹⁷³¹. La chose est logique : celui qui éprouve un préjudice par sa faute n'est pas censé éprouver un préjudice, disait le Digeste¹⁷³². On parle parfois de « responsabilité de la victime »¹⁷³³. Cette solution montre, une fois de plus, que la théorie de la causalité totale n'est pas consacrée par le droit positif. Si le défendeur avait causé le tout, il devrait indemniser la victime pour la totalité de son dommage, nonobstant l'intervention de cette dernière¹⁷³⁴. Cela étant, il convient de préciser. En effet, tout fait causal de la victime n'est pas de nature à réduire son droit à réparation. Seul le fait *fautif* ayant contribué au dommage peut lui être opposé (A). Cela signifie que les faits non fautifs ne sont pas exonérateurs pour le défendeur (B).

A. L'exigence d'une faute exonératoire

481. Principe de l'exigence d'une faute causale. Pour être exonératoire, le fait de la victime doit avoir contribué à la réalisation du dommage : le lien causal doit être établi. Cela signifie que ce fait de la victime doit, au minimum, constituer une condition *sine qua*

¹⁷³¹ « La victime d'un délit ou d'un quasi-délit peut avoir contribué par sa faute à occasionner le dommage. Cette circonstance autorise le juge à modérer la condamnation », Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit.* n°2881.

¹⁷³² Telle est la règle dite de Pomponius « *Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire* », Dig. Lib. L Tit. XVII, 203, Ph. le Tourneau, *op. cit.* n°1863.

¹⁷³³ Christan Lapoyade-Deschamps, *La responsabilité de la victime*, préf. A. Tunc, Bordeaux, 1977. Louis Josserand, « La responsabilité envers soi-même », D.H. 1934, chron. 73.

¹⁷³⁴ M. Chabas, souhaitant à tout prix sauver la causalité totale, rattache l'exonération partielle du défendeur à la contribution à la dette. Pour l'auteur, il y a ici « partage entre deux personnes qui sont à l'origine du dommage et la justification de ce partage est la même que pour l'obligation *in solidum*. Pas plus qu'en ce domaine il n'est possible d'en conclure que l'un ou l'autre n'a pas causé le tout » F. Chabas, thèse préc. n°47.

non du dommage. Entendue largement, cette condition semble être toujours remplie : si la victime ne s'était pas trouvée là, elle n'aurait pas subi de dommage. Cet argument fut repris par certains économistes, tels Coase ou Calabresi, pour affirmer que la victime est toujours, tout autant que le responsable, cause du dommage. L'objection disparaît si l'on adopte le critère de causalité contrefactuelle que nous avons défini¹⁷³⁵. Dans ce cadre, en effet, il faut pouvoir élaborer un scénario contrefactuel plausible dans lequel le rôle de la victime aurait été différent. Dire que les victimes du naufrage du Titanic étaient responsables de leur noyade, au motif qu'elles n'auraient pas péri si elles ne s'étaient pas trouvées sur le paquebot, n'a aucun sens. En revanche, identifier le fait de telle victime qui s'était glissée, sans billet, sur le paquebot pour profiter de la traversée, peut constituer un fait causal : en principe, la victime n'aurait pas dû se trouver là, et l'on envisage aisément un scénario alternatif dans lequel elle n'aurait pas resquillé. Reste ensuite, bien entendu, à soupeser la gravité de cette faute au regard de la gravité des autres fautes commises et du dommage subi. Mais il est incontestable que le fait de s'être introduit sur le bateau sans billet constitue une condition *sine qua non* du dommage. Identifier un fait de la victime tel qu'on peut raisonnablement penser qu'il eût pu être différent et permettre d'éviter le dommage va, bien souvent, conduire à désigner une faute¹⁷³⁶. Mais il pourra s'agir, parfois, de négligences tellement légères qu'on hésitera à les qualifier de fautives. Tel est souvent le cas lorsque la victime n'a fait que fournir l'opportunité du dommage, par exemple, en oubliant un chéquier dans une cabine téléphonique ou en ouvrant la porte à un inconnu.

Cet aspect conduit à s'interroger : si une victime a commis un acte comptant parmi les causes du dommage, ne faut-il pas nécessairement en tenir compte pour la réparation ? Si on admet pour principe que l'on est responsable du dommage que l'on cause, ce lien causal n'est-il pas nécessairement affecté par la présence d'un autre fait causal commis par une autre personne, fût-elle la victime ? Autrement dit, ne faut-il pas nécessairement tenir compte de la participation causale de tous les protagonistes ? Séduisante à première vue, cette argumentation ne résiste pas à l'examen. Parmi la somme des conditions du dommage

¹⁷³⁵ V. *supra* n°160.

¹⁷³⁶ A ce sujet, Savatier, qui estimait que « la causalité doit s'apprécier toutes choses égales d'ailleurs, sans tenir compte de simples hypothèses dont la réalisation eût été possible après l'événement dommageable. » admettait néanmoins que si l'événement hypothétique avait été « une conduite plus diligente de la victime » la négligence de cette dernière « autorise à laisser à sa charge une part du préjudice que sa diligence eût pu éviter. » R. Savatier, *Traité de la responsabilité civile, op. cit.* n°459 bis.

qui, toutes, ont été nécessaires pour l'engendrer, le droit ne considère que les faits *illicites* de nature à engager la responsabilité. C'est ainsi, par exemple, qu'il négligera l'intervention d'un fait de la nature, sauf cas de force majeure. Il est donc cohérent d'exiger que le fait de la victime constitue un fait générateur de responsabilité si l'on veut en tenir compte pour le calcul de la réparation. La seule exception réside dans l'hypothèse où ce fait de la victime constitue un cas de force majeure, qui exclut toute causalité entre le fait du défendeur et le dommage¹⁷³⁷. En dehors de ce cas de figure, le fait (causal) de la victime doit être illicite pour justifier l'exonération. Ce qui signifie qu'il doit être fautif. On peut également s'interroger sur la portée de l'intervention d'un fait de la victime qui, bien que non fautif, serait de nature à engager la responsabilité sur le fondement de l'article 1384 al.1. Négligeable dans la responsabilité pour faute¹⁷³⁸, un tel fait pourrait avoir une incidence sur la responsabilité sans faute du défendeur. Nous distinguerons donc selon que le fait de la victime s'oppose à une faute du défendeur, ou à sa responsabilité sans faute.

1. Fait de la victime et responsabilité pour faute

482. Principe de l'exonération. Lorsque la responsabilité du défendeur est engagée pour faute, seule la faute de la victime est de nature à la limiter. La difficulté d'une telle règle est qu'elle permet parfois de limiter la réparation de la victime dans des conditions discutables. Tel est le cas lorsque de jeunes enfants sont manifestement à l'origine de leur dommage : depuis 1984¹⁷³⁹, il est parfaitement possible de les estimer fautifs, peu important leur discernement. L'exonération peut être difficile à justifier lorsque la victime n'a commis qu'une imprudence ayant fourni une simple opportunité d'agir au responsable¹⁷⁴⁰. Que penser par exemple, du fait du propriétaire d'une automobile qui la laisse dans la rue sans la verrouiller ni retirer la clef de contact ? Son imprudence est assurément fautive. Lorsque ce fait est invoqué par la victime de l'accident provoqué par le voleur qui s'est emparé de l'automobile, les tribunaux ont tendance à penser que l'intervention, dans l'enchaînement causal, d'un acte délibéré a rompu la causalité, donc à exclure la responsabilité du

¹⁷³⁷ Cass. 2^e civ. 18 mars 2004, D. 2005 jur. p. 125 note I. Corpart, « attendu que la faute de la victime n'exonère totalement le gardien de sa responsabilité que si elle constitue un cas de force majeure ».

¹⁷³⁸ Si l'on applique les règles de partage de la responsabilité mises en œuvre entre coauteurs.

¹⁷³⁹ Cass. ass. plén. 9 mai 1984, D. 1984 p. 525, concl. Cabannes, note F. Chabas.

¹⁷⁴⁰ Cas de figure mis en évidence par Hart et Honoré, v. *supra* n°

propriétaire¹⁷⁴¹. Mais qu'en est-il lorsque c'est le propriétaire lui-même qui agit contre le voleur pour les dommages causés à son véhicule ? Sa faute paraît, ici, à l'origine de son dommage. On a pu estimer que la victime qui a ouvert imprudemment la porte à son agresseur n'a pas commis une faute en relation de causalité avec son dommage¹⁷⁴². De même, celui qui oublie son chéquier dans une cabine téléphonique ne se voit pas opposer sa négligence. De fait, la faute légère de la victime est souvent négligée lorsque la faute du défendeur présente une certaine gravité, notamment lorsqu'elle est pénale¹⁷⁴³, ou simplement intentionnelle.

483. Modalités du partage. Les modalités du partage de responsabilité entre la victime et le défendeur dépendent logiquement du fondement retenu pour admettre l'exonération partielle du responsable. Si l'exonération se justifie par la pluralité de causes, il est cohérent de rechercher le critère du partage du côté de la causalité. Comme en matière de coauteurs, on pourrait songer à s'appuyer sur la probabilité de dommage générée par chacune des fautes commises, avec les mêmes difficultés. De fait le critère de la gravité de la faute l'emporte, là encore, en droit positif, ce qui n'interdit pas de prendre en considération certains aspects du lien causal. Les juges du fond ont un pouvoir souverain en la matière¹⁷⁴⁴. Par exemple, dans un arrêt de la Cour d'appel de Toulouse du 14 mai 2002, les blessures subies par un supporter de football résultaient de la manipulation d'un fumigène dans un stade avant une rencontre sportive. La Cour attribua la responsabilité du dommage pour un tiers à la victime, pour un autre tiers à l'association des supporters ayant permis l'accès au stade et l'introduction de fumigènes, et un dernier tiers à la société gérant le club de football qui n'avait pas pris les mesures de surveillance nécessaires¹⁷⁴⁵.

2. Fait de la victime et responsabilité sans faute

¹⁷⁴¹ Cass. 2^e civ. 1^{er} avril 1963, D. 1963 p. 403.

¹⁷⁴² Cass. 2^e civ. 16 février 1994, D. 1994, IR, p. 80.

¹⁷⁴³ A l'inverse, lorsque la faute de la victime présente un degré de gravité au moins égal à la faute du défendeur, elle peut toujours être invoquée au civil, même si elle n'a pas contribué à la réalisation de l'*infraction*. Chambre mixte, 28 janvier 1972, JCP 1972, II, 17050 concl. Lindon, RTD civ 1972, p. 406, obs Durry, Rev sc crim 1973 p. 119 obs Levasseur.

¹⁷⁴⁴ Mais la jurisprudence semble être revenue sur cette position. V. Cass crim 24 juin 1992, Cigna, RCA 1992 n°416, Bull crim n°261, RTD civ 1993, p. 142, obs. P. Jourdain.

¹⁷⁴⁵ CA Toulouse, 14 mai 2002 D. 2003, somm. p. 2542.

484. Lorsque la responsabilité est déclenchée par le fait causal d'une chose, voire le fait causal d'un enfant dont le défendeur est civilement responsable, la question de la participation causale de la victime à son propre dommage se fait plus délicate. En effet, le défendeur étant engagé sur la base d'un simple fait non fautif, il est tentant d'estimer que tout fait de la victime comptant parmi les conditions du dommage doit jouer sur la réparation. Mais le droit ne prend en compte, parmi les conditions nécessaires d'un dommage, que celles qui constituent des *faits illicites*, des faits générateurs de responsabilité¹⁷⁴⁶. La faute en est un. Pourrait-on songer à une coresponsabilité de la victime dans les hypothèses de fait d'une chose dont elle aurait la garde ou de fait –fautif ou causal- de celui dont est civilement responsable ? Ces hypothèses semblent des cas d'école¹⁷⁴⁷. Quoi qu'il en soit, le simple fait causal de la victime ne peut être pris en considération dans la détermination de la réparation que s'il est de nature à engager la responsabilité¹⁷⁴⁸. Il se trouve des auteurs pour déplorer le principe même d'une exonération pour fait de la victime en matière de responsabilité sans faute. C'est oublier toutefois que le défendeur est engagé, en la matière, sur la base d'un fait causal illicite¹⁷⁴⁹. Refuser de tenir compte de toute participation de la victime à son propre dommage ne serait pas conforme à cette logique. Cela aboutirait, d'ailleurs, à des solutions inéquitables dans les hypothèses où la victime est manifestement à l'origine de son dommage. Dans les faits, le juge a très vite admis le principe d'une exonération pour faute de la victime¹⁷⁵⁰. En 1963, un arrêt de la deuxième Chambre civile¹⁷⁵¹ a admis le principe d'une

¹⁷⁴⁶ Cet aspect ne se retrouve pas dans la jurisprudence concernant le conducteur victime dont le fait peut ne pas être une cause exclusive de son dommage alors même qu'il constitue la seule condition illicite dans la genèse du dommage. Mais une telle jurisprudence intervient dans un contexte d'un régime d'indemnisation qui n'est pas réellement une responsabilité. V. *supra* n°427.

¹⁷⁴⁷ « On ne va quand même pas faire se retourner contre les victimes les présomptions de responsabilité », F. Chabas, note sous Cass. 2^e civ. 6 avril 1987, JCP G 1987, II, 20828.

¹⁷⁴⁸ On rapproche parfois la problématique de l'exonération pour fait non fautif de la victime de la théorie classique de l'acceptation des risques : ayant agi de telle ou telle manière, la victime est supposée avoir accepté les risques présentés par les circonstances, en conséquence de quoi elle ne saurait exiger une réparation intégrale de son dommage.

¹⁷⁴⁹ « Mettre ainsi sur le même plan une faute prouvée et une présomption, c'est-à-dire une certitude et une hypothèse, est totalement irrationnel. C'est mêler des éléments hétérogènes », Ph. le Tourneau, *op. cit.* n°1888. Nous ne partageons pas cette opinion : le terme, inapproprié, de « présomption de responsabilité » couvre des hypothèses dans lesquelles un lien causal unit le comportement de la chose gardée et le dommage.

¹⁷⁵⁰ Cass. req. 13 avril 1934, S. 1934, I, 313, note H. Mazeaud.

¹⁷⁵¹ Cass. 2^e civ. 17 décembre 1963, D. 1963, p. 569 note A. Tunc.

exonération partielle pour tout fait, même non fautif, de la victime¹⁷⁵². Bien souvent, ce fait était d'ailleurs qualifié d'« anormal » ou recouvrait le fait d'un *infans*¹⁷⁵³. En 1982, l'arrêt *Desmares* a refusé, en matière de responsabilité du fait des choses, toute possibilité d'exonération fondée sur la faute de la victime. Par un arrêt *Mettetal* du 6 avril 1987¹⁷⁵⁴, la deuxième Chambre civile est revenu sur l'arrêt *Desmares*, en admettant l'exonération du défendeur pour faute de la victime. Depuis lors, la deuxième Chambre civile emploie invariablement le motif de l'arrêt *Mettetal* selon lequel « le gardien de la chose instrument du dommage est partiellement exonéré de sa responsabilité s'il prouve que la faute de la victime a contribué au dommage »¹⁷⁵⁵. Il ne s'est donc pas agi de revenir au *statu quo ante*. Ce qui était souhaitable. Prendre en considération le simple fait causal de la victime pour réduire son indemnisation implique logiquement de tenir également compte de tout fait naturel, voire de tout fait (non fautif) d'un tiers, ayant contribué à la réalisation du dommage. Une telle solution est intenable. Si le droit de la responsabilité peut toujours se contenter, en matière causale, du critère de la condition *sine qua non*, il ne doit prendre en compte que les faits illicites.

Le droit positif admet donc une exonération partielle du gardien dans le seul cas d'une faute de la victime. On admettra que cette solution est difficile à mettre en œuvre car elle suppose de mettre en balance le fait de la chose et la faute de la victime. L'article 1386-13 du Code civil relatif à la responsabilité du fait des produits défectueux prévoit, lui aussi, l'exonération du producteur en présence d'une faute de la victime. Quant au régime d'indemnisation prévu par la loi de 1985, il limite la portée de l'exonération pour faute de la victime non conductrice à l'hypothèse d'une faute inexcusable ayant été la cause exclusive de l'accident, voire à une faute intentionnelle pour les victimes les plus faibles (âgées de plus de 70 ans ou de moins de 16 ans, ou handicapées à plus de 80%). Dans tous les cas, l'appréciation de l'exonération relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

¹⁷⁵² « Attendu que le gardien d'une chose qui a été l'instrument d'un dommage peut être partiellement déchargé de la responsabilité par lui encourue s'il prouve que le fait de la victime, quoique non imprévisible ni irrésistible n'a pas été étranger à la production du dommage : qu'il est indifférent que le fait ainsi retenu revête un caractère fautif », Cass. 2^e civ. 1^{er} octobre 1975, D. 1976, p. 34.

¹⁷⁵³ V. François Chabas, « Fait ou faute de la victime ? », D. 1973, chron. p. 207. André Tunc, « Les paradoxes du régime actuel de la responsabilité de plein droit », D. 1976, chron. p. 13. Bernard Puill, « Les caractères du fait non fautif de la victime », D. 1980, chron. p. 157.

¹⁷⁵⁴ Cass. 2^e civ. 6 avril 1987, JCP G 1987, II, 20828, note F. Chabas.

¹⁷⁵⁵ V. F. Leduc, « L'état actuel du principe », in *La responsabilité du fait des choses...*, préc. p. 57.

B. Conséquences de l'exigence d'une faute de la victime

485. Exiger que le fait de la victime ayant contribué au dommage soit fautif pour admettre une exonération partielle implique deux conséquences. D'une part, tout ce qui relève de la situation préexistante au dommage, notamment les prédispositions pathologiques, ne peut réduire la réparation due par le défendeur (1). D'autre part, l'absence de modération du dommage, dès lors que cette dernière n'est pas obligatoire, ne peut être invoquée par ce dernier pour limiter sa dette (2).

1. La situation préexistante au dommage

486. En tant que telle, la situation préexistante au dommage peut-elle être causale ? D'un certain point de vue, une situation antérieure est toujours causale au sens où l'effet semble toujours découler de l'état de choses tel qu'il était auparavant. Mais la causalité que nous considérons dans la responsabilité est efficiente, génératrice : c'est celle qui a joué un rôle déclenchant dans la réalisation du dommage. Dans cette optique, les circonstances préexistantes ne sauraient être causales. Cet aspect ressort de l'analyse menée par Hart et Honoré : la cause est un événement qui intervient sur une « scène déjà dressée », elle est ce qui engendre une bifurcation dans le cours des événements¹⁷⁵⁶.

487. **Caractère causal des prédispositions pathologiques de la victime ?** La prédisposition pathologique de la victime fait partie du « décor déjà dressé » décrit par Hart et Honoré. S'agissant d'un élément sur lequel on ne peut agir et à propos duquel on ne peut envisager un monde possible dans lequel il n'existerait pas, la prédisposition pathologique n'a pas, *a priori*, de caractère causal. Cette position de principe doit, toutefois, être tempérée. Le défendeur peut toujours tenter de recourir à la causalité adéquate. A cet égard, il faut raisonner en comparant l'augmentation des probabilités générées par chacun des facteurs. Il convient donc d'évaluer la probabilité de dommage, compte-tenu du fait du défendeur, en l'absence et en présence d'une prédisposition : à cet égard, la prédisposition, quelle qu'elle soit, est objectivement de nature à augmenter la probabilité de dommage. Il faut ensuite calculer la probabilité de dommage, compte-tenu de cette prédisposition, en l'absence et en présence du fait du défendeur. On peut supposer que l'augmentation de probabilité générée par le fait du défendeur, cause déclenchante du dommage, sera plus

¹⁷⁵⁶ V. *supra* n°255.

importante, donc qu'il sera une cause plus adéquate.

Reprenons pour illustrer le raisonnement un exemple fréquemment donné et dû à Endemann¹⁷⁵⁷ : A porte à B un léger coup sur le crâne, insuffisant à provoquer la moindre lésion chez un être normalement constitué. Mais B, atteint d'une faiblesse particulière des os du crâne, subit une fracture et meurt¹⁷⁵⁸. Le raisonnement approprié consiste à comparer l'augmentation de probabilité de décès, sachant que B présente cette prédisposition, en l'absence, puis en présence du fait de A. En l'absence du fait de A, la prédisposition de B présente une faible probabilité de décès, qui augmente considérablement en présence du fait de A : disons que la probabilité de mourir passe de 1% en temps normal à 99% en cas de fait de A. Il faut, ensuite, évaluer la probabilité de décès en l'absence puis en présence de prédisposition pathologique : en l'absence de prédisposition, le fait de A n'a que peu de chance d'engendrer le dommage, alors qu'en présence de prédisposition, cette probabilité passe à 99%. On le voit, tout dépend des probabilités de départ. Or ces probabilités de départ dépendent de la fréquence de survenance d'un geste tel que celui de A, ou d'une prédisposition telle que celle de B. Finalement, tout dépend du caractère *anormal*, voire *exceptionnel* de l'un ou l'autre fait. Soit la prédisposition est relativement répandue, auquel cas la probabilité de dommage générée par le geste de A est, au départ, relativement élevée. Soit elle est rare, auquel cas c'est cette prédisposition qui augmente le plus la probabilité de dommage¹⁷⁵⁹. C'est donc le fait le plus *anormal* qui l'emportera.

488. Caractère négligeable des prédispositions pathologiques. A supposer que l'on retienne le caractère causal de la prédisposition pathologique, cette circonstance serait sans conséquence sur la responsabilité. En effet, seul un fait fautif de la victime est de nature à justifier une exonération partielle¹⁷⁶⁰. Il reste que, dans certains cas, le caractère particulièrement adéquat, donc particulièrement exceptionnel, des prédispositions de la

¹⁷⁵⁷ Jean-Claude Montanier, *L'incidence des prédispositions de la victime sur la causalité du dommage*, préf. N. Dejean de la Bâtie, thèse Grenoble, 1981, n°47.

¹⁷⁵⁸ Cet exemple célèbre fait qu'on parle, en *Common Law*, de la règle relative aux prédispositions pathologiques de la victime grâce à l'expression « *the eggshell skull rule* ».

¹⁷⁵⁹ Endemann concluait que le fait du défendeur est cause adéquate si l'on pouvait s'attendre à une telle fragilité chez la victime, par exemple un enfant, alors qu'elle n'est que fortuite dans le cas ordinaire. Pour M. Montanier, la conclusion d'Endeman n'est pas acceptable car il faudrait, selon lui, toujours intégrer la prédisposition dans l'évaluation du caractère adéquat du fait du défendeur. Cette position de principe ne nous semble pas justifiée. V. J. C. Montanier, thèse préc. n°49-50.

¹⁷⁶⁰ Tel est l'argument utilisé par M. Montanier pour estimer la prédisposition pathologique ne peut être causale au sens de l'équivalence des conditions, thèse préc. n° 43.

victime, pourrait justifier d'écarter le lien causal entre le fait du défendeur et le dommage. Tel serait le cas lorsque la victime présente une réaction exceptionnelle à un fait qui n'était pas de nature à la générer. Lorsqu'un homme se suicide à la suite de la réception d'un avis d'interdit bancaire, le caractère exceptionnel de sa réaction, fût-elle en lien avec des prédisposition morbides, justifie de ne pas retenir de lien causal¹⁷⁶¹.

2. L'absence de modération du dommage

489. La question de la modération du dommage montre, à nouveau, à quel point dommage et causalité sont intriqués. Faut-il, en effet, comptabiliser, dans le dommage causé, les conséquences qui découlent manifestement du laisser-aller de la victime ? En *Common Law*, il est de règle de tenir compte des efforts menés, ou non, par la victime dans l'évaluation de la réparation¹⁷⁶². Ce principe de « mitigation », bien que de portée générale, paraît surtout concerner le droit des contrats, tant en *Common Law* que dans les textes internationaux¹⁷⁶³. En France, certains auteurs ont récemment plaidé pour son adoption¹⁷⁶⁴. Mais une telle introduction serait-elle seulement nécessaire ? L'examen de la causalité n'y suffirait-il pas ? En réalité, tant que la modération du dommage n'est pas obligatoire, aucune faute ne peut être relevée à l'encontre de la victime qui permettrait de limiter la réparation (a). L'autre option envisageable, le recours à la condition de préjudice direct de l'article 1151, n'a également guère de portée (b).

¹⁷⁶¹ Cass. com. 4 décembre 2001, D. 2002, A. J. p. 719.

¹⁷⁶² V. M. Behar-Touchais (dir.), Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? (à propos des dommages et intérêts punitifs et de l'obligation de minimiser son propre dommage), Colloque du C.E.D.A.G., 21 mars 2002, Faculté de droit de Paris 5, Les Petites Affiches, 20 novembre 2002 ; et not. Horatia Muir Watt, « La modération des dommages en droit anglo-américain » op. cit p. 45. V. égal. P.-Y. Gautier, « Contre Bentham : l'inutile et le droit », RTD civ. 1994, p. 797. Y.-M. Laithier, thèse préc. n°339 et s.

¹⁷⁶³ Elle est, en outre, retenue par les arbitres Pour les conventions internationales, v. la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (art. 77), les « principes relatifs aux contrats du commerce international rédigés sous l'égide d'UNIDROIT (art. 7-4-8), les « principes du droit européen du contrat » issus des travaux de la Commission Lando (art. 9-55). Pour les droits étrangers, il s'agit, outre les droits anglais et américains, des droits allemand et suisse. V. Jérôme Ortscheidt, *La réparation du dommage dans l'arbitrage international*, Dalloz, 2001, spéc. n°205 et s. Vincent Heuzé, *La vente internationale de marchandises*, LGDJ, n°451.

¹⁷⁶⁴ Stéphane Reifergeste, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, préf. H. Muir Watt, PUAM, 2002, spéc. n°234 et s.

a. Faute de la victime et modération du dommage

490. Lorsqu'il est avéré que le préjudice final aurait pu être moindre -dans son ampleur ou sa gravité- si la victime avait différemment agi, la tentation est grande pour le défendeur d'attribuer une partie du dommage à la victime. En effet, le sort de cette dernière aurait pu être préférable si elle s'était comportée de manière opportune. Autrement dit, la victime a contribué à provoquer son dommage en s'abstenant de prendre des mesures de nature à empêcher la situation d'empirer. L'argument est délicat. Il se fonde, en effet, sur le caractère causal d'une abstention : or une abstention, pour être appréhendée comme une cause, doit constituer la violation d'une obligation. Cette nécessité se double de l'exigence d'une véritable *faute* de la victime pour limiter la réparation due par le défendeur. La seule solution, pour exonérer le défendeur, est donc d'imposer à la victime l'obligation d'agir afin de limiter son dommage. Il ne paraît pas qu'une telle obligation existe en droit positif. Certes, on peut la concevoir en matière contractuelle grâce à un recours, par exemple, au devoir de bonne foi. Mais l'admission d'une telle obligation est plus problématique dans le cadre de la responsabilité délictuelle. De fait, la Cour de cassation a clairement refusé de la consacrer en cette matière¹⁷⁶⁵.

491. L'exemple du refus de soin. S'il peut paraître choquant, de la part d'une victime, de refuser le traitement médical qui permettrait d'améliorer sa situation, voir une faute dans une telle attitude remettrait en question une liberté essentielle. Dans l'un des arrêts rendus par la deuxième Chambre civile le 19 juin 2003, la victime réclamait réparation d'une aggravation de son incapacité permanente partielle alors qu'elle avait refusé de pratiquer une rééducation orthophonique et psychologique préconisée par son médecin. La Cour d'appel de Bourges avait vu une faute dans ce refus de soins et admis une réduction de l'indemnisation prévue en estimant que le préjudice résultait pour partie du refus fautif de la victime. Elle fut en cela censurée par la Cour de cassation au motif que la victime « n'avait pas l'obligation de se soumettre à des actes médicaux préconisés par ses médecins ». On ne saurait, en effet, imposer des soins, fussent-ils nécessaires, à une personne en mesure d'exprimer son consentement. Il est vrai que, par le passé, le refus, par

¹⁷⁶⁵ « La victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable ». Cass. 2^e civ. 19 juin 2003, JCP 2003 II 10170, note C. Castets-Renard ; D. 2003, jur. p. 2326, note J.-P. Chazal ; D. 2004 somm. comm. p. 1346 obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 2003, p. 716, obs. P. Jourdain ; D. & P. 2003, n°3376 et 3377, obs. F. Chabas ; LPA 2003, n°208 p. 16 note S. Reifergeste. Il reste que la Haute Juridiction ne s'est pas encore prononcée en matière contractuelle.

la victime, de soins bénins de nature à améliorer son état a pu être parfois qualifié d'abus fautif permettant de réduire son droit à indemnisation¹⁷⁶⁶. Mais cette jurisprudence est restée minoritaire et n'a pas perduré¹⁷⁶⁷.

Cependant, une autre forme de raisonnement aurait, peut-être, pu permettre de limiter la réparation due par le défendeur. En effet, ce dernier ne doit que ce qu'il a causé : on peut donc considérer que le seul préjudice véritablement causé par le responsable se limite aux conséquences qu'il n'était pas possible à la victime d'éviter. En revanche, ce que la victime pouvait aisément empêcher ne relève pas des conséquences du fait du défendeur. Autrement dit, la possibilité dans laquelle se trouvait la victime d'éviter la réalisation de ces conséquences néfastes rompt la causalité entre le fait du responsable et les conséquences considérées. Il s'agit là d'une manière de prendre en compte le caractère causal d'une omission, au travers de l'exigence d'un préjudice direct. Ce raisonnement mobilise donc l'invocation de l'article 1151 C. civ.

b. Modération du dommage et article 1151 C.civ.

492. Au premier abord, la condition de préjudice direct exigée par l'article 1151 C. civ. paraît adaptée à la prise en considération de l'attitude, fautive ou non, de la victime qui n'a rien fait pour limiter l'étendue de son dommage. Le défendeur ne devant que ce qu'il a causé, les conséquences manifestement rattachables à l'inaction de la victime ne relèveraient pas du dommage réparable¹⁷⁶⁸. Cette question fut évoquée dans le deuxième arrêt de la Cour de cassation du 19 juin 2003. Dans cette seconde espèce, la victime d'un grave accident corporel avait cessé d'exploiter, depuis l'accident, son fonds de commerce qui avait perdu toute valeur. En effet, le fonds de commerce était resté inexploité durant six

¹⁷⁶⁶ V. Paul-Julien Doll, « Des conséquences pécuniaires du refus par la victime d'un accident de se soumettre à une opération chirurgicale améliorante après consolidation des blessures », JCP G 1970, doc. 2351. On a pu juger par exemple que le refus était abusif si l'opération est peu importante, ne présente pas de risque sérieux, n'entraîne pas de douleurs importantes et conduira presque certainement à une amélioration, v. Cass. crim. 3 juillet 1969, JCP 1970, II, 16447, note R. Savatier, RTD civ. 1969, p. 782, obs. G. Durry.

¹⁷⁶⁷ Un arrêt récent a décidé que la victime n'avait pas l'obligation de se soumettre à une intervention chirurgicale en visant expressément l'article 16-3 du Code civil. Cass 2^e civ. 19 mars 1997, RTD civ. 1997 p. 675 obs P. Jourdain.

¹⁷⁶⁸ « C'est aller au-delà de la réparation intégrale que d'indemniser la victime des conséquences de sa propre faute dans l'extension ou l'aggravation de ses préjudices », J.-P. Chazal, « L'ultra-indemnisation » : une réparation au-delà des préjudices directs », note sous Cass. 2^e civ. 19 juin 2003, D. 2003 comm. p. 2326.

années après l'accident, la clientèle avait disparu et le matériel était devenu obsolète. La Cour d'appel d'Amiens avait attribué ce dommage à l'inertie de la victime. Pour les juges du fond, le caractère délibéré de cette attitude suffisait à rompre la causalité entre l'accident et la perte du fonds, puisque la victime avait « choisi de laisser périlcliter » son fonds alors qu'elle « avait la possibilité de le faire exploiter par un tiers »¹⁷⁶⁹. La Cour de cassation censura l'arrêt d'appel en contestant la rupture du lien de causalité. La victime « avait subi du fait de l'accident, pendant de nombreux mois, une incapacité temporaire totale et partielle de travail (et) avait conservé une incapacité permanente partielle l'empêchant de reprendre son activité de boulangerie ce dont il résultait un lien de causalité direct entre l'accident et le préjudice allégué ». Autrement dit, on ne pouvait voir dans cette abstention un fait de nature à rompre la causalité entre l'accident et le dommage.

493. Préjudice direct et abstention causale. Le raisonnement consistant à admettre une rupture du lien causal suppose d'admettre le caractère causal de l'abstention de la victime. Or, comme nous l'avons vu, l'abstention ne peut être causale que si l'on pouvait raisonnablement s'attendre, en lieu et place de l'inaction de la victime, à une action donnée. Autrement dit, l'omission n'est causale qu'en cas d'obligation d'agir. Toute la question était donc de savoir si la victime avait, en l'occurrence, l'obligation d'intervenir pour limiter les conséquences dommageables de l'accident. Or le chapeau placé en tête de l'arrêt était clair : la victime n'est pas tenue de « limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable ». Logiquement, donc, le défendeur ne pouvait se voir partiellement exonéré. L'exemple montre que le seul article 1151 C. civ. ne peut suffire à tenir compte de l'absence de modération de son propre dommage par la victime.

494. L'exemple de Pothier. Certains auteurs estiment toutefois que l'abstention de la victime rompt nécessairement la causalité, ou plutôt la rend indirecte¹⁷⁷⁰. Selon eux, l'éventuelle modération par la victime de son propre dommage est déjà prise en compte par les règles relatives à la réparation du préjudice. Il est vrai que l'idée d'une modération du dommage par le créancier était déjà sous-jacente dans le fameux exemple de Pothier. La

¹⁷⁶⁹ « La négation du lien de causalité revient pourtant indirectement à imposer à celle-ci une obligation – de résultat- de minimiser son dommage », P. Jourdain, obs. préc. p. 718.

¹⁷⁷⁰ J.-P. Chazal, note préc. Pour l'auteur, il ne fait aucun doute que l'obligation de minimisation de son préjudice pour la victime d'un dommage ou d'une obligation conventionnelle inexécutée est « profondément enracinée dans notre culture juridique » et se rattache à la condition de causalité telle qu'elle s'exprime dans l'article 1151 du Code civil.

contamination du troupeau par la vache malade avait empêché le paysan de cultiver ses terres. Mais « ce défaut de culture n'est pas une suite absolument nécessaire de la perte de mes bestiaux, que m'a causée le dol de ce marchand : je pouvais, nonobstant cette perte de mes bestiaux, obvier à ce défaut de culture en faisant cultiver mes terres par d'autres bestiaux que j'aurais achetés ; ou, si je n'avais pas le moyen, que j'aurais loués ; ou en affermant mes terres, si je n'avais pas le moyen de les faire valoir moi-même. Néanmoins, comme, en ayant recours à ces expédients je n'aurais pas retiré autant de profit de mes terres que si je les avais fait valoir moi-même avec mes bœufs que j'ai perdus par le dol de ce marchand, cela peut entrer pour quelque chose dans les dommages et intérêts dont il est tenu »¹⁷⁷¹.

Mais l'exemple de Pothier concernait l'hypothèse de l'inexécution du contrat, dans laquelle l'inexécution du créancier est plus facilement assimilable à une faute. En outre, l'auteur raisonnait en termes de « suites nécessaires », donc de suites dont la probabilité de survenance était très élevée compte-tenu de l'inexécution du débiteur¹⁷⁷². Or ce terme de nécessaire a disparu par la suite, au profit des seules suites « immédiates et directes » qui se définissent d'abord comme les effets qui ne se seraient pas produits si le défendeur n'avait pas commis de fait illicite. Dans ce cadre, seule une action humaine est de nature à rompre le lien causal. Et pour qu'une abstention soit considérée comme action humaine à part entière, elle doit constituer la violation d'une obligation d'agir¹⁷⁷³. Ce qui signifie qu'il faut admettre le caractère *fautif* de l'attitude de la victime pour accepter le principe d'une rupture du lien causal. Or le droit positif n'a pas, à ce jour, consacré ce caractère fautif¹⁷⁷⁴.

¹⁷⁷¹ R. J. Pothier, *op. cit.* n°166-167. V. dans la note de M. Chazal, les réflexions de la doctrine du XIX^e siècle sur ce sujet.

¹⁷⁷² De ce point de vue, il n'est pas inexact de rattacher le raisonnement à la théorie de la causalité adéquate. (Y.-M. Laithier, thèse préc. n°347). Mais il ne faut pas se leurrer. La causalité adéquate permet surtout une hiérarchisation des causes en se fondant sur la probabilité d'apparition du dommage que chacune faisait naître. Il est, certes, toujours possible d'estimer que l'inertie du créancier faisait naître une probabilité de dommage plus grande que l'inexécution elle-même, mais l'affirmation nous paraît gratuite, s'agissant, qui plus est, d'une abstention.

¹⁷⁷³ Admettre le contraire reviendrait à imputer les accidents à toute personne n'ayant pas agi pour les empêcher, alors même qu'elle n'en avait pas l'obligation : une telle règle serait incohérente.

¹⁷⁷⁴ Dans le droit du contrat, l'admission du caractère fautif de l'inaction de la victime est facilement envisageable si l'on songe au principe de bonne foi. On pourrait également penser à recourir à la condition de prévisibilité de l'article 1150 C. civ. comme l'a fait le *Common Law*. Dans cette optique, le dommage qui aurait raisonnablement pu être atténué est qualifié de dommage imprévisible, raison pour laquelle il n'est pas indemnisable. Inversement, le dommage dont le débiteur savait ou aurait dû savoir au jour de la conclusion du contrat qu'il n'était pas susceptible de minimisation est un dommage prévisible et donc réparable. Ce fondement conduit à exclure la règle en cas de dol ou de faute lourde. V. Y.-M.

Il l'a, en outre, explicitement rejeté dans la responsabilité extra-contractuelle. Autrement dit, il n'est pas inexact de voir le principe d'une modération du dommage comme remettant en cause le principe de la réparation intégrale¹⁷⁷⁵.

495. Nécessité de la consécration d'une obligation. Au total, il nous paraît inexact de soutenir que le droit français connaît déjà un principe de modération du dommage qui rendrait inutile toute innovation. Seule la consécration d'une obligation d'agir, d'un devoir de limiter les conséquences préjudiciables d'une inexécution contractuelle, d'un délit ou d'un quasi-délit, est de nature à permettre une exonération partielle du défendeur. Telle est l'option retenue par l'Avant-Projet de réforme du droit des obligations qui, dans un article 1373, dispose « lorsque la victime avait la possibilité, par des moyens sûrs, raisonnables et proportionnés, de réduire l'étendue de son préjudice ou d'en éviter l'aggravation, il sera tenu compte de son abstention, sauf lorsque les mesures seraient de nature à porter atteinte à son intégrité physique ».

496. Conclusion de la section. S'il est vrai que l'on est responsable de ce que l'on a causé, le principe est difficile à mettre en œuvre lorsqu'on se trouve en présence de plusieurs faits illicites qui se sont combinés pour aboutir au dommage. Les limites de l'argument causal se font ici cruellement sentir. Il n'existe pas de critère, en effet, permettant de mesurer efficacement le rôle causal de chaque fait si ce n'est en se référant à des probabilités *ex ante* de dommage. Il n'est pas non plus possible d'affirmer que telle condition, retenue comme cause par le droit, a causé *totalem*ent le dommage ou *partiellem*ent ce dernier.

497. Conclusion du chapitre. La causalité joue un rôle essentiel dans la réparation en ce qu'elle permet d'identifier le dommage causé. En particulier, le raisonnement contrefactuel propre à l'analyse causale est fondamental dans la détermination du dommage. Deux points essentiels doivent être, à ce sujet, soulignés. D'une part, l'évaluation du dommage doit se faire en référence à une situation qu'il était humainement *possible* d'atteindre : voir un dommage dans toute différence par rapport à une situation

Laithier, thèse préc. n°345. V égal. Christophe André, *Le fait du créancier contractuel*, préf. G. Viney, LGDJ, 2002. Pour un exemple en matière de préjudice économique, v. CA Douai, 15 mars 2001, D. 2002, jur. p. 307 note C. André.

¹⁷⁷⁵ Comp. Anne Laude, « L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit privé français ? » in *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?*, *op. cit.* p. 55.

idéale et inatteignable conduit à sortir de la responsabilité. D'autre part, les *incertitudes* relatives au scénario contrefactuel, donc à ce qu'aurait été la situation de la victime en l'absence de fait dommageable, doivent donner lieu à un raisonnement en termes de *probabilités*. Il nous semble, en effet, approprié et équitable d'indemniser la victime en fonction des chances qu'elle avait d'éviter le dommage, cette solution permettant d'échapper à la règle du tout ou rien.

La causalité joue un rôle moins déterminant dans l'attribution de la charge de la réparation. Qu'elle repose sur le critère de la condition *sine qua non* ou sur celui de la probabilité *ex ante*, la causalité ne permet pas de trancher le difficile problème de la *pluralité des causes* d'un dommage. C'est donc au regard de la logique de la responsabilité civile qu'il faut élaborer des solutions aux questions posées. De ce point de vue, fonder l'obligation *in solidum* sur l'idée de *garantie* est particulièrement convaincant. De même, tenir compte de l'*illicéité* des faits des différents coresponsables pour répartir la charge du dommage est cohérent.

CONCLUSION DU TITRE I

498. Le présent titre avait pour objectif d'identifier les fonctions de la causalité dans la responsabilité civile afin d'éclairer sous un nouveau jour le problème de sa définition en droit.

Traditionnellement, la causalité joue le rôle d'une troisième condition de la responsabilité, en étant chargée de relier un fait illicite –faute ou inexécution d'un contrat- à un dommage. A cet égard, la condition de causalité a longtemps été exprimée dans la responsabilité sous la forme de l'exigence d'un lien direct, ou d'un dommage direct. Cette idée de lien direct avait surtout pour mission d'identifier l'étendue de la responsabilité du défendeur.

Le mouvement d'objectivation de la responsabilité est venu renforcer la place de la causalité dans la responsabilité. L'étude de la mise en œuvre de la responsabilité sans faute illustre l'importance de la causalité *sine qua non* qui, seule, permet de vérifier le lien causal effectif unissant le fait illicite. Le *raisonnement contrefactuel* est déterminant, tant pour l'identification du fait d'une chose, que pour la détermination des cas qui excluent, par nature, la responsabilité, faute de pouvoir envisager un autre cours des événements. Par ailleurs, la causalité *potentielle*, exprimée par la probabilité *ex ante* de dommage, permet de déterminer les comportements dangereux ou les situations risquées justifiant l'intervention du droit.

Dans le droit de la réparation, la causalité est essentielle à la détermination du dommage réparable. Là encore, le raisonnement contrefactuel permet de confronter la situation de la victime avec ce qu'elle aurait pu (et dû) être, en l'absence de fait dommageable. En revanche, la notion de causalité ne fournit aucune solution aux difficultés engendrées par la pluralité des causes d'un dommage, qui doivent être tranchés en considération d'autres éléments.

499. La causalité, omniprésente dans la mise en œuvre de la responsabilité, l'est donc à un double égard. Elle est d'abord présente, en son sens *minimum* de condition *sine qua non*, à toutes les étapes du jugement de responsabilité. Il ne saurait, en effet, y avoir responsabilité si l'on n'a pas expliqué le déroulement des événements. Mais l'explication causale contrefactuelle est insuffisante : un jugement de responsabilité affirme que les choses auraient dû se passer autrement et doit pouvoir, à cet égard, reposer sur des

arguments de nature à justifier qu'un autre cours des choses auraient été préférable.

Nous insistons, quoi qu'il en soit, sur le fait qu'il n'est pas pertinent de retenir une responsabilité en référence à des situations *impossibles*. Jamais Nicolas Perruche n'aurait pu naître sans handicap. Jamais l'escalator du grand magasin dans lequel Mme X. a chuté n'aurait pu ne pas exister. Chaque cas de responsabilité doit pouvoir donner lieu à un raisonnement contrefactuel plausible, permettant d'imaginer le cours des événements dans un état du monde respectant le droit.

Si la mise en œuvre de la responsabilité laisse une place au critère de la probabilité *ex ante*, c'est surtout pour qualifier l'illicéité de la situation considérée, à commencer par les fautes éventuelles des parties. De ce point de vue, la causalité probabiliste permet d'évaluer la *gravité* des faits commis par les coauteurs ou les victimes, voire même, le cas échéant, d'identifier une *cause exclusive*, entendue comme celle qui devait engendrer le dommage avec une très forte probabilité.

TITRE II

QUALIFICATION DE LA

CAUSALITE

500. Parvenu à ce stade de l'étude, il nous est possible de reprendre la question de la définition de la causalité dans la responsabilité civile en ayant à l'esprit les rôles de cette dernière. Le problème de la causalité « est insoluble, écrivait Ripert, quand on le pose en dehors de toute question de responsabilité »¹⁷⁷⁶.

Se reposer le problème du critère de la causalité implique une nouvelle perspective, différente de celle de la première partie. Il ne s'agit plus, en effet, de tenter de cerner la notion de causalité comme mode d'explication utilisé dans la pensée scientifique ou ordinaire. Il convient, après avoir évoqué le rôle technique assumé par la notion dans la responsabilité civile, d'aborder la causalité sous l'angle *juridique*, comme mode d'*imputation* d'une responsabilité.

Dans cette optique, vient immédiatement à l'esprit une idée fréquemment évoquée : celle de « *causalité juridique* », qui traduirait la définition que le droit entend donner à cette notion générale. L'idée appelle une question : une définition juridique de la notion de causalité peut-elle s'affranchir des conceptions usuelles de la causalité, à commencer par l'élément fondamental de condition *sine qua non* ? L'analyse des fonctions de la causalité a montré que la causalité juridique n'est pas, dans le droit de la responsabilité, une pure notion *fonctionnelle*, dont le sens et la définition varieraient suivant le contexte de la question

¹⁷⁷⁶ G. Ripert, *La règle morale...*, *op. cit.* n°117 p. 212.

posée¹⁷⁷⁷. Nous avons vu que la causalité *sine qua non* y est déterminante.

Il arrive pourtant qu'on justifie la qualification de causalités purement fictives au nom des objectifs de la responsabilité, à commencer par l'impératif d'indemnisation des victimes. La notion de causalité dans le contexte du droit n'a rien à voir, disent certains, avec l'explication de la réalité des faits, telle qu'elle est opérée hors de la sphère juridique : elle constitue une notion dont la définition relèverait exclusivement du droit. Une telle conception doit, cependant, être justifiée : seule une réflexion approfondie sur cette question nous permettra d'aborder le problème de la qualification de la causalité.

Une fois tranchée la question du statut et de la nature de la « causalité juridique », il devient possible de se pencher sur le problème de la qualification du lien causal à la lumière des éléments de définition que nous avons identifiés et des fonctions de la causalité. Si l'élaboration d'une définition systématique de la notion n'est pas envisageable, nous pourrions néanmoins tenter d'élaborer une méthodologie en isolant des *arguments de qualification* pouvant guider le jugement de causalité.

Nous évoquerons donc successivement le problème de la « causalité juridique » (chapitre 1), puis la méthodologie de la qualification causale (chapitre 2).

¹⁷⁷⁷ *Comp.* Paul-Henri Antonmattei, « Ouragan sur la force majeure », JCP G 1996 I 3907. « Faut-il alors considérer que la force majeure est une notion fonctionnelle dont la définition varierait selon l'événement en cause, selon le régime de responsabilité dans lequel elle s'insère, selon la branche du droit, voire selon la chambre de la Cour de cassation ? Une telle approche n'est guère concevable, faute de reposer sur des éléments sérieux de différenciation ».

CHAPITRE I

L'IDEE DE « CAUSALITE JURIDIQUE »

« Busiris : *C'est contre les faits, Hector.*

Hector : *Mon cher Busiris, nous savons tous ici que le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité.*

Busiris : *Le Sénat m'a demandé une consultation, je la donne.*

Hector : *Je te demande, moi, une interprétation. C'est plus juridique encore.*

(...)

Busiris : *Je ne peux vous donner qu'une aide, la vérité.*

Hector : *Justement, trouve une vérité qui nous sauve. Si le droit n'est pas l'armurier des innocents, à quoi sert-il ? (...)*¹⁷⁷⁸

501. « **Causalité juridique** ». L'idée de « causalité juridique » apparaît évidente à beaucoup. Ainsi, dit-on, « avec la causalité matérielle, il s'agit de comprendre comment le dommage –ou tout autre événement- a pu se produire en identifiant la somme de ses antécédents nécessaires. La causalité juridique relève, pour sa part, d'un autre ordre, normatif celui-là. (...) Le droit n'a pas pour fonction de décrire le plus fidèlement possible le réel. (...) Le droit doit simplifier le réel pour déclencher des solutions appropriées »¹⁷⁷⁹.

¹⁷⁷⁸ Jean Giraudoux, *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, Acte II, scène 5, Grasset, 1935, Le livre de Poche, 1991, pp. 120-121

¹⁷⁷⁹ Fabrice Leduc « La cause exclusive », RCA 1999 chron. 17, p. 4. *Comp. J.-S. Borghetti*, thèse préc. n°269. « Si toutes les causes matérielles ne constituent pas nécessairement des causes juridiques, en revanche, toute cause juridique constitue d'abord en principe une cause matérielle ».

La paternité de la distinction de principe entre « causalité matérielle » et « causalité juridique » paraît revenir à Béraud. « La causalité matérielle, c'est l'ensemble objectif des conditions qui ont concouru à la production d'un phénomène (...) La causalité juridique, c'est le rattachement du résultat dommageable, par un *jugement de valeur*, à un fait ou à une faute, (...) de manière à retenir la responsabilité de l'auteur de ce fait ou de cette faute »¹⁷⁸⁰. L'auteur avait trouvé son inspiration dans la théorie de la causalité morale d'Esmein, qui distinguait, quant à lui, la causalité matérielle de l'*imputabilité*, seule de nature à justifier, à ses yeux, une responsabilité, à partir d'un jugement porté sur la conduite du défendeur¹⁷⁸¹.

Là encore, s'observe un glissement des conceptions admises. Autrefois utilisée pour justifier le principe de sélection entre les conditions¹⁷⁸², la distinction est aujourd'hui invoquée pour justifier l'indépendance du droit par rapport à la science¹⁷⁸³, voire à la logique. Alors que les auteurs plus anciens -Béraud, Esmein, Ripert- liaient la qualification du lien causal au fondement de la responsabilité, en particulier à la faute, on invoque aujourd'hui la notion de « causalité juridique » pour dépasser le problème posé par l'incertitude du lien causal, voire pour justifier des qualifications rendues douteuses par la matérialité des faits. L'admission de plus en plus répandue de présomptions de causalité vient renforcer cette tendance. En matière médicale, certains préconisent ainsi « une approche strictement juridique de la difficulté liée à la preuve du lien de causalité entre la prise d'une thérapeutique et le développement d'une pathologie », pour pouvoir, par « une solution de droit », « dépasser la réalité scientifique »¹⁷⁸⁴. Qu'il 'agisse d'imputer à un médecin la charge de réparer le handicap du jeune Nicolas Perruche, ou de tracer un lien

¹⁷⁸⁰ René Béraud, « Les mythes de la responsabilité civile », JCP G 1964, I, 1837, spéc. n°2.

¹⁷⁸¹ P. Esmein, « Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité », art. préc.

¹⁷⁸² V. dans un ouvrage récent, la distinction entre causalité matérielle et causalité juridique présentée en ces termes : « La première suppose seulement le constat de ce qu'un fait a concouru, parmi d'autres facteurs, à produire tel effet. La seconde, à laquelle on est naturellement porté à s'intéresser plus particulièrement ici, implique au contraire qu'on porte une appréciation sur le rôle qu'a joué le fait considéré dans le processus qui a conduit au dommage », Ph. Brun, *op. cit.* n°276. V. égal. dans cette même optique : P. Jourdain, obs. sous Civ. 3^e 19 février 2003 : « un lien trop indirect pour être « juridiquement causal » », RTD civ. 2003 p. 508.

¹⁷⁸³ Comp. P. Sargos : « l'appréciation du droit qu'à un enfant de demander la réparation du préjudice consécutif à un handicap d'origine endogène ne peut se faire sur le terrain simpliste, sinon erroné, du lien de causalité envisagé biologiquement », concl. sous Cass. ass. plén. 17 novembre 2000, préc.

¹⁷⁸⁴ N. Jonquet, A.-C. Maillols, E. Terrier, D. Mainguy, note sous Cass. 1^{re} civ. 23 septembre 2003, JCP G, II, 1079. V. égal. Terré, Simler, Lequette, *op. cit.* n°1020.

entre le vaccin contre l'hépatite B et la sclérose en plaque, la « causalité juridique » sert désormais à justifier une liberté des qualifications juridiques par rapport aux réalités observées. Comme en matière de dommage ou de fait de la chose¹⁷⁸⁵, il ne s'agit plus d'avoir pour référence le monde réel, tel que nous le connaissons, mais d'apprécier la responsabilité au sein d'un univers juridique détaché de la réalité et pourvu de ses propres représentations.

502. La « legal cause » des common lawyers. En *Common Law*, un glissement sinon analogue, du moins comparable s'est opéré sous l'influence des auteurs réalistes américains¹⁷⁸⁶. La *proximate cause*, qui permettait de sélectionner parmi les conditions nécessaires du dommage, a progressivement été qualifiée de *legal cause*, avant d'être considérée comme un outil purement technique aux mains de juges désireux de faire prévaloir des considérations politiques. Deux différences notables écartent toutefois la position des auteurs américains de celle des juristes français. D'une part, la promotion de l'idée de *legal cause* ne s'est pas faite au nom d'une approche techniciste et positiviste du droit comme système clos et désincarné. Les juristes anglo-américains sont pragmatiques : le droit n'est pas un ensemble de normes détachées de la réalité, mais un *mode de régulation* des conduites en prise direct avec la *vie sociale*. D'autre part, rares sont les juristes ayant admis l'idée d'une causalité juridique ne satisfaisant pas au réquisit *minimal* de la condition *sine qua non*. Les seuls auteurs ayant émis cette idée relèvent d'un courant particulièrement sceptique qui tend à promouvoir l'idée d'une indétermination foncière des règles juridiques ayant pour corollaire l'arbitraire absolu du juge. Mais ce courant reste marginal.

503. Enjeux de la « causalité juridique ». Que penser de l'idée de « causalité juridique » ? En tant que tel, aucun argument logique ou technique ne paraît contraindre le droit à devoir traduire fidèlement la réalité des faits par l'adoption d'une théorie réaliste (au sens philosophique) de la causalité¹⁷⁸⁷, sauf à adhérer à une conception d'inspiration jusnaturaliste du droit comme reflétant l'ordre naturel des choses. Il serait donc

¹⁷⁸⁵ V. supra n°

¹⁷⁸⁶ Sur tous ces points, v. supra n°205 et s.

¹⁷⁸⁷ Nous ne renvoyons pas ici aux théories réalistes des partisans du *Legal Realism* mais au réalisme philosophique qui postule que la réalité existe et qu'elle est connaissable. Cela signifie que le jugement de causalité serait susceptible de vérité, au sens classique de la vérité-correspondance.

envisageable de se désolidariser des significations usuelles pour élaborer une théorie purement juridique de la causalité en l'adaptant, si besoin est, aux exigences de l'administration de la justice. Autrement dit, une causalité qui serait proprement juridique n'aurait plus vocation à désigner la réalité *en soi* (A a causé B) mais exprimerait seulement ce que le droit *choisit* de dire de la réalité (A a causé B *pour le droit*).

Si une telle question paraît théorique, son enjeu pratique est de taille. Si le jugement de causalité opéré dans le contentieux de la responsabilité civile n'implique qu'une causalité juridique, le juge dispose d'une liberté très vaste par rapport aux données de la science, à commencer par les rapports d'expertise sur lesquels il s'appuie. Libre à lui de retenir une causalité purement fictive. Cela signifie, par ailleurs, qu'un jugement de causalité, fût-elle *sine qua non*, opéré par le juge pénal, sera sans influence sur le juge civil statuant sur les mêmes faits, puisqu'il s'agira moins, en l'occurrence, de décrire la réalité que de raisonner en droit.

En vérité, la difficulté illustre le problème posé par la double nature, descriptive et attributive, explicative et imputative, de la notion de causalité. Il est difficile de déterminer la mesure dans laquelle la causalité se présente comme une question de fait ou une question de droit. Parler de « causalité juridique » n'empêche pas les auteurs d'évoquer le problème de « preuve » de la causalité, sans que l'on sache ce qui, parmi les arguments fondant la qualification, relève des moyens de preuve ou des motifs de droit. Examiner la notion de causalité juridique nous permettra d'aborder ces questions. Dans cet optique, nous nous interrogerons d'abord sur la pertinence de l'idée de « causalité juridique » (section 1), puis, à supposer qu'une telle notion soit admissible, nous tenterons d'évaluer le degré d'autonomie que la « causalité juridique » peut présenter par rapport aux conceptions courantes ou scientifiques de la causalité (section 2).

Section 1. Pertinence de la notion de causalité juridique

504. Deux arguments peuvent être mobilisés pour justifier l'idée de causalité juridique : d'une part, la causalité est une notion contrôlée, ce qui signifie qu'elle constitue une question de droit à part entière (§1). D'autre part, le langage juridique est un langage spécifique qui s'approprie les termes qu'il emploie (§2).

§1. La causalité, question de droit

505. « La causalité est une notion de droit qui repose sur des constatations de fait relevant du pouvoir des juges du fond mais dont la pertinence reste soumise au contrôle de la Cour de cassation »¹⁷⁸⁸. De fait, la causalité constitue une qualification soumise au contrôle du juge de cassation depuis la fin du XIX^e siècle (A). Reste à savoir si ce contrôle comporte des implications logiques permettant d'admettre que la causalité constitue, ce faisant, une représentation purement juridique de la réalité (B).

A. La causalité, notion contrôlée par la Cour de cassation

506. Après avoir évoqué le principe du contrôle opéré par la Cour de cassation depuis près d'un siècle (1), nous approfondirons la signification d'un tel contrôle pour celui qui doit, dans un litige donné, établir un lien de causalité (2).

1. Principe du contrôle

507. Pour le néophyte, l'établissement d'un rapport de causalité est une question de fait, puisqu'il paraît s'agir là d'une simple description de la réalité matérielle. La causalité du Code civil étant, au moins originellement, entendue en son sens courant, les auteurs du XIX^e siècle l'ont conçue comme une question de fait relevant des seuls juges du fond. Demolombe leur accordait un pouvoir d'appréciation discrétionnaire : « c'est donc aux

¹⁷⁸⁸ G. Viney, JCP G 2005, I, chron. 149 n°8.

juges, en effet, qu'il appartient de statuer, en fait, suivant les circonstances particulières de chaque espèce »¹⁷⁸⁹.

508. Développement du contrôle de la Cour de cassation. Cependant, à partir de 1895, la Cour de cassation commença à étendre son contrôle sur la qualification du lien de causalité¹⁷⁹⁰. Si la décision du 7 août 1895 sanctionnait une contradiction de motifs manifeste dans l'arrêt d'appel, la tendance vers l'extension du contrôle se révéla très nette par la suite. A dire vrai, le contrôle de la Cour de cassation sur la causalité allait de pair avec le contrôle de la qualification de la faute¹⁷⁹¹. A l'époque, la causalité n'était pas encore appréhendée en elle-même, comme une condition distincte de la faute et du dommage. Un arrêt de 1910 mentionna par exemple qu'« il appartient à la Cour de cassation d'apprécier si les faits souverainement constatés par les juges du fond présentent les caractères juridiques de la faute et engagent la responsabilité de leurs auteurs »¹⁷⁹². Si un arrêt de 1922 mentionne encore « qu'il appartenait au juge du fond, après la constatation de la faute commise, d'apprécier souverainement quelles étaient les suites de cette faute »¹⁷⁹³, la Cour de cassation a admis très nettement par la suite le principe général d'un contrôle du lien causal unissant la faute au dommage¹⁷⁹⁴.

Le contrôle est également opéré en matière de lien causal unissant l'inexécution contractuelle au dommage subi¹⁷⁹⁵. Le caractère *direct* du préjudice est donc contrôlé¹⁷⁹⁶. On notera toutefois qu'au pénal, le caractère direct ou indirect de la causalité, dans

¹⁷⁸⁹ G. Demolombe, *Cours de Code Napoléon, t. XXXI, Traité des engagements qui se forment sans convention*, Livre III Titre IV Chapitre II, Paris, 2^e éd., 1882, n°671 et s. spéc. n°674 et n°684.

¹⁷⁹⁰ Civ. 7 août 1895 D. P. 1896 I p.82..

¹⁷⁹¹ V. par ex. Cass. civ. 13 janvier 1908 S. 1911, I, 217, note G. Appert. La thèse selon laquelle toute qualification revêt le caractère de question de droit fut défendue dès la première moitié du XIX^e siècle par Désiré Dalloz. C'est ainsi que la Cour de cassation contrôla la qualification de faute dès 1845 (Cass. civ. 19 août 1845, D. P. 1845 I, p. 378) V. J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, Dalloz Action, 2004, n°65 et s.

¹⁷⁹² Cass. civ. 28 février 1910, S. 1911, I, p. 329 note G. Appert. Le commentateur note que la Cour estime désormais qu'il lui appartient « de dire, au moins dans les cas de fautes réciproques, quelle a été la cause du dommage ».

¹⁷⁹³ Cass. req. 27 février 1922, Gaz. Pal. 1922, I, 753, RTD civ. 1922, obs. R. Demogue.

¹⁷⁹⁴ Cass. 2^e civ. 11 décembre 1952, JCP G, 1953, II, 7549, note R. Rodière.

¹⁷⁹⁵ Et ce malgré une controverse ancienne entre la Chambre civile (Cass. civ. 4 fév. 1895, S. 95, I, 35) favorable au contrôle et la Chambre des requêtes, hostile à ce dernier (Cass. req. 8 nov 1921 S. 1922, I, 251) qui finit par s'y rallier (Cass. req. 22 juillet 1941 Gaz. Pal. 1941, II, 372).

¹⁷⁹⁶ Cass. soc. 26 janv 1961 Gaz. Pal. 1961, I, 177.

l'application de la loi du 10 juillet 2000 relative aux infractions non intentionnelles relève, en principe, des juges du fond¹⁷⁹⁷. En outre, la Cour de cassation contrôle la présence d'un « *fait de la chose* », en vérifiant si la chose considérée constituait, « ne serait-ce que pour partie, l'instrument du dommage »¹⁷⁹⁸, selon une formule récurrente. La notion de *force majeure* est considérée comme une question de droit relevant du contrôle du juge de cassation¹⁷⁹⁹. Finalement, la seule chose que la Cour de cassation exclut de son contrôle concerne *l'influence respective* des causes du dommage¹⁸⁰⁰ ou l'appréciation de la *gravité de la faute*, lorsque celle-ci permet d'opérer le partage de responsabilité¹⁸⁰¹. De même l'évaluation du *dommage* relève de la compétence des juges du fond. Dans l'ensemble, on peut estimer que la causalité fait l'objet d'un contrôle vigilant et étendu. Non seulement il convient que le juge du fond fasse expressément état du lien de causalité de nature à justifier la responsabilité, mais il peut voir son choix remis en cause par la Cour de cassation¹⁸⁰².

Un auteur a, récemment, critiqué le principe du contrôle du lien causal par la Cour de cassation¹⁸⁰³. La causalité ferait partie, en effet, comme la faute délictuelle, des « notions fortement chargées de subjectivité, et qui sont, de ce fait, irréductiblement floues ». Or le rôle de la Cour de cassation ne serait pas « de substituer, dans l'appréciation du fait, la subjectivité de ses juges à celles des juges du fond »¹⁸⁰⁴. Nous ne partageons pas l'avis de l'auteur quant à la subjectivité du jugement causal, que nous ne croyons pas assimilable à l'appréciation normative permettant de qualifier la faute. La position défendue par l'auteur n'est d'ailleurs pas, à l'heure actuelle, celle de la jurisprudence de la Cour de cassation.

¹⁷⁹⁷ Cette position a été vivement critiquée : les notions de causalité directe et indirecte, dit-on, soulèvent une question de droit et non « une vague donnée (de fait ?) abandonnée négligemment à l'appréciation ou aux caprices des juges du fond ». Ph. Conte, note sous Cass. crim. 13 novembre 2002, D. 2004, jur. p. 1336 spéc. p. 1337.

¹⁷⁹⁸ Cass. 2^e civ. 25 novembre 1992, Bull. civ. II, n°280 ; RTD civ. 1993, p. 368 obs. P. Jourdain.

¹⁷⁹⁹ Cass. civ. 8 décembre 1926, S. 1927, 1, 44.

¹⁸⁰⁰ Cass. ch. mixtes, 28 janvier 1972, JCP G 1972, II, 17050, concl. R. Lindon.

¹⁸⁰¹ Cass. 2^e civ. 2 mars 1966, Bull. civ. II, n°284.

¹⁸⁰² Par exemple, l'installateur d'une alarme était poursuivi en raison de sa négligence fautive qui avait permis à un cambriolage de survenir. La Cour de cassation a censuré la Cour d'appel de n'avoir pas retenu un lien causal entre le fait de l'installateur et la perte d'une chance d'éviter le cambriolage. Cass. 1^{re} civ. 6 octobre 1998, Bull. civ. I, n°276.

¹⁸⁰³ Jean-Luc Aubert, « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile », D. 2005 chron. p. 1115.

¹⁸⁰⁴ J.-L. Aubert, art. préc. p. 1118.

2. Signification du contrôle

509. L'inférence causale. Le contrôle de la Cour de cassation, en matière de causalité, peut être compris comme portant sur *l'inférence causale*. Nous savons, en effet, que la causalité ne s'observe jamais *directement*. Hume décrivait comment l'esprit en vient, à partir de l'observation d'une connexion constante, à inférer une relation causale¹⁸⁰⁵. La causalité « n'est pas quelque chose qui se voit et se touche mais un rapport déduit des circonstances de fait par une opération de l'esprit »¹⁸⁰⁶. Quelle que soit la théorie choisie, la relation causale, fût-elle reconnue par une simple intuition, n'est pas « donnée » dans les faits, elle ne se *constate* pas comme se constate, par exemple, le fait qu'une chose est de couleur rouge ou qu'un événement s'est produit à telle heure. Elle est, au contraire, le fruit d'une démarche de pensée, d'une interprétation. La difficulté est, là encore, liée à la nature indiscernable du concept de causalité. Philosophiquement s'affrontent toujours, sur cette question, deux positions antagonistes et irréconciliables. Le *réalisme* traite la causalité comme un phénomène existant dans le monde alors que l'*idéalisme* n'y voit qu'un concept présent dans l'entendement humain et lui permettant de se représenter la réalité. Dans la première optique, la causalité s'observe, fût-ce au moyen de techniques sophistiquées, alors que dans la seconde, elle est une pure production de l'entendement humain, éventuellement soumise à la subjectivité de celui qui émet le jugement causal.

A vrai dire, le jugement de causalité découle, dans tous les cas, d'une opération de l'esprit, d'un raisonnement. Il résulte d'une *inférence* au sens de l'« opération par laquelle on admet une proposition dont la vérité n'est pas connue directement en vertu d'autres propositions déjà tenues pour vraie »¹⁸⁰⁷. Cela signifie qu'à partir des éléments de fait prouvés par les parties, le juge est en mesure de retenir, ou non, un lien causal sur la base de certains critères. Autrement dit, c'est à partir des circonstances de l'espèce -l'enchaînement des faits dans le temps, leurs caractéristiques physiques, géographiques, temporelles- que la reconnaissance d'une causalité peut être opérée. L'établissement de la causalité dans un litige donné relève donc, à la fois, d'une *démarche de preuve* et d'un *raisonnement en*

¹⁸⁰⁵ V. *supra* n°26 et s.

¹⁸⁰⁶ R. Savatier, *Traité de la responsabilité civile*, op. cit., n°459.

¹⁸⁰⁷ V° « Inférence », in A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit. p. 510.

pensée. Du côté de la preuve, il convient d'établir *ce qui s'est passé*, l'histoire, le déroulement des fait bruts. Du côté de l'inférence causale, il convient de *raisonner* afin de formuler un jugement de causalité approprié. A cet égard, la causalité s'établit dans l'*abstrait*.

Tel est le cas, pourrait-on objecter, de tous les concepts juridiques : par exemple, la qualification de *faute* suppose la preuve préalable d'actes matériellement commis par le défendeur. Mais, dans cet exemple, deux étapes bien distinctes sont aisément identifiables : le même événement fait d'abord l'objet d'une *preuve* (X a fait ceci) puis d'une qualification qui constitue un *jugement de valeur* (ce qu'a fait X est une faute). Tel n'est pas le cas de la causalité, puisqu'elle n'est jamais perçue directement. Le raisonnement permettant d'établir la causalité est plus qu'un simple *jugement normatif* opéré sur des faits déjà établis comme semblaient l'estimer Esmein et Béraud, ou aujourd'hui M. Aubert. Il faut, en effet, pour pouvoir formuler une liaison causale, *ajouter quelque chose* qui ne se trouve pas dans les faits bruts prouvés et qui ne correspond pas, quoi qu'on en dise, à un jugement de valeur. L'affirmation selon laquelle le fait B ne se serait pas produit en l'absence du fait A n'est en rien une *appréciation* : elle se présente comme un *jugement objectif*¹⁸⁰⁸.

En résumé, l'établissement d'une causalité suppose, d'abord, que soit prouvés l'*histoire*, les faits constituant les circonstances de l'espèce. Par exemple, il faut établir que Mme X. a subi un accident de la circulation dans des circonstances déterminées, puis qu'elle a été transportée à l'hôpital où elle a été victime d'un accident anesthésique. L'appréciation des éléments de preuve permettant d'établir ces circonstances relève logiquement de l'appréciation souveraine des juges du fond. Pour, ensuite, pouvoir formuler un jugement de causalité, il faut tenir un raisonnement dont la première étape correspond à l'analyse contrefactuelle propre à l'établissement d'une condition *sine qua non*. Le contrôle de la Cour de cassation intervient à ce stade, ce qui se comprend aisément compte-tenu à la fois du caractère *abstrait* du raisonnement tenu, ainsi que de la nécessité de tenir compte de *règles d'expérience* permettant d'évaluer ce qui se serait produit en l'absence de fait dommageable.

¹⁸⁰⁸ *Contra* H. Croze, « L'incidence des mécanismes processuels sur l'établissement du lien de causalité », in *Exigences sociales, jugement de valeur et responsabilité civile en droit français, allemand et anglais*, sous la dir. H.A. Lierbermann von Walhendorn, LGDJ, Paris, 1983, p. 55, spéc. n°36. V. égal, Esmein et Béraud, art. préc. ainsi que M. Aubert, art. préc.

510. L'exemple du droit américain. La mesure dans laquelle l'établissement de la causalité constitue une question de fait ou une question de droit a donné lieu, en droit américain, à de nombreux développements. Les considérations procédurales sont, à cet égard, déterminantes, la *question of fact* relevant du jury¹⁸⁰⁹, alors que la *question of law* est destinée au juge. La distinction n'a pas la même portée technique qu'en droit français. Tout simplement, la *question of fact* concerne la description des faits passés¹⁸¹⁰, alors que la *question of law* est relative à la décision à prendre. Pour les *common lawyers*, le critère de la condition *sine qua non*, exprimé au travers de la condition de *but for cause* exprime une causalité factuelle, matérielle, qui relève du jury. Certains auteurs insistent même sur le caractère objectif de ce critère¹⁸¹¹. Pourtant, affirmer qu'en l'absence d'un événement donné, le dommage ne se serait pas produit constitue moins la description d'un fait réalisé qu'une proposition hypothétique. Il ne s'agit pas de faire la preuve d'un fait positif, mais d'établir la pertinence d'une affirmation relative à un enchaînement d'événements qui ne se sont jamais produits et ne se produiront jamais. Le mécanisme présente, toutefois, une parenté avec la technique de la présomption de fait¹⁸¹² puisque la qualification de condition *sine qua non* est inférée de faits connus et prouvés. Mais, alors que la présomption suppose de tirer de faits connus l'existence d'un *fait* inconnu, le raisonnement, ici, abouti seulement à une proposition contrefactuelle. En réalité, l'établissement d'une condition *sine qua non* fait appel à la fois à des faits qui doivent être dûment prouvés, et à des arguments rationnels permettant de croire en la pertinence du raisonnement hypothétique. Pour cette raison, faire porter le contrôle d'une juridiction supérieure sur un raisonnement aussi délicat est justifié. En définitive, la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation nous paraît appropriée, qui permet de s'assurer que le raisonnement est correctement mené, et d'unifier la méthode choisie pour l'opérer. Un auteur a parfaitement résumé le mécanisme de la manière suivante : « la Cour de cassation n'a pas en principe à connaître des considérations sur la base desquelles les juges du fond déterminent l'existence même du processus

¹⁸⁰⁹ Le 7^e amendement de la Constitution américaine prévoit que toute personne a droit à un jury pour un litige civil dont l'enjeu est supérieur à \$20 et pour une affaire pénale dans lequel la peine encourue est supérieure à six mois.

¹⁸¹⁰ Pour Hart et Honoré, le jugement de causalité est une question de fait. Cela justifie, d'ailleurs, le recours aux usages linguistiques ordinaires pour son interprétation, ce qui ne serait pas le cas s'il s'agissait d'une notion de droit. V. supra n°

¹⁸¹¹ V. J. Stapleton, « *Perspective on Causation* », in J. Horder (dir.) *Oxford Essays in Jurisprudence, Fourth series*, Oxford University Press, 2000, p. 61 et s., spéc. p. 62.

¹⁸¹² V. supra n°

d'enchaînement des faits, mais elle se doit de contrôler, en revanche, les déductions que le juge tire de cette appréciation souveraine : c'est alors non seulement la cohérence de la motivation qu'elle apprécie, mais aussi le bien-fondé du raisonnement conduisant à l'affirmation ou à la négation du rapport causal »¹⁸¹³.

B. Implications du contrôle de la qualification causale

511. Il serait aisé de penser que le contrôle opéré par la Cour de cassation découle de la logique ou de la nature des choses. Autrement dit, il y aurait *par nature* des questions qui relèvent de l'analyse des faits et des questions propres au droit. En pratique, pourtant, les raisons qui conduisent la Cour de cassation à opter ou non pour le contrôle sont pragmatique et relèvent largement de considérations opportunistes.

Cela étant dit, l'existence d'un contrôle de la Cour de cassation sur la qualification du lien de causalité -que nous approuvons pour les raisons précitées- pourrait-il jouer en faveur de la pertinence de la « causalité juridique » ? Autrement dit, la présence de la causalité dans une norme juridique, qui donne lieu, à cet égard, à une qualification contrôlée par la Cour de cassation serait-elle de nature à justifier l'idée de « causalité juridique » ? Pourrait-elle, en outre, légitimer la reconnaissance de liens de cause à effet dans des hypothèses où ni l'homme ordinaire, ni le scientifique ne l'admettraient, au motif que le droit dispose de ses propres représentations concernant la réalité matérielle ? Répondre à ces questions suppose de reprendre la logique de la qualification causale.

512. Le jugement de causalité est une qualification¹⁸¹⁴. Bien qu'il soit difficile de dégager un critère convaincant de distinction entre la constatation des faits et la qualification juridique¹⁸¹⁵, il n'est pas contestable que le jugement de causalité est une qualification. Le principe de la qualification est de déterminer si la situation de fait

¹⁸¹³ Ph. Brun, *op. cit.* n°293. On admettra que l'on se trouve, ici, à la frontière du fait et du droit. V. sur ce point Xavier Lagarde, « Finalités et principes du droit de la preuve, ce qui change », JCP G 2005 I doc. 133 n°1.

¹⁸¹⁴ L'étymologie du mot « *qualificare* » signifie « dire lequel parmi plusieurs », Jean Paulin Niboyet, *Cours de droit international privé*, Sirey, 1949, p. 453, cité par Thomas Janville, *La qualification*, thèse Paris II, 2002, n°8 note (2).

¹⁸¹⁵ « Regardé sous l'angle théorique, le problème de la recherche d'un critère est insoluble », Daniel Labetoulle, « La qualification et le juge administratif : quelques remarques », *Droits* n°18, 1993, p. 41.

considérée relève de celles qui sont visées par la règle¹⁸¹⁶. Si, dans l'opération de qualification, « les parties apportent un lot de faits bruts que le juge qualifie en droit »¹⁸¹⁷, tel est bien le cas du jugement de causalité que nous avons précédemment décrit. Estimer établi un rapport de causalité revient à enclencher l'application des textes concernés, donc à s'exprimer « en droit ». Marty¹⁸¹⁸ voyait le critère de la qualification dans le fait d'appliquer une *notion légale* : il y a qualification dès lors qu'il y a passage du concret à l'abstrait et qualification *juridique* dès lors que cette opération concerne une notion légale, puisque cet emploi conduit à déclencher l'application de la règle concernée. Toute notion désignée dans la loi devient, par là même, une notion juridique dont la Cour de cassation fait respecter la définition et assure l'unité d'interprétation. Le contrôle peut même porter sur des notions très techniques : « dès lors, en effet que la loi attache à cette qualification technique un effet juridique, il la transforme en une qualification juridique qui, selon la formule de Dabin, « constitue l'hypothèse fondant le dispositif légal » »¹⁸¹⁹. D'ailleurs, la qualification peut fort bien concerner des termes courants : « du moment qu'un mot, même usuel, est employé par la loi, la notion correspondante, quoi que tirée de la vie courante devient notion légale »¹⁸²⁰. Il peut ainsi arriver qu'« un terme en lui-même banal et anodin » devienne, « lorsqu'il est chargé d'un contenu juridique », « un concept autour duquel viennent graviter des démarches de qualification »¹⁸²¹. Ainsi, a-t-on pu juger que sont des véhicules « les bac, cabine de remontée-pente, bétonnière, charrette à bras » mais que ne le sont pas « les ascenseurs et tondeuses à gazon dépourvus de système de locomotion, le sort de la brouette restant « en suspens » »¹⁸²².

¹⁸¹⁶ « La qualification de faits ou des actes consiste à identifier une situation de fait à une notion légale, à déterminer dans quelle catégorie légale rentre le fait ou l'acte dont l'existence a été constatée, et par suite à apprécier quelle règle juridique lui est applicable. La qualification du fait, c'est, comme l'a écrit Dabin, « l'espèce concrète en quête de sa norme » (préface à l'ouvrage de Rigaux, p. XIII) ou, pour employer la terminologie allemande, la subsomption de la situation de fait sous une règle déterminée ». J. et L. Boré, *op. cit.* n°6504.

¹⁸¹⁷ Philippe Jestaz, « La qualification en droit civil », *Droits* n°18, 1993, p. 45. La qualification est ainsi considérée comme une « technique intellectuelle destinée à spécifier ou tout du moins à permettre l'appréhension de faits réels par le droit ».

¹⁸¹⁸ Gabriel Marty, *La distinction du fait et du droit, Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Sirey, 1929.

¹⁸¹⁹ J. et L. Boré, *op. cit.* n°6505.

¹⁸²⁰ G. Marty, *op. cit.* p. 206.

¹⁸²¹ Daniel Labetoulle, art. préc.

¹⁸²² *Ibid.*

En outre, l'exercice de pensée permettant d'aboutir à un jugement de causalité est une démarche de qualification dès lors que l'on conçoit cette dernière comme une « conceptualisation du fait »¹⁸²³. On parle, à cet égard, de « penser juridiquement le réel »¹⁸²⁴ ou de « saisir » le réel grâce au concept qualificateur. Au contraire, l'établissement pur et simple des faits paraît impliquer de simples constats d'existence à propos de choses qui s'observent directement. Qualifier un lien entre deux événements de rapport causal correspond bien à « revêtir une donnée concrète des qualités qui déterminent son régime et ses conséquences juridiques en la rattachant par nature aux catégories abstraites dont elle possède les critères distinctifs »¹⁸²⁵. Cette analyse est de nature à légitimer le principe d'une notion de causalité juridique qui serait propre à l'activité du droit. Insérée dans la règle légale, la condition de causalité constitue une « catégorie juridique »¹⁸²⁶, dont il revient, dès lors, au droit de déterminer la définition.

513. Double visage de la qualification. Si la qualification consiste à reconnaître (ou non), dans la situation étudiée, les caractéristiques du concept juridique dans l'optique de déclencher (ou non) l'application de la règle de droit, l'opération peut se schématiser autour de deux idées principales correspondant à deux *fonctions*¹⁸²⁷. D'une part, la qualification a une fonction de *désignation de la réalité considérée*¹⁸²⁸. Elle relève de la part inévitable de description de l'activité juridique : « rien ne pourrait être prescrit si rien n'était préalablement décrit »¹⁸²⁹. La qualification permet de dire ce qui est, ou a été, en employant

¹⁸²³ Michel Virally, *La pensée juridique*, LGDJ, éd. Panthéon-Assas, p. 16.

¹⁸²⁴ Henri Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)*, préf. Paul Roubier, rééd. Dalloz, 1991, p. 24.

¹⁸²⁵ Jean-Louis Bergel, *Méthodologie Juridique*, PUF, 2003, p. 102.

¹⁸²⁶ Si l'on entend par là « tout fait ou ensemble de faits, tout acte ou ensemble d'actes auxquels la loi ou tout autre règle de droit attache des conséquences juridiques, c'est à dire dont elle fait la condition nécessaire et généralement suffisante, pour que certaines solutions s'imposent au juge », Marcel Waline, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », *Mélanges Dabin*, p. 359 et s., spéc. p. 365.

¹⁸²⁷ « Opération fondamentale du raisonnement juridique, la qualification remplit deux fonctions principales. Comme en toute matière, elle est une facilité du langage, en ce qu'un mot (hypothèque...) permet de synthétiser une longue définition. Plus spécifique est le fait que la qualification définit un régime », Bernard Audit, « Qualification et droit international privé », *Droits* n°18, 1993, p. 55 et s.

¹⁸²⁸ M. Cayla souligne que la qualification consiste à « donner un nom aux choses » et à « les caractériser juridiquement », « Ouverture : la qualification ou la vérité du droit », in *La qualification*, Droits, 18, 1993, p.3.

¹⁸²⁹ « Car avant de commencer par dire d'un objet qu'il ne doit pas être (...) il faut bien commencer par dire ce qu'il est », O. Cayla, « La qualification », art. préc.

pour ce faire le langage du droit : elle dit ce qui est « en tout cas juridiquement »¹⁸³⁰. Dans cette optique, la catégorie juridique à laquelle elle ramène le fait ou la situation en cause doit exprimer ses caractéristiques essentielles. « Les situations de fait ne peuvent être analysées en droit que par référence à des concepts juridiques connus et définis »¹⁸³¹.

L'opération de qualification ne peut se réduire à cet aspect de nomination dès lors que le choix de désigner une situation concrète par tel ou tel terme légal entraîne l'application de la règle juridique. La qualification consiste donc également en *l'attribution d'un régime juridique à une situation juridique donnée*. A cet égard, la correspondance de sens et/ou de nature entre le concept qualificateur et le fait considéré n'est pas tout : encore faut-il que le résultat auquel mène la qualification puisse être perçu comme justifié. Une qualification peut « s'imposer en raison pure », et l'on peut, « soit s'y rallier, soit au contraire la nier en vue de réaliser un dessein précis »¹⁸³². Ainsi, le juge peut être amené à « nier la véritable qualification » à « tricher » avec la qualification pour des raisons d'équité « afin de soustraire le cas au régime normalement applicable et devenu injuste en l'espèce ». Parfois, les tribunaux vont jusqu'à « nier la qualification de manière frontale et systématique »¹⁸³³, usant ainsi d'un « artifice pour changer la règle ou introduire une règle dérogatoire ».¹⁸³⁴ Certains vont jusqu'à estimer que « dans la réalité le juge se fait le plus souvent une idée intuitive de la solution juste avant de construire son syllogisme *a posteriori* »¹⁸³⁵.

Le tiraillement entre les deux fonctions de la qualification est lié au débat ancien et constant sur la question de savoir si l'opération constitue plutôt un acte de connaissance ou un acte

¹⁸³⁰ O. Cayla, « La qualification », art. préc.

¹⁸³¹ J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, Dalloz, 2004, p. 108.

¹⁸³² P. Jestaz art. préc. p. 50-51. Si, en théorie, « la qualification devrait répondre à des objectifs de raison et d'harmonie intellectuelle », en pratique, « sous ses apparences de pure technique, la qualification est l'instrument par excellence d'une politique au sens large : politique législative ou judiciaire, politique des cas particuliers (équité) ou procédant d'un dessein plus général, peu importe » P. Jestaz, « La qualification en droit civil », *ibid.* p. 52.

¹⁸³³ P. Jestaz, *ibid.* p. 49.

¹⁸³⁴ Deux exigences paraissent s'imposer en matière de qualification « politique » : d'une part, « que l'inévitable manipulation des qualifications n'ait pas de fin scélérate », d'autre part, « que cette manipulation soit aussi consciente et affichée que possible afin d'éviter le trouble des esprits et surtout la reproduction, involontaire cette fois, de l'erreur ». « Le double langage n'a pas d'inconvénient grave tant qu'on le pratique pour le bon motif et pas plus que nécessaire, en le sachant et en le faisant savoir. A cette condition, il n'est à tout prendre qu'un phénomène de polysémie – inévitable tribut que nous payons à la relative pauvreté du langage. Mais encore faut-il que ce tribut se paie dans la transparence et pas en dessous-de- table » P. Jestaz, « La qualification en droit civil », art. préc. p. 53.

¹⁸³⁵ P. Jestaz, « Une question d'épistémologie », art. préc. p. 554.

de volonté : acte de connaissance, en ce qu'il suffirait de prendre connaissance de la règle juridique pour déduire qu'elle s'applique bel et bien à la situation concernée, ou acte de volonté en ce qu'elle laisse au juge la liberté de se déterminer en fonction de considérations diverses. De nos jours, de nombreux auteurs tranchent pour la seconde idée, dans une perspective qui laisse une large place à la décision du juge¹⁸³⁶. A cet égard, la qualification ne consiste pas seulement en l'application d'un concept préexistant à un donné mais aussi en une construction, une précision du concept en cause par son application aux faits de l'espèce¹⁸³⁷. Ainsi, une notion issue du langage ordinaire dont la qualification déclenche l'application d'un régime juridique bien défini (« meuble ») prend petit à petit une dimension technique de plus en plus étoffée. Cette dimension juridique peut se limiter aux précisions données par le juge dans les cas - limites : ce dernier décidera ainsi qu'un tricycle n'est pas une bicyclette, qu'une landau n'est pas un véhicule terrestre à moteur. Mais cette intervention revient à élaborer des constructions juridiques à part entière : lorsque le juge précise ce qu'il entend par « mur mitoyen », il construit de ce fait une catégorie juridique autonome de « mur mitoyen ».

Ces observations laissent penser que la causalité, en tant que *concept qualificateur* permettant à la fois de désigner une *réalité* préexistante et d'attribuer une *responsabilité*, dispose d'une véritable consistance juridique. De ce point de vue, elle constituerait une authentique *catégorie juridique* relevant d'une définition juridique contrôlée par le juge de cassation. Autrement dit, la notion de causalité ne serait pas un « donné » s'imposant à l'ordre juridique, mais un « construit » résultant de l'activité juridique elle-même. Peut-on

¹⁸³⁶ Bien souvent, la volonté du législateur « qui, en théorie devrait mettre tout le monde d'accord », est « souvent obscure, voire inexistante ou devenue inadaptée » (P. Jestaz, *ibid.*). Dans ce genre d'hypothèse, il est admis qu'il revient au juge de construire, au fil des qualifications, le concept juridique concerné. Il doit « s'efforcer de choisir, parmi les divers sens possibles de la norme à interpréter, celui qui est de nature à conforter « la rationalité du législateur » » ou, dit autrement, de garantir la cohérence de l'ordre juridique. M. Van de Kerchove, F. Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF coll. Les voies du droit, Paris, 1988, pp. 137-138.

¹⁸³⁷ « D'une certaine façon, qualifier revient à créer du droit en donnant à tel terme ou à telle règle un sens et une portée qu'ils n'avaient pas auparavant », D. Labetoulle, art. préc. p. 34. *Adde* G. Marty, *op. cit.* n°115, p. 205 : « par l'identification d'une certaine situation de fait avec une notion légale, toute qualification entraîne indirectement une définition de cette notion. Cette définition est sans doute très souvent complexe et encombrée de circonstances particulières, qui sont celles de l'espèce envisagée, mais elle est tout de même une définition ». On relève parfois que le juge opère des qualifications au fil des espèces sans se risquer à la définition générale : c'est donc en principe à « l'auteur de doctrine » qu'il revient de dégager le concept considéré sur la base des termes de la loi et de l'ensemble des qualifications opérées par le juge. V. Charles Eisenmann, « Quelques pbs de méthodologie des définitions et des classifications en sciences juridique », APD t. XI 1966 p. 25.

pour autant en conclure que le juge jouit de toute liberté pour construire « sa » notion de causalité juridique ? A cet égard, il faut admettre que l'identification des deux fonctions de la qualification mène à deux critères de la « bonne qualification ». D'une part, le concept qualificateur doit correctement refléter les faits considérés : il doit y avoir *adéquation* entre la notion et l'objet désigné –en ce sens la qualification exprime une vérité (au sens classique de la vérité-correspondance). D'autre part, la qualification doit conduire à une solution juridique pertinente : telle est la vérité conçue comme *cohérence*¹⁸³⁸. Ces deux objectifs ne conduisent pas toujours à des choix convergents. Il faut donc soupeser l'un et l'autre puis trancher, parfois, pour parvenir à une décision éclairée. En outre, la correspondance entre la réalité désignée et la notion concernée s'opère à l'égard de la définition *juridique* de la notion. A cet égard, le droit, par la bouche du juge, peut fort bien choisir d'adopter une définition de la « causalité juridique » indépendante des autres conceptions de la causalité, en décidant, par exemple, que constitue une causalité toute *implication matérielle* dans un dommage ou que toute *succession temporelle* peut constituer une relation causale du point de vue du droit.

514. Le problème de la définition juridique de la causalité. En effet, si le jugement de causalité ne se réduit pas à la constatation des faits mais constitue une opération de qualification, si la qualification est une utilisation des « descriptions du droit pour en appliquer les prescriptions »¹⁸³⁹, alors se pose la question de la définition, en droit, de la causalité. Deux options se présentent à cet égard. D'une part, tenir compte des considérations finalistes et opportunistes dans le choix des qualifications pour justifier une définition de la causalité juridique distincte des conceptions courantes ou scientifiques, en soulignant que le juriste n'est ni un savant, ni un homme ordinaire et que rien ne l'oblige à se mettre à la place de l'un ou de l'autre pour appréhender la causalité. D'autre part, souligner que la qualification causale a d'abord pour objectif de retracer une réalité et

¹⁸³⁸ « Il n'y a pas de « vérité absolue en matière de qualification », le langage juridique français « n'étant pas une langue naturelle » « A défaut de vérité absolue, il existe en droit une vérité relative qui s'apprécie par rapport à la cohérence de l'ensemble. Une bonne justice suppose ainsi que le juge fasse triompher la qualification considérée comme véridique au regard des catégories existantes, de sorte que chaque situation de fait reçoive un traitement approprié », P. Jestaz, « La qualification en droit civil », art. préc. pp. 46-47.

¹⁸³⁹ J.-L. Bergel, *op. cit.* p. 194.

relève du vocabulaire courant, même si elle constitue une « manière juridique » de dire les choses¹⁸⁴⁰. Cette question mène donc à une réflexion sur le langage juridique.

515. Conclusion du paragraphe. Le contrôle opéré par la Cour de cassation sur la qualification causale se justifie largement par la caractère *abstrait* du raisonnement mené afin d'établir un lien de causalité. Ce contrôle implique, par ailleurs, d'appréhender la qualification du lien causal comme une véritable *question de droit*. A cet égard, la causalité, en tant que *concept qualificateur* intégré dans une norme juridique, peut être appréhendée comme un concept purement juridique, dont la définition n'obéit pas nécessairement aux significations reçues en dehors du droit. Ces considérations jouent en faveur de l'idée de *causalité juridique*. En effet, le langage juridique est un langage technique et spécifique : une fois intégrée dans une norme, la causalité en relève presque exclusivement.

§2. La spécificité du langage juridique

516. Les juristes s'accordent à considérer que les termes du langage courant, intégrés dans le vocabulaire juridique, acquièrent une coloration technique. A cet égard, la causalité constitue une notion « dérivée » en ce qu'elle est issue, non pas du langage juridique, mais du fonds commun de la langue générale. A supposer que l'on admette l'idée de « causalité juridique », il faut donc tenir compte de cette dimension. En outre, il ne faut pas oublier que la causalité constitue davantage un concept représentatif -au sens où elle a d'abord pour fonction de représenter une réalité passée- qu'un concept régulateur ou appréciateur, selon la terminologie de Jean Ray. Nous allons donc reprendre ces deux points : la causalité, comme notion dérivée (A), puis comme notion représentative (B).

A. La causalité, notion juridique dérivée

517. La causalité, entre notion courante et notion juridique. Hart et Honoré estimaient qu'il convient de respecter, dans le langage juridique, les usages et significations couramment utilisés dans le langage ordinaire. En effet, le langage du droit est d'abord la

¹⁸⁴⁰ Le droit « saisit les faits pour leur conférer un sens (...) Il ajoute au fait en lui conférant un sens que celui-ci ne comportait pas sans référence extérieure (...) Ajoutant au fait la norme le modifie et, dans une certaine mesure le recrée ». M. Virally, *op. cit.*, p. 18-19.

langue commune. Dans le même esprit, le doyen Batiffol¹⁸⁴¹ estimait que le vocabulaire juridique intervient comme vocabulaire spécifique seulement lorsque « le droit doit désigner des « objets » pour lesquels la langue usuelle ou commune ne lui donne pas de termes, ou des termes qui ne lui suffisent pas ». Concernant les faits, un vocabulaire spécifiquement juridique est légitime exclusivement lorsque « des faits surviennent dont la rareté relative dispense la langue usuelle d'avoir un terme pour les désigner, alors qu'ils posent au juriste des problèmes qui obligent celui-ci à « en parler » donc à avoir un terme pour les désigner »¹⁸⁴². Or la causalité est un terme quotidiennement employé pour décrire la réalité : de ce point de vue, il n'y a pas besoin d'élaborer une signification spécifique au terme de cause. On remarquera, à cet égard, que la causalité ne figure pas dans le Vocabulaire Juridique Capitant, qui ne regroupe que les termes qui « possèdent un ou plusieurs sens au regard du droit »¹⁸⁴³, ce qui laisse supposer que la causalité ne possède pas de sens spécifique dans le droit positif actuel¹⁸⁴⁴. A cet égard, d'ailleurs, « le langage du droit doit s'appuyer le plus souvent possible (...) sur la langue naturelle dans laquelle il s'exprime »¹⁸⁴⁵.

Il reste que le droit tend à « juridiciser » les mots issus de la langue naturelle. Le doyen

¹⁸⁴¹ H. Batiffol, « Observations sur la spécificité du vocabulaire juridique », *Mélanges Gabriel Marty*, p. 35 et s.

¹⁸⁴² H. Batiffol, art. préc. p. 36. On peut également envisager les cas où « un terme juridique désigne une situation que le droit a dû définir », mais alors « encore faut-il savoir si cette définition est ou n'est pas celle d'un concept qui réponde à une réalité » Telle l'expression de « bailleur » qui n'est pas, selon Batiffol, de la langue courante, qui ne connaît que le propriétaire. En l'occurrence, les termes de « propriétaire », « usufruitier », « locataire principal », qui sont déjà des notions de droit, désignent indubitablement des « situations parfaitement distinctes » en elles-mêmes qui nécessitent d' « exprimer leur traits communs du point de vue de la question à résoudre », ce qui est « une démarche dont le droit ne saurait se passer » On entre davantage encore dans la sphère juridique lorsque « la distinction des situations n'est plus évidente comme dans le cas précédent, mais exige une expérience qui échappe au non juriste », telle la distinction entre propriété, possession et détention. H. Batiffol, art. préc. p. 37.

¹⁸⁴³ G. Cornu, « Linguistique juridique », in *Dictionnaire de la culture juridique française*, op. cit p. 953. Parmi ces termes, on peut identifier ceux qui sont « d'appartenance juridique exclusive », qui « rivés à la chose juridique qu'ils désignent (...) n'ont jamais reçu, dans le langage courant, un autre emploi, même métaphorique ». « Assez rébarbatifs, ces termes désignent des choses très spécifiques dont la juridicité et la technicité, liées au peu d'évocation de leur signifiant, expliquent leur réclusion ». A l'opposé se trouvent les mots que l'on retrouve dans le langage courant auxquels le droit « confère une acception particulière, par transposition et adaptation d'un sens générique ». Bien souvent, ces mots auront en droit plusieurs sens dont celui qui est le leur dans le langage courant et « le ou les sens technique(s) qui les marquent en droit ».

¹⁸⁴⁴ Le vocabulaire juridique français correspond non pas aux mots présents dans les textes ou dans l'usage habituel de la pratique juridique, mais à « l'ensemble des mots qui ont, dans la langue française, au moins un sens juridique ». G. Cornu, art. préc. p. 952-957.

¹⁸⁴⁵ G. Cornu, *ibid.* p. 957

Nerson le relevait : « lorsque le Droit emprunte un terme à la langue profane, il arrive fréquemment que le mot prenne un sens inhabituel », détournement « nullement critiquable, dans la mesure où cet avatar sémantique n'a d'autre conséquence que de conférer à un terme donné une autorité particulière sur le plan de la technique¹⁸⁴⁶ ». Cette analyse a notamment été théorisée par deux auteurs : Génny et Motulsky.

518. Les trois types de notions juridiques selon Génny. Dans le troisième tome de *Science et Technique en droit privé positif*, qu'il consacre à l'*Elaboration technique du droit positif*, le Doyen Génny, se penche sur le langage « instrument de la technique juridique »¹⁸⁴⁷. Soulignant à quel point il est « malaisé de séparer la pensée de sa traduction verbale », Génny analyse le langage du droit comme une « langue technique », puisant dans le langage courant « mais précisant les termes ou les formes, parfois les dénaturant, de façon à obtenir un idiome spécialement adapté au but poursuivi et qui finalement lui marque sa place distincte au milieu des confusions, des obscurités et des équivoques de la langue vulgaire »¹⁸⁴⁸. Les concepts utilisés par le droit « sans lesquels il est impossible de saisir des préceptes destinés à régir impérativement la conduite extérieure des hommes en société », proviennent d'abord du langage courant¹⁸⁴⁹. Mais « ces notions, en quelque sorte banales, se transformeront bientôt en notions proprement juridiques par la vertu même de l'effet spécifique que le droit y attache ».

Génny distinguait « trois étages superposés de notions, intervenant dans la configuration conceptuelle de la règle de droit » : d'une part, les « notions empruntées à la vie courante » ; d'autre part, les « notions tirées des disciplines foncières de la vie sociale, principalement notions morales, économiques ou politiques » ; enfin, les « notions spécifiquement juridiques par où l'esprit représente la substance même de la règle du droit ». En parallèle à ces concepts juridiques se trouvent les mots qui leur correspondent : les « expressions vulgaires », les « expressions de l'ordre moral, économique ou politique », enfin les

¹⁸⁴⁶ Roger Nerson, « Exercices de Vocabulaire », *Mélanges Voirin*, 1966, p. 603 et s. spéc. p. 611 ; les exemples cités sont en l'occurrence les « aliments », l' « absence », le « domicile » etc...

¹⁸⁴⁷ François Génny, *Science et Technique en droit privé positif*, t. III *Elaboration technique du droit positif*, Recueil Sirey, Paris 1921, chap. huitième « Le langage (mots et phrases) instrument de la technique juridique », p. 448 n°254 et s.

¹⁸⁴⁸ F. Génny, *op. cit.* n°256 p. 460. L'auteur précise d'ailleurs que « cette langue technique du droit n'en reste pas moins soumise aux règles normales de la formation et du développement du langage » et donc « ne s'affermir et ne se consolide que par l'usage ».

¹⁸⁴⁹ L'auteur donne en exemple : « la naissance ou la mort des hommes, l'usage des choses, le dommage causé, les actes de volonté sous leurs divers aspects », Génny, *op. cit.* n°258 p. 466.

« expressions strictement juridiques »¹⁸⁵⁰. Mais, précisait Gény, il faut observer que « les notions juridiques ainsi formées doivent ce caractère propre à la disposition que formule la règle du droit consécutivement à la présupposition de fait, qui en constitue le point de départ »¹⁸⁵¹. Même issues du langage commun, les notions juridiques –en ce qu’elles ont le pouvoir de déclencher la mise en œuvre de la règle de droit- acquièrent une nature propre. Cela modifie-t-il leur sens ?

Pour Gény, il ne faisait pas de doute que l’emploi par le droit de termes qui lui sont originellement extérieurs va et doit contribuer à leur conférer une coloration juridique. « Pour obtenir une langue technique fortement constituée, on doit viser à réduire, autant que possible, le champ des expressions vulgaires, que le voisinage des règles convertit aisément en expressions juridiques, et que ces dernières doivent être développées par la maîtrise même assurée au droit sur le fait. Et sans doute il reste bien impossible de soustraire complètement la langue du droit à l’influence du langage ordinaire qui, seul, traduit les éléments de fait servant de base aux règles. Mais peu à peu, les mots de la langue courante prennent, dans leur application au droit, un ton plus uniforme et une allure plus précise, qui leur impriment le cachet de l’injonction juridique, sans abolir, le plus souvent, tous les signes de leur emploi originaire »¹⁸⁵². De fait, disait Gény, le droit emprunte des mots au langage courant « en détachant de celui-ci les termes les plus propres à représenter, avec la détermination et la précision nécessaires, les notions impliquées dans l’idée de la règle imposée »¹⁸⁵³. Quant aux « expressions traduisant des notions empruntées aux disciplines fondamentales de la vie sociale, politique, économique, morale », elles « résistent, plus que toutes autres, à la précision rigide, postulée par l’ordre juridique, et conservent, en dépit de leur adaptation au droit, l’imperfection technique des sciences plus hautes dont elles dérivent ». Il convient donc de « leur faire une place à part et d’éviter de les combiner avec des expressions strictement juridiques qu’elles risqueraient, par un mélange inconsidéré, de

¹⁸⁵⁰ Gény, *op. cit.* n°258 p. 468.

¹⁸⁵¹ Gény, *op. cit.* n°258 p. 466.

¹⁸⁵² Gény, *op. cit.* n°258 p. 468. Quelle que soit l’origine de ces notions extérieures au droit, le juriste doit « fixer, *ne varietur*, le sens des mots qu’il emploie, en les distinguant les uns des autres ». Il est donc nécessaire « qu’il assimile les éléments ainsi puisés ailleurs pour les marquer d’un cachet proprement juridique ». Le doyen Nerson reprit des années plus tard, cette position en soulignant le danger qu’il y a, selon lui, à introduire en droit des concepts empruntés à d’autres sciences, telle la science économique. Roger Nerson, art. préc. spéc. p. 613.

¹⁸⁵³ Gény, *op. cit.* n°260 p. 484.

corrompre ou d'obscurcir. »¹⁸⁵⁴. S'agissant des notions foncièrement juridiques, elles sont rattachées au « fonds linguistique commun » seulement par une « étymologie occasionnelle » et « conservent une application strictement limitée au domaine juridique, dussent-elles s'étendre ensuite au-delà par une sorte de rayonnement métaphorique », tels les mots « hypothèques, testament, usucapion, prescription, adoption, vente, louage, prêt, mandat, cautionnement, dépôt etc... »¹⁸⁵⁵.

On peut conclure des propos de Gény que les termes importés dans le droit vont, sans aucun doute, acquérir une nature juridique, sans toutefois subir de profondes transformations de leur sens. Ils seront précisés de manière à ce que leur emploi en droit soit sûr. Il faudra donc voir cette intervention du droit (en l'occurrence du juge) comme marginale, intervenant dans les difficultés s'élevant à la périphérie des concepts : ainsi le juge dit-il ce qu'il entend par « mur mitoyen » pour appliquer une loi fiscale. Concernant la causalité, cette conclusion est plutôt de nature à limiter la particularité d'une « causalité juridique » dont la signification serait indépendante des définitions non juridiques.

519. La distinction entre notions originaires et notions dérivées selon Motulsky¹⁸⁵⁶. Simplifiant la distinction de Gény, Henri Motulsky¹⁸⁵⁷ distingua les notions « originaires », qui sont juridiques « de par leur naissance même » des notions « dérivées », qui, n'ayant pas par elles-mêmes ce caractère, « l'acquièrent parce qu'à un moment donné,

¹⁸⁵⁴ Gény, *op. cit.*, n°258, p. 469. Et l'auteur de donner l'exemple de telles notions provenant par exemple de l'économie : administration, valeur, profit, capital, travail, crédit, monnaie ainsi que certaines ayant subi « une dénaturation plus ou moins profonde de leur acception économique : « rente – fruit – entreprise - intérêt » », Gény, *op. cit.*, n°259 p. 475. Il en irait de même de la division traditionnelle entre meubles et immeubles « fondée sur le caractère assez rudimentaire, et emprunté à la vie courante, de la mobilité ou de la fixité des choses » qui présentait le mérite de « distinguer les biens par un critérium nettement saisissable et qu'il suffit de manier avec une certaine souplesse pour l'adapter à la réalité totale ». Au niveau de la morale, l'auteur, cite les notions d' « injure grave », de « bonnes moeurs », Gény, *op. cit.* n°259 p. 476-477.

¹⁸⁵⁵ Ibid.

¹⁸⁵⁶ Pour Motulsky, les notions formant la règle juridique sont la plupart du temps des « notions juridiques complexes » « en ce sens qu'ayant un caractère spécifiquement juridique, elles ne constituent pas encore les « éléments » dont est sortie la règle et auxquels il faut réduire la présupposition pour pouvoir comparer ses énonciations avec les circonstances de fait qui forment, elles, le « cas particulier ». Le travail d'explicitation des notions juridiques complexes, effectué en vue de déceler leurs « éléments » ressort du domaine de l'interprétation. Pour cela, écrit Motulsky, le juriste doit faire preuve d'un esprit « sensible aux réalités de la vie », ne pas « suivre les règles rigoureuses d'une pensée méthodique » mais « remplir de matière vivante les formules abstraites et schématiques que livrent les règles du Droit ». H. Motulsky, *op. cit.*, n°61.

¹⁸⁵⁷ Ibid.

le Droit s'en est emparé »¹⁸⁵⁸. Les notions originaires, tel l'usucapion, « ont été spécialement créées pour l'usage juridique et ne servent qu'à ce dernier ». En revanche, les « notions dérivées » sont « des notions de la vie courante ou des disciplines sociales qui ont subi l'empreinte du Droit et ont, du fait que celui-ci leur imprime une portée juridique, acquis une valeur spécifique (exemple : absence) ». En présence de telles notions, ajoutait l'auteur, « il faut découvrir, derrière le terme, l'acception qu'y attache le langage du Droit en général et, le cas échéant, la volonté du législateur en particulier, et il faut, d'explication en explication, chercher à pénétrer jusqu'aux éléments de l'élaboration juridique »¹⁸⁵⁹. Ainsi, ces notions dérivées, qui ne sont pas originellement juridiques, devait avoir, pour Motulsky, une définition propre au langage du droit.

520. La causalité, notion juridique spécifique. On retrouve, aujourd'hui, la perspective de Motulsky chez différents auteurs. Pour M. Jestaz, le langage juridique comprend d'abord des « mots purement juridiques, comme acquêt, hypothèque ou préciput, qui n'ont de sens qu'en droit – à moins qu'ils ne passent dans le langage courant avec un sens dérivé » et « des mots empruntés au langage courant, soit avec le même sens (père, mari, salarié), soit avec un sens différent »¹⁸⁶⁰, comme les termes de meuble et immeuble. Quelle que soit leur origine ou leur sens, les mots employés par le droit deviennent *forcément juridiques* : la qualification revient justement à « exprimer les faits en français courant pour les traduire ensuite en français juridique »¹⁸⁶¹. Et comme « les mots du droit ne servent pas à décrire, mais à agir »¹⁸⁶², « une notion courante (descriptive au départ) devient donc juridique du jour où la loi lui attache des conséquences particulières, ce qui oblige alors le juge, avec l'aide de la doctrine, à la définir en droit »¹⁸⁶³. L'auteur défend surtout le caractère *fonctionnel* de la définition en droit : « il ne s'agit pas ici de répertorier les choses de façon scientifique et d'après ce qu'elles sont, mais de façon pratique et en vue d'obtenir

¹⁸⁵⁸ H. Motulsky, *op. cit.* n°61 note (1).

¹⁸⁵⁹ H. Motulsky, *op. cit.* n°61, Ce travail d'explicitation des notions juridiques complexes, effectué en vue de déceler leurs « éléments » ressort du domaine de l'interprétation. Pour cela, écrit Motulsky, le juriste doit faire preuve d'un esprit « sensible aux réalités de la vie », ne pas « suivre les règles rigoureuses d'une pensée méthodique » mais « remplir de matière vivante les formules abstraites et schématiques que livrent les règles du Droit ».

¹⁸⁶⁰ Philippe Jestaz, *Le droit*, 4^e éd. Dalloz coll. Connaissance du droit, 2002, p. 79.

¹⁸⁶¹ P. Jestaz, « La qualification en droit civil », art. préc., p. 46.

¹⁸⁶² P. Jestaz, *Le droit*, *op. cit.*, p. 80.

¹⁸⁶³ P. Jestaz, *Le droit*, *op. cit.*, p. 80.

un certain résultat social »¹⁸⁶⁴.

Pour Madame Leroyer, « les mots acquièrent, en effet, lorsqu'ils sont utilisés par le législateur ou le juge, une signification juridique spécifique, venant de la spécificité du langage juridique »¹⁸⁶⁵. « Parfois le droit crée ses propres concepts juridiques et ceux-ci n'ont à l'origine aucun répondant dans le langage courant, tels les termes de procédure, d'hypothèque... Comme il n'existe pas de correspondant non juridique de ces notions dans le langage courant, on n'est nullement tenté d'effectuer des comparaisons. Lorsque, en revanche, le droit emprunte au langage courant un terme, la définition qu'il en donne peut correspondre au sens courant des mots (par exemple, animaux ou bâtiment), ou bien, à l'inverse, recouvrir un sens distinct (les termes de fruits, d'appel ou d'arrêt). (...) Cependant, les concepts juridiques ont souvent une signification propre qu'il convient de ne pas confondre avec la signification qui leur est attribuée dans la réalité matérielle, que ce soit le sens historique, scientifique, ou même courant, dans lequel le terme est utilisé. La définition juridique est en effet une convention de langage qui peut n'exprimer aucune nature des choses. La difficulté d'admettre cette spécificité vient du fait que, contrairement aux autres langages techniques, comme par exemple le langage mathématique, le langage juridique emprunte très souvent son vocabulaire au vocabulaire usuel. On en oublie que cette transposition juridique peut conduire à donner aux termes une signification totalement différente »¹⁸⁶⁶.

Cette perception se retrouve chez MM. Ost et Kerchove : « les termes du langage naturel ne conservent guère leur sens « usuel » une fois insérés dans un texte juridique. Un effet d'attraction s'opère qui fait que ces termes reçoivent une signification nouvelle et technique résultant de leur place et de leur fonction dans l'institution ou la branche du droit dont ils relèvent »¹⁸⁶⁷. En résumé, malgré la position de ceux qui souhaitent maintenir le sens usuel des notions issues langage courant, le principe de la « causalité juridique » se défend en invoquant les effets de droit qui sont attachés à sa reconnaissance. Il faut toutefois nuancer

¹⁸⁶⁴ P. Jestaz, *Le droit, op. cit.*, p. 80.

¹⁸⁶⁵ Anne-Marie Leroyer, *Les fictions juridiques*, thèse dactyl. Paris II, 1995, n°30.

¹⁸⁶⁶ A. M. Leroyer, thèse préc. n°31.

¹⁸⁶⁷ « Sans sacrifier aux illusions rationalistes d'un langage juridique pur comme le rêvaient un Leibniz, un Wolff ou un Bentham, on doit néanmoins enregistrer le travail sémantique permanent de la langue juridique qui distribue et redistribue la signification de chaque terme au regard de l'économie de l'ensemble du système ». Michel Van de Kerchove, François Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre, op. cit.*, p. 138-139.

la spécificité de la notion de causalité juridique : dans le droit comme à l'extérieur du droit, la causalité renvoie à une réalité concrète.

B. La causalité, notion juridique représentative

521. Le fait que la causalité ait d'abord pour objet de tracer une relation entre deux événements s'étant produits dans le monde sensible est la caractéristique essentielle de la notion. Elle constitue, de ce point de vue, une notion descriptive ou représentative. A cet égard, admettre le principe d'une « causalité juridique » suppose que le droit utilise un vocabulaire spécifique pour véhiculer ses propres représentations. Une telle idée ne va pas de soi. Elle est pourtant soutenue par ceux qui estiment que la « causalité juridique » permet de tracer un lien entre le vaccin contre l'hépatite B et la sclérose en plaque alors même que les experts s'y refusent. Le droit peut-il vraiment décrire la réalité à sa guise ?

522. **La causalité concept descriptif**¹⁸⁶⁸. « Rien ne pourrait être prescrit si rien n'était préalablement décrit »¹⁸⁶⁹. Une norme juridique doit toujours renvoyer à la réalité qu'elle prétend régir. De cette façon, le « discours du droit est un discours essentiellement descriptif, du moins prétendant l'être, dans la mesure où il ne cesse, au cœur du processus de son application aux choses, de disserter à leur sujet pour dire ce qu'elles sont, en tout cas juridiquement »¹⁸⁷⁰. Si la causalité a d'abord pour fonction de traduire la réalité, elle est tributaire des critères de vérité relatifs à l'appréhension de la réalité en soi. La définition de la causalité en droit doit garantir l'authenticité et la vraisemblance du jugement de causalité. Cela justifierait de se tourner à nouveau vers les théories étudiées dans la première partie de cette étude.

523. **La « réalité juridique »**. Pourtant rien n'interdit d'imaginer que le droit puisse percevoir « juridiquement » la réalité. Michel Villey estimait que le droit moderne « est une science, une façon de concevoir le monde, ses personnes, ses choses, sous l'angle juridique, comme les mathématiques et la physique sont une façon de saisir par l'esprit les choses

¹⁸⁶⁸ La distinction, parmi les notions juridiques, entre concepts représentatifs et concepts régulateurs a été émise par Jean Ray, dans sa thèse, en 1926. Jean Ray, *Essai sur la structure logique du Code Civil français*, Alcan, 1926.

¹⁸⁶⁹ Olivier Cayla, « Ouverture : la qualification ou la vérité du droit », *La qualification*, Droits, 18, 1993, p.3

¹⁸⁷⁰ Ibid.

sous un autre angle »¹⁸⁷¹. Dans cet esprit, le droit ne serait en rien tenu par les représentations courantes, philosophiques ou scientifiques : libre à lui de se représenter le monde à sa manière, en usant de ses propres critères. Le terme juridique de « cause » ou de « causalité », traduirait, ce faisant, une « idée juridique de la cause », une « appréhension juridique du réel », une « vérité juridique » distincte de la « vérité scientifique ». Pour Madame Leroyer, « la réalité juridique est la réalité telle qu'elle est appréhendée par le droit positif. (...) Le droit positif constitue ainsi une réalité particulière se distinguant de la réalité naturelle par sa signification normative spécifique »¹⁸⁷². Il faudrait donc admettre que la causalité juridique exprime une « réalité juridique » qui se distingue de la réalité « en soi ».

L'idée de « nature juridique » traduit cette conception de « réalité juridique ». Les notions juridiques désignant des réalités concrètes n'ont pas pour fonction de les désigner pour elles mêmes. Il s'agit simplement d'identifier les *conditions d'application* de certaines règles juridiques donc de désigner les *propriétés* des choses considérées qui les rendent justiciables de telle ou telle règle. Aucune nature en soi (non juridique), aucune essence, n'est censée être traduite par l'utilisation en droit de tel ou tel concept désignant une réalité donnée : seule une éventuelle « nature juridique » reflétant les critères et les motifs d'application de tel ou tel régime juridique est envisageable. La qualification opère donc la « traduction » du monde « dans la grille conceptuelle des catégories juridiques, en recomposant le tableau de la « nature naturelle » pour peindre celui d'une « nature juridique » »¹⁸⁷³. Chaque objet à qualifier relèverait donc par nature d'une certaine catégorie¹⁸⁷⁴. La « nature juridique »¹⁸⁷⁵, devant être révélée par la qualification, reflète, pour certains, une *essence des choses* justifiant l'application d'un régime juridique

¹⁸⁷¹ Michel Villey, *Le droit romain*, PUF coll. *Que sais-je ?* 1^{re} éd. 1945, 10^e éd. 2002, p. 49.

¹⁸⁷² A.-M. Leroyer, thèse préc. n°23. De fait, la « réalité juridique » a déjà été opposée à la réalité matérielle. Guitard distingua ainsi les « réalités juridiques à fondement naturel », dont relève la causalité, et les « réalités juridiques pures », telle la créance ou l'obligation. H. Guitard, *La fiction et le droit privé français*, thèse dactyl., Toulouse, 1948, p. 86, cité par A.-M. Leroyer, thèse préc., n°27.

¹⁸⁷³ « Il faut d'abord exprimer les faits en français courant pour les traduire ensuite en français juridique », P. Jestaz, « La qualification en droit civil », art. préc. p. 46.

¹⁸⁷⁴ Cette vision est solidaire de la conception de l'interprétation juridique comme acte de connaissance, comme dévoilement d'un sens préexistant de la règle examinée.

¹⁸⁷⁵ A propos de la qualification en droit international privé, M. Audit souligne qu'il y a, dans la majorité des cas, une « qualification dominante, répondant à la nature des choses, et par conséquent insusceptible de manipulation ». L'auteur admet toutefois l'éventualité que le juge choisisse la qualification en fonction de son résultat. B. Audit, « La qualification en droit international privé », art. préc. p. 62.

déterminé. Gény estimait ainsi que les qualifications juridiques doivent se conformer à la *nature juridique des choses*, qui constitue un donné qu'il suffit au juge de constater grâce à sa science¹⁸⁷⁶.

524. Conclusion de la section. Apprécier la pertinence de l'idée de causalité juridique conduit d'abord à constater que la notion donne lieu à une qualification contrôlée depuis longtemps par la Cour de cassation. Dans ce contexte, si la causalité doit désigner la réalité régie par le droit, elle a également pour mission de permettre l'attribution d'un certain régime juridique à une situation donnée. Cet aspect est de nature à légitimer l'idée d'une « causalité juridique » indépendante des conceptions non juridiques de la causalité¹⁸⁷⁷. En outre, la causalité, qui est un terme intégré dans la règle de droit, relève à ce titre du vocabulaire juridique, qui est un vocabulaire spécialisé. On admet aujourd'hui volontiers que l'intégration de termes courants dans la norme juridique leur confère une nature et une signification particulières. De ce point de vue, il est possible d'admettre que la « causalité juridique » constitue une représentation autonome de la réalité, envisagée du point de vue du droit¹⁸⁷⁸. Il reste à savoir dans quelle mesure la « causalité juridique » peut se détacher des significations courantes.

¹⁸⁷⁶ Le juge ne peut donc compter que sur lui-même pour donner à chaque situation l'étiquette lui revenant dans un vocabulaire juridique qui n'est, certes pas, une « langue naturelle » mais un « esperanto » se construisant petit à petit. P. Jestaz, « La qualification en droit civil », art. préc. p. 46.

¹⁸⁷⁷ Finalement, la « nécessaire prise en considération des éléments objectifs qui composent un fait historique laisse encore une large liberté dans le choix de la signification juridique à lui attribuer, même si on admet que leur matérialité ne porte pas à contestation (...) Le droit s'intéresse beaucoup moins à la réalité objective qu'à sa propre création, à ce qu'il a lui-même ajouté. Il a tendance à considérer les divers aspects que peuvent présenter les faits moins pour leur importance intrinsèque (...) que pour leur aptitude à devenir le support d'une signification juridique. C'est là un premier risque de déformation et de méconnaissance du réel. (...) A la limite, il peut y arriver qu'il n'y ait plus aucun rapport entre la vérité des faits et leur signification juridique ». M. Virally, *op. cit.* p. 20.

¹⁸⁷⁸ Pour H. Deschenaux, la causalité en droit ne pouvait être qu'une notion « déformée » : « c'est le propre du droit de déformer tout ce qu'il touche. Encore faut-il justifier cette déformation. Or qu'est-ce qui justifie que la notion de cause utilisée par le législateur désigne autre chose ? Bien sûr, cela ne peut être que la finalité des règles qui instituent des responsabilités ». H. Deschenaux, « Norme et causalité... », art. préc. p. 409.

Section 2. Autonomie de la notion de causalité juridique

525. Admettre que le droit peut avoir ses propres définitions et représentations est une chose. Mais quelle est sa liberté, et, partant, la liberté de l'interprète ? Pourrait-on négliger la matérialité des faits au point d'admettre des causalités purement fictives, dans le seul souci d'indemniser les victimes ? Nous évoquerons d'abord le principe de l'autonomie (§1) avant de mentionner ses limites (§2).

§1. Principe de l'autonomie

526. Dire que la notion juridique de causalité est autonome revient à accepter l'éventualité de causalités juridiques que ni le sens commun, ni l'examen logique ou scientifique ne permettraient de retenir. La causalité juridique pourrait être à ce point détachée des faits qu'elle aurait ses propres critères et ne vaudrait que dans la sphère normative. Un exemple parlant de cette conception est illustré par les discussions suscitées par l'affaire Perruche (1). Les débats relatifs à cette affaire ont, en effet, conduit à promouvoir une conception du lien causal comme une pure abstraction juridique (2).

1. L'exemple de l'arrêt Perruche

527. L'arrêt Perruche, que nous avons déjà cité¹⁸⁷⁹, a donné lieu à une controverse entre ceux qui défendaient une acception logique, factuelle de la causalité et ceux qui se satisfaisaient d'une conception « juridique » de la causalité, en prenant des libertés avec la logique et les critères scientifiques¹⁸⁸⁰. Certes, il était « difficilement niable que la faute médicale n'est pas en elle-même la source du handicap (...) qui est, scientifiquement, dû à la seule rubéole contractée par la mère ». Mais les partisans de l'arrêt s'expriment « foncièrement dans le souci de ne pas rabattre la notion juridique de causalité, celle en tout cas dont il est question en droit de la responsabilité, sur la notion scientifique ou logique de

¹⁸⁷⁹ V. supra n°225.

¹⁸⁸⁰ Olivier Cayla et Yan Thomas, *Du droit de ne pas naître, à propos de l'affaire Perruche*, Le débat, Gallimard, 2002.

causalité »¹⁸⁸¹. « S'érigeant en zélé gardien du temple de la déesse Causalité », le parti « anti-perruchiste » faisait valoir « qu'on ne saurait voir la causalité là où il n'y en a pas et qu'il n'est pas permis d'en dénaturer le concept, précisément parce que le rapport de cause à conséquence est affaire de nature et de nécessité à l'égard desquelles toute liberté est par principe proscrite »¹⁸⁸². Pourtant, disent MM. Cayla et Thomas, rien n'obligeait ici à se sentir lié par les conceptions logiques ou scientifiques de la causalité.

C'est Yan Thomas qui a développé le plus clairement, à cet égard, la problématique de l'appréhension abstraite de la causalité en droit¹⁸⁸³. « Deux questions pourtant bien distinctes deviennent dès lors presque indémêlables : d'un côté, celle de la *réalité physique*¹⁸⁸⁴ qui se rapporte à la croissance naturelle de l'être vivant et qui fait de sa naissance, incontestablement, une condition de son infirmité ; de l'autre, celle de *l'opportunité éthique et politique* qu'il y a ou qu'il n'y a pas à les séparer, en dégageant le préjudice, qui est l'objet de la plainte, de ses déterminations génétiques pour le rattacher à la faute qui l'a rendu inévitable et pour passer ainsi de l'ordre *des nécessités propres à la nature* à celui de la *responsabilité propre au droit* ». Du reste, « on retombe toujours quoiqu'on en ait, sur la causalité. Mais l'obscurité du débat vient de ce que l'on confond les deux plans sur lesquels elle intervient de manière distincte. Celui de *la nature, de la biologie*, mais aussi de l'ascendance qui porte à la vie des sujets, et où peut s'analyser positivement la nécessité ou la non-nécessité, la probabilité ou la non-probabilité d'un rapport entre une erreur de diagnostic prénatal et la naissance d'un enfant infirme. Celui du *droit*, où il faut décider si le handicap qui résulte de cette naissance peut être parfois qualifié de préjudiciable pour le sujet. La question de la cause y prend alors une toute autre portée. Il ne s'agit plus d'apprécier si telle faute est cause du malheur d'être né infirme, recherche évidemment nécessaire, mais si l'on a le droit de se plaindre du malheur d'être né ainsi, dès lors que la cause à laquelle on impute ce malheur (la faute du médecin) est inséparable de la cause en soi (sa propre naissance). *Ce n'est plus de la causalité physique qu'il s'agit, mais du motif de la plainte- de l'état du soi comme cause légitime d'une mise*

¹⁸⁸¹ O. Cayla, « Le droit de se plaindre, analyse du cas (et de l'anti-cas Perruche) », in *Du droit de ne pas naître*, *op. cit.* pp. 30-31.

¹⁸⁸² O. Cayla, *op. cit.* p. 36.

¹⁸⁸³ Y. Thomas, « Le sujet concret et sa personne », De fait, le commentaire de Yan Thomas est avant tout consacré à la notion de personne juridique assimilée, comme chez Kelsen, à une simple entité juridique, un point d'imputation. Mais la causalité y est également abordée dans le même esprit.

¹⁸⁸⁴ C'est nous qui soulignons.

*en cause d'autrui.»*¹⁸⁸⁵.

L'auteur estime, en effet, que les questions de la causalité et du dommage ne se présentaient pas comme des questions de fait¹⁸⁸⁶ mais plutôt comme d'authentiques questions juridiques : « faut-il reconnaître le droit de se plaindre de son infirmité génétique, lorsque, à la suite d'une faute médicale, la naissance n'a pu être évitée ? »¹⁸⁸⁷ On se trouve là sur le « terrain proprement normatif, où les caractères juridiques que l'interprétation attribue aux faits ne leur sont pas intrinsèques, même s'ils sont passés en force d'habitude puisque alors il revient à l'interprète d'en étendre ou d'en réduire la portée »¹⁸⁸⁸. Ainsi, ceux qui critiquent l'arrêt Perruche en se fondant « sur de pures liaisons séquentielles » s'égarerent en oubliant de distinguer les deux questions *distinctes* de la causalité *naturelle* et de la causalité *juridique* relevant de la logique d'imputation. Ainsi, explique Yan Thomas, une fois que l'on a converti « l'obstacle ontologique » en « question juridique », l'argumentation menée contre l'arrêt Perruche cesse d'être métaphysique : elle devient politique¹⁸⁸⁹.

Nous avons rapproché, antérieurement, l'argumentation développée par les auteurs -qui invoquent la « part de l'arbitraire »- du scepticisme causal manifesté par les réalistes américains selon qui les jugements de causalité traduiraient les préoccupations politiques des juges. L'arrière-plan théorique est, toutefois, chez eux, tout autre. C'est au nom d'un positivisme radical, d'un droit vu comme un ensemble désincarné de normes abstraites, que cette indifférence à la réalité est manifestée. A cet égard, la causalité juridique est une pure construction du droit.

2. La causalité juridique, pure abstraction du droit

528. L'indépendance du droit à l'égard des faits. Le normativisme radical de la pensée de Yan Thomas conduit à évacuer de la sphère normative toute considération

¹⁸⁸⁵ Y. Thomas, « Le sujet concret et sa personne, Essai d'histoire juridique rétrospective », in *Du droit de ne pas naître*, *op. cit.* pp. 99-100

¹⁸⁸⁶ La question posée -« lorsque, à la suite d'une faute, une naissance n'a pu être évitée, peut-on considérer que naître infirme constitue un préjudice séparable de la naissance même ? » -n'est pas une question de fait mais une question morale selon l'auteur. En outre, « l'application de la catégorie civile de préjudice à une anomalie congénitale ne relève pas d'un simple constat de fait, mais d'une décision du droit ». Y. Thomas, « Le sujet concret et sa personne », *op. cit.* p. 98.

¹⁸⁸⁷ Y. Thomas, « Le sujet concret et sa personne », *op. cit.* pp. 105-107.

¹⁸⁸⁸ Y. Thomas, *ibid.* p. 97.

¹⁸⁸⁹ Y. Thomas, *ibid.* pp. 116-117.

relative à l'être¹⁸⁹⁰. Si les réponses aux questions posées dans les litiges doivent être motivées et fondées, « l'exigence de rationalité en droit, sans laquelle les normes pratiques resteraient indéchiffrables et vaines, ne s'apparente cependant ni à une spéculation pure ni à une simple connaissance objective de la nature ». Elle « n'obéit qu'à une juste appréciation des possibilités, non pas de la nature ou de l'être, mais du droit lui-même »¹⁸⁹¹. Peu importe qu'il soit, en logique, impossible d'affirmer que le médecin de Mme Perruche avait causé le handicap de l'enfant. Yan Thomas refuse aux juristes la légitimité « de formuler ces questions sur le terrain non maîtrisable en droit du possible et de l'impossible ontologiques »¹⁸⁹² : « les jusnaturalistes eux-mêmes admettent qu'entre nature et droit s'interposent la législation, la juridiction et l'interprétation ». Ainsi, le parti de refuser la causalité dans le cas Perruche -reflet d'un attachement à la causalité biologique- « ne résulte pas d'une contrainte irrésistible, d'un impératif de l'évidence, mais d'un choix librement assumé ».

Dans l'arrêt Perruche, le raisonnement mené « fait usage de fictions qui permettent d'analyser sur deux plans distincts les effets de la cause naturelle et ceux de la faute civile ». Certes, si l'on s'en tient à l'ordre de la nature, « se plaindre d'être né ainsi, cela implique de se plaindre aussi d'être né ». Mais en l'espèce, « la Cour a récusé cet enchaînement naturellement nécessaire au profit d'un autre, fictif et juridique ». Elle a « isolé deux faits simultanés pour laisser le premier, la naissance, à sa causalité naturelle et le second, le dommage qui en résulte pour l'enfant à son imputabilité juridique »¹⁸⁹³. Ainsi « sont séparés, dans un même événement, deux causalités parallèles, la naturelle et la juridique, et dans un même être deux sujets distincts, l'être concret et la personne en

¹⁸⁹⁰ Les perceptions sensibles sont donc évacuées au même titre que les intuitions morales. Seule la norme comme commandement du souverain compte. Il faut nécessairement qu'une règle prévoie qu'il est criminel de tuer son voisin pour que l'on puisse considérer comme contraire au droit de tuer son voisin. « Dans *l'Entretien avec Burman* Descartes, à la question : « Mais alors, Dieu n'aurait-il pas pu commander à la créature de le haïr et instituer que cela était le bien ? », répond : « Maintenant, il ne le peut plus. Mais ce qu'il aurait pu, nous ne le savons point. Et pourquoi n'aurait-il pu commander cela à la créature ? », Georges Kalinowski, *Le problème de la vérité en morale et en droit*, Emmanuel Vitte, 1967, p. 32.

¹⁸⁹¹ Y. Thomas, « Le sujet concret et sa personne », *op. cit.* p. 105.

¹⁸⁹² Y. Thomas, *ibid.* p. 106.

¹⁸⁹³ Y. Thomas, *ibid.* p. 107.

droit »¹⁸⁹⁴.

L'ensemble du développement de Yan Thomas est un plaidoyer vigoureux en faveur d'une distinction nette entre l'ordre des faits et l'ordre juridique. L'usage, dans l'argumentation juridique, des idées de « possible » et d'« impossible » est sévèrement critiqué. Seul compterait en droit ce qui est « permis » ou « interdit ». Concernant l'« impossible », ou bien il s'agit d'une « impossibilité interne au droit lui-même : une solution ne peut se rattacher à aucune loi, ni à aucune interprétation ni même à aucune opinion suffisamment attestée » ; en ce sens, « l'impossible se confond simplement avec ce que le droit interdit ou ne reconnaît pas encore : il est ce qu'il repousse ou ce qu'il n'a pas encore maîtrisé. Mais une loi ou une interprétation nouvelles suffisent pour changer cet impossible en possible ». Ou bien l'impossible est « externe au droit et borne son action du dehors : il a toute l'apparence alors de n'être pas un interdit (à moins que l'on accepte l'idée d'interdits qui s'imposent d'eux-mêmes, hors sanction et hors pouvoir) »¹⁸⁹⁵. D'ailleurs, « l'impossible s'interprète, raison pour laquelle il est posé par la loi qui le soumet à un pouvoir d'appréciation et le fait ainsi échapper (...) à la pure objectivité d'un jugement de connaissance »¹⁸⁹⁶. *Rien n'empêche d'affirmer, juridiquement parlant, des choses ontologiquement inexactes ou impossibles*. Le droit est un pur système de normes posées par le législateur souverain et interprétées par le juge souverain : pour que l'argument ontologique soit juridiquement recevable, une norme juridique doit d'abord être posée selon laquelle le droit doit s'aligner sur le possible naturel. Ainsi l'idée exprimée par l'adage médiéval selon lequel « l'autorité des lois ne peut abolir la vérité de la nature »¹⁸⁹⁷ pourrait fort bien ne pas exister au sein d'un système juridique. D'ailleurs « il suffit de rappeler le principe de souveraineté pour constater que ni le législateur, ni le juge ne s'avouent bornés par aucune impossibilité objective. Car à supposer même que le souverain déclare lui-même qu'il n'a pas le pouvoir de commander à l'impossible (...) et qu'il ne s'y autorise pas, il ne pourrait le faire, sauf à renoncer à sa fonction de dire la loi et de juger, qu'en se

¹⁸⁹⁴ Y. Thomas, « Le sujet concret et sa personne », *op. cit.* p. 108. « Et même si par absurde la Cour avait procédé autrement, en instituant un droit à ne pas naître, c'eût été à nouveau par une *fiction rétrospective*, pour fonder un droit à *réparation au profit d'un sujet vivant* », *ibid.* p. 110.

¹⁸⁹⁵ Y. Thomas, « Le sujet concret et sa personne », *op. cit.* p. 117.

¹⁸⁹⁶ Y. Thomas, *ibid.* p. 121.

¹⁸⁹⁷ Y. Thomas, *ibid.* p. 118. En matière d'adoption, c'est uniquement parce qu'il existait au préalable une règle selon laquelle « l'adoption imite la nature » qu'on interdisait à un jeune homme d'adopter plus vieux que lui. Y. Thomas, *ibid.* p. 118.

l'interdisant à lui-même, sur le mode d'une libre autolimitation »¹⁸⁹⁸. Au total, « le possible et l'impossible ne sont pas des modalités du droit »¹⁸⁹⁹ et l'on peut tout dire en droit, y compris qu'« absolument tout et n'importe quoi » peut être une personne juridique « qu'il soit physique, moral, voire métaphysique », fût-ce « une église, un hôpital ou un pont », la personnalité juridique n'ayant « aucune espèce de rapport avec la « nature humaine » »¹⁹⁰⁰.

529. Argument historique. Pour appuyer sa position, Yan Thomas affirme que cette indépendance du droit par rapport au fait est propre à *tous les systèmes juridiques* s'étant succédés dans notre tradition juridique. « Dans la très longue tradition juridique qui conduit du droit romain au droit moderne à travers la scolastique, tout accès intuitif et immédiat à la nature, à la nature des choses et à l'équité qui les gouverne, est antithétique de l'idée même de droit »¹⁹⁰¹. « Les juristes se sont toujours efforcés de dissocier, selon l'antique modèle du droit romain, réalité naturelles et artifices juridiques, causalité et imputation, faits sociaux et normes ». Il faudrait donc tenir pour un caractère majeur de notre tradition juridique « cette distance entre objets connaissables du monde réel et figures résultant des procédures de la qualification »¹⁹⁰².

Il n'est donc pas question de lier les choses du droit à la réalité que nous percevons par nos sens. « Historiquement, explique Yan Thomas, le droit, dès lors qu'il s'est « singularisé comme technique », s'est employé à « disjoindre le temps dans lequel se vivent les événements et celui que l'on suppose pour imputer des droits »¹⁹⁰³. Le droit se serait toujours efforcé de « construire une temporalité qui va au rebours de l'intuition commune et de la perception pour ainsi dire immédiate que l'on en a ». Il procède ce faisant à « des dénaturations ouvertement contraires à toutes réalités et manifestement assumées comme telles »¹⁹⁰⁴. Seule une « nostalgie » des juristes pour « un mode d'organisation juridique qui

¹⁸⁹⁸ Y. Thomas, *ibid.* p. 120.

¹⁸⁹⁹ Y. Thomas, *ibid.* p. 122.

¹⁹⁰⁰ O. Cayla, « Le droit de se plaindre... », *op. cit.* p. 85.

¹⁹⁰¹ Y. Thomas, *ibid.* p. 119.

¹⁹⁰² Yan Thomas, « Le sujet concret et sa personne », *op. cit.* pp. 124-125. En droit romain, dit l'auteur : « la question de la vérité ne se posait pas dès lors qu'il s'agissait d'une pure fonction juridique », *ibid.* p. 131.

¹⁹⁰³ De fait, le droit romain s'est, le premier, singularisé comme technique, en mettant au point « cet outil de systématique dénaturation du monde, en inventant un moyen de gérer les rapports humains sur le mode d'un comme si qui les faisait échapper virtuellement à toute détermination naturelle », *ibid.* p. 137.

¹⁹⁰⁴ Yan Thomas, *op. cit.* p. 139. Les exemples sont multiples : mort civile, rétroactivité, effets suspensifs etc...

se confondrait plus ou moins avec la temporalité intuitive et vécue, une nostalgie pour un droit qui ne ferait qu'un, finalement, avec l'expérience même des sujets » permet d'expliquer les arguments hostiles à l'arrêt Perruche¹⁹⁰⁵. Cette hostilité à la technicité du droit serait le fruit de « nouvelles versions du droit naturel spécifiquement ancrées dans la considération de la nature biologique, psychique, généalogique et donc temporelle de l'homme »¹⁹⁰⁶. Il faut au contraire dissocier « les deux réalités et les deux temporalités biologique et juridique auxquelles sont assignés le sujet de vie et le sujet de droit »¹⁹⁰⁷. L'auteur n'est donc guère choqué si le juge « accorde un droit subjectif nouveau dont l'exercice requiert la fiction d'une personne prénatale »¹⁹⁰⁸ puisque c'est une tendance historique de notre droit de déplacer le vrai ontologique vers la fiction juridique¹⁹⁰⁹.

530. Popularité du modèle abstrait. Bien que radicale, la position de Yan Thomas nous semble populaire dans un paysage juridique français dominé par un positivisme d'inspiration normativiste¹⁹¹⁰. Que la causalité soit un principe structurant la réalité, un concept *a priori* de l'entendement ou une profonde intuition commune, peu importe au juriste positiviste. Ce dernier concentre son étude sur le droit pris comme un ensemble abstrait de normes faisant système. Dans son optique, le droit n'est pas issu d'un ordonnancement naturel, il n'est tenu par aucune essence, aucune réalité en soi. « Le droit tend à structurer notre univers à l'aide de ses propres concepts ou mieux, il crée, parallèlement à l'univers réel, un univers idéal, qui n'a d'existence que dans l'ordre des idées, mais bien entendu fournit un modèle pour mener une action dans l'ordre des faits : modèle abstrait qui obéit à sa logique propre, modèle désincarné, si l'on veut, mais qui

¹⁹⁰⁵ Yan Thomas, *op. cit.* p. 140. « Le thème de la coutume, poursuit l'auteur, sert longtemps de projection (...) à cette espèce de frustration que procure le sens juridique au sentiment de l'existence. » *ibid.*

¹⁹⁰⁶ Yan Thomas, *op. cit.* p. 141.

¹⁹⁰⁷ Yan Thomas, *op. cit.* p. 146.

¹⁹⁰⁸ Yan Thomas, *op. cit.* pp. 165-166.

¹⁹⁰⁹ L'auteur insiste en l'occurrence sur le caractère abstrait de la notion de personne juridique, distincte, indépendante de l'être humain. Par exemple, la question de savoir, juridiquement parlant, à partir de quand appliquer à un individu le régime juridique de la personne a toujours été « indépendant des croyances et des savoirs extérieurs au droit ». C'est en effet, cette disjonction entre l'être humain tel qu'il est et « son essence abstraite de sujet de droit », qui permet d'expliquer l'arrêt Perruche, d'isoler le préjudice de handicap et de le relier à la faute du médecin.

¹⁹¹⁰ Les conceptions normativistes, écrit O. Pfersmann, « entendent développer une stricte distinction entre les faits régis par les lois causales de la nature d'une part, et les normes et valeurs constituant la signification de certains actes d'autre part », O. Pfersmann, « Fait » in *Dictionnaire de la culture juridique française*, *op. cit.* p. 696.

constitue un instrument de mesure présenté comme impartial pour régler des oppositions d'intérêts bien réelles »¹⁹¹¹. Dès lors toute notion juridique relève d'abord de cet ordre abstrait. Cherchant, par exemple, à définir la notion de bien, M. Gregorczyk, qui ne parvenait ni à une définition réelle (via les objets désignés par la notion), ni à une définition nominale (via une explicitation du contenu de la notion), en conclut que le bien juridique constituait un « terme premier du système » ne pouvant se définir autrement que par : « est un bien ce que le droit désigne comme tel ». Dans cette optique, le droit est, plus que jamais, un système abstrait, désincarné, clos sur lui-même.

La causalité en droit ne peut donc être, pour les positivistes contemporains, que le « produit de la technique juridique » et non une propriété ontologique du monde que le droit « devrait se contenter de consacrer ». Cette abstraction et cette toute-puissance du droit présentent bien entendu des effets pervers, à commencer par une déformation de la réalité. Mais cette déformation, dit-on, est « le complément obligé de l'abstraction et de la concision ainsi d'ailleurs que le moyen de s'adapter à l'évolution des sociétés »¹⁹¹². Seuls une « théorie normative », un « ordre de valeur compris sous la référence à une « fonction anthropologique du droit » » permettraient de refuser l'écart entre la qualification juridique et la description d'un état naturel. Cela mis à part, une causalité juridique abstraite et fictive est tout-à-fait acceptable.

531. Conclusion du paragraphe. Les développements de Yan Thomas illustrent la difficulté qui sous-tend le principe d'une « causalité juridique » autonome par rapport aux représentations courantes ou scientifiques. Ainsi entendue, en effet, la causalité juridique ne présente plus aucun lien avec la réalité sensible. Son établissement n'est même plus contraint par le possible ou l'impossible. L'affirmation selon laquelle aucun « monde possible » n'était envisageable dans lequel Nicolas Perruche ne serait pas né n'a aucune portée. Seuls le législateur ou le juge souverains sont habilités à déterminer ce qui constitue, *juridiquement*, une cause et un effet, nonobstant la matérialité des faits.

§2. Limites de l'autonomie

¹⁹¹¹ P. Jestaz, *Le droit*, op. cit. p. 86.

¹⁹¹² P. Jestaz, *ibid.* p. 88.

532. Le détachement par rapport à la réalité impliqué par l'idée de causalité juridique devient, lorsque la logique d'abstraction est poussée à son terme, difficilement acceptable. Un premier type d'argument permettant de limiter les excès d'une causalité juridique détachée du réel consiste à invoquer le caractère fictif de telles qualifications (A). L'argument essentiel réside toutefois dans le caractère pragmatique du droit (B).

A. Le problème de la fiction

533. Même si Yan Thomas l'accepte sans réserves, retenir une causalité juridique dans des hypothèses où la causalité réelle semble absente est difficilement justifiable. Cela revient à consacrer une causalité juridique purement fictive. Or la technique de la fiction, qui a toujours existé en droit, n'est acceptable que si elle opère de manière, sinon exceptionnelle, du moins restrictive. La portée de cet argument dépend toutefois de la définition de la fiction retenue. En effet, derrière son apparente simplicité, la définition de la fiction cache des ambiguïtés. Elle s'avère largement dépendante de l'évolution des idées sur le droit et de la sophistication de la technique juridique¹⁹¹³. L'opposition entre la définition classique de la fiction et la définition technique contemporaine illustre l'antagonisme entre jusnaturalisme et positivisme, pragmatisme et normativisme.

534. Définition classique de la fiction. La fiction est traditionnellement entendue comme l'acceptation d'un fait ou d'une proposition contraire à la vérité. Une définition en fut donnée, pour la première fois, au début du XIV^{ème} siècle, par Cynus de Pistoie : « la fiction consiste en la supposition d'un fait certainement contraire à la vérité tenu pour vrai »¹⁹¹⁴. Par la suite, l'opposition entre fiction et vérité s'accroît¹⁹¹⁵. On présente

aujourd'hui la fiction comme « une dénégation ou une dénaturation de la réalité : constitue une fiction, toute solution de droit contraire à la réalité »¹⁹¹⁶. Au-delà de cette définition générale se profilent, toutefois, des divergences sur le point de savoir si la fiction doit être volontaire et, surtout, sur la détermination de la *réalité de référence* permettant de l'apprécier.

Dans la perspective classique, qui fut également celle de Gény¹⁹¹⁷ ou Dabin, la fiction contredit la *réalité matérielle ou naturelle*, extérieure au droit. Cela suppose, pour l'apprécier, de comparer le point de vue du droit à la réalité concrète¹⁹¹⁸. On a pu dire que la technique de la fiction participait, en un sens, d'une théorie de la connaissance car une déviation ne pouvait être consciente par rapport à la réalité matérielle que si ladite réalité pouvait être connue¹⁹¹⁹. A cet égard, la fiction, assimilée au mensonge, a longtemps suscité, chez les juristes, beaucoup de réserves. La rétroactivité de tel acte juridique est classiquement considérée comme fictive au sens où l'ordre juridique méconnaît, en l'occurrence, l'écoulement normal du temps. De même, concernant les qualifications, est

¹⁹¹³ La question de la fiction recoupe largement le débat entre réalistes et nominalistes qui a tant agité la pensée juridique. Pour les auteurs nominalistes, dans la mouvance de Jeremy Bentham, les concepts juridiques sont nécessairement fictifs puisque les notions abstraites, les concepts désignant la réalité matérielle ne sont, par définition, que des entités fictives. L'ensemble du droit est donc une fiction, *a fortiori* si les définitions juridiques s'éloignent de la réalité sensible. Au total, cette tendance conduit à confondre fictions et abstractions.

¹⁹¹⁴ cité par Anne-Marie Leroyer, *Les fictions juridiques*, thèse Paris II, 1995, p. 16.

¹⁹¹⁵ Vaihinger, auteur allemand, définissait la fiction juridique comme une dérogation consciemment fautive à la réalité matérielle. A. M. Leroyer, *ibid.*, p. 16

¹⁹¹⁶ Guillaume Wicker, « Fiction » in *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 716. Dans la conception classique, « inspirée des doctrines du droit naturel, l'idée qui fonde ce choix est que le droit étant un système conventionnel, il n'a pas par lui-même de réalité propre ». Nous sommes en désaccord avec l'auteur lorsqu'il affirme que cette conception classique n'a qu'une portée réduite : « n'envisageant que la capacité de la règle de droit à rendre compte de la réalité matérielle, elle n'intéresse que la question de l'élaboration de la règle ».

¹⁹¹⁷ « Pour des auteurs comme Gény, il n'y a de véritable fiction que dans la mesure où c'est le donné objectif, l'ordre naturel des choses qui est violé. Ainsi l'immobilisation de certains meubles viole la vérité scientifique ; la rétroactivité de la condition ou du partage viole le déroulement exact des faits, la personnalité morale viole le principe philosophique d'identité ; la théorie nominaliste de la monnaie viole la théorie économique ». Houin, *Rapport à l'Association Henri Capitant*, 1948, p. 242 cité par M. Weser, « Présomptions et fictions en droit international privé », *Les présomptions et fictions en droit*, Travaux du centre national de recherches de logique, Chaïm Perelman et Paul Foriers (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1974, p. 144.

¹⁹¹⁸ La fiction « constitue le domaine où tout doit se passer comme si, mais à la différence de l'hypothèse scientifique qui repose sur une réalité probable, la fiction s'appuie sur une violation certaine de cette réalité », Houin, art. préc. p. 144.

¹⁹¹⁹ A. M. Leroyer, *ibid.*, p. 16.

considérée comme fictive la qualification retenant une « réalité juridique » contraire à la réalité matérielle : c'est fictivement que le lapin de garenne constitue un immeuble par destination.

535. Définition contemporaine de la fiction. La pensée juridique contemporaine, séduite par la conception normativiste du droit comme système abstrait, tend à remettre en cause la conception classique de la fiction en refusant la pertinence d'une confrontation aux faits concrets. Il était ainsi impossible, aux yeux de Kelsen, de juger de la contrariété ou de la conformité d'une règle de droit à la réalité matérielle. La loi étant non un acte de connaissance mais un acte de volonté, elle ne peut contenir un jugement sur ce qui est : il faut se référer exclusivement à la réalité posée par l'ordre juridique. Prenant ainsi l'exemple de la filiation, Kelsen estimait que la règle selon laquelle le père de l'enfant est le mari de la mère établissait une définition juridique du mot « père », indifférente à la vérité biologique de la filiation : il ne s'agissait pas d'une fiction¹⁹²⁰. De même, le mécanisme de la rétroactivité n'est pas, dans cette optique, fictif mais constitue simplement une modalité de *l'existence juridique* indépendante de la vie et de l'écoulement du temps. C'est donc exclusivement *au sein de la sphère normative* qu'il faut apprécier la fiction.

Reste à définir cette « réalité juridique » servant de référence. Certains voient la fiction « chaque fois qu'une solution de droit apparaît contraire à une règle de droit »¹⁹²¹. D'autres, plus précis, évoquent « un élargissement artificiel d'une règle technique habituellement reçue »¹⁹²². On met régulièrement en évidence le rôle de la fiction comme moyen de faire évoluer la règle de droit, soit en étendant l'application d'une règle à des cas qu'elle ne prévoyait pas (assimilation d'une situation de fait à l'hypothèse visée par la règle), soit en diminuant le nombre de conditions d'application d'une règle donnée (en supposant une condition acquise en toutes hypothèses)¹⁹²³. Le procédé est bien connu : si, au début de

¹⁹²⁰ A. M Leroyer, *op. cit.* n°24. Madame Leroyer estime que « si le concept de réalité juridique est ainsi relativement clair, car il recouvre toute réalité établie par le droit positif, celui de réalité matérielle est, en revanche, très flou ». Anne-Marie Leroyer, thèse préc. n°23.

¹⁹²¹ G. Wicker, art. préc. p. 717.

¹⁹²² Houin, art. préc. « Ainsi la personnalité morale n'est pas une fiction par rapport à la réalité physique de l'individu, mais par rapport à la notion juridique de personnalité des individus ». Pour Mme Leroyer, le critère de la fiction réside dans le caractère inhabituel, exceptionnel de certaines qualifications : il y a fiction juridique lorsqu'on applique une qualification à une situation qu'elle ne recouvre pas en principe.

¹⁹²³ G. Wicker, art. préc. p. 718. Identifier la fiction à une qualification inhabituelle rend particulièrement délicate l'appréhension des évolutions jurisprudentielles Quel critère permet en effet de distinguer le

l'évolution, les qualifications retenues sont réputées fictives, elles ne le sont plus une fois qu'est acquise la modification de la définition juridique concernée.

En résumé, il y a, dans cette optique, « fiction chaque fois qu'une règle est appliquée à une situation de fait qui ne correspond pas exactement à sa présupposition »¹⁹²⁴. Les partisans du critère contemporain de la « réalité juridique » estiment qu'« en pareil cas la fiction contrevient moins à la réalité matérielle qu'à la réalité juridique car elle a pour objet premier une application volontairement fautive de la règle de droit »¹⁹²⁵. On peut donc conclure qu'il y a fiction juridique lorsque la qualification retenue contredit la qualification appropriée. Ce faisant, la fiction constitue un procédé d'extension ou d'adaptation du droit existant¹⁹²⁶. On remarquera qu'une telle conception, interne au droit, de la fiction suppose d'en sortir, puisqu'il faut, pour l'établir, se référer à la réalité concrète afin d'évaluer la mesure dans laquelle la qualification retenue n'est pas celle qui s'imposerait en l'espèce.

536. Les conclusions concernant la causalité varient finalement selon la définition de la fiction retenue. S'il y a fiction chaque fois que la qualification retenue contredit la réalité matérielle, la qualification causale sera fictive, au sens classique du terme, dès lors qu'elle ne reflète pas les circonstances de fait. En ce sens, le caractère fictif de certaines qualification sautera aux yeux lorsqu'elles se produiront : en ce sens, la fiction constitue un garde-fou contre des qualifications fantaisistes. Mais dans la conception « techniciste », rien n'empêche le droit de faire évoluer la définition juridique de causalité en la détachant de la matérialité des faits pour passer à une causalité véritablement juridique. Dans cette optique, la causalité ne sera fictive que si elle ne correspond pas à la définition juridique habituellement retenue. On pourrait donc soutenir que la causalité retenue dans l'affaire Perruche ou dans le contentieux relatif au vaccin anti-hépatite B exprime la causalité juridique. De telles qualifications, n'auraient, de ce point de vue, aucun caractère fictif. La définition, ainsi entendue, de la fiction, ne permettrait en rien de limiter ou refuser l'autonomie de la définition juridique de causalité, peu important que cette dernière ne conduise à des qualifications fictives au sens classique du terme. Si l'on peut contester la définition purement juridique de la fiction, il apparaît, finalement, que l'invocation de la

revirement jurisprudentiel de la fiction ? En outre, concevoir comme fictif tout glissement interprétatif semble consacrer l'idée de catégories juridiques figées s'imposant par nature dans certaines circonstances.

¹⁹²⁴ G. Wicker, art. préc. p. 718.

¹⁹²⁵ Ibid.

¹⁹²⁶ Ibid.

réalité matérielle est moins convaincante que l'idée selon laquelle le discours du droit ne se destine pas seulement aux juristes mais à la société dans son ensemble.

B. Le caractère pragmatique du droit

537. Si l'on peut accepter l'idée de causalité juridique, au sens où le droit adopte une certaine perspective dans son appréhension des faits, admettre des propositions contredisant manifestement la réalité matérielle est injustifiable. Elle est injustifiable pour deux raisons. D'une part, parce que l'évacuation de la réalité n'est pas décentement envisageable dès lors que le droit a vocation à être respecté (1). D'autre part, parce que des définitions détachées des représentations communes nuiraient à l'intelligibilité du droit (2).

1. L'effectivité du droit

Opposer la réalité matérielle à un droit qui se veut sophistiqué peut paraître illusoire. Mais celui qui souscrirait aux conceptions juridiques et abstraites de la causalité et de la fiction précédemment évoquées, serait inévitablement conduit, tôt ou tard, à revenir à la matérialité des faits. D'ailleurs, une conception purement juridique de la causalité conduit à la confondre avec un simple mécanisme d'imputation.

538. Excès de technicisme. La position de Yan Thomas, pour lequel le droit tout-puissant a toute latitude pour nommer les choses et les personnes à sa guise n'est pas acceptable. Elle est le fruit d'un excès de technicisme de la part de juristes qui, oubliant la *fonction sociale* de l'activité juridique, ont fini par voir dans les constructions juridiques des réalités autonomes, et même des essences, alors qu'elles ne constituent, au fond, que des outils permettant d'aboutir à des résultats effectifs, souhaitables ou non. Certes, la technicité du droit français est le signe d'un droit élaboré, logique, réfléchi, présentant pour cette raison des garanties au justiciable. Mais pousser l'abstraction jusqu'à concevoir, aux côtés de la réalité matérielle, une « réalité juridique » ayant vocation à s'y superposer et résultant de l'activité souveraine d'interprétation revient, si toute liberté est laissée à l'interprète, à priver le droit de sa portée et de son effectivité : qui acceptera, sinon le positiviste intransigeant, qu'un caillou soit qualifié de personne juridique, fût-ce par l'autorité souveraine ? De même, est-il vraiment raisonnable, de la part d'une juridiction française, d'estimer acquise, contre l'avis des scientifiques, une éventuelle « causalité juridique » entre un vaccin largement répandu et une maladie grave ?

L'argument qui est le nôtre ne se veut pas d'ordre jusnaturaliste : il vise juste à contester l'excès d'abstraction au nom du pragmatisme. Si l'on peut accepter la conception du droit

comme système de normes, c'est à la condition de garder à l'esprit qu'un tel système s'insère dans un *système social* plus large, qu'il a vocation à exister ou fonctionner dans une *réalité concrète* composée d'hommes, de femmes, d'événements, de choses. Si l'on peut admettre que le raisonnement judiciaire constitue une technique reposant sur la logique, se fondant sur des définitions juridiques et respectant, autant que possible, la volonté normative du législateur, la décision du juge n'a pas seulement pour effet d'augmenter le corpus juridique d'une nouvelle interprétation, bonne ou mauvaise, de la règle, mais aussi, et surtout, de conduire à un résultat qui s'imposera, très concrètement, aux parties.

Dans ce contexte, fonder une décision de condamnation sur une causalité matérielle manifestement inexistante ou très improbable, au motif qu'on estime acquise la présence d'une « causalité juridique » conduit à l'impasse. Elaboré à partir de la réalité, le droit doit revenir à la réalité. Partie de la réalité considérée par celui qui l'a élaborée, la règle de droit revient à la réalité par son actualisation judiciaire. Coupé de la réalité, il perd la condition de son effectivité. L'interprétation du concept est donc liée par la réalité : la nier, c'est renier l'idée même qui a présidé à l'élaboration de la règle. Vouloir qualifier la causalité en tenant compte d'arguments relatifs aux objectifs de la responsabilité civile peut paraître souhaitable, à la condition de ne pas oublier que les fonctions mêmes de la responsabilité se définissent à partir de la causalité.

L'abstraction excessive de l'approche normativiste est bien illustrée par l'exemple de Christophe Gregorczyk, conduit à assimiler la notion de bien à un « terme premier du système » faute de définition. Envisager le droit comme un « système » abstrait, désincarné et désolidarisé du monde réel constitue une impasse : la réalité concrète doit, à un moment ou un autre, irriguer l'univers normatif, fût-ce au travers de l'idée de possible ou d'impossible ontologique¹⁹²⁷. Tel ne fut-il pas le problème de Kelsen qui, devant la difficulté posée par l'hypothèse logique de la *Grundnorm*, finit par admettre le caractère

¹⁹²⁷ Il est par exemple évident à tout un chacun qu'un contrat dont l'objet est impossible ne puisse être juridiquement valable. Pourtant, dans l'esprit de Yan Thomas, la chose ne découle pas d'elle-même mais doit résulter nécessairement d'une norme : si le Code civil invalide la condition impossible, c'est qu'existe, au sein de l'ordre juridique, une norme, une « loi particulière qui fait de l'impossibilité naturelle une cause de nullité ». L'« impossible » doit être relayé par l'« interdit », il est « destitué de son rang ontologique et accaparé par l'interdit ». Et il ne s'agit pas là, ajoute l'auteur, d'un « pur procédé formel » par lequel le droit reconnaîtrait qu'il lui est impossible de souscrire à certaines actions naturellement irréalisables. Y. Thomas, préc. p. 118

indispensable d'une référence au concret par la vérification de l'efficacité générale des normes¹⁹²⁸ ?

539. La réduction de la causalité à l'imputation. Finalement, la causalité juridique, abstraite et fictive, telle que l'entend Yan Thomas, se rapproche de très près de l'idée d'imputation. Il est indéniable que la causalité du droit de la responsabilité présente cette dimension. Mais la causalité n'est pas seulement imputative. Sa fonction n'est pas seulement d'attribuer une responsabilité à un sujet de droit. La causalité a aussi pour mission de retranscrire les événements passés, de les expliquer, de manière à justifier l'imputation ainsi opérée. Esmein¹⁹²⁹, qui distinguait causalité matérielle et imputation, n'en retenait pas moins que la causalité matérielle était indispensable à l'imputation d'une responsabilité. En outre, dans le système abstrait dans lequel la causalité juridique, comme la fiction, n'est défini qu'au regard du droit, reste, tôt ou tard, à trouver des liens avec le monde des faits. De ce point de vue, faire de la causalité un concept équivalent à l'imputation constitue un simple déplacement du problème. Une fois la causalité «juridicisée», il convient de déterminer les circonstances de fait qui rendront possible l'imputation : on retombe ici inévitablement sur la définition factuelle des événements concernés par la règle. Or la règle de responsabilité prévoit précisément d'imputer la responsabilité à celui qui, par son geste, a causé des effets dommageables. On en revient toujours à l'établissement d'une causalité matérielle.

2. Le principe d'intelligibilité du droit

540. L'intelligibilité du droit Le droit, pour être respecté, doit être compris. L'intelligibilité des normes juridiques est aujourd'hui un objectif à valeur constitutionnelle¹⁹³⁰. Dans ce contexte, admettre une causalité juridique dont la signification serait nettement détachée des usages communs n'est pas justifiable. Comment faire comprendre à des mères de famille dont les enfants sont concernés par les campagnes de

¹⁹²⁸ Aujourd'hui, la majorité des auteurs admettent que « seuls des systèmes de normes globalement efficaces correspondent à l'idée intuitive d'un ordre juridique ». La difficulté de cette conception est que l'efficacité renvoie nécessairement à un élément factuel dont, justement, les intéressés cherchent à s'extraire.

¹⁹²⁹ P. Esmein, « Le nez de Cléopâtre... », art. préc.

¹⁹³⁰ V. sur ce point, J.-M. Larralde, « Intelligibilité de la loi et accès au droit », *Les Petites Affiches*, 19 novembre 2002, n°231, p. 11. V. Lasserre-Kiesow, « La compréhensibilité des lois à l'aube du XXI^e siècle », D. 2002 n°14, p. 1160.

vaccination contre l'hépatite B que les juges d'appel de Versailles ne retiennent qu'un lien causal *juridique* entre le vaccin et la sclérose en plaque ? Comment expliquer à l'homme de la rue qu'un médecin a causé le handicap de Nicolas Perruche en empêchant sa mère d'avorter ? Pourquoi embrouiller les justiciables en usant de significations inédites de termes relevant du lexique courant de tout un chacun ? La chose est d'autant plus gênante que les affirmations contenues dans la décision judiciaire constituent plus que de simples motifs : il s'agit d'un véritable « discours sur le monde » que nous offre le droit. La qualification ne consiste pas simplement dans l'attribution d'un régime juridique, elle a aussi, et préalablement, pour fonction de *nommer* les choses. Dire qu'un caillou constitue une personne juridique, affirmer que le médecin a « juridiquement » causé le handicap de Nicolas Perruche, ou que le vaccin contre l'hépatite B provoque « juridiquement » la sclérose en plaque n'a aucun sens. Le discours du droit, pour être audible, doit être construit, cohérent, compréhensible.

On ne niera pas que le vocabulaire juridique constitue un vocabulaire spécifique. Nous avons admis que les mots du langage courant acquièrent, dans la sphère du droit, un sens différent de celui qui est ordinairement le leur. Mais cet aspect est lié au fait que les juges interviennent pour préciser les termes, qui présentent tous des difficultés à *leurs frontières*. Ils n'en remodèlent pas, pour autant, le sens principal des mots. Lorsque le juge intervient pour préciser ce qu'il entend par « véhicule terrestre à moteur » dans le cadre de la loi de 1985, il ne remet en question ni la notion de « véhicule », ni celle de « moteur ». Il en va, il doit en aller, de même pour la causalité. Si l'on peut admettre le principe que la qualification causale aboutisse à l'établissement d'une causalité juridique, désignant ce que le droit de la responsabilité choisit de retenir comme « cause-responsable » (*responsible cause*), cette causalité juridique doit intégrer, avant tout choix politique ou subjectif, l'élément de causalité matérielle, dont le critère minimal est celui de la condition *sine qua non*. A l'exception des plus sceptiques, les auteurs anglo-américains ne raisonnent pas autrement, même ceux qui accordent une place fondamentale à la politique sociale (*social engineering*).

Il en va d'ailleurs de *l'acceptabilité sociale* des décisions judiciaires. Le droit, pour être accepté, doit être compris. « Autant le public comprend qu'un médecin ou un ingénieur use de termes ignorés de la langue usuelle parce qu'ils désignent des objets que le non

spécialiste ne connaît pas, autant l'obligation de connaître les lois et de les respecter paraît appeler un vocabulaire que chacun comprend », disait le Doyen Batiffol¹⁹³¹. Contrairement à ce que soutient Yan Thomas, il n'est pas décevant envisageable de consacrer une conception juridique de la causalité indifférente à la biologie ou aux catégories du possible, de l'impossible, ou du probable. Il s'agit là, en effet, de représentations qui sont au cœur de notre appréhension du monde et qui doivent, à ce titre, irriguer la pensée juridique. « La construction du droit, remarquait Jean Ray, utilise les éléments fondamentaux de notre structure intellectuelle non pas seulement parce qu'elle est en contact avec notre représentation des choses qui se sert de ces éléments, mais aussi et surtout parce que ces éléments sont d'une généralité suprême et, par suite, indissolublement liés non seulement à l'activité représentative, mais à l'activité créatrice de la pensée ou de la conscience »¹⁹³². A cet égard, la causalité n'est pas pure représentation mais relève de ces « façons générales de penser » inhérentes à toutes les activités de l'esprit.

541. Conclusion de la section. Etant admis le principe d'une notion juridique de causalité qui traduirait ce que le droit retient comme cause afin d'imputer la responsabilité, la causalité juridique doit rester *vraisemblable*. Autrement dit, la notion de causalité juridique ne doit pas servir à consacrer une causalité purement abstraite, qui n'aurait plus vocation à expliquer le déroulement des événements. Confronter, à cet égard, la réalité matérielle à la qualification juridique retenue peut, certes, être contesté au motif que la « causalité juridique » n'a pas vocation à exprimer les faits bruts mais leur appréhension par le droit. Mais des qualifications juridiques en profond décalage avec les représentations courantes seraient le signe d'un droit *inaccessible* à ceux qu'il prétend régir. En cela, l'autonomie de la notion juridique de causalité doit rester *relative* : si le droit doit apporter des précisions là où les termes sont indéterminés, il ne doit consacrer des qualifications manifestement contraires aux perceptions courantes que dans des cas exceptionnels.

542. Conclusion du chapitre. L'idée d'une « causalité juridique », qui exprimerait ce que le droit choisit de retenir comme cause dans le contexte de la responsabilité civile, est d'autant plus justifiée que la causalité est une notion intégrée dans la norme et donne

¹⁹³¹ H. Batiffol, « Observations sur la spécificité du vocabulaire juridique », *Mélanges Gabriel Marty*, p. 35 et s. spéc. p. 43. Comp. Ch. Perelman : « les décisions de justice doivent satisfaire trois auditoires différents : d'une part, les parties en litige, ensuite les professionnels du droit, et, enfin, l'opinion publique », *Logique juridique, op. cit.* n°94.

¹⁹³² J. Ray, thèse préc., p. 145.

lieu à un contrôle de la part de Cour de cassation. La causalité juridique permet d'exprimer la conception qu'a le droit de la causalité dans le cadre de la mise en œuvre de la responsabilité. La réalisation de la norme suppose, en effet, au fil de espèces, de *préciser* la notion. En revanche, il ne faut pas tomber dans l'erreur de constituer la causalité juridique en *réalité autonome*, en lui accordant une existence propre, qui se juxtaposerait à celle de la causalité matérielle. La seule réalité qui est ici en jeu est *concrète* : il s'agit des événements passés, prouvés par les parties, qui donnent lieu au litige de responsabilité. Il n'existe pas, en revanche, un « monde des choses du droit » composé d'une « réalité juridique », dans lequel les fictions s'apprécient au regard du droit lui-même, abstraction faite de toute référence à la réalité sensible. La règle de responsabilité civile n'est rien d'autre qu'un outil permettant de réparer une injustice. Si, donc, nous admettons le principe de l'idée de « causalité juridique », c'est seulement en ce que cette dernière permet de préciser davantage les critères de la causalité matérielle que nous avons dégagés, en considération des fonctions et des objectifs de la responsabilité civile.

CHAPITRE II

METHODOLOGIE DE LA QUALIFICATION DU LIEN CAUSAL

543. Qualification causale et argumentation. Le problème de l'établissement de la cause se pose en termes analogues au juge et au médecin¹⁹³³. L'un comme l'autre doivent prendre une décision, qu'ils ne peuvent différer. Mais ils ne constituent pas des « décideurs » comme le sont, par exemple, les responsables publics ou les chefs d'entreprise. Le juge comme le médecin formulent une prescription, dans l'exercice de leur art, propre au cas qui leur est soumis. L'un et l'autre doivent, ce faisant, se fonder sur la situation qu'ils ont devant les yeux en élaborant, à ce sujet, un diagnostic à partir des éléments de fait dont ils disposent. A cet égard, il faut que la décision repose sur le « diagnostic » le plus fiable possible, malgré les difficultés : complexité de la notion même de cause, information souvent insuffisante, incertitude scientifique, nécessité de trancher dans un délai relativement court. De ce point de vue, le médecin et le juge ont moins besoin d'une belle théorie que d'une bonne *méthode*.

Si l'élaboration d'une (énième) définition générale du concept de causalité semble être un objectif inatteignable, il reste envisageable de se pencher sur sa qualification en l'identifiant à un « problème causal » à résoudre en recourant à une série d'*arguments*. En effet, la qualification du lien causal doit être conçue comme découlant d'une *délibération* qui fait chaque fois appel à des arguments pertinents relativement à la question posée. Cette approche de la question est solidaire d'une certaine conception de la *décision judiciaire*. En effet, pour le juriste soucieux de voir dans la démarche du juge un raisonnement logique et déductif, la notion de causalité est une catégorie dont il faut préciser le contenu. Mais la décision judiciaire n'est pas que cela. Elle constitue également un mode de résolution des

¹⁹³³ Paul Ricoeur, « La prise de décision dans l'acte médical et dans l'acte judiciaire », in *Le Juste 2*, éd. Esprit, 2001, p. 245.

conflits mettant en jeu un *débat argumentatif*. La condition de causalité devient alors le résultat d'un ensemble d'arguments pouvant relever tant de la matérialité des faits que de considérations relatives aux fonctions de la responsabilité. Incluse dans un débat visant à conclure ou non à la responsabilité d'un agent par l'imputation d'un dommage, la question causale y est résolue non pas seulement par référence aux *faits*, mais aussi en considération d'éléments plus *politiques* ou *subjectifs*. Cela ne conduit pas à consacrer une causalité juridique purement fictive, mais une causalité juridique d'abord identifiée par l'étude des faits, avant d'être définitivement désignée au regard de considérations juridiques.

Le choix d'une approche « rhétorique »¹⁹³⁴ de la qualification causale ne signifie pas que les arguments mobilisés sont des sophismes, ayant pour seul objectif de persuader un auditoire incompetent. Il s'agit, au contraire, de garantir la *qualité* du jugement de causalité opéré dans ce cadre. « Quand Platon rêve, dans le *Phèdre*, d'une rhétorique qui, elle, serait digne du philosophe, ce qu'il préconise, c'est une technique qui pourrait convaincre les dieux eux-mêmes »¹⁹³⁵. Sans chercher à convaincre « les dieux », nous allons tenter d'identifier les arguments qui, parce qu'ils sont de nature à *convaincre* un juge soucieux de fonder sa décision sur des éléments sérieux, garantissent la qualité du diagnostic causal. De ce point de vue, les arguments doivent pouvoir répondre à la question « que s'est-il passé ? » : il s'agit là des éléments de fait permettant d'élaborer le diagnostic. Mais ils peuvent également être de nature *prospective* : le médecin, lorsqu'il prend parti pour une prescription, tient invariablement compte des effets attendus de cette dernière, en les mettant en rapport avec l'éventuelle incertitude affectant son diagnostic.

544. Appliquée au juge, cette approche nous conduit à tenir compte des deux aspects de la causalité que nous avons envisagés jusqu'à présent. D'un côté, en effet, la causalité permet de *décrire* une réalité passée. De l'autre, la causalité est une notion de droit permettant d'*imputer* la responsabilité ou de l'écarter, voire d'en déterminer l'étendue. S'agissant de qualifier les faits, les arguments identifiés viseront à assurer que la qualification causale restitue au mieux la réalité matérielle. S'agissant de mener une

¹⁹³⁴ Chaïm Perelman et Lucie Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, éd. de l'Université de Bruxelles, 5^e éd., 2000.

¹⁹³⁵ C. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *op. cit.* p. 9; v. Platon, *Phèdre*, 273 e : « Ce n'est pas pour parler et pour entretenir des rapports avec les hommes que l'homme sensé se donnera toute cette peine, mais pour être capable de dire ce qui plaît aux dieux ». *Rappr.* 273 d : « le vraisemblable vient à s'imposer au grand nombre précisément parce qu'il ressemble à la vérité », Platon, *Phèdre*, trad. L. Brisson, GF Flammarion, 1989, rééd. 2000, p. 175.

politique de la responsabilité, les arguments pertinents auront trait à la portée de la décision au regard des différentes fonctions assumées, aujourd'hui, par la responsabilité civile. Bien entendu, les différents types d'arguments envisagés peuvent militer, pour un même cas, dans des sens opposés. C'est au juge qu'il appartient, dans chaque hypothèse, de trancher en soupesant le poids de chaque élément.

Nous évoquerons donc d'abord les arguments tirés des circonstances de fait (section 1) puis les arguments de politique juridique (section 2).

Section 1. Explication causale et circonstances de fait

545. Notre première partie a permis de conclure que le critère principal de causalité, présent dans toutes les théories proposées, qui apparaît comme une exigence minimale, est celui de la condition *sine qua non*. Reste à déterminer comment s'opère, concrètement, l'établissement de la causalité.

546. Moyens de preuve ou motifs de droit ? Les arguments tirés des faits ont un objectif essentiel : faire en sorte que le jugement de causalité reflète au mieux la *réalité* des événements passés, pour la simple raison qu'est justifiée l'attribution d'une responsabilité à celui qui a, effectivement, causé le fait illicite. Se pose immédiatement, à cet égard, une question : de tels arguments, tirés des circonstances de fait, constituent-ils de simples moyens de preuve ou sont-ils de véritables motifs de droit ? S'agissant, ici, de considérations visant à établir, ou à écarter, ce qui est, d'abord, une qualification, la tentation est grande d'y voir de véritables arguments de droit. Les développements du chapitre précédent ont toutefois permis d'éclaircir la question¹⁹³⁶. La première étape de l'établissement d'une causalité relève du droit de la preuve. Elle consiste à établir les faits matériels de la cause, l'*histoire*, pour ne pas dire « l'intrigue »¹⁹³⁷, donnant lieu au litige. Il faut donc prouver, par exemple, que M. X, éboueur, se piqua un jour le doigt avec un seringue qui dépassait d'une poubelle provenant du cabinet d'un médecin, que, le jour même, des analyses relatives au VIH furent négatives, mais que l'intéressé se révéla, deux mois plus tard, porteur du virus¹⁹³⁸. Ces aspects relèvent des faits bruts. Mais le jugement

¹⁹³⁶ V. *supra* n°505 et s.

¹⁹³⁷ L'expression est chère à Paul Ricoeur. V. *Temps et récit 1, op. cit.*

¹⁹³⁸ Cass. 2^e civ. 2 juin 2005, Revue Lamy droit civil, 2005, n°776.

de causalité ne peut découler que d'un raisonnement d'*inférence*, qui consiste à utiliser l'*analogie*, les *règles d'expériences* connues de tous ainsi, le cas échéant, que des *lois scientifiques*, pour aboutir à l'affirmation d'une relation causale. En particulier, ce raisonnement abstrait doit permettre d'affirmer que M. X. ne serait pas porteur du VIH s'il ne s'était pas piqué le doigt avec la seringue. Ce faisant, établir la causalité constitue une *opération de jugement*¹⁹³⁹, qui doit relever, pour cette raison, du juge du droit. La difficulté d'un tel jugement est qu'il ne se présente pas toujours comme *certain*.

547. Incertitude et probabilités. L'exigence traditionnelle, dans le droit de la responsabilité, est celle d'un lien causal « direct et certain ». Pourtant, la certitude absolue du lien causal s'avère, dans la majorité des cas, un objectif inaccessible, comme le relèvent certains experts¹⁹⁴⁰. Non seulement l'établissement de la causalité suppose de tenir des raisonnements purement *hypothétiques*¹⁹⁴¹, mais sa certitude est, d'emblée, obérée par le caractère seulement *probable* des lois causales connues et des règles d'expérience, *a fortiori* s'il faut prendre en compte des comportements humains. Si nous vivions dans un monde entièrement *déterministe*, la causalité serait toujours *certaine*, pour peu que l'on connaisse précisément les données des faits de la cause. Mais tel n'est pas le cas. L'essentiel est, donc, que les arguments soutenant la qualification causale soient de nature à emporter la *conviction*. Après tout, la certitude est, d'abord, affaire de *croyance*. Le raisonnement causal doit être suffisamment étayé pour qu'on le juge convaincant. L'inférence causale aboutit, ce faisant, à une affirmation dont la fiabilité est susceptible de degrés. Au juge de l'évaluer : il peut estimer la causalité acquise ou élaborer des *probabilités subjectives* traduisant le coefficient de certitude de chaque proposition

¹⁹³⁹ Le « sens fort du mot juger », c'est « non seulement opiner, estimer, tenir pour vrai, mais en dernier ressort prendre position », P. Ricoeur, « L'acte de juger », in *Le Juste* 1, p. 185, spéc. p. 186.

¹⁹⁴⁰ Marc Girard, « Causalité « certaine » ou causalité suffisante ? », Lexbase Hebdo n°170, mercredi 1^{er} juin 2005. L'auteur, expert près la Cour d'appel de Versailles, y écrit « nous avons nous-mêmes l'expérience personnelle d'expertises qui, bien que n'ayant jamais dépassé le maximum du lien « probable », ont convaincu les magistrats quant à la réalité d'une causalité significative et la nécessité d'une indemnisation ». Il ajoute, plus loin que « la fiction du lien « direct et certain » est une menace pour l'équité entre les justiciables puisque, indubitablement, les magistrats se contentent au jour le jour d'une évidence parfois très lâche pour considérer comme satisfaite leur exigence de causalité ». V. égal. M. Girard, « L'intégrisme causal, avatar de l'inégalité des armes ? », D. 2005, Point de vue, p. 2620.

¹⁹⁴¹ Hart et Honoré, *op. cit.* p. 458, p. 55, p. 192 et s.

causale¹⁹⁴². Au lieu d'être certain, à 100%, du lien de causalité, le juge ne sera plus certain qu'à 75% : cela signifie que, selon lui l'affirmation selon laquelle « A constitue une condition *sine qua non* de B » a 75% de chances d'être vraie et 25% de chances d'être fausse. Tel est le cas en matière de perte d'une chance : le juge estime que la victime avait x% de chances d'échapper au dommage et l'indemnise en fonction de cette probabilité¹⁹⁴³. A partir d'un certain niveau de probabilité, il est possible d'estimer la causalité établie. En *Common Law*, la *but for cause* est admise lorsque la probabilité de lien causal est supérieure à la probabilité d'absence de lien¹⁹⁴⁴. Cela signifie que la responsabilité est prononcée *pour le tout* lorsque la *but for cause* est établie avec une probabilité d'au moins 51%. Le « tout ou rien » auquel conduit cette solution est régulièrement critiqué : la responsabilité est totalement écartée en cas de probabilité de 49% et retenue pour le tout en cas de probabilité de 51%¹⁹⁴⁵. A cet égard, la technique de la perte de chance, qui permet de répercuter sur le jugement de responsabilité l'incertitude du raisonnement contrefactuel, nous paraît plus équitable et adaptée.

Dans ce contexte, il convient de distinguer selon que l'effet causé est un fait matériel (§1) ou un fait humain (§2).

§1. La cause d'un fait matériel

548. Causalité concrète, causalité théorique. Le critère de la condition *sine qua non* ne donne pas toujours lieu à une réflexion purement singulière à l'espèce considérée. Il est logique, en effet, que le raisonnement contrefactuel conduise à se demander ce qui se serait passé, en l'absence de la condition, selon le *cours normal des choses*. La nécessité de recourir, ce faisant, à des *lois causales générales*, varie d'un cas à l'autre. Certaines espèces conduisent à raisonner de manière purement singulière, alors que d'autres se présentent

¹⁹⁴² Ces probabilités subjectives correspondent, *grosso modo*, au pari qu'une personne est prête à faire sur la validité d'une affirmation (à la différence des probabilités dites objectives qui mesurent la fréquence d'apparition d'un fait donné). V. *supra* n° 41.

¹⁹⁴³ V. *supra* n°454 et s.

¹⁹⁴⁴ V. John G. Fleming, « *Probabilistic Causation in Tort Law* », 68, *Canadian Bar Review*, 661 (1989). L'auteur cite une décision précisant que le juge doit « se sentir persuadé » (« *the tribunal must feel an actual persuasion...* »), *ibid.* p. 662.

¹⁹⁴⁵ Certains auteurs ont proposé de baisser le niveau de probabilité requis pour pouvoir retenir la causalité. V. not. Gelpe & Tarlock, « *The Use of Scientific Information in Environmental Decisionmaking* » *California Law Review* 371 (1974).

clairement comme la manifestation d'une généralité causale, par exemple lorsque une loi scientifique est en cause. Déterminer l'origine de l'incendie apparu à tel endroit, à tel moment, suppose d'enquêter sur les faits concrets et particuliers à l'espèce : si l'analyse peut mobiliser des connaissances scientifiques, ces dernières ne font pas, à proprement parler, l'objet de l'enquête causale, car leur principe et leur pertinence sont évidents. L'incendie est appréhendé, ici, comme un événement *concret et singulier*, même si cela suppose de s'interroger sur ce qui peut déclencher un incendie *en général*.

En revanche, une *généralisation causale* est directement en question lorsque le fait du défendeur et le dommage sont envisagés comme des *événements type* relevant d'une loi de la nature¹⁹⁴⁶. Tel est le cas lorsqu'on invoque, par exemple, le caractère toxique d'une substance donnée. Dans ce contexte, non seulement l'applicabilité au cas d'espèce d'une loi de la nature peut s'avérer problématique, mais l'interrogation causale se révèle quasi-insoluble lorsque la loi causale invoquée n'est pas scientifiquement établie, comme c'est le cas, par exemple, à propos du vaccin contre l'hépatite B. Le premier cas de figure concerne des faits matériels, concrets, envisagés de manière singulières, alors que le second cas est relatif à des faits naturels supposant de se fonder sur des lois de la nature. Nous étudierons donc successivement la causalité d'un fait matériel singulier (A) puis celle d'un fait se présentant comme une terme d'une loi de la nature (B).

A. La cause d'un fait matériel individuel

549. Inférence causale et présomption. L'établissement d'un lien causal implique un raisonnement d'inférence qui évoque la technique de la présomption. Il consiste, en effet, à induire un lien causal invisible à partir d'événements perçus et prouvés. Il faut, toutefois, nuancer ce rapprochement avec la présomption. La présomption se définit comme le procédé logique par lequel on passe de l'affirmation de la vérité de faits « voisins » à l'affirmation de la vérité du *fait* à prouver¹⁹⁴⁷. Elle suppose que le fait à prouver n'a pas pu être observé directement, ce qui arrive fréquemment. Mais la causalité constitue moins un fait à prouver qu'une analyse, un diagnostic sur les faits de l'espèce permettant de conclure

¹⁹⁴⁶ Le philosophe des sciences Gilles-Gaston Granger distinguait ainsi entre le fait « actuel », singulier, concret, observable, et le fait « virtuel », représentation idéale et abstraite du fait « actuel », donnant lieu à l'élaboration de lois et de statistiques.

¹⁹⁴⁷ X. Lagarde, thèse préc. n°219 ; v. égal ; J. F. Cesaro, thèse préc. n°315 et s.

à une relation entre les événements¹⁹⁴⁸. Dans tous les cas, elle n'aurait *jamais pu* être observée. L'expression d'*inférence* est donc plus adaptée¹⁹⁴⁹. Le raisonnement ne constitue pas, ici, un palliatif permettant d'établir un fait que l'on n'a pu observer directement, mais le *principe même* d'établissement d'une relation *par hypothèse* insaisissable. A cet égard, un tel mécanisme comporte une incertitude qui se loge au cœur même du raisonnement mené¹⁹⁵⁰ : la logique du probable lui est inhérente.

550. En réalité, le raisonnement d'inférence causale se rapproche plus ou moins de la *présomption de fait* selon que l'on connaît exactement l'enchaînement des circonstances ayant conduit au dommage ou que l'on ignore certains faits. Il peut parfois relever d'une véritable *présomption de responsabilité*. En particulier, le raisonnement diffère selon que l'on est en mesure de retracer précisément l'enchaînement causal (1), ou que l'un des faits composant cet enchaînement ne peut être connu, par exemple lorsqu'un fait matériel ne peut être prouvé, ou lorsque l'auteur du fait dommageable est indéterminé (2).

1. L'enchaînement causal est connu

551. Lorsque les circonstances ayant mené au dommage sont connues et prouvées, le diagnostic causal paraît simple, même s'il faut le justifier (a). Dans certaines hypothèses, des mécanismes existent pour rendre l'inférence causale quasi-automatique, ce qui permet de faciliter la tâche des victimes (b).

a. Le diagnostic causal simple

552. Lorsque l'enchaînement exact des événements est parfaitement connu du juge, la causalité peut aller de soi¹⁹⁵¹. Cela est le cas dès lors que l'on se trouve face à des circonstances parfaitement maîtrisées parce qu'on en a l'expérience. Nous savons tous

¹⁹⁴⁸ « Une part de raisonnement s'interpose toujours entre le fait constaté et le fait à prouver », J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *Introduction au droit, op. cit.* n°637 note 31. Les auteurs renvoient au propos de Bartin « La force des choses constitue à substituer à la preuve des faits générateurs du droit prétendu, qu'il est pratiquement impossible d'atteindre, la preuve de faits voisins et connexes de la réalité desquels le plaideur demande au juge d'inférer, par un détour plus ou moins long, la réalité de ceux qu'il aurait voulu, mais qu'il n'a pu atteindre directement », note 10 bis sous Aubry et Rau, tome XII, 5^e éd., §749, pp. 78-79.

¹⁹⁴⁹ Qu'il faut entendre comme « toute opération par laquelle on admet une proposition dont la vérité n'est pas connue directement en vertu d'autres propositions déjà tenues pour vraie ». V° « Inférence », in *Vocabulaire A. Lalande, op. cit.* p. 510. V. *supra* n°509.

¹⁹⁵⁰ V. J. F. Césaro, thèse préc. n°342.

¹⁹⁵¹ Sur l'évidence, v. J.-F. Césaro, thèse préc. n°373 et s.

d'expérience qu'un objet jeté en l'air tombe et se brise. Confronté, *a posteriori*, à un tel événement, il n'est donc pas difficile de tracer un lien causal entre l'acte de celui qui a jeté l'objet et le bris de ce dernier. De même, lorsqu'on sait qu'une personne a subi une transfusion sanguine au moyen d'un lot de sang prélevé chez un donneur porteur du VIH, établir la causalité ne fait pas de doute. Bien souvent, lorsque l'enchaînement des faits est connu, et l'inférence causale quasi-évidente, la qualification du lien de causalité relève de considérations relatives à la *politique* de la responsabilité. Tel est le cas, par exemple, lorsqu'il faut condamner le magasin gardien d'un plot en ciment situé sur le trottoir et contre lequel la victime s'est blessée¹⁹⁵², ou lorsqu'on estime que le conducteur en état d'ébriété constitue la « cause exclusive » de l'accident, nonobstant la négligence d'un autre automobiliste¹⁹⁵³. L'explication allant de soi, on se trouve en présence de jugements de causalité exclusivement *attributifs*, comme l'évoquaient Hart et Honore¹⁹⁵⁴.

Mais l'inférence causale n'est pas toujours évidente. Les événements abordés peuvent être complexes. Dans de telles hypothèses, la qualification du lien causal suppose de mobiliser des *arguments pertinents* venant conforter la qualification causale. Il s'agit notamment de la *proximité temporelle* entre la cause et l'effet, conformément à l'analyse humienne, et de *l'absence d'autres causes* venant expliquer le dommage. Un exemple classique est donné par la jurisprudence relative aux bangs supersoniques. Il s'agit là d'un cas de figure où les faits bruts ayant conduit au dommage sont connus et dûment prouvés : un mur s'effondre juste après que plusieurs bangs supersoniques ont été perçus. Pour inférer ici un lien causal, le juge relève la *concomitance* de ces deux événements¹⁹⁵⁵. Mais est également invoqué un autre argument : *l'absence d'autre cause possible* du dommage. Dans son arrêt du 13 octobre 1971¹⁹⁵⁶, la Cour de cassation écrit, en effet : « dès lors, qu'après avoir relevé que l'effondrement d'un mur s'était produit aussitôt après que plusieurs bangs, imputables à un appareil dont l'Etat français était responsable, ont été perçus, et après avoir constaté qu'il

¹⁹⁵² Cass. 2^e civ. 18 septembre 2003, D. 2004 jur. p. 25 note N. Damas ; RTD civ 2004, p. 108 obs. Jourdain ; RCA 2003 comm. 286, obs. H. Groutel ; JCP 2004, I, 101 n°18, obs. G. Viney, JCP G 2004 II 10013 note C. Le Tertre ; Defrénois 2004 n°56 obs. R. Libchaber.

¹⁹⁵³ Cass. 2^e civ. 21 avril 2005, Lamy droit civil 2005, n°737, préc. n°428.

¹⁹⁵⁴ V. *supra* n°252.

¹⁹⁵⁵ Il a bien entendu vérifié que les avions ont bel et bien survolé la zone où se trouvait l'immeuble et que des déflagrations ont été entendues.

¹⁹⁵⁶ Cass. 2^e civ. 13 octobre 1971, D. 1972, p. 117.

n'y avait eu ni secousse sismique, ni tempête, ni ouragan, que le temps était normal, qu'il n'y avait, aux environs, ni carrières, ni exploitations, ni grands travaux, ni zones de défrichage, ni chantiers souterrains, qu'il n'y avait eu ni effondrements du sol, ni circulation routière importante, ni explosions, ni actions d'engin contre le mur (...), une décision énonce à bon droit qu'aucune cause susceptible d'amener un effondrement de l'immeuble n'ayant été relevée, il existait des présomptions graves, précises et concordantes permettant de déduire que le dommage était en relation directe avec les bangs, de conclure à la relation de causalité ». On notera qu'il n'était pas contesté ici qu'un bang supersonique soit *de nature à* provoquer l'effondrement d'un mur. Il y avait donc là un troisième argument, implicite : l'existence d'une *loi causale générale* selon laquelle la cause était en mesure d'engendrer l'effet.

553. L'argument tiré de *l'absence d'autre cause* de nature à expliquer le dommage est souvent repris lorsqu'il faut opérer un diagnostic causal dans des hypothèses où l'enchaînement des faits est connu. Dans une affaire relativement ancienne¹⁹⁵⁷, une usine qui dégageait d'importantes émanations fluorées fut accusée par un apiculteur de provoquer la mort de ses abeilles, dont l'habitat était pourtant situé hors de la zone polluée et à une altitude nettement supérieure. Le juge reconnut pourtant la causalité, car aucune autre circonstance ne permettait d'expliquer la mortalité des insectes. Ce raisonnement par exclusion des autres causes possibles suppose que *les principales causes pouvant engendrer un tel dommage sont connues*, au sens où l'on sait ce qui peut *généralement* provoquer la mort d'abeilles ou l'effondrement d'un mur. Par ailleurs, il était acquis, en l'espèce, que l'ingestion de fluor était de nature à tuer les abeilles. De ce point de vue, l'existence d'une généralité causale, même non mentionnée par le juge, était, là encore, indispensable à l'établissement de la causalité. Si, en l'occurrence, cet argument ne fut que sous-entendu, il peut être expressément utilisé, notamment lorsque le fait du défendeur était *objectivement dangereux*, au sens où une généralité causale permettait de prévoir le dommage tel qu'il s'est produit. Dans ce cas, la preuve du déroulement des faits et l'existence d'une loi causale établissant que le fait générateur rendait le dommage probable seront les principaux arguments à l'appui de la qualification du lien causal.

b. Les mécanismes rendant l'inférence causale automatique

¹⁹⁵⁷ TGI Albertville 26 août 1975 JCP G 1976, II, 18384, note J. Rabinovitch.

554. Il arrive que la loi ou le juge prévoie que, dans certaines hypothèses, l'inférence causale est automatique dès lors que certains faits précis sont établis. Il s'agit de faciliter le raisonnement précédemment décrit, au sens où le juge n'est plus obligé de rechercher les *arguments* de nature à justifier la qualification causale pour l'espèce concernée. La preuve de certains faits suffit. Cette technique est habituellement conçue comme une *présomption*, modifiant à ce titre l'*objet* de la preuve¹⁹⁵⁸, puisqu'il suffit désormais d'établir seulement les faits permettant le jeu de ladite présomption. Mais, là encore, il nous faut nuancer le propos dès lors que la causalité constitue moins un *fait* à prouver qu'une explication, une *relation abstraite* à établir par l'analyse. Il s'agit donc moins de déplacer l'objet de la preuve, que d'estimer une qualification acquise dès lors que certains faits sont prouvés. On se rapproche donc de *présomptions de responsabilité* au sens où, plus qu'un simple fait, c'est une véritable qualification juridique qui est réputée acquise¹⁹⁵⁹.

De telles présomptions sont, bien entendu, justifiées par des considérations de politique juridique : on souhaite par exemple faire bénéficier le maximum de victimes de mécanismes facilitant la réparation de leur dommage. Mais, comme il ne s'agit pas pour autant de sortir de la logique de la responsabilité, elles s'expliquent également par le fait que les événements conditionnant le mécanisme rendent parfaitement *plausible* une relation causale. Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité du fait des choses l'illustrent. La présomption qui joue en la matière suppose que soit *connu l'enchaînement précis* des événements ayant conduit au dommage. Par exemple, à partir d'un scénario donné – une personne heurte une vitre qui vole en éclat, une autre tombe dans un escalator- est mené un raisonnement permettant de conclure qu'en l'absence du « fait » de la chose, le dommage ne se serait pas produit. En principe, la détermination de la caractéristique de la chose susceptible de constituer le « fait » de cette dernière s'opère par tâtonnements, à partir de ce qui aurait pu être modifié dans les circonstances de l'espèce, donc de ce qui était anormal¹⁹⁶⁰. La présomption joue dès lors que la chose était en mouvement et est entrée en contact avec le siège du dommage. Dans ce cas, la causalité est réputée acquise. L'existence de cette présomption est justifiée par le caractère très vraisemblable du lien causal en de

¹⁹⁵⁸ Par opposition aux présomptions qui modifient la charge de la preuve ou présomptions antéjudiciaires, X. Lagarde, thèse préc. n°220. V. égal. J.-F. Césaro, *thèse préc. spéc.* n°315 et s. et 338 et s.

¹⁹⁵⁹ Comp. Y.-M. Serinet et R. Mislawski, note sous Civ. 1^{re} 23 septembre 2003, D. 2004, p. 898.

¹⁹⁶⁰ V. *supra* n°365 et s.

telles circonstances. Lorsqu'elle aboutit à des résultats inacceptables, elle peut toujours être renversée.

Deux présomptions d'origine jurisprudentielle méritent d'être mentionnées, qui rendent automatique l'inférence causale dès lors que certains événements ayant conduit au dommage sont prouvés. Il s'agit d'une part, de la présomption relative aux *accidents du travail*, et, d'autre part, de la présomption concernant les dommages causés par les *accidents de la circulation*. Edictées dans l'intérêt des victimes, elles ont surtout pour objet de permettre à cette dernière de gagner du temps et d'éviter une multiplication des expertises. Le droit du travail prévoit donc une présomption de causalité entre le dommage corporel et le travail (souvent appelée « présomption d'imputabilité ») qui joue à plusieurs niveaux. En effet, constitue un « accident du travail », au sens de l'art. 411-1 du Code de la sécurité sociale, « quelle qu'en soit la cause, l'accident survenu par le fait ou à l'occasion du travail », cette formule étant généralement comprise comme désignant un dommage causé par le fait de travailler. A cet égard, la jurisprudence a créé une « présomption d'imputabilité » selon laquelle toute lésion corporelle survenue *aux temps et lieu du travail* est réputée en être l'effet¹⁹⁶¹. La preuve contraire est appréciée étroitement. Dans le même esprit, les tribunaux ont créé une « présomption d'imputabilité » du dommage à l'accident de la circulation lorsque ledit dommage est apparu peu de temps après l'accident.

555. Dans l'ensemble, ces présomptions se justifient largement si l'on songe que le dommage apparu au moment du travail ou de l'accident de la route a toutes les chances d'y être lié. C'est, à cet égard, le critère de la *proximité temporelle* qui l'emporte. Lorsque le dommage n'est pas apparu *concomitamment* au travail ou à l'accident, on se contente d'un *délai proche* de l'accident automobile ou de l'activité professionnelle. En matière d'accidents du travail, les lésions doivent être apparues dans « un temps voisin » du temps de travail. En cas d'accident de la circulation, on parle de « délai proche de l'accident »¹⁹⁶². C'est ainsi qu'un salarié peut faire constater sa maladie par son médecin traitant, en dehors de l'entreprise dès lors qu'il fait état d'un événement récent et aisément repérable permettant d'imputer l'affection au travail dans l'entreprise. Par exemple, souffrant d'une dépression, il fait constater par son médecin le lien entre son affection et une décision de

¹⁹⁶¹ V. Y. Saint-Jours, « Accidents du travail : l'enjeu de la présomption d'imputabilité », D. 1995 chron. p. 13 et « Les CPAM et la présomption d'imputabilité en matière d'accidents du travail », D. 2000 chron. p. 652.

¹⁹⁶² Cass. 2^e civ. 19 février 1997, D. 1997 p. 384.

rétrogradation annoncée lors d'un entretien deux jours auparavant¹⁹⁶³.

Ces deux présomptions, qui sont parfaitement justifiées lorsque l'enchaînement des événements est tel que le dommage a de fortes chances de découler de l'accident, ont récemment fait l'objet d'une application contestable. Le juge a, en effet, recouru à ces présomptions pour établir la causalité en présence d'une *incertitude scientifique*. C'est ainsi que la Cour de cassation a admis le lien entre des poussées de sclérose en plaque et une vaccination professionnelle contre l'hépatite B¹⁹⁶⁴. De même, la Cour d'appel de Rennes, statuant comme Cour de renvoi,¹⁹⁶⁵ a admis le lien entre un accident de la circulation et une poussée de sclérose en plaque, malgré le doute scientifique persistant entourant la cause de cette maladie. Il s'agit là d'applications nouvelles de ces présomptions. Elles nous semblent très contestables. Les mécanismes mis en place n'ont pas pour mission de pallier un doute scientifique relatif à l'aptitude même du fait considéré à provoquer une maladie, dont à ce jour l'étiologie est inconnue. Ils se justifient uniquement lorsque, en l'absence de tout doute scientifique relatif à une loi causale générale, des *événements matériels individuels* se sont succédés dont il y a de bonnes chances de penser qu'ils étaient reliés entre eux. Autrement dit, ces présomptions, dont le rôle est de faciliter la tâche des victimes, permettent d'établir *l'imputation causale singulière* du dommage subi à l'accident. En aucun cas n'ont-elles pour mission de tenir pour acquises des *régularités causales générales* relevant des *lois de la nature*.

2. Tous les faits ne sont pas connus

556. Dans les cas précédemment évoqués, les faits permettant le jeu de l'inférence causale était *connus* et *prouvés* : à partir de ces faits, il suffisait, en recourant à des arguments appropriés, de justifier la présence d'un lien de causalité. Mais le juge peut être confronté à des hypothèses dans lesquelles il se trouve dans l'ignorance de certains faits qui interviennent au support de l'inférence causale. Tel est le cas lorsqu'un événement précis ne peut être établi (a) ou lorsque l'auteur du dommage ne peut être identifié (b).

a. L'indétermination d'un fait

¹⁹⁶³ Cass. 2^e civ. 1^{er} juillet 2003, D. 2004, jur. p. 906 note Michel Huyette ; en l'occurrence le lien de causalité avait été confirmé par l'expert technique.

¹⁹⁶⁴ Cass. soc. 2 avril 2003, D. 2003, p. 1724 note H. Kobina Gaba.

¹⁹⁶⁵ CA Rennes, 14 mai 2004, RCA 2005 comm. 116 obs. H. Groutel.

557. L'impossibilité de prouver un fait matériel donné. Si, lorsque la succession des événements est connue, la causalité paraît s'établir aisément par une simple inférence, les choses se compliquent lorsqu'il n'est pas possible d'établir *l'intégralité des faits matériels qui se sont succédés* pour aboutir au dommage. Tel est le cas de l'éboueur victime d'une piqûre d'aiguille lors du ramassage d'une poubelle provenant d'un cabinet médical¹⁹⁶⁶. Ce fait était établi, de même qu'étaient disponibles les résultats des examens pratiqués le jour même en urgence, négatifs quant à la présence du VIH, et ceux réalisés deux mois plus tard établissant la séropositivité de l'intéressé. Tels étaient les éléments connus et incontestés versés au dossier. Il en manquait un, déterminant : la seringue était-elle ou non contaminée par le VIH ? Seule la preuve de ce fait pouvait permettre d'établir un lien certain entre la piqûre accidentelle et la contamination de l'éboueur. Admettre la causalité, dans une telle espèce, impliquait donc de supposer acquise *la contamination de la seringue* : il s'agissait là d'une présomption de fait. Pour opérer cette présomption, le juge s'est fondé sur les circonstances de l'espèce -notamment le fait que l'éboueur était, antérieurement à l'incident, séronégatif- mais aussi sur une certitude scientifique : la contamination par le VIH peut n'être détectable que plusieurs mois après la transmission effective du virus : la circonstance d'un test négatif le jour même n'était donc pas de nature à exclure la possibilité d'une contamination. La présomption ici opérée porte moins sur la causalité elle-même que sur un fait de nature à fonder l'inférence causale. Il s'agit donc là d'une *présomption de fait*, au sens propre.

Un autre exemple est donné par le contentieux relatif aux transfusions de sang contaminé. En effet, les victimes du Sida ou de l'hépatite C, imputant leur dommage à la transfusion sanguine reçue des années auparavant, se sont, la plupart du temps, trouvées dans l'incapacité de retrouver la trace des lots qui leur avaient été transfusés et des donneurs correspondants. Dans ce cas, le lien causal matériel, individuel, entre la maladie et la transfusion reçue ne peut être établi puisque le fait même de la *fourniture d'un sang contaminé* n'est pas prouvé. Il s'agit, là encore, d'une hypothèse dans laquelle l'un des *faits matériels* permettant d'opérer l'inférence causale n'est pas connu. Autrement dit, on se trouve face à un problème de *preuve* puisque c'est un *fait*, la fourniture d'un sang vicié, qui ne peut être établi : la question concerne moins la causalité proprement dite que *la preuve d'un fait au support de la qualification causale*. On relèvera, à cet égard, que les causes du

¹⁹⁶⁶ Cass. 2^e civ. 2 juin 2005, D. 2005 IR p. 1658, Revue Lamy droit civil 2005 n°776.

Sida ou de l'hépatite C sont bien connues et les modalités de transmission des virus également. L'incertitude ne concerne pas une *loi scientifique* mais le *déroulement des événements*¹⁹⁶⁷ : l'inconnu porte sur le point de savoir si la victime a, bel et bien, reçu un lot de sang vicié.

558. La présomption d'un fait matériel au soutien de la qualification causale. En matière de VIH, l'article 47 IV de la loi du 31 décembre 1991 (article L 3122-2 Code de la santé publique) exigeait simplement la preuve de la contamination et de la transfusion de produits sanguins, pour instituer, au profit de la victime, une présomption simple. Cette présomption a été reprise, en matière d'hépatite C, par la jurisprudence¹⁹⁶⁸, puis par l'article 102 de la loi du 4 mars 2002 sur la responsabilité médicale¹⁹⁶⁹. Là encore, les motifs de politique juridique sont aisément identifiables : l'objectif d'indemnisation des victimes est, en effet, d'autant plus impérieux que l'affaire du sang contaminé fut rendue possible par des fautes et des dysfonctionnements des autorités publiques. Mais Ces règles, qui instituent une présomption légale, se justifient également par le fait que la causalité est, en l'occurrence, très plausible. En effet, si le fait que la victime a reçu du sang contaminé pouvait être prouvé, la causalité serait acquise sans difficulté. Les choses iraient d'elles-mêmes, puisque sont connues avec certitude les modalités de transmission des virus concernés ainsi que leurs conséquences sur l'organisme humain, soit le déclenchement inéluctable, à plus ou moins long terme, de la maladie. En ce sens, la qualification de causalité dépend uniquement de ce *fait matériel* qu'est la contamination par du sang vicié. La présomption permettant de retenir que la victime a reçu ce sang contaminé, constitue, à

¹⁹⁶⁷ Autrement dit, l'incertitude dans les affaires de sang contaminé concernait « non pas la réalité du risque thérapeutique », mais seulement « la réalisation de ce risque ». N. Jonquet et al., note préc.

¹⁹⁶⁸ Dans des arrêts des 9 mai et 17 juillet 2001, la Cour de cassation a décidé que le lien causal était présumé à deux conditions : d'une part, la preuve du fait que la victime avait subi une transfusion, d'autre part, l'absence d'autre mode de contamination qui lui soit propre. V. Cass. 1^{ère} Civ. 9 mai 2001 D 2001 jur. p. 2149 concl. P. Sargos ; RTD civ 2001 p. 889 obs. P. Jourdain ; JCP G 2002 I 124 n°12 obs. G. Viney. La situation des victimes de l'hépatite C a été alignée par ces arrêts sur celle des victimes du Sida. Auparavant, la preuve de la contamination par transfusion était laissée à la victime qui devait prouver le lien causal entre sa maladie et la transfusion grâce à des présomptions « graves, précises et concordantes ». V. Cass. 1^{ère} Civ. 23 nov. 1999 D. 1999 IR p. 280, 28 mars 2000, D. 2000 IR p. 130

¹⁹⁶⁹ Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative au droit des malades et à la qualité du système de santé L'article 102 exige du demandeur qu'il apporte « des éléments qui permettent de présumer que cette contamination a pour origine une transfusion de produits sanguins labiles ou une injection de médicaments dérivés du sang ». A partir de là, «il incombe à la partie défenderesse de prouver que cette transfusion ou cette injection n'est pas à l'origine de la contamination. » Ce texte s'applique aux contaminations antérieures à l'entrée en vigueur de la loi et a été appliqué à plusieurs reprises : Cass. 1^{ère} civ. 4 mars 2003 D. 2003 IR p. 866 et Cass. 1^{ère} civ. 24 février 2004 JCP G 2004 IV 1801.

cet égard, une présomption légale classique puisqu'il s'agit là seulement de tenir *un fait* pour acquis. Certes, la causalité est impliquée dans le raisonnement justifiant la présomption. En effet, dès lors que la victime établit sa contamination et le fait qu'elle a reçu une transfusion sanguine à une époque où aucun dépistage n'était effectué, les chances que la transfusion reçue soit à l'origine du dommage sont élevées. Mais ce raisonnement permet de présumer un fait concret.

On insistera sur le fait que les différentes *causes possibles* du dommage sont ici *connues* et en nombre *limité* : le virus du Sida ou de l'hépatite C ne peuvent être transmis que dans des circonstances précises. Cet aspect justifie le recours à l'argument de *l'absence d'autre cause* pouvant expliquer le dommage. Lorsque le juge relève, par exemple, que la victime ne fait pas partie d'un groupe « à risque », l'étau se resserre autour du caractère causal de la transfusion subie. La jurisprudence a admis de présumer le caractère vicié du sang transfusé à la victime dès lors qu'aucun autre mode de contamination ne semblait présent en l'espèce. De ce point de vue, on s'est contenté d'une « quasi-certitude »¹⁹⁷⁰, ce qui est lucide : quelles que soient les apparences, on ne peut jamais être absolument sûr que la victime n'a pas, par exemple, eu de relations sexuelles risquées. L'argument tiré de l'absence d'autre cause pouvant expliquer le dommage a été repris dans les cas où la victime a fait l'objet de plusieurs transfusions, de telle sorte qu'il est impossible de déterminer laquelle a provoqué la contamination. A cet égard, la Cour de cassation a estimé, comme le Conseil d'Etat¹⁹⁷¹, que la responsabilité d'un centre de transfusion sanguine pouvait être retenue dès lors que la contamination est apparue *postérieurement* à la transfusion pour laquelle il a agi en tant que fournisseur, et à condition qu'il n'existe pas d'éléments permettant d'identifier des modes de contamination *propres à la victime*¹⁹⁷². Dans tous les cas, la présomption selon laquelle la contamination provient bien du lot fourni par le défendeur peut être renversée. En général, la jurisprudence est large dans l'appréciation des conditions de mise en œuvre de la présomption : la loi profite au demandeur, précise l'article 102 de la Loi du 4 mars

¹⁹⁷⁰ Cass. 1^{re} civ. 18 juin 2002, 2 et 10 juillet 2003 JCP G I p. 1362 obs G. Viney. La Cour de cassation avait eu, antérieurement, la possibilité de préciser que le lien de causalité, fut-il seulement probable, pouvait être retenu. V. par ex., Cass. 1^{re} civ. 17 février 1993, Bull. civ. I, n°80, JCP G 1993 I 3727 n°8 obs. G. Viney, RTD civ. 1993, p. 589 obs. P. Jourdain. En l'espèce, le pourvoi reprochait aux juges du fond d'avoir retenu un lien de causalité entre les transfusions et le dommage en se fondant sur « une probabilité très élevée » et non une certitude. La Cour de cassation avait néanmoins validé la décision d'appel en estimant que la Cour n'avait fait qu'user de son pouvoir souverain d'appréciation.

¹⁹⁷¹ CE 15 janvier 2001 D. 2001 IR p. 597.

¹⁹⁷² Cass. 1^{re} civ. 9 mai 2001, D. 2001 jur. p. 2149 rapp. P. Sargos, RTD civ. 2001 p. 889 obs. P. Jourdain.

2002.

Un raisonnement identique, hors de toute présomption légale ou quasi-légale, a été mené par le Tribunal de grande instance de Montpellier dans une décision du 9 juillet 2002 relative à l'hormone de croissance¹⁹⁷³. En la matière, la difficulté était de même nature. La victime, traitée durant l'enfance avec l'hormone de croissance, était décédée de la maladie de Creutzfeldt Jakob. Or la traçabilité des lots était lacunaire : on ne pouvait déterminer avec précision d'où venaient les hypophyses injectées. Mais l'aptitude de l'hormone de croissance à causer une maladie n'était pas contestable. Le Tribunal de grande instance de Montpellier a, à cet égard, utilisé les mêmes arguments que précédemment : *antériorité temporelle* de la cause par rapport à l'effet, dans la mesure où les troubles sont apparus à la suite de l'administration de l'hormone, et *absence d'autre facteur* permettant d'expliquer la maladie.

559. Discussion du mécanisme. La présomption d'un fait matériel est justifiée dès lors qu'il est vraisemblable que le dommage trouve son origine dans le fait concerné. A cet égard, le raisonnement consistant à procéder par *élimination des autres causes possibles* pour retenir le fait du défendeur est approprié. Mais ce raisonnement n'est convaincant que lorsque *toutes les causes éventuelles* du dommage sont connues. Tel est le cas pour la transmission du virus du Sida ou de l'hépatite C, voire pour la maladie de Creutzfeldt Jakob. Lorsque, en revanche, les causes du dommage sont inconnues ou lorsque l'éventail des causes possibles est extrêmement large, l'argument s'avère nettement moins convaincant : l'absence d'« autre cause » ne prouve pas grand-chose. Certes, la *proximité temporelle* peut venir pallier, dans ce cas de figure, la faiblesse de l'argument. Mais cette proximité n'est vraiment pertinente que si l'on connaît les circonstances capables d'engendrer le dommage considéré. Autrement dit, l'argument tiré de l'absence d'autre cause, convaincant dans le cas de la contamination par le VIH, l'est beaucoup moins pour expliquer l'apparition d'une sclérose en plaque, dont l'étiologie est à ce jour inconnu.

Par ailleurs, on notera que la présomption ici utilisée permet de tenir pour acquis un *fait matériel précis*. C'est le caractère vraisemblable du lien causal qui conduit à présumer ce fait : on suppose que la victime a été contaminée par transfusion, donc que le lot transfusé était bel et bien vicié. On ne se trouve plus dans le cas où l'enchaînement des événements

¹⁹⁷³ TGI Montpellier, 9 juillet 2002, JCP G 2002 II 10158, note F. Violla ; RTD civ. 2002 p. 818 obs. P. Jourdain.

permettait, au moyen d'une inférence, de conclure à la causalité, mais dans l'hypothèse *inverse*, dans laquelle le caractère probable d'une cause permet de conclure à l'existence d'un fait. Un tel raisonnement est rendu possible par le fait que la causalité aurait été évidente si l'enchaînement causal avait été précisément connu : si l'on avait pu établir que le sang administré était contaminé, le lien causal entre la transfusion et le dommage serait allé de soi. Là encore, c'est parce que nous connaissons, grâce à notre expérience et notre savoir général, les causes de nature à engendrer pareil dommage, que le jeu de la présomption est possible.

En définitive, les présomptions, d'origine légale ou jurisprudentielle, qui permettent ici de présumer un *fait matériel* (caractère vicié du sang transfusé, seringue infectée), ne sont pas nécessairement appropriées dans des hypothèses foncièrement différentes, par exemples lorsque la liaison causale générale n'est pas établie, comme c'est le cas en matière de vaccin contre l'hépatite B¹⁹⁷⁴.

b. Indétermination de l'auteur du fait dommageable

560. Il peut arriver que les circonstances ayant mené au dommage soient parfaitement connues mais que l'identification de la *personne même* du responsable soit problématique. La question est ici à la frontière de l'imputabilité et de la causalité. Le problème peut se poser de *l'action concomitante* de plusieurs personnes parmi lesquelles il s'avère impossible de déterminer laquelle a réellement causé le dommage : tel est le cas de l'accident de chasse dans lequel plusieurs chasseurs ont agi en même temps. Mais il est également présent dans le cas où le type de substance ou de chose ayant causé le dommage est clairement identifié, mais qu'il est impossible d'en déterminer la marque ou les caractéristiques précises afin d'identifier le défendeur¹⁹⁷⁵.

561. L'action concomitante : l'exemple de l'accident de chasse. Le cas d'école est bien connu : deux chasseurs ont tiré en même temps en direction de la victime et l'on ne sait lequel d'entre eux est celui qui l'a touchée. Dans une telle hypothèse, le droit français a autrefois rejeté l'action de la victime au motif que la causalité n'était établie à l'encontre d'aucun des défendeurs. Mais la jurisprudence a développé des mécanismes permettant de

¹⁹⁷⁴ Comp. J. S. Borghetti, thèse préc. n°370.

¹⁹⁷⁵ V. H. Aberkane, « Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes » ; RTD civ. 1958 p. 543.

retenir la responsabilité de l'ensemble des protagonistes, telles la faute commune ou la garde en commun. De même, les tirs des chasseurs ont pu être assimilés à une « gerbe unique » permettant de mettre en cause tous ceux qui ont tiré en même temps¹⁹⁷⁶. Aux Etats-Unis, le célèbre arrêt *Summers v. Tice*¹⁹⁷⁷, rendu par la Cour Suprême de Californie en 1948, fut l'occasion de mettre en œuvre la théorie dite de la « responsabilité alternative »¹⁹⁷⁸. Lors d'une chasse, la victime avait été blessée à l'œil par un coup de feu. Deux chasseurs avaient tiré en même temps dans sa direction, sans que l'on puisse déterminer lequel était à l'origine du tir ayant précisément atteint la victime. La Cour déclara les deux chasseurs responsables, au motif d'équité qu'il vaut mieux favoriser une victime innocente que deux défendeurs fautifs pouvant avoir, l'un comme l'autre, causé le dommage. Autrement dit, le risque de preuve devait peser sur ces derniers : c'est à eux qu'il revenait de prouver que leur coup de feu n'était pour rien dans le dommage¹⁹⁷⁹.

La même idée d'*action commune* a parfois été évoquée en droit américain pour condamner des fabricants de produits dangereux alors qu'on ne parvenait pas à prouver que le produit provenait d'un fabricant précis. Elle consiste à se fonder sur l'idée d'« action concertée », pour condamner conjointement et solidairement (« *joint and several liability* ») l'ensemble des opérateurs du marché. Dans une affaire datant de 1972, *Hall v. Du Pont de Nemours* (1972)¹⁹⁸⁰ 13 enfants avaient (séparément) été blessés par l'explosion de capsules. Comme aucun d'entre eux ne parvenait à identifier l'entreprise ayant fabriqué le produit à l'origine du dommage, les six entreprises commercialisant ce type de produit furent condamnées ensemble. Le juge invoqua le « contrôle conjoint » exercé sur les risques présentés par le produit (« *joint control of the risk* »), qui aurait dû conduire à l'adoption et au respect de normes communes de sécurité. Cette jurisprudence n'a, toutefois, pas eu une grande portée. L'idée de contrôle conjoint du risque est critiquée en ce qu'elle conduit à une responsabilité conjointe et solidaire (« *joint and several liability* ») qui paraît inéquitable, aux yeux des

¹⁹⁷⁶ V. *supra* n°352.

¹⁹⁷⁷ *Summers v. Tice*, 33 Cal. 2d 80, 119 P. 2d 1 (Cal. S.C., 1948).

¹⁹⁷⁸ Avant *Summers*, le droit américain a connu la théorie de l'action de concert (*concert of action*) qui s'appliqua dans une hypothèse similaire. Cela signifiait que chacun des deux chasseurs était responsable à la fois de son propre fait et du fait de l'autre. Solution consacrée par *Oliver v. Miles* (Mississippi, 1927, 110 So. 666). L'approche n'est donc pas opérée, ici, en termes de déplacement de la charge de la preuve.

¹⁹⁷⁹ Une décision canadienne (*Cook v. Lewis*, 1951) a repris cette jurisprudence. V. J. G. Fleming « *Probabilistic Causation in Tort Law* », 68, *Canadian Bar Review*, 661 (1989), spéc. p. 664 et s.

¹⁹⁸⁰ *Hall v. E.I. Du Pont de Nemours*, 345 F. Supp. 353 (E.D.N.Y., 1972).

juges américains, dans les contentieux impliquant plusieurs défendeurs et de nombreuses victimes réunies au sein d'une action de classe. Dans cette dernière hypothèse, la condamnation du défendeur, non pas à l'intégralité du dommage, mais proportionnellement à ses parts de marché, semble plus adéquate.

562. Le critère des parts de marché. Supposons qu'une personne, renversée par un autobus, est gravement blessée. Les faits sont établis, mais ni la victime, ni les témoins ne parviennent à identifier précisément la compagnie à laquelle appartenait le bus impliqué¹⁹⁸¹. Or il n'y a, dans la ville, que deux compagnies : l'une représente 80% des autobus en circulation et l'autre 20%. Contre qui agir ? Le problème se pose également dans la responsabilité du fait des produits, lorsqu'une molécule donnée, tel le DES, est à l'origine du dommage, mais qu'on ignore quelle était la marque précise du produit consommé par la victime. Dans certains cas, il est possible de supposer qui était l'auteur du dommage avec une probabilité relativement élevée. Dans l'exemple de l'accident d'autobus, il n'a pas été possible d'identifier le bus ayant renversé la victime, mais on sait que 80% des autobus de la ville appartiennent à la même compagnie. De même, la victime ne se souvient pas du nom du médicament qu'elle a pris lorsque le DES lui a été prescrit, mais on sait que 75% du marché est occupé par un laboratoire qui le commercialise sous le nom de distilbène. Dans les deux cas, on a 80% ou 75% de chances pour que le responsable effectif soit la compagnie d'autobus ou le laboratoire. Ces probabilités sont-elles suffisamment élevées pour justifier l'imputation de l'intégralité de la responsabilité à ces défendeurs ?

Selon la règle traditionnelle de preuve qui prévaut en *Common Law*, la responsabilité serait sans doute retenue. En effet, le lien causal doit être prouvé « *on the balance of probabilities* » : la causalité est acquise lorsque la probabilité de lien causal est supérieure à 50%¹⁹⁸². On peut toutefois trouver la règle injuste : elle signifie que celui qui n'a qu'une part de marché de 30% ou 40% ne sera jamais responsable, alors que celui qui occupe 70% du marché sera responsable de la totalité des dommages. Certains tribunaux américains ont donc imaginé une autre solution. Sachant, par exemple, que la compagnie A détient 80% des autobus de la ville, et la compagnie B les 20% restant, on condamne les deux compagnies à proportion de la probabilité qu'avait l'autobus coupable de leur appartenir. A

¹⁹⁸¹ Cet exemple est donné par Richard W. Wright, « *Causation in Tort Law* », 73 *California Law Review*, 1985, p. 1735.

¹⁹⁸² Donc il y a plus d'une chance sur 2 que le fait du défendeur ait causé le dommage, ou, dit autrement, la proposition « A a causé B » a plus de chances d'être vraie que la proposition « A n'a pas causé B ».

indemnise 80% du dommage, et B 20%. Cette solution a été adoptée par la Cour Suprême de Californie dans un arrêt célèbre, *Sindell v. Abbott Laboratories* (1980)¹⁹⁸³. En l'espèce, la mère de la victime avait été traitée avec du DES durant sa grossesse, mais la victime était incapable d'identifier précisément la marque du produit prescrit à sa mère. Elle avait donc poursuivi les neuf fabricants présents sur le marché à l'époque où sa mère avait suivi le traitement, en soutenant qu'il revenait à chacun d'entre eux de prouver qu'il n'avait pas fabriqué le produit absorbé. Etendant la règle de l'arrêt *Summers v. Tice*, la Cour admit ce raisonnement et, devant l'impossibilité pour les défendeurs de se disculper, retint la responsabilité de chacun d'entre eux en proportion de leur part de marché.

563. Applicabilité du critère des parts de marché en droit français ? Cette solution, séduisante, peut se justifier par un raisonnement probabiliste. Le lien causal est admis parce que le fait du défendeur *augmentait la probabilité* de survenance de dommage. Non seulement le fait de commercialiser du distilbène augmentait le risque de dommage, mais la *part de risque créé* par chaque fabricant était d'autant plus grande que ses parts de marché étaient importantes. Certes, le critère de la probabilité, dans la théorie de la causalité adéquate a seulement pour objectif, en principe, de hiérarchiser les conditions nécessaires du dommage. Or ici, le raisonnement probabiliste permet d'évaluer les chances qu'avait le fait d'un défendeur donné d'être la condition *sine qua non* du dommage. Cet aspect ne nous semble pas constituer un obstacle irréductible à l'adoption de cette solution¹⁹⁸⁴. Nous avons eu l'occasion d'expliquer que le raisonnement contrefactuel auquel donne lieu la condition *sine qua non* peut conduire à des conclusions s'exprimant en termes de *probabilités* lorsqu'on ne peut parvenir à une affirmation certaine. C'est d'ailleurs ce qu'illustre la jurisprudence relative à la *perte de chance* qui indemnise la victime sur la base de la chance qu'elle aurait eue d'échapper au dommage. Ce mécanisme constitue un *compromis* commode pour éviter l'injustice de la règle du tout ou rien. En outre, il se justifie en termes de prévention des risques : punir celui qui a augmenté le risque de

¹⁹⁸³ *Sindell v. Abbott Laboratories* 26 Cal. 3d 588, 607 P 2d 924 (Cal. S. C. 1980). Cette jurisprudence a été confirmée par la suite dans d'autres affaires. V. *Hymowitz v. Eli Lilly & Co.* 530 N.E.2d 1069 (N.Y. 1989). Elle est aujourd'hui répandue dans de nombreux Etats. Certaines cours la rejettent parfois. V. D. W. Robertson « *The Common Sense of Cause in Fact* », 70, *Texas Law Review*, 1765 (1997), spéc. note 135.

¹⁹⁸⁴ Pour un auteur qui estime, au contraire, que cette jurisprudence introduit une rupture dans la logique de la responsabilité, v. J. G. Fleming, « *Probabilistic Causation...* », art. préc. p. 668. « *Such a break from the whole tradition of our culture should be at best a program for legislation, not for judicial reform* ».

dommage le conduira à être davantage précautionneux. C'est à ce titre que la jurisprudence *Sindell* a reçu l'approbation des économistes du droit¹⁹⁸⁵.

On objectera que la jurisprudence relative aux parts de marché est propre à un système juridique qui admet l'action de groupe. Il est vrai que la solution retenue par l'arrêt *Sindell* était liée au nombre important de victimes demanderesses, qui ne pouvait que conduire à des condamnations très lourdes. Retenir la responsabilité pour le tout de l'un des défendeurs, même en lui laissant la possibilité de recourir contre les autres laboratoires, aurait mis ce dernier dans une situation financière déplorable. C'est pour cette raison que les juges californiens préférèrent condamner chaque défendeur au prorata de la probabilité qu'il avait d'avoir causé le dommage. En outre, la présence d'un grand nombre de victimes rend très vraisemblable la correspondance entre les parts de marché des défendeurs et les parts de victimes concernées par chacun d'entre eux. En France, l'action en responsabilité se déroule de manière individuelle : si la victime peut assigner plusieurs défendeurs, elle le fait en son nom personnel. A cet égard, la solution habituellement retenue est de condamner les défendeurs *in solidum*¹⁹⁸⁶. A cet égard, la proposition de réforme du droit de la responsabilité civile, élaborée sous la direction de M. Catala, contient un article 1348 rédigé en ces termes : « Lorsqu'un dommage est causé par un membre indéterminé d'un groupe, tous les membres identifiés en répondent solidairement, sauf pour chacun d'eux à démontrer qu'il ne peut en être l'auteur »¹⁹⁸⁷. Dans ce cadre, le critère des parts de marché ne joue pas au niveau de l'attribution de la responsabilité, mais réapparaît au stade de la *contribution à la dette*. Là encore, le critère nous paraît pertinent. Le *risque créé* par le défendeur, mesuré par ses chances d'être à l'origine du dommage, est une considération parfaitement adaptée à l'évaluation de sa contribution à la dette, que la responsabilité soit fondée sur la faute, ou sur le défaut du produit fabriqué.

En définitive, le critère des parts de marchés est parfaitement justifié dès lors que le défendeur a engendré, par un *fait illicite*, une *probabilité significative* de dommage. Dès

¹⁹⁸⁵ En particulier, Calabresi qui, nous le verrons, est attaché à l'idée d'une causalité définie par l'augmentation des probabilités, nommée « *probabilistic linkage* ». G. Calabresi, « *Concerning Cause...* », art. préc.

¹⁹⁸⁶ Tel est par exemple le cas lorsque la victime subit l'effet indésirable d'un médicament mais, qu'ayant été traitée simultanément par deux produits, il est impossible de déterminer lequel est à l'origine du dommage, ou s'il s'agit d'un effet de la combinaison des deux produits. Cass. 1^{re} civ. 8 avril 1986 D. 1987 jur. p. 73 note J. Huet.

¹⁹⁸⁷ Avant projet de réforme du droit des obligations, op. cit. p. 154.

lors que la victime ne parvient pas à établir qu'elle a consommé ou utilisé un produit d'une marque précise, elle se trouve dépourvue de toute action si on ne lui permet pas de recourir aux probabilités. A cet égard, l'intervention du critère peut se faire de deux manières. La première est de condamner le défendeur en proportion de la probabilité qu'il se trouve à l'origine du dommage : telle fut l'option choisie par les tribunaux américains, solution envisageable en droit français par le recours à la technique de la *perte d'une chance*. La seconde est de condamner *in solidum* chacun des auteurs possibles du dommage –ce qui paraît être l'option du droit français- et d'utiliser le critère des parts de marché au stade de la *contribution* à la dette. Une condition pour que le recours à un tel critère soit justifié nous paraît être le caractère *illicite* de la conduite du défendeur, qu'il ait commis une faute ou mis en circulation un produit dangereux. Ce fut le cas dans le contentieux relatif au DES, dans lequel les fabricants poursuivis avaient *tous* commercialisé un produit nocif. Le recours au critère est peut-être moins justifié lorsque tous les défendeurs pratiquent une activité risquée, mais qu'ils n'est pas établi qu'ils se sont placés dans l'illicéité, en commettant une faute ou en manufacturant un produit défectueux. Dans l'exemple précité des compagnies d'autobus, on ne sait déterminer à quelle compagnie appartenait l'autobus à l'origine de l'accident. Le simple fait que l'activité de transport par autobus génère des risques justifie plus difficilement l'imputation d'une responsabilité, fût-elle fondée sur l'idée d'implication. Le critère des parts de marché nous paraît donc approprié, mais seulement dans certaines *conditions* : un risque précis, un marché déterminé, et un ensemble de défendeurs ayant tous commis un fait illicite¹⁹⁸⁸.

564. *Res ipsa loquitur*. Une dernière solution envisageable en cas de défendeur indéterminé consiste en une véritable « présomption de responsabilité ». En *Common Law*, l'invocation de la « *res ipsa loquitur* » a parfois permis, dans l'ignorance, de retenir une négligence à l'origine du dommage alors que l'on ignorait ce qui s'était exactement passé. La théorie de la *res ipsa loquitur* entre en jeu lorsqu'il est évident que le dommage n'aurait pu se produire en l'absence d'une faute du défendeur, même si l'on ne sait pas précisément ce que ce dernier a fait. L'évidence que le défendeur n'a pu que commettre une faute est

¹⁹⁸⁸ En France, une décision relativement ancienne semble avoir adopté une logique équivalente à propos des nuisances provoquées par l'exploitation de l'aéroport d'Orly. Face aux plaintes des riverains, la Cour d'appel de Paris a condamné les compagnies aériennes à rembourser les frais de consolidation et d'insonorisation des communes riveraines dans la proportion de l'utilisation faite par elles de l'aéroport. CA Paris, 19 mars 1979, D. 1979 jur. p. 429.

telle que la charge de la preuve est transférée sur ses épaules. S'il ne parvient pas à se disculper, il est acquis qu'il a commis une faute à l'origine du dommage. Le raisonnement se fait donc à partir du dommage. Ce principe a joué en droit américain, lorsque le défendeur n'était pas identifiable. Tel est le cas de la jurisprudence américaine relative à la « conspiration du silence », qui joue lorsque les défendeurs sont en meilleure position que la victime pour déterminer ce qui s'est passé. Dans *Ybarra v. Spangard*¹⁹⁸⁹, la victime avait été blessée à l'épaule alors qu'elle se trouvait inconsciente du fait d'une opération nécessitée par une appendicite. Aucun des membres de l'équipe médicale ne pouvait expliquer ce qui s'était passé : tous furent condamnés¹⁹⁹⁰. Certains des défendeurs n'avaient sans doute commis aucune négligence, mais le juge préféra privilégier la victime. Cette jurisprudence est perçue comme illustrant la possibilité de modifier la charge de la preuve lorsque l'intérêt de la victime le commande.

La théorie intervient dans un cas de figure où le *degré d'ignorance* est maximal : non seulement on ne sait pas qui est à l'origine du dommage, mais on ne sait pas ce qui s'est exactement passé : on ne connaît pas la nature de l'acte illicite à l'origine du dommage. Il ne s'agit donc pas seulement de condamner tous les membres d'un groupe qui *a causé* indiscutablement le dommage (hypothèse de l'article 1346 proposé par la Commission Catala), mais de condamner les membres d'un groupe dont on *suppose* qu'il se trouve à l'origine du dommage. La théorie permet de pallier à la fois l'absence de preuve d'un fait matériel et l'indétermination du défendeur. En droit français, elle ne paraît pas avoir connu un réel succès, ce qui nous paraît justifié : en effet, une telle présomption « présume trop » alors même que l'on ignore tout des circonstances de la réalisation du dommage¹⁹⁹¹.

565. Conclusion du A. Deux hypothèses sont envisageables lorsqu'il faut établir la cause d'un fait matériel envisagé de manière concrète et singulière. Le premier cas de figure est celui où l'enchaînement des événements est *connu*, ce qui conduit à opérer un pur raisonnement *d'inférence causal* à partir de ces faits, en recourant à des *arguments* justifiant la qualification du lien causal : proximité temporelle, absence d'autre cause possible, aptitude du fait examiné à produire le dommage. Dans ce contexte, des

¹⁹⁸⁹ *Ybarra v. Spangard*, Supreme Court of California (1944), 25 Cal. 2d 486. 154 P. 2d 687.

¹⁹⁹⁰ On remarquera ici qu'il n'avait pas été possible de retenir une action unique et que chacun fut condamné séparément.

¹⁹⁹¹ V. F. Héas, « La maxime *Res ipsa loquitur* : à propos d'une application censurée en matière de responsabilité médicale », Les Petites Affiches 1999, n°131 p. 8.

mécanismes légaux ou jurisprudentiels permettent d'inférer automatiquement le lien causal, dès lors que certains faits concrets sont prouvés : il s'agit, en particulier, des « présomptions d'imputabilité » du dommage à l'accident de la circulation ou au travail de la victime.

Dans le second cas de figure, la connaissance d'un *événement* donné fait défaut, qu'il s'agisse d'une *circonstance* de fait, tel le caractère vicié d'un lot de sang transfusé, ou de l'identité de l'*auteur* du fait à l'origine du dommage. Ces hypothèses justifient le recours à la technique de la *présomption*, qui permet de supposer acquis un *fait matériel justifiant l'inférence causale*. Par ailleurs, le recours aux *probabilités* se justifie, faute de certitude absolue. Tel est le cas, notamment, dans le cadre de la jurisprudence dite des « *parts de marché* » qui attribue la responsabilité en fonction de la probabilité de chacun des défendeurs d'être à l'origine du dommage. Cette approche probabiliste de la causalité peut être mise en œuvre en droit français au niveau de la *contribution* à la dette ou au travers de la technique de la *perte d'une chance*. Elle est *souhaitable* en ce qu'elle permet d'éviter l'injustice des solutions extrêmes qui consisteraient à rejeter ou retenir en bloc la responsabilité.

B. La cause d'un fait naturel

566. Il peut paraître étonnant de distinguer le « fait naturel » du « fait matériel » précédemment étudié : l'incendie d'un immeuble est tout autant un fait matériel qu'un fait naturel. En fait, l'expression a vocation à signifier que le fait considéré est ici appréhendé, non dans sa dimension singulière, mais en tant *qu'événement type* faisant l'objet d'une *loi de la nature*. Dans ce contexte, deux difficultés se présentent. D'une part, l'applicabilité d'une loi causale probabiliste au cas considéré n'est jamais évidente : comment être sûr que l'on se trouve bel et bien dans les 60% de cas dans lesquels A cause B ? (1). D'autre part, la loi causale invoquée peut s'avérer si incertaine qu'il n'est même pas possible de se fonder sur des probabilités (2).

1. L'applicabilité d'une loi de la nature probabiliste

567. Rapprocher un cas singulier d'une loi générale relative à des événements type est une opération difficile. Et ce d'autant plus que les lois scientifiques sont rarement

déterministes, notamment en matière biologique ou médicale où elles se présentent en termes de probabilités¹⁹⁹². Cela signifie qu'il est très difficile d'établir que le demandeur, dans une espèce donnée, est bel et bien concerné par la loi causale. Ce problème se présente lorsque le lien causal est simplement exprimé en termes d'augmentation de probabilité (a), question dont il faut envisager les solutions en droit français (b).

a. Le problème du critère de l'augmentation des probabilités

568. Supposons que l'on connaisse une loi statistique disant que pour tout événement A, B se produit dans 30% des cas. Par exemple, la prise d'un médicament engendre une éruption cutanée chez 30% des patients. Deux cas de figure sont envisageables. Soit on sait que l'effet ne peut *jamais* être engendré par une autre cause : dans ce cas, pour chaque espèce particulière dans laquelle A et B se seront produits, on sera sûr que B a été causé par A¹⁹⁹³. Autrement dit, l'éruption cutanée présente des caractéristiques telles qu'elle ne peut jamais résulter que du médicament considéré. Soit on sait que l'effet B peut résulter de différentes causes, dont la cause A fait partie. Par exemple, l'éruption cutanée consiste en une poussée d'eczéma, qui peut toujours résulter de multiples causes. Dans cette hypothèse, de deux choses l'une : ou bien l'on *connaît* les différentes causes pouvant générer l'effet B, auquel cas *l'absence d'autre cause* possible, couplée à la présence A, permet de conclure que l'on se trouve bien dans un cas concerné par la loi causale probabiliste ; ou bien les différentes causes de B ne sont *pas toutes connues*, ce qui fait qu'on ne peut être sûr que ce soit bien A qui ait causé B. Autrement dit, si une poussée d'eczéma se produit après la prise du médicament, on ne peut être absolument certain l'on ne se trouve pas dans les 70% d'hypothèses dans lesquelles le médicament n'engendre pas d'eczéma, ce dernier étant lié à d'autres causes. Certes, l'existence de la liaison statistique, couplée à la preuve de l'occurrence de la cause et de l'effet constitue un indice essentiel. Mais les liaisons causales présentent bien souvent des probabilités relativement faibles. Que

¹⁹⁹² Un auteur s'est récemment insurgé contre la tendance de la jurisprudence à retenir la causalité sur la base de « fortes probabilités, voire d'analyses probabilistes » : cet aspect est pourtant consubstantiel à la causalité naturelle. Le même auteur fustige « la dangereuse théorie des présomptions graves, précises et concordantes », technique qui, nous l'avons vu, est indispensable en matière de lien causal. Alain Gorny, « La causalité à nouveau en péril », note sous Cass. 1^{re} civ. 5 avril 2005, D. 2005 jur. p. 2256.

¹⁹⁹³ Les logiciens se servent du terme d'*abduction* pour désigner ce raisonnement. L'*abduction*, disent-ils, est le raisonnement qui consiste à restreindre dès le départ le nombre d'hypothèses susceptibles d'expliquer un phénomène donné. Supposons la proposition « A implique B ». Alors que la déduction consiste à inférer B à partir de A, l'*abduction* consiste, en présence de B, à considérer A comme sa cause. V. « abduction », in Olivier Houdé, *Vocabulaire des sciences cognitives*, PUF, Quadrige, 2003 p. 25.

faire lorsque la loi causale, même scientifiquement avérée, présente une fréquence très faible, par exemple lorsque la prise d'un médicament donné produit un effet indésirable dans 0,5% des cas ? Dans cette hypothèse, il est important que d'autres arguments viennent militer en faveur de la qualification causale. L'incertitude est également très grande lorsque l'effet peut être généré par toutes sortes de causes qui ne peuvent être toutes connues, comme c'est le cas, par exemple, du cancer.

569. Circonstance favorisantes et « indétermination de la victime ». L'exercice est compliqué par le fait que les relations causales naturelles sont souvent établies à partir d'études épidémiologiques, grâce au critère de l'augmentation des probabilités. Cela signifie que l'on ne dispose pas d'une régularité causale du type « A provoque B dans 60% des cas », mais seulement « A augmente de 30% la probabilité d'apparition de B »¹⁹⁹⁴. Autrement dit, A est une *circonstance favorisante*. Par exemple, on sait que sur 100 personnes soumises à une substance donnée, 24 développent un cancer. Mais, pour prendre vraiment la mesure du lien causal, on compare ce résultat à celui d'un *groupe témoin*, non exposé, dans lequel seulement 15 personnes développent un cancer. Cela signifie que la substance étudiée augmente de 60%¹⁹⁹⁵ le nombre de cancers, ce qui est statistiquement significatif¹⁹⁹⁶. Mais cela veut également dire que, dans l'échantillon exposé, seuls 9 des 24 cancers relevés sont *effectivement causés* par la substance considérée, soit 37,5%¹⁹⁹⁷. Dès lors, comment être sûr, face à une victime souffrant d'un cancer et ayant été exposée à ladite substance, que l'on se trouve bien dans les 37,5% de cas concernés par la loi causale et non dans les 62,5% où la cause est autre¹⁹⁹⁸ ? Les Américains appellent ce cas de figure le « problème de la victime indéterminée »¹⁹⁹⁹, par analogie au « problème du défendeur indéterminé », tranché par la jurisprudence *Sindell*.

¹⁹⁹⁴ En général, les études épidémiologiques, même statistiquement significatives, doivent être complétées par d'autres éléments propres à l'espèce particulière, tels l'antériorité et la proximité temporelle, ou les doses importantes d'exposition des victimes.

¹⁹⁹⁵ Ce pourcentage correspond à ce que l'on appelle le *risque relatif*.

¹⁹⁹⁶ Sur le raisonnement statistique, v. *supra* n°72.

¹⁹⁹⁷ Ce ratio correspond au *risque attribué*.

¹⁹⁹⁸ Ce nombre correspond au risque préexistant (*background risk*), soit les hypothèses dans lesquelles la maladie est liée à d'autres causes.

¹⁹⁹⁹ Richard Delgado, « Beyond Sindell : Relaxation of Cause-In-Fact Rules for Indeterminate Plaintiffs », 70, *California Law Review*, 881 (1982); J. G. Fleming, « Probabilistic Causation... », art. préc. p. 679 et s.

Ces difficultés d'établissement de la causalité sont parfaitement illustrées par l'exemple des effets imputés au passage sur la France du nuage de Tchernobyl²⁰⁰⁰. Il est scientifiquement acquis que la pollution radioactive est cancérigène. Il est, en outre, possible de procéder à une comparaison entre le nombre de malades dans les zones touchées par la pollution et le nombre de malades dans les zones non touchées²⁰⁰¹. A supposer que la comparaison de ces chiffres aboutisse à un résultat suffisamment parlant pour être convaincant, peut-on pour autant conclure que le cancer dont se plaint un individu ayant grandi dans une région particulièrement touchée par le nuage, est imputable à cette pollution et non à la fatalité ? Malgré le caractère cancérigène avéré de ces émanations, établir la causalité pour chaque victime supposera de mobiliser d'autres arguments. A cet égard, le fait *qu'aucune autre cause* ne permet d'expliquer l'apparition d'un cancer est-il convaincant ? Malheureusement, les causes d'un cancer sont innombrables et majoritairement inconnues : l'argument n'est donc pas percutant. On pourra, peut-être, tenter de s'interroger sur le *délai* séparant l'apparition de la maladie de la date de la catastrophe. Mais, même en cette hypothèse, le jugement de causalité n'ira pas de soi : il faudra, pour chaque cas particulier, justifier l'admission du lien causal.

570. Une solution : le lien causal probabiliste. On pourrait songer, dans un tel cas, à déterminer un *seuil* à partir duquel estimer la causalité établie, par exemple 50%, comme c'est le cas en *Common Law*. Dans l'exemple précédent, il n'y a que 37,5% de chances que le cancer d'une victime donnée découle de l'exposition à la substance toxique : il faudrait donc écarter la causalité, le ratio étant inférieur à 50%. Mais adopter cette règle conduirait à exclure la causalité de manière systématique pour toutes les victimes de cette substance, ce qui serait injuste. Une autre solution consiste à *intégrer la probabilité dans la réparation* : comme il n'y a que 37,5% de chances que le cancer découle de cette substance, on indemniserait la victime à hauteur de 37,5% de son préjudice. Il s'agit là de la solution défendue par le professeur américain Richard Delgado²⁰⁰², qui s'inspire, ce faisant, de la

²⁰⁰⁰ Qui donne lieu à une instruction pénale actuellement en cours.

²⁰⁰¹ Telle fut la technique utilisée pour déterminer le nombre de décès causés par la vague de chaleur de l'été 2003, qui n'a pas donné lieu, à notre connaissance, à des procès en responsabilité.

²⁰⁰² R. Delgado, « *Beyond Sindell...* », art. préc. L'auteur évoque également l'hypothèse inverse du cas de figure de *Summers v. Tice*, pour laquelle il plaide en faveur d'une solution analogue. Deux chasseurs marchent en bas d'une falaise. Un personne les perçoit d'en haut et leur jette une pierre. Au même moment, un rocher se détache et tombe. Chacun est blessé, l'un par la pierre jetée, l'autre par le rocher, mais on ne sait déterminer lequel des deux peut agir contre le tiers fautif.

jurisprudence *Sindell*. Cette solution peut toutefois être contestée, du point de vue de l'équité. Dans l'exemple précédent, dans lequel seules 9 victimes sur 24 avaient développé la maladie du fait de leur exposition, une telle règle impliquerait d'indemniser tout le monde, à hauteur de 37,5% du préjudice : les « vraies » victimes seraient donc sous-indemnisées, et les « fausses » sur-indemnisées²⁰⁰³. A cet argument, R. Delgado répond que cette difficulté vaut toujours mieux que n'indemniser personne, ce qui serait le cas si l'on appliquait l'exigence des 51% de chances, habituellement utilisée en *Common Law*²⁰⁰⁴. Finalement, indemniser la victime en se fondant sur la probabilité que sa maladie résulte du fait du défendeur constitue un compromis : indemniser tous les malades du cancer pour leur entier dommage serait injuste pour le défendeur (24 malades), refuser de les indemniser serait injuste pour les victimes (9 victimes). La solution préconisée revient à calculer la réparation globale qui serait due aux 9 victimes et à la répartir entre les 24 malades²⁰⁰⁵.

571. L'inversion de la charge de la preuve en cas de circonstances favorisantes.

Une autre solution peut consister à *inverser la charge de la preuve* dès lors que sont démontrés à la fois la réalisation du dommage et le lien causal probabiliste²⁰⁰⁶. Ce choix a été celui de la jurisprudence anglaise dans l'arrêt *Mc Ghee v. National Coal Board* (1972)²⁰⁰⁷. En l'espèce, l'employé d'une briqueterie était quotidiennement soumis à la poussière et la chaleur dans le cadre de son travail. Il développa une dermatite cutanée et assigna son employeur au motif qu'il avait augmenté le risque de dermatite en s'abstenant d'installer des douches sur le lieu de travail. Le défendeur répliqua que les causes de la dermatite cutanée étaient très mal connues et qu'il était impossible à l'employé d'affirmer qu'il n'aurait pas développé cette affection s'il avait pu prendre une douche. Mais

²⁰⁰³ J.G. Fleming, « *Probabilistic Causation...* », art. préc. p. 680.

²⁰⁰⁴ « Faced with a choice between manifest injustice and inexact injustice, law should prefer the latter », R. Delgado « *Beyond Sindell...* », art. préc. p. 895. V. égal. Emmanuel Treuil, *La preuve en droit de l'environnement*, thèse dactyl. Paris I, 2002, p. 182 et p. 344 et s.

²⁰⁰⁵ R. Delgado propose, dans son article, d'instituer, en recourant à la subrogation (*subrogation*), le recours d'une seule personne au nom de toutes les victimes, qui lui permettrait de recouvrir la réparation correspondant au dommage causé –soit 9 malades supplémentaires- puis de les répartir entre les victimes. Dans notre exemple, la réparation correspondant aux 9 cancers supplémentaires serait répartie entre les 24 malades du cancer.

²⁰⁰⁶ Auquel cas, dit R. Delgado, il faudrait appliquer une répartition proportionnelle et faire en sorte que les dommages-intérêts obtenus par les victimes soient partagés avec tous les membres du groupe souffrant du même dommage.

²⁰⁰⁷ *Mc Ghee v. National Coal Board* (1972) 3 All. E. R. 1008 (H.L.). V. E. Weinrib, « A Step Forward in Factual Causation », 38 *Modern Law Review*, 518 (1975).

l'employeur fut condamné pour le principal motif que son abstention avait augmenté le risque de dermatite. Les juges admettaient que l'employé aurait sans doute pu développer une dermatite malgré la présence de douches, mais peu importait : l'essentiel était que l'employeur avait *favorisé* l'apparition de ce trouble. Le fait que l'abstention de l'employeur ait augmenté le risque de dermatite suffisait à permettre une inversion de la charge de la preuve : il restait à ce dernier la possibilité de prouver que la dermatite ne lui était pas imputable²⁰⁰⁸. Il faut souligner que cette jurisprudence a été remise en question par une décision plus récente *Wilsher v. Essex Area Health Authority*²⁰⁰⁹, dans laquelle un nourrisson souffrait d'un dommage incurable à la rétine dont on ne savait s'il avait été provoqué par sa naissance prématurée, ou par l'administration excessive d'oxygène par le personnel médical de l'hôpital. On ne pouvait donc être sûr que l'enfant n'aurait pas subi la même infirmité en l'absence de négligence. Les parents de l'enfant affirmaient que l'augmentation du risque engendré par le comportement de l'équipe soignante autorisait à transférer la charge de la preuve sur les épaules du défendeur. La Chambre des Lords refusa, en l'occurrence, cette argumentation²⁰¹⁰.

b. L'augmentation des probabilités en droit français

572. Lorsque la causalité peut seulement s'exprimer en termes de *circonstances favorisantes*, le juge français est relativement ouvert à l'admission de la causalité, dès lors que le lien statistique et le dommage subi sont établis. Le droit français connaît une hypothèse de présomption légale, dans un tel cas de figure : l'article 10 de la loi du 30

²⁰⁰⁸ Dans le même esprit, il est arrivé que l'augmentation de la probabilité de dommage mesuré par le lien causal statistique engendre une présomption légale de causalité. En 1973, le Japon a ainsi mis en place une présomption irréfragable lorsque une partie de la population a souffert d'une intoxication pour avoir consommé du poisson contaminé au mercure, à la suite d'une pollution industrielle. L'industriel responsable de cette pollution fut donc déclaré responsable pour tout habitant de la région concernée, présentant les symptômes de la maladie. V. E. Treuil, thèse préc. Par ailleurs, Le droit allemand a introduit, en matière médicamenteuse, un texte en 2002, qui dispense la victime d'avoir à le prouver la causalité dans son cas particulier, dès lors qu'une loi causale générale existe La présomption de causalité qui en découle doit toutefois être corroborée par d'autres éléments, et est écartée lorsque d'autres circonstances sont, en l'espèce, de nature à expliquer le dommage. J.-S. Borghetti, thèse préc. n°140 et s.

²⁰⁰⁹ *Wilsher v. Essex Area Health Authority* [1988] AC 1074.

²⁰¹⁰ On remarquera que la question de la preuve du lien causal en matière médicale a fait l'objet de discussions Outre-Manche. La Commission Pearson (*Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury*) avait proposé un renversement de la charge de la preuve, ce qui ne fut pas mis en œuvre en raison du risque d'explosion du contentieux médical qu'une telle réforme aurait généré. Le droit allemand a admis, en la matière, un renversement de la charge de la preuve en cas de faute grave.

octobre 1968 relative aux accidents nucléaires dispose qu'en cas de catastrophe, un décret énumérera les affections présumées résulter de l'accident. Pour le reste, la position des tribunaux français n'est pas de suivre aveuglément les chiffres résultant des études épidémiologiques mais de chercher, à partir d'une généralité causale avérée, les éléments laissant penser que l'on se trouve dans un cas concerné par la régularité causale. Par exemple, étant posé que le distilbène ou l'amiante sont des substances *nocives* (au sens où elles augmentent significativement la probabilité de souffrir de certains troubles), le juge donne les *raisons* pour lesquelles il estime que le dommage subi par la victime résulte bel et bien de l'exposition à ces substances. Les motifs fréquemment relevés sont les suivants : le fait que la victime a été *exposée* à de fortes doses, que les effets constatés correspondent bien aux *types* d'effet *habituellement* causés, qu'il existe une *antériorité temporelle* entre cause et effet, ou *qu'aucune autre cause* n'explique le dommage sont des arguments à prendre en considération. Tel a été le cas dans les différents contentieux ayant donné lieu à des décisions à ce jour qui concernent, pour la plupart d'entre eux, les effets des médicaments²⁰¹¹.

573. Les exemples jurisprudentiels. La nocivité du DES, commercialisé en France sous le nom de distilbène, est scientifiquement établie. Il est acquis que cette substance provoque, chez les femmes qui y ont été exposées *in utero*, des malformations vaginales graves, voire des cancers du vagin²⁰¹². Il paraît donc cohérent de retenir la causalité dans le cas d'une victime ayant été exposée à cette substance et souffrant d'une trouble comptant parmi les effets possibles de ce médicament. Pour autant, on ne peut jamais exclure qu'un cancer du vagin puisse apparaître indépendamment de toute exposition au distilbène. Dans un arrêt du 30 avril 2004²⁰¹³, la Cour d'appel de Versailles a accepté de retenir la responsabilité du laboratoire dans un cas où la victime avait été exposée *in utero* au distilbène et souffrait d'une tumeur cancéreuse du vagin (adénocarcinome invasif à cellules

²⁰¹¹ V. sur ce sujet les analyses de J.-S. Borghetti, thèse préc. n°367 et s.

²⁰¹² On estime que cette exposition entraîne une infertilité dans, approximativement, 23 à 36% des cas. J.-S. Borghetti, thèse préc. n°368. Par ailleurs, le risque de malformation génitale est multipliée par 20, y compris chez les garçons. V. Ch. Radé, « Distilbène : le laboratoire jugé responsable et coupable », RCA 2004 Etude 22.

²⁰¹³ CA Versailles, 30 avril 2004, D. 2004, IR p. 1502. L'arrêt confirme la décision du TGI de Nanterre, 24 mai 2002 D. 2002 IR p. 185 ; RTD civ. 2002 p. 527 obs. P. Jourdain

claires)²⁰¹⁴. En l'espèce, le défendeur avait soutenu que le distilbène n'est « ni une cause nécessaire, ni même une cause suffisante de l'adénocarcinome à cellules claires », ce que les experts admettaient. Ces arguments n'étaient pas convaincants. Que le distilbène ne soit pas *cause généralement nécessaire* d'une tumeur cancéreuse ne permettait guère de nier la causalité : il y a longtemps que la notion logique de cause a abandonné, avec J. S. Mill, ce caractère de nécessité pour se concentrer sur le caractère *suffisant* de la cause²⁰¹⁵. De ce point de vue, le fait que l'exposition au produit ne constitue pas une cause suffisante du dommage pouvait paraître plus problématique. Mais nous avons déjà eu l'occasion d'affirmer qu'une cause absolument suffisante est quasi-introuvable dans la réalité concrète : la plupart des causes supposent, pour produire leurs effets, la présence d'autres facteurs qui n'intéressent pas toujours la responsabilité civile. Certes, il était difficile, en l'espèce, de consacrer le caractère de condition *sine qua non* du distilbène. Mais la prise de ce médicament constituait indiscutablement un « facteur majeur » de la maladie, relevé par les experts. Ces experts se fondaient, pour aboutir à cette conclusion, sur le fait qu'il n'y avait là *aucun autre facteur connu* de l'apparition d'une telle maladie, même s'il n'était pas niable qu'elle puisse être liée à d'autres causes. La présence d'une *circonstance favorisante*, combinée à *l'absence d'autre cause* discernable, rend donc, aux yeux du juge, la causalité suffisamment probable pour qu'elle puisse être acquise : la Cour d'appel a retenu la présence de « présomptions graves, précises, et concordantes » de causalité²⁰¹⁶. On relèvera qu'il ne s'agit plus du tout, ici de pratiquer un raisonnement d'inférence causale à partir d'un enchaînement d'événements, comme précédemment, mais de se prononcer à partir des données scientifiques fournies par les experts : s'il y a ici un raisonnement

²⁰¹⁴ Compte tenu d'avertissements parus dans la littérature médico - scientifique en 1939 et en 1962-63, c'est sans grande difficulté que le juge a pu caractériser la faute, constituée par un manquement à l'obligation de vigilance du laboratoire et une absence de surveillance de l'efficacité du produit litigieux. Concernant le bénéfice/risque lui-même, il était discutable. En effet, il n'était pas clairement établi que la prise de distilbène par la mère pendant sa grossesse permettait de prévenir le risque d'avortement, ce que le rapport d'expertise relevait en soulignant qu'il n'était pas scientifiquement prouvé qu'en l'absence d'absorption de distilbène, la probabilité que la victime fût née vivante en aurait été amoindrie. Parallèlement, le risque de déclencher la maladie concernée chez l'enfant en gestation n'était pas exclu à l'époque compte-tenu d'expérimentations animales.

²⁰¹⁵ Sur cet aspect, v. *supra* n°140.

²⁰¹⁶ On notera que le TGI de Nanterre avait, dans cette affaire, expressément approuvé les experts d'avoir privilégié « une appréhension en termes de probabilité parfaitement utilisable en droit pour permettre au tribunal de conclure à l'existence de présomptions suffisamment graves, précises et concordantes en faveur d'une probabilité pertinente du rôle causal du Distilbène dans le développement ultérieur d'une ACC... », TGI de Nanterre, 24 mai 2002, préc.

abstrait, il n'est plus de même nature, car il s'agit là de se prononcer sur une causalité naturelle, scientifique.

Dans la même optique, le Tribunal de grande instance de Nanterre²⁰¹⁷, suivi en cela par la Cour d'appel de Versailles²⁰¹⁸, a retenu la responsabilité du laboratoire Servier, fabricant de l'Isoméride -un traitement censé lutter contre l'obésité- du fait de l'hypertension artérielle pulmonaire primitive (HTAPP) dont souffrait une patiente. En l'espèce, les experts avaient noté que le médicament « favorisait » l'apparition d'une telle pathologie, au sens où il en augmentait la probabilité, tout en précisant qu'il n'en constituait ni une cause nécessaire, ni une cause exclusive. Ce caractère *favorisant*, couplé à l'absence d'autre cause pouvant expliquer une *pathologie rare*, a permis au juge de retenir la causalité sur la base de « présomptions graves, précises et concordantes ». La sensibilité particulière de la victime n'a, à cet égard, pas été un problème dès lors que la prise du médicament apparaissait comme le facteur déclenchant de cette hypertension.

D'autres décisions illustrent les arguments permettant de conclure que l'espèce particulière considérée exemplifie une liaison causale statistique. Dans une affaire tranchée par la première Chambre civile le 5 avril 2005²⁰¹⁹, un patient avait été atteint d'un syndrome de Lyell après avoir pris deux médicaments prescrits pour lutter contre une crise de goutte. La causalité fut contestée par l'un des défendeurs à propos de l'un d'entre eux, le colchimax. La Cour de cassation a néanmoins validé l'admission de la causalité par la Cour d'appel pour plusieurs motifs. En effet, « l'expert avait souligné que le lien entre l'absorption du médicament en cause et l'apparition du syndrome de Lyell était scientifiquement reconnu, que M. Carro avait développé ce syndrome dans un délai de 7 à 21 jours après l'administration du colchimax ce qui correspondait au délai habituellement constaté entre l'administration du produit et la survenance de l'effet toxique, que la cessation du trouble coïncidait avec l'arrêt de la prise du médicament ». En outre « il n'était établi l'existence ni d'une erreur de prescription, ni d'une prédisposition du patient à ce syndrome, ni d'une association avec d'autres médicaments ». Les arguments ici retenus sont logiques et éclairants. Le premier élément entre tous est, bien sûr, l'existence d'une *liaison causale scientifiquement établie* prévoyant l'apparition d'un tel syndrome en cas d'absorption du

²⁰¹⁷ TGI Nanterre, 22 décembre 2000, Gaz. Pal. 2002, 1, somm. p. 264 note H. Vray.

²⁰¹⁸ CA Versailles, 10 mai 2002, RGDM n°10, 2003, p. 127 note D. Dibie-Kracjman.

²⁰¹⁹ Cass. 1^{re} civ. 5 avril 2005, JCP G 2005 II 10085, note Luc Grynbaum et Jean-Marie Job ; JCP G 2005 I chron. 149 n°7 obs. G. Viney ; A. Gorny, « La causalité à nouveau en péril », D. 2005 p. 2256.

médicament. Mais le juge précise également les circonstances laissant penser que la loi scientifique est, ici, précisément en cause. En particulier, le déroulement des événements incite à penser qu'on se trouve dans *un cas d'application* de la liaison causale : *proximité dans le temps* de la cause et de l'effet, correspondant à ce qui est *habituellement* observé, et *cessation du trouble* lors de l'arrêt du traitement. Là encore, *l'absence d'autre cause* expliquant le dommage, telle une prédisposition de la victime ou le rôle d'un autre médicament, est relevée. Tous ces indices sont de bon sens. Ils permettent d'étayer l'idée que l'on se trouve, bel et bien, dans le champ d'application de la liaison causale générale concernée²⁰²⁰.

574. Discussion du problème posé par les circonstances favorisantes. La simple présence d'une circonstance favorisante ne permet pas de conclure automatiquement à la causalité. Il est donc heureux que le juge réunisse d'autres arguments pour justifier la qualification causale²⁰²¹. Bien évidemment, la liaison statistique entre la cause et l'effet, combinée à la preuve que la cause et l'effet considérés se sont précisément produits en l'espèce, constituent d'emblée des arguments de poids en faveur de la causalité. Mais il ne peut jamais être *certain* que le dommage ne se serait pas produit en l'absence de la cause examinée.

Le *nombre de causes* pouvant entraîner un dommage du type de celui subi par la victime est déterminant dans le jugement de causalité. Par exemple, un cancer du poumon peut être causé par le tabac, mais un non fumeur peut toujours développer un tel cancer. En revanche, l'apparition d'un mésothéliome est très rare en dehors de toute exposition à l'amiante : cela permet d'accepter sans difficulté le lien causal en présence d'un malade qui y a été exposé. Lorsque les affections dont souffrent les victimes sont *courantes* et liées à de *nombreuses causes*, comme le cancer, la question du lien causal devient très difficile à

²⁰²⁰ On remarquera que la Cour d'appel de Rennes, qui avait statué sur cette affaire le 5 décembre 2001 (JCP G 2002 IV 2267) avait souligné que la certitude du lien causal ne pouvait découler que d'une réadministration du médicament aux patients, ce qui aurait mis leur vie en péril : la remarque justifiait donc, aux yeux du juge, l'admission d'une causalité non certaine.

²⁰²¹ Pour Mlle Viney, « une fois apportée la preuve scientifique d'une possibilité d'association du genre de dommage dont souffre la victime à l'utilisation du produit (...), le demandeur se trouve alors en position de force, la causalité étant alors considérée comme établie, à moins que le défendeur ne parviennent à prouver que ce dommage s'explique par une autre cause ». Cette position est sans doute un peu optimiste dès lors que le juge s'estime, à juste titre, tenu de justifier que l'on se trouve bel et bien dans l'un des cas visés par la loi causale. G. Viney, « La mise en place du système français de responsabilité des producteurs pour le défaut de sécurité de leurs produits », in *Mélanges offerts à Jean-Louis Aubert*, p. 346.

aborder. L'exemple des victimes du nuage de Tchernobyl l'illustre : s'il ne fait aucun doute que la pollution radioactive provoquée par la catastrophe a causé des dégâts environnementaux et sanitaires, déterminer précisément ce que sont ces effets est quasiment impossible. Dès lors que la causalité ne peut s'exprimer qu'en termes d'augmentation des probabilités, le rapport causal, dans chaque cas particulier, est affecté d'une incertitude irréductible. A cet égard, la proposition du juriste américain Richard Delgado de *répercuter dans la condamnation le caractère probable du lien causal* doit être appuyée. Cette technique n'a pas vocation à s'appliquer dans des cas de figure où le dommage subi présente des caractéristiques propres à rendre la causalité très vraisemblable, comme dans l'affaire concernant le syndrome de Lyell. Mais elle est appropriée pour toutes les hypothèses dans lesquelles le préjudice subi aurait pu l'être pour d'autres raisons (cancer). Là encore, la technique de la *perte de chance* peut être utilisée comme un mécanisme permettant d'opérer un compromis entre le rejet pur et simple de la causalité et la responsabilité pour le tout. On pourrait ainsi suggérer que les personnes souffrant d'un cancer de la thyroïde, qui se trouvaient dans les zones à risque lors du passage du nuage de Tchernobyl, puissent être indemnisées en fonction de la probabilité qu'à leur maladie de découler de la catastrophe²⁰²². Il suffirait de comparer les statistiques de cancers de la thyroïde parmi ces populations avec les statistiques de cancer d'une population non exposée pour établir ladite probabilité.

Par ailleurs, l'argument lié à *l'absence d'autre cause possible* revient régulièrement, et à juste titre, dans la motivation des juges. Mais cet argument n'est totalement convaincant que lorsqu'on se trouve face à un phénomène dont *toutes les causes* sont connues. Comme on sait précisément comment se transmet le virus du Sida, il est possible, par élimination, de s'assurer que tel événement est à l'origine de la contamination. Tel n'est pas le cas de multiples phénomènes, notamment en matière biologique et médicale. On ne peut connaître toutes les causes à l'origine d'une poussée d'eczéma ou d'une tumeur cancéreuse. Dans ces cas de figure, l'absence d'autre cause pouvant expliquer le dommage peut constituer un argument, mais sa portée est nettement moindre qu'en cas de contamination par le VIH. Il convient de la corroborer avec d'autres éléments, telle la proximité temporelle.

²⁰²² Il s'agirait ici d'une indemnisation par l'Etat du fait des fautes avérées des autorités sanitaires françaises lors de la catastrophe. Certes, il faudrait certainement tenir compte de la mesure dans laquelle il était possible, grâce à des décisions appropriées, de limiter les conséquences nuisibles générées par cette pollution radioactive.

En conclusion, la proposition des juristes américains de fonder la responsabilité sur une causalité exprimée en termes de probabilités constitue une solution appropriée lorsque le lien causal n'est pas suffisamment certain. Par exemple, dans les faits ayant donné lieu à l'arrêt Gourlain²⁰²³, le rapport causal entre les cancers de la victime et son tabagisme ne faisait pas de doute, bien que le tabac ne soit qu'une circonstance favorisante, et non une cause mécanique, du cancer. En effet, les circonstances de l'espèce étaient accablantes : non seulement la victime avait longtemps fumé de manière intensive, mais elle avait développé des formes de cancers particulièrement liés aux effets du tabac. Si l'on imagine, en revanche, le cas d'une victime dont le tabagisme était moindre, l'apparition d'un cancer du poumon est imputable avec moins de certitudes au tabac : on sait, en effet, que certains individus non fumeurs développent des cancers des poumons. De même, une poussée d'eczéma peut résulter de la prise d'un médicament comme d'une foule d'autres événements. Si le juge ne parvient pas à réunir des éléments permettant de conclure à la causalité avec suffisamment de certitude, l'indemnisation pour perte d'une chance est justifiée.

2. L'incertitude d'une loi de la nature

575. On assimile souvent -à tort- l'incertitude liée à l'applicabilité d'une liaison causale générale scientifiquement vérifiée et le problème posé par l'impossibilité de se reposer sur une quelconque relation causale. Il ne faut pas confondre *deux sortes d'incertitudes*. La première est liée au caractère non déterministe et seulement *probabiliste*, des lois causales scientifiques. Le second type d'incertitude ne correspond pas au cas où nous sommes capables de mesurer -mathématiquement ou empiriquement- les chances d'apparition d'un phénomène donné, mais à l'hypothèse où *l'ignorance est complète*, à tel point qu'il n'est pas possible d'établir des probabilités ou d'imaginer les conséquences d'un fait. Une telle hypothèse se présente de plus en plus souvent dans la vie contemporaine. Le progrès technologique a mis entre nos mains des techniques nouvelles, dont il n'est pas toujours aisé de connaître les effets. Le droit de la responsabilité civile aborde, de ce fait, des cas dans lesquels les effets d'une substance ou d'une technologie sont incertains : tel est le cas à propos des OGM, des champs électromagnétiques servant à la téléphonie mobile,

²⁰²³ Cass. 2^e civ. 20 novembre 2003, JCP G 2004 II, 10004, note B. Daille-Duclos ; D. 2003 jur. p. 2902, concl. R. Kessous, note L. Grynbaum ; D. 2004 somm. comm. p. 1346 obs. D. Mazeaud.

ou des médicaments... Comment, si l'on ne sait rien, considérer que le dommage subi par la victime résulte du fait invoqué ? Après avoir évoqué la mesure dans laquelle ces situations se révèlent incertaines, nous tenterons d'identifier les solutions possibles.

576. Risque et incertitude. La plupart des lois causales naturelles n'obéissent pas à un déterminisme strict : elles sont, pour la plupart, de nature probabiliste. Les probabilités classiques sont de nature objective : elle constituent une propriété d'un certain événement dont l'occurrence s'est répétée au cours d'expériences faites dans des conditions identiques. Malheureusement, dans le cas de ce que l'on appelle les « nouveaux risques » -santé publique, environnement- la répétition des événements passés fait défaut au point qu'il est impossible de définir une fréquence statistique²⁰²⁴. En 1921, Frank Knight²⁰²⁵ (1885-1972) a distingué les situations dans lesquelles on dispose d'une probabilité, qui constituent des hypothèses de *risque*, des situations d'*incertitude*, lorsque les connaissances rendent impossible d'évaluer objectivement le risque éventuel en termes de probabilité²⁰²⁶. Knight observait que nos connaissances sont souvent largement insuffisantes pour déterminer les probabilités des différents événements possibles. Il y a donc *incertitude lorsqu'une quantification objective de probabilité est impossible* : on ne peut établir une probabilité quant à la possibilité de survenance de certains événements redoutés, faute de disposer des données suffisantes pour établir des fréquences. Par exemple, lorsqu'une urne contient des boules blanches et des boules noires sans que l'on en connaisse la proportion, il est impossible d'émettre une probabilité quant à la chance de tirer une boule blanche ou une boule noire. Le terme d'*incertitude radicale* est utilisé pour les hypothèses dans lesquelles il est non seulement impossible d'évaluer *la fréquence*, mais également d'établir *la liste des événements possibles* liés à un aléa : on ne connaît pas, par exemple, la totalité des effets éventuels des OGM, même si l'on en soupçonne quelques uns.

La distinction de Knight a été critiquée au motif que les probabilités ne relèvent pas nécessairement d'une démarche objective de constatation des occurrences d'un phénomène, mais qu'elles correspondent à une démarche subjective de croyance des individus dans la

²⁰²⁴ V. Christian Gollier, « Face au principe de précaution : que croire ? qui croire ? », *Risques*, n°57, mars 2004 p. 98.

²⁰²⁵ Frank Knight, *Risk, uncertainty and profit*, Boston, Houghton Mifflin, 1921.

²⁰²⁶ La distinction entre risque et incertitude a été opérée par Frank Knight (1885-1972). Alors que la situation de risque suppose une probabilité connue, la situation d'incertitude ne permet aucun calcul probabiliste. Christian Gollier, « Face au principe de précaution : que croire ? qui croire ? », *Risques* n°57, mars 2004 p. 98.

réalisation du phénomène²⁰²⁷. En effet, la position subjectiviste, développée notamment par Savage²⁰²⁸, refuse l'idée d'une existence physique des probabilités : tout ne serait que projection psychique. Les probabilités ne feraient qu'exprimer les *degrés de croyance* d'un individu. Tout peut donc faire l'objet d'une probabilité, du moment que les individus sont prêts à croire quelque chose. Bien que la position subjectiviste soit aujourd'hui dominante dans la pensée économique, elle n'explique en rien comment établir les degrés de croyance, notamment dans les situations d'« ambiguïté », soit lorsque les données fréquentistes ou épidémiologiques sont imprécises. C'est pourquoi, tout en admettant largement l'intérêt des probabilités subjectives pour évaluer le coefficient de certitude du jugement de causalité, nous retiendrons la distinction de Knight entre situation de risque et situation d'incertitude. Dans ce contexte, l'incertitude consiste en la possibilité de plusieurs états du monde dont on ne sait dire lequel est le plus probable.

577. Raisons de l'incertitude. L'éventuel établissement d'une loi causale revient aux scientifiques spécialisés dans le domaine concerné : le droit se réfère aux données acquises de la science. A cet égard, une loi causale est retenue lorsqu'on observe qu'un phénomène est invariablement, ou majoritairement, suivi d'un autre. En matière épidémiologique, on cherchera à établir *l'augmentation des probabilités* en comparant une population exposée à une population témoin. Dans ce cadre, les résultats des études menées peuvent être incertains pour plusieurs raisons²⁰²⁹. Elles tiennent le plus souvent à *l'insuffisance ou à la contradiction des études empiriques*. Par exemple, le vaccin contre l'hépatite B ou le rayonnement des ondes de téléphonie mobile ont fait l'objet de tests sur des animaux, et non sur des hommes. En outre, les différentes expertises scientifiques menées ont pu conduire à des *conclusions contradictoires* : alors qu'un test mené sur les souris a pu laisser croire à l'innocuité d'un produit, le même test mené sur des rats n'a pas

²⁰²⁷ Jean-Marc Tallon et Jean-Christophe Vergnaud, « Comment exprimer les croyances dans l'incertain ? », *Risques* n°49 mars 2002, p. 93.

²⁰²⁸ L. Savage, *The Foundations of Statistics*, New York, John Willey, 1954.

²⁰²⁹ Habituellement, les moyens utilisés pour établir un lien causal général sont les suivants : tests sur des animaux ou sur des cellules souches, études de la composition chimique du produit et, surtout, études épidémiologiques dans lesquelles on compare une population exposée à une population non exposée. Le problème de ces études épidémiologiques est qu'elles sont coûteuses, qu'elles prennent du temps et, surtout, qu'elles doivent être menées sur un échantillon large de population pour être concluantes. Néanmoins, en l'absence d'étude épidémiologique significative, il n'est, en principe, pas possible d'admettre, d'un point de vue scientifique, une relation causale. Mark Geistfeld, « *Scientific Uncertainty and Causation in Tort Law* », *54 Vanderbilt Law Review*, 1011 (2001).

entraîné les mêmes observations. Par ailleurs, les études statistiques ne sont *fiabiles* qu'à certaines *conditions*. Si, par exemple, une étude permet de relever une proportion plus élevée de cancers dans une population exposée à une substance donnée que dans la population témoin, la causalité n'est pas acquise pour autant²⁰³⁰. Il faut, en effet, vérifier que la *différence* constatée entre la population exposée et la population témoin est *significative*. Cela signifie, pour aller vite, qu'on s'assure que la différence du nombre de malades entre les deux populations étudiées n'est pas liée au hasard : pour cela, la différence doit dépasser un certain seuil selon le type d'étude menée et la taille de l'échantillon²⁰³¹. Dans l'ensemble, plus l'échantillon est large, plus les résultats sont significatifs. A supposer même qu'ils le soient, ils ne permettent d'identifier qu'une certaine association statistique. Encore faut-il que d'autres éléments viennent renforcer la présomption de causalité qui en découle. Peuvent ici intervenir des éléments tels que l'*antériorité* de la cause par rapport à l'effet, la *constance* de l'association et sa *reproductibilité*, la *cohérence avec les connaissances existantes*. Si aucune statistique fiable ne peut être élaborée, cela signifie que rien ne permet de *prouver positivement* l'existence d'une causalité entre les deux phénomènes ; mais rien, parallèlement, ne permet d'*exclure* de but en blanc l'hypothèse d'un rapport causal. La difficulté qui se présente régulièrement de nos jours est -outre que l'expérimentation sur l'être humain n'est pas toujours possible- que les doses et les échantillons sont souvent insuffisants pour permettre d'identifier un effet significatif²⁰³². En matière médicamenteuse, l'incertitude est d'autant plus omniprésente que les études épidémiologiques, très onéreuses, sont relativement peu fréquentes.

578. L'exemple américain. Aux Etats-Unis, le contentieux ayant donné lieu à l'arrêt *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc*²⁰³³, illustre idéalement les difficultés posées par les situations d'incertitude. Le médicament en cause était un antinauséux, le

²⁰³⁰ V. les explications d'Emmanuel Treuil, *La preuve en droit de l'environnement*, thèse dactyl. Paris 1, 2002, p. 40 et s.

²⁰³¹ Le plus souvent, on applique un taux d'erreur de 5% au résultat obtenu.

²⁰³² En matière de rayonnements ionisants, par exemple, il faudrait pouvoir exposer un échantillon de 600 000 personnes pendant 20 ans à des rayonnements pour pouvoir déceler une augmentation significative des cancers autres que les leucémies. E. Treuil, *thèse préc.* p. 41 note 103.

²⁰³³ *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.* 509 US 579 (1993). En l'espèce, la malformation de deux nouveaux-nés était imputée à ce médicament administré à la mère pendant la grossesse. Les experts avaient conclu à la causalité, en se fondant sur des expérimentations animales et des études épidémiologiques

Bendectin, soupçonné d'avoir des effets tératogènes. Ce médicament, particulièrement destiné aux femmes enceintes, n'avait donné lieu qu'à peu de tests avant d'être mis sur le marché. Lorsque plusieurs femmes attaquèrent le laboratoire en raison des malformations subies par leurs nouveaux-nés, les juges furent d'abord surpris par la pauvreté des études préalables menées par le laboratoire, et par le peu de cas fait des résultats alarmants obtenus par certains tests sur des animaux. C'est ainsi que plusieurs décisions furent rendues, favorables aux victimes, qui attirèrent à la fois l'attention des médias et celle des scientifiques. Plusieurs recherches furent entreprises, pendant que, dans le même temps, de plus en plus de victimes agissaient devant les tribunaux. Ce contentieux aboutit à la production de multiples études épidémiologiques, aux résultats contradictoires, certaines étant financées par le défendeur, d'autres par les plaignants. En raison des résultats peu probants de ces études, le lien causal ne fut pas admis par la majorité de la communauté scientifique. Progressivement, les tribunaux américains furent amenés à rendre des décisions beaucoup plus sévères pour les victimes, en exigeant que les études épidémiologiques produites par ces derniers établissent que le risque de malformation soit, au moins, multiplié par deux. Cette exigence est logique : si la probabilité de malformation est multipliée par deux en cas de prise du Bendectin, cela signifie qu'il y a au moins 51% de chances pour que la maladie soit imputable au médicament, ce qui correspond à l'exigence de preuve traditionnelle en *Common Law*. Pour finir, la Cour Suprême rejeta l'expertise produite par le demandeur en estimant qu'elle n'avait pas été élaborée dans le respect des méthodes et des procédures de la science.

L'arrêt *Daubert* illustre la position relativement stricte des juges américains concernant les hypothèses d'incertitude causale. Si la Cour Suprême a insisté sur le caractère flexible de la preuve scientifique, elle n'en a pas moins énuméré des *critères précis* d'acceptabilité d'une expertise²⁰³⁴ : caractère *réfutable* de la théorie, contrôle par les *pairs* et *publication*, taux d'*erreur* potentiel de la technique utilisée, conformité à d'éventuels *protocoles* d'expérimentation et *acceptation* de la théorie par la communauté des spécialistes de la

²⁰³⁴V. pour une présentation exhaustive de cette jurisprudence et une discussion, E. Treuil, thèse préc. p. 141 et s. Originellement, l'acceptabilité judiciaire d'une expertise était déterminée par la compétence de l'expert, qui devait être qualifié pour pouvoir témoigner devant les tribunaux. Dans un arrêt célèbre de 1923 (*Frye v. United States*, 293 F.2d 1013 D.C. App.) fut établi le critère de l'acceptation générale (« *general acceptance* ») par les spécialistes du domaine concerné. Ce critère fut remis en cause par les *Federal Rules of Evidence* de 1975, puis par l'arrêt *Daubert*.

question. Cette décision a donc eu pour effet de rendre les juges exigeants quant à la preuve de liaison causale générale. Depuis lors, la majorité des tribunaux américains exigent que la causalité soit établie par une étude épidémiologique montrant que la substance étudiée *multiplie par deux, voire par trois, le risque envisagé*. La causalité fut ainsi rejetée dans le contentieux relatif aux prothèses mammaires en silicone, qui présentait les mêmes difficultés causales. Cette exigence n'est pas sans difficulté. Non seulement elle conduit à écarter la causalité si le risque généré par le produit n'est pas assez élevé, mais elle interdit toute responsabilité chaque fois qu'une étude épidémiologique n'est pas disponible, ce qui est relativement fréquent, notamment pour les nouveaux produits²⁰³⁵. Pour cette raison, certains tribunaux, minoritaires, acceptent d'envisager la causalité en l'absence d'étude épidémiologique, en se fondant sur d'autres éléments. A ce jour, toutefois, il n'existe pas, en droit américain, de technique permettant de contourner l'exigence d'études épidémiologiques. Certains auteurs proposent d'assouplir l'exigence d'augmentation du risque afin de faciliter la réparation des dommages²⁰³⁶. Dans l'ensemble, les règles mises en place par les juges américains pour encadrer la preuve du lien causal, bien que censée garantir la fiabilité des jugements de causalité, sont souvent perçues comme le moyen de faire prévaloir, là encore, des considérations politiques²⁰³⁷.

579. Que faire en cas d'incertitude scientifique ? En France, la portée des études épidémiologiques relève de l'appréciation souveraine des juges du fond²⁰³⁸. Que faire lorsque ces dernières ne sont pas concluantes ? Dans une pareille situation, le juge peut-il se permettre de conclure, malgré tout, à la causalité sur la base de critères qui lui appartiennent ? C'est ce qu'a pensé la Cour d'appel de Versailles, à propos du vaccin

²⁰³⁵ On parle, en l'occurrence, d' *evidentiary gap*, cf Jane Stapleton, « Legal Cause : Cause-in-Fact and the Scope of Liability for Consequences », 54 *Vanderbilt Law Review* 941 (2001).

²⁰³⁶ Mark Geitsfled, « *Scientific Uncertainty and Causation in Tort Law* », 54, *Vanderbilt Law Review*, 1011, 2001. On notera que le caractère suffisant et convaincant de la preuve est souvent traité au titre de son l'admissibilité, ce qui a pour effet de transférer cette appréciation au juge, alors qu'elle revient en principe au jury. Les auteurs relèvent pourtant qu'il s'agit là de deux questions différentes.

²⁰³⁷ On notera toutefois que la politique de la *Food and Drug Administration* est de faire peser, avant la mise sur le marché d'un produit, l'incertitude scientifique sur le producteur : l'innocuité d'un produit est présumé non établie tant que le producteur n'en a pas fait la preuve.

²⁰³⁸ Sur le rapport droit et science, v. G. Canivet « Le juge entre progrès scientifique et mondialisation », *RTD civ.* 2005 p. 33.

contre l'hépatite B, accusé de favoriser l'apparition de la sclérose en plaque²⁰³⁹. Par ailleurs, en se fondant sur l'impératif d'indemnisation des victimes, certains auteurs se sont prononcés en faveur d'une présomption de causalité obéissant aux mêmes critères que les présomptions utilisées en cas de lien causal scientifiquement avéré : proximité dans le temps entre cause et effet, absence d'autre cause expliquant le dommage²⁰⁴⁰. Ces critères seraient, selon eux, de nature à établir le « caractère plausible » du lien de causalité, ce qui rendrait possible la consécration d'une véritable « causalité juridique », au moyen d'un déplacement de la charge de la preuve²⁰⁴¹. Dans un tel cas de figure, il reviendrait, en effet, au défendeur « d'apporter la preuve de l'absence de lien causal entre son produit et le dommage subi, dès lors que la victime fait la preuve non seulement que son préjudice est apparu après la prise du produit, mais également que l'origine de son affection ne pouvait être trouvée ailleurs »²⁰⁴². C'est ainsi que l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles fut approuvé par certains commentateurs au motif que la présence d' « indices » de causalité permettrait de négliger les réserves des experts.

Cette position n'est pas convaincante. Admettre une présomption de causalité dans un contexte d'incertitude scientifique, c'est admettre une présomption de responsabilité : par hypothèse, le défendeur n'est pas en mesure de prouver l'innocuité de son produit²⁰⁴³. Les contentieux précités, relatifs au distilbène, à l'isoméride ou au colchimax montrent que les victimes sont indemnisées dès lors qu'une liaison causale générale, fût-elle seulement statistique, est établie. En situation d'incertitude, c'est, justement, faute de statistiques fiables que les experts ne peuvent conclure à la relation causale. On relèvera, d'ailleurs, que

²⁰³⁹ CA Versailles, 2 mai 2001, D. 2001 IR p. 1592 ; RTD civ. 2001 p. 891 obs. P. Jourdain. Position confirmée ensuite dans d'autres décisions, v. par ex. CA Versailles, 12 septembre 2003, D. 2003, IR p. 2549.

²⁰⁴⁰ N. Jonquet, et al. note préc. sous Cass. 1^{re} civ. 23 septembre 2003.

²⁰⁴¹ Les auteurs mobilisent, à l'appui de leur argumentation, la jurisprudence relative aux prédispositions pathologiques de la victime. En effet, disent-ils, le droit, en négligeant les prédispositions pathologiques avérées d'une victime, choisit de « faire abstraction » d'une « réalité scientifique, technique » qui imposerait de limiter ou exclure l'indemnisation ». Cependant, la comparaison avec la question des prédispositions pathologiques nous semble injustifiée : cette question pose un problème de pluralité des causes dans un cas où le fait générateur est, incontestablement, une condition *sine qua non* du dommage. Or toute la difficulté est ici d'établir ce caractère de condition *sine qua non*. Pouvoir affirmer que, sans le vaccin contre l'hépatite B, les victimes n'auraient pas développé de sclérose en plaque dépend de l'établissement d'un lien causal général entre les deux phénomènes. N. Jonquet, et al, note préc.

²⁰⁴² N. Jonquet, et al., note préc.

²⁰⁴³ « Admettre une présomption, écrit M. Jourdain, fût-elle simplement de l'homme, pourrait constituer une brèche inacceptable dans l'exigence irréductible d'un lien de causalité certain entre le fait du produit et le dommage. » P. Jourdain, RTD civ 2004, p. 103, préc.

l'usage, par les auteurs favorables à une présomption, de la notion de présomption de fait est, en l'occurrence, inappropriée. Les présomptions de fait supposent de raisonner d'après le « cours normal des choses » pour pouvoir tirer d'un fait connu un autre fait qui paraît vraisemblable. Or l'incertitude causale suppose, par définition, qu'il n'y a pas de « cours normal des choses » puisque, justement, aucune régularité causale, fût-elle probabiliste, ne peut être élaborée. En outre, les « indices » de causalité invoqués pour permettre la mise en jeu de la présomption sont discutables. *L'absence d'autre cause* expliquant le dommage est un argument bien moins convaincant en situation d'incertitude qu'en cas de risque connu. L'argument est idéal lorsqu'il faut se prononcer à propos d'un phénomène dont les *causes habituelles* sont maîtrisées : afin d'expliquer le déclenchement d'un incendie, on supposera, par exemple, une fuite de gaz, faute d'autre élément de nature à expliquer le sinistre. Ce raisonnement est possible parce qu'on *sait*, au préalable, comment un incendie peut se déclencher. De même, l'intervention de l'argument dans les contentieux relatifs à la transfusion sanguine ou au distillène est survenue alors que la *causalité naturelle* était avérée, donc qu'une loi de la nature était scientifiquement établie. Face, en revanche, à un phénomène qui, telle la sclérose en plaque, n'a pas de cause connue, l'argument selon lequel aucun autre fait ne peut expliquer la maladie a-t-il une valeur quelconque ? En réalité, lorsqu'on se trouve dans l'*inconnu*, l'argument tiré de l'absence d'autre cause envisageable n'a qu'une portée très réduite.

Il est vrai que la *proximité temporelle* et *l'absence d'autre cause* ont pu, parfois, être prises en considération par les experts eux-mêmes, pour admettre une causalité scientifique. C'est ainsi qu'une revue internationale consacrée aux effets indésirables des médicaments, *Reactions*, a publié une alerte relative à un vaccin anti-grippal dont les effets nocifs ont été mis en évidence sur la base de l'observation de quelques cas²⁰⁴⁴. L'imputation causale s'est fondée sur la chronologie (symptômes apparus peu de temps après le vaccin) et l'absence d'autre cause évidente. Cela veut-il dire que le juge pourrait se permettre, lui aussi, d'identifier, grâce à de tels critères, une causalité que l'expert n'a pas retenue ? Nous ne le croyons pas. Ce critère doit rester réservé à l'usage du spécialiste qui, le cas échéant, compte-tenu de son savoir et de son expérience, prend la responsabilité d'affirmer un lien causal dans ces conditions. Est-ce à dire que le juge doit systématiquement s'aligner sur la position de l'expert ? Oui, lorsque est en cause un *lien causal général*, à propos duquel

²⁰⁴⁴ V. M. Girard, « Causalité « certaine » ou causalité suffisante ? », Lexbase Hebdo n°170, 1^{er} juin 2005.

l'intéressé fait part des données acquises de la science²⁰⁴⁵.

En effet, le jugement de causalité engage beaucoup plus que la prise en charge de la maladie de la victime par le défendeur. Admettre, dans une décision, que le vaccin contre l'hépatite B provoque la sclérose en plaque a une portée dépassant largement le cas d'espèce. Comment justifier que le juge retienne un lien causal entre le vaccin contre l'hépatite B et la sclérose en plaque²⁰⁴⁶ alors que, dans le même temps, les autorités publiques, écartant cette causalité non prouvée, mènent des campagnes de vaccination dans les écoles²⁰⁴⁷ ? Le chapitre précédent a évoqué les difficultés posées par l'idée d'une causalité juridique entièrement détachée de la réalité concrète. La remarque est *a fortiori* vraie lorsque le jugement de causalité considéré a une portée *générale* et non plus particulière au cas examiné. La démarche est bien différente de la recherche des causes dans un cas singulier, comme, par exemple, la contamination par transfusion d'une personne dénommée ou l'incendie d'un immeuble donné. Que, dans un tel contexte, le juge prenne l'initiative d'affirmer l'existence d'une liaison causale générale alors que les spécialistes n'osent pas la formuler n'est pas souhaitable²⁰⁴⁸.

S'il n'est pas souhaitable que le juge prenne la liberté d'affirmer *positivement* la validité d'une loi de la nature alors même que les experts ne s'y risquent pas, il a toute liberté pour statuer sur le cas de la victime. En présence d'une suspicion sérieuse, et à la condition que cette dernière soit étayée par les éléments du dossier, on pourrait envisager que le juge

²⁰⁴⁵ D'autant que les experts sont, on le voit, de plus en plus enclins à retenir la causalité, fût-ce sur la base de quelques cas seulement. M. Girard, art. préc.

²⁰⁴⁶ On notera qu'une « réunion internationale de consensus sur la vaccination contre l'hépatite B » organisée par l'ANAES et l'INSERM les 10 et 11 septembre 2002 a indiqué qu'il n'existe à ce jour aucune preuve scientifique du fait que le vaccin contre l'hépatite B *favoriserait* l'apparition de la sclérose en plaques.

²⁰⁴⁷ Il est vrai que l'admission d'un effet néfaste dans un petit nombre de cas n'exclut pas nécessairement que le rapport bénéfice/risque du produit soit positif et les campagnes de vaccination justifiées. On pourrait admettre le lien causal tout en considérant que les bénéfices du vaccin contre l'hépatite B restent supérieurs à ses effets négatifs. La Cour d'appel de Versailles a ainsi estimé que l'existence d'une politique de vaccination contre l'hépatite B n'était pas remise en cause par la reconnaissance d'un lien causal car « les données actuelles de la science permettent d'affirmer que les effets indésirables de la vaccination n'ont pas une fréquence significative de nature à remettre en cause l'utilité de la vaccination sur un plan général » (CA Versailles, 12 septembre 2003, D. 2003, IR p. 2549) Dans ce cas, il serait justifié de poursuivre la vaccination tout en indemnisant les victimes ayant développé un effet secondaire fâcheux. L'hypothèse laisse toutefois sceptique : soit le produit présente un défaut, ce qui implique à la fois la responsabilité du producteur et l'interruption des campagnes de vaccination ; soit le produit n'est pas défectueux, auquel cas les vaccinations doivent être poursuivies et la responsabilité écartée.

²⁰⁴⁸ « On ne peut déduire une preuve de causalité de l'impossibilité de l'exclure », ce dont il découle que « l'admission des présomptions de causalité doit rester exceptionnelle et que ces présomptions ne peuvent s'appuyer que sur un assez haut degré de vraisemblance » P. Jourdain, RTD civ 2004, p. 102, préc

tienne compte de la possibilité d'une relation causale. Dans certains cas particulièrement douloureux, et en présence de suspicions suffisamment sérieuses, le juge émettrait une *probabilité subjective* que la condamnation traduirait par la réparation de la perte d'une chance. Autrement dit, faute d'une causalité avérée, on accorderait à la victime une indemnisation réduite correspondant à la possibilité que son dommage découle du fait imputé au défendeur. Cela permettrait de procurer un certain soulagement aux victimes tout en évitant d'avoir à émettre une proposition impliquant la science, à laquelle les scientifiques eux-mêmes ne souscriraient pas.

Ce cas de figure mis à part, nous approuvons la position adoptée par la Cour de cassation relativement au vaccin contre l'hépatite B²⁰⁴⁹. Il n'est pas cohérent d'user, en matière d'incertitude scientifique, de la technique de présomptions développées par ailleurs pour compenser l'absence de preuve d'un fait matériel, dans des hypothèses où la causalité scientifique ne faisait pas de doute. Il est également très contestable d'user, en situation d'incertitude scientifique, des présomptions relatives aux accidents du travail et aux accidents de la route qui ont été édictées pour une toute autre hypothèse. A cet égard, il est parfaitement injustifié d'admettre, sur le fondement de telles présomptions le lien entre des poussées de sclérose en plaque et une vaccination professionnelle contre l'hépatite B²⁰⁵⁰, voire le lien entre un accident de la circulation et une poussée de sclérose en plaque²⁰⁵¹.

580. Conclusion du B. Les jugements de causalité impliquant des faits naturels, donc des lois de la nature, sont particulièrement difficiles à établir. D'abord, le caractère majoritairement probabiliste des lois naturelles, le fait qu'elles s'expriment souvent comme de simples liaisons statistiques, complique l'établissement d'une relation causale singulière. Cet aspect peut toutefois être dépassé à la fois par le recours au raisonnement probabiliste, qui permet d'indemniser la victime sur la base d'une simple probabilité au moyen de la technique de la perte de chance, et par l'identification d'indices propres à rendre vraisemblable l'applicabilité de la loi causale au cas d'espèce. A cet égard, la proximité temporelle entre la cause et l'effet, ainsi que l'absence d'autre cause expliquant le

²⁰⁴⁹ Cass. 1^{re} civ. 23 septembre 2003, D. 2004 jur. p.898, note Y.M. Serinet et R. Mislawski ; RTD civ. 2004 p. 101 obs. P. Jourdain ; Laurent Neyret, « Vaccination contre l'hépatite B : fin du débat judiciaire ? », D. 2003, Point de vue, p. 2579. Comp. TGI Lyon, 28 avril 2003, JCP G 2003, II, 10166, note P. Mistretta.

²⁰⁵⁰ V. Cass. soc. 2 avril 2003, D. 2003, p. 1724 note H. Kobina Gaba.

²⁰⁵¹ CA Rennes, 14 mai 2004, RCA 2005 comm. 116 obs. H. Groutel.

dommage sont des éléments déterminants. Par ailleurs, la qualification de la causalité se révèle presque insoluble en situation d'incertitude, lorsque aucune liaison causale, fût-elle probabiliste, n'est identifiable. A cet égard, seule l'indemnisation d'une « possibilité de causalité » nous paraît envisageable sur la base de probabilités subjectives élaborées par le juge, et à la condition qu'elles soient étayées par des éléments sérieux.

581. Conclusion du paragraphe. Le jugement de causalité relatif à des faits physiques implique différentes démarches. L'appréciation de la causalité d'événements *individuels* conduit à se fonder sur l'enchaînement des faits pour opérer une *inférence causale* permettant de conclure à la causalité. Lorsque vient à manquer l'un des événement au support du raisonnement d'inférence, des *présomptions* peuvent jouer qui permettent d'adopter la qualification causale. En présence de faits relevant d'une *loi de la nature*, le juge doit tenir compte des liaisons causales générales scientifiquement établies pour opérer son jugement de causalité. Lorsque ces liaisons sont seulement *probabilistes*, il doit justifier son choix ou répercuter la probabilité dans la condamnation au moyen de la réparation pour perte d'une chance. Enfin, en situation d'incertitude, donc lorsque aucune régularité causale n'est disponible, le juge ne nous paraît pas habilité à affirmer l'existence d'une liaison causale générale. La seule issue envisageable est l'éventuelle réparation d'une « possibilité de lien causal » qui ne permettra d'indemniser qu'une fraction du dommage subi par la victime.

Ces différents aspects permettent de préciser ce qui doit logiquement revenir au juge du fait et au juge du droit. Le juge du fait doit pouvoir souverainement apprécier les *faits matériels* au support de la qualification causale, alors que le juge du droit est compétent pour l'*inférence causale* aboutissant à la qualification. Par ailleurs, si le juge du fait est compétent pour apprécier les expertises et leur portée, le juge du droit doit pouvoir contrôler les éléments qui permettent d'appliquer une loi causale générale à une espèce donnée, ou de se prononcer en situation d'incertitude.

§2. La causalité d'un fait humain

582. Difficulté de l'explication causale en matière de décision humaine. Parce qu'ils sont libres, parce qu'on estime qu'ils découlent d'un calcul rationnel ou, à tout le moins, d'une délibération, les actes humains s'expliquent plus facilement en termes de *motifs* que de causes. En général, la décision humaine provoque une rupture dans

l'enchaînement causal : fruit *d'une intention d'agir*, elle n'est pas rattachée aux événements qui l'ont précédée.

La difficulté d'appréhender l'action humaine en termes de causalité est illustrée par le contentieux relatif aux effets du tabac. Une position traditionnelle et cohérente, qui fut un temps celle des tribunaux américains, consiste à voir la cause de la maladie de la victime dans sa *décision libre* de fumer : par cette décision, la victime rompt l'enchaînement causal qui lie son affection à la toxicité du produit, donc au fait du producteur (et du distributeur)²⁰⁵². Il arrive, toutefois, que l'appréhension juridique de certains faits humains conduise à les rattacher à des causes dont on estime qu'elles ont pu engendrer des décisions. L'un des intérêts de la théorie de Hart et Honoré est d'avoir mis en évidence l'importance, dans le droit, de l'explication causale des actes humains²⁰⁵³. Toute la question est, ici, de savoir comment établir qu'un fait donné a constitué la condition *sine qua non* d'une conduite humaine²⁰⁵⁴. Il faut, en effet, pouvoir affirmer qu'en l'absence du fait incriminé, une certaine personne (la victime, le plus souvent) n'aurait pas adopté le comportement ayant mené au dommage. Là encore, l'affirmation suppose des arguments. Avant de les aborder, il est nécessaire de préciser les hypothèses dans lesquelles se pose la question de la cause d'un fait humain, qui relèvent de la fourniture d'une raison d'agir ou d'une opportunité d'agir²⁰⁵⁵.

583. La fourniture d'une raison d'agir. Le plus souvent, le défendeur est estimé avoir causé le comportement dommageable parce qu'il a apporté à l'agent un motif, une raison d'agir. Le cas de figure le plus fréquent, et le plus délicat, en matière de causalité humaine est celui de *l'information omise ou inexacte*. Qu'il s'agisse de se prononcer sur le principe de la responsabilité ou d'évaluer le dommage, il faut pouvoir établir que tel individu n'aurait pas adopté une attitude dommageable s'il avait disposé de l'information à laquelle il avait droit. La sanction de l'information en matière médicale illustre idéalement cet aspect : elle n'est, en effet, sanctionnée que s'il est acquis que la victime aurait refusé le

²⁰⁵² On notera que la licéité de la fabrication et de la distribution de tabac, de même que le caractère non défectueux du produit, jouent en faveur de cette analyse causale.

²⁰⁵³ Hart et Honoré évoquent deux types d'hypothèses : celle dans laquelle un homme, par ses mots ou ses actes, donne à un autre une raison pour faire quelque chose (qui se rapproche de la complicité) et celle dans laquelle quelqu'un fournit l'opportunité à autrui de faire quelque chose. V. *supra* n°257.

²⁰⁵⁴ Les juristes allemands évoquent la notion de « causalité psychologique ».

²⁰⁵⁵ V. François Grua, « La responsabilité civile de celui qui fournit le moyen de causer un dommage », RTD civ. 1994, p. 1.

traitement ou l'intervention qui s'est révélé préjudiciable²⁰⁵⁶. L'intégralité des obligations d'information donnent lieu à ce genre de raisonnement : ainsi dit-on que la victime n'aurait pas consommé tel produit si elle en avait connu les risques, qu'une banque n'aurait pas accepté de cautionner une entreprise si elle avait connu sa situation financière désespérée etc... La chose est logique : analyser les causes d'une décision renvoie, en premier lieu, aux *informations* qui ont servi de base à la délibération de la personne ayant agi.

De l'information, on peut rapprocher le *conseil*. L'incitation à agir fournie par un tiers pourra constituer une cause de la conduite examinée : on se rapproche, ici, de ce que le droit pénal analyse en termes de complicité. Un autre exemple est tiré de la vie économique est relatif à l'obligation d'information. Dans une espèce jugée par la deuxième Chambre civile le 13 janvier 2005²⁰⁵⁷, un banquier se voyait reprocher de n'avoir pas clairement informé un client emprunteur des garanties offerts par le contrat d'assurance souscrit pour son compte, afin de garantir son emprunt contre les risques d'incapacité de travail, d'invalidité et de chômage. En particulier, les restrictions de garanties, inscrites dans une notice donnée à l'emprunteur, ne figuraient pas sur les autres documents, notamment un tableau d'amortissement remis à l'intéressé, créant ainsi « l'apparence trompeuse d'une garantie totale » jusqu'au terme du prêt. Cela signifie-t-il que le demandeur aurait renoncé à l'emprunt s'il avait été averti ? Ou qu'il aurait conclu une assurance plus avantageuse ? C'est sans doute ce qu'a pensé la Cour : le banquier fut condamné, *in solidum* avec le notaire rédacteur de l'acte de prêt, à prendre en charge le remboursement de l'emprunt à partir de la date à laquelle la garantie cessait. L'emprunteur fut, ce faisant, « couvert » pour tous les risques contre lesquels il avait cru s'assurer.

Il existe d'autres contextes, dans lesquels la décision analysée est attribuée, non à l'information, divulguée ou non, ni au conseil, mais à une *situation de fait* imputable au défendeur. Dans une décision récente, un hôtel restaurant situé en contrebas d'une falaise avait fait l'objet d'une décision de fermeture par la commune, en raison du risque d'éboulement. L'hôtel attribuait son préjudice à ce risque d'éboulement qui avait justifié la décision, ce qui lui permettait d'agir à l'encontre du propriétaire de la falaise sur le

²⁰⁵⁶ Encore faut-il prouver, d'ailleurs, que, dans une telle hypothèse, la victime se serait trouvée dans une situation préférable à celle qui est finalement la sienne. V. infra n°440.

²⁰⁵⁷ Cass. 2^e civ. 13 janvier 2005, préc.

fondement de l'article 1384 al.1²⁰⁵⁸. Tracer un lien causal entre une situation de fait, fût-elle risquée, et la décision collégiale d'une collectivité publique n'allait pourtant pas de soi. Mais il était indiscutable que cette décision n'aurait pas été prise en l'absence de risque. Dans une espèce tranchée par la Cour d'appel de Lyon le 24 septembre 2004²⁰⁵⁹, la victime d'un accident de la circulation imputait à l'accident sa prise de poids postérieure à l'accident ainsi que la rupture de sa relation sentimentale. Si la Cour a écarté le lien de causalité concernant la prise de poids, faute de preuve, l'indemnisation du fait de la rupture sentimentale fut acceptée : « attendu que la boiterie de Madame B. consécutive à l'accident, a toutefois contribué à la rupture et a aggravé son préjudice moral ». Les juges du fond ont donc estimé que le départ du compagnon de Madame B., survenu après l'accident, pouvait avoir été provoqué par ce dernier et par la boiterie dont elle restait affligée. Une telle décision provoque néanmoins le malaise tant une décision prise dans le domaine affectif paraît indépendante de toute explication causale et de toute imputation²⁰⁶⁰. Elle suppose, en outre, que le compagnon de la victime ne l'aurait pas quittée en l'absence d'accident. Cela signifie-t-il que, dans l'esprit du juge, l'apparition d'un handicap (léger) est de nature à briser un couple ? Il faut le supposer²⁰⁶¹. Un exemple triste, mais récurrent, est, enfin, celui de la personne qui se suicide juste après avoir reçu une lettre de licenciement ou d'interdiction bancaire. Si l'on peut penser que ce geste désespéré résulte de causes profondes, largement antérieures au fait du défendeur, ce dernier n'en constitue pas moins l'occasion ayant entraîné le passage à l'acte. Là encore, il faut pouvoir établir que le suicide n'aurait pas eu lieu en l'absence du fait considéré : la causalité est rarement retenue.

584. La fourniture d'une opportunité d'agir. Un exemple connu est l'histoire de celui qui sort de chez lui en oubliant de verrouiller sa porte d'entrée. S'il est cambriolé, dira-t-on que sa négligence était la cause du cambriolage ? Elle en est, incontestablement, une condition *sine qua non* : l'intervention d'une autre action humaine dans le cours des

²⁰⁵⁸ Cass. 2^e civ. 26 septembre 2002, Bull. Civ. II, n°198 ; D. 2003 jur. p.1257, note O. Audic ; RTD civ. 2003 p. 100 obs. P. Jourdain.

²⁰⁵⁹ CA Lyon 24 septembre 2004, JCP 2004 comm. n°19 p. 21 obs. Ch. Radé.

²⁰⁶⁰ Comp. Ch. Radé, obs. préc. « Le domaine des sentiments échappe par principe au droit, chacun étant libre d'aimer ou de ne plus aimer ».

²⁰⁶¹ La question de la cause d'une rupture s'était déjà posée à propos de la maîtresse d'un homme marié, poursuivie par l'épouse légitime au motif qu'elle avait provoqué la désunion du couple. V. Cass. 2^e civ. 5 juillet 2001, JCP G 2002, II, 10139, note D. Houtcieff ; RTD civ. 2001, p. 893 obs. P. Jourdain. Mais la question se posait alors sur le terrain de la faute : l'arrêt fut l'occasion pour la Cour de cassation de préciser que la « complicité d'adultère » ne constitue pas une faute civile à l'égard de l'épouse légitime.

événements permet, toutefois, le plus souvent, d'écarter la causalité. Tel fut le cas à propos d'un homme qui avait oublié son chéquier dans une cabine téléphonique. Un voleur s'en était emparé et avait émis trois chèques demeurés impayés du fait de l'interdiction opérée par le titulaire du compte. Le juge refusa de retenir une causalité entre la négligence légère de l'intéressé et le préjudice du bénéficiaire²⁰⁶². En l'espèce, la disproportion entre les causes permettait de négliger le fait de la victime. Dans un cambriolage avait été commis malgré l'existence d'un système d'alarme relié à une station centrale chargée de prévenir les services de police²⁰⁶³. Malheureusement, le système n'avait pas fonctionné en raison d'une négligence de l'installateur qui avait, ce faisant, rendu possible la réalisation du dommage. La Cour d'appel condamna donc ce dernier à indemniser la victime de l'entier dommage résultant du cambriolage : elle fut, à cet égard, sanctionnée par la Cour de cassation, qui estima que la réparation devait se faire sur la base de la perte d'une chance. On peut expliquer cette solution par le fait qu'une installation en état de marche augmentait les chances que le cambriolage ne se produise pas, sans pouvoir totalement l'empêcher. De même, l'oubli de verrouiller la porte ne peut entraîner qu'une baisse partielle de l'indemnisation s'il est avéré que les cambrioleurs avaient l'intention et la possibilité de fracturer la porte ou d'entrer par une autre issue. Enfin, la jurisprudence relative au vol de voiture est classique : celui qui a laissé sa voiture non verrouillée, avec les clés de contact sur le tableau de bord, n'est toutefois pas responsable à l'égard des victimes de l'accident provoqué par celui qui s'est emparé du véhicule²⁰⁶⁴.

585. Raisonnement contrefactuel et conduite humaine. Elaborer un scénario en pensée qui implique des comportements humains est infiniment plus délicat que raisonner à partir d'événements matériels. Si l'expérience quotidienne permet à chacun d'entre nous de se représenter, approximativement, quels faits matériels auraient pu se produire dans des circonstances courantes, spéculer sur ce qu'aurait pu être le comportement d'une personne dénommée est particulièrement difficile. On l'a pourtant envisagé en histoire, estimant

²⁰⁶² Cass. 2^e civ. 7 décembre 1988 Bull. civ. II n°246, RTD civ. 1989 p. 557 obs. P. Jourdain, D. 88 IR 303. Dans une autre affaire, une personne avait détourné des munitions qui lui furent ensuite dérobées par des voleurs qui s'en servirent pour blesser des tiers. Le juge exclut le lien de causalité avec le détournement initial (Cass. 2^e civ. 24 février 2000, RCA 2000 comm. n°144). Au contraire, l'ouverture illégale d'un compte bancaire a été jugée en rapport de causalité avec les détournements commis (Cass. com. 7 avril 1998, JCP G 1998 10196 note G. Martin).

²⁰⁶³ Cass. 1^{re} civ. 6 octobre 1998, Bull. civ. I, n°276.

²⁰⁶⁴ Cass. 2^e civ. 1^{er} avril 1963, D. 1963, p. 403.

possible d'émettre des hypothèses sur ce qu'aurait pu être l'attitude d'un personnage historique, voire d'une collectivité, comme un pays ou un Etat, placés dans un contexte donné. Cette démarche requiert, outre le savoir de l'historien, d'analyser le caractère et les comportements habituels de la personne concernée, mais aussi de tenir compte de l'esprit du temps et des usages.

Cette double approche, *particulière* et *générale*, est également nécessaire en matière juridique, dès lors que l'objectif du juge est de se rapprocher au plus près du scénario le plus *vraisemblable*. Cela implique de tenir compte des caractéristiques de la personne et de sa situation, mais aussi de l'attitude générale qu'aurait adoptée n'importe quel individu normalement instruit et raisonnable. La difficulté du raisonnement explique que la causalité des comportements humains donne lieu, elle aussi, à des conclusions en termes de probabilité, et des indemnisations pour perte de chance, lorsqu'on ne peut être sûr de ce qu'aurait été le comportement de la personne considérée. A cet égard, il faut distinguer deux hypothèses : celle, d'une part, dans laquelle la victime a perdu une chance de ne pas être soumise à un risque aléatoire ; celle d'autre part, dans laquelle elle perdu la possibilité de se déterminer différemment, sans pour autant avoir été particulièrement exposée à un risque. Dans les deux cas, toutefois, l'essentiel est de pouvoir déterminer quelles étaient les chances que l'intéressé se décide autrement.

Etablir qu'une personne aurait pu adopter un comportement différent, en l'absence d'un événement donné, conduit à analyser le raisonnement et la psychologie de l'intéressé. Il faut reconstruire la délibération ayant mené à la décision d'agir. La question est d'autant plus délicate que l'on peut avoir plusieurs raisons différentes de se comporter. Les choses sont facilitées lorsque la victime a *exprimé*, sur le moment, ce qu'était son souhait ou son intention. Ainsi n'y a-t-il eu aucune hésitation sur ce qu'aurait été la décision de Mme Perruche si elle avait été dûment avertie qu'elle souffrait d'une rubéole, puisque cette dernière avait expressément émis le souhait d'avorter dans un tel cas de figure. L'analyse est infiniment plus délicate lorsque l'intéressé n'a manifesté aucune volonté sur le moment. Peut-on se fier, à cet égard, à ce qu'il en dit *a posteriori* ? La question est difficile, en particulier lorsque est en jeu une décision personnelle, tel l'avortement. Il est, en effet, impossible, dans un tel cas de se fier à ce qu'aurait pu être l'attitude « normale » d'un

individu moyen²⁰⁶⁵. Cela n'a pas empêché la Cour de cassation d'estimer, sans autre élément, que la réparation de l'entier dommage, moral et matériel, subi par les parents du fait de la naissance d'un enfant handicapé, s'imposait dès lors que la mère avait été privée de son choix de recourir à un avortement²⁰⁶⁶. Dans un arrêt récent, la Cour d'appel de Paris a exclu l'existence d'une perte de chance au motif que les parents n'auraient vraisemblablement pas demandé d'avortement thérapeutique, dont il n'était d'ailleurs pas acquis qu'il aurait été accordé par les experts compétents²⁰⁶⁷.

Il est également arrivé que le juge se prononce sur la volonté de *concevoir*. Dans une affaire tranchée par la Cour administrative d'appel de Paris²⁰⁶⁸ les demandeurs affirmaient avoir pris la décision de concevoir un enfant sur la foi d'un diagnostic erroné. En l'espèce, un couple déjà parent d'un enfant atteint d'encéphalopathie fit pratiquer des tests afin d'obtenir l'assurance que le risque de voir un nouvel enfant atteint du même handicap pouvait être écarté. A l'issue de ces tests, les médecins de l'Hôpital St Vincent de Paul donnèrent aux parents des assurances « catégoriques » sur l'absence de risque d'une maladie identique pour un nouvel enfant. Mais à la naissance de l'enfant, il s'avéra que ce dernier souffrait de la même pathologie que son frère aîné. La Cour considéra ici que la conception n'aurait pas eu lieu si les parents avaient obtenu une information fiable sur le risque qui existait en l'espèce. Il est vrai que le fait même, pour les parents, d'avoir fait procéder à ces investigations laisse penser qu'ils auraient renoncé à concevoir un autre enfant en l'absence de diagnostic médical d'absence de risque. Mais on ne peut, toutefois, être certain que ces derniers n'auraient pas choisi de courir le risque. En outre, et surtout, la décision traite la conception d'un enfant comme une choix à la discrétion des parents, sur lequel ils exercent

²⁰⁶⁵ En tout état de cause, la question ne se pose même pas lorsque les conditions d'un avortement thérapeutique n'étaient pas réunies. Cass. ass. plén. 12 juillet 2001, D. 2001, jur. p. 2325, note P. Jourdain ; JCP 2001, II, 10601 concl. J. Sainte-Rose, note F. Chabas. La Cour de cassation a également exclu la responsabilité lorsqu'il est impossible d'affirmer si la mère aurait été dans les conditions médicales exigées par la loi pour pratiquer une interruption thérapeutique de grossesse, « de sorte que la perte d'une chance n'était qu'hypothétique ». Cass. 1^{re} civ. 9 mars 2004, RCA 2004, comm. n°189 obs. Ch. Radé.

²⁰⁶⁶ Cass. ass. plén. 28 novembre 2001, JCP G 2002, IV, 1040 ; JCP G 2002, II, 10018, concl. J. Sainte-Rose, note F. Chabas. Comp. P. Jourdain : si la décision de la mère apparaît certaine, « ce sont tous les préjudices résultant du handicap qui doivent être indemnisés ; sinon, c'est seulement la perte d'une chance, pour l'enfant, de voir sa mère choisir d'interrompre sa grossesse qui sera réparée », note préc. D. 2001 p. 2327.

²⁰⁶⁷ CA Paris, 16 octobre 2003, RCA 2004, comm. n°188, obs. Ch. Radé.

²⁰⁶⁸ CAA Paris, 24 juin 2003, D. 2004, jur., 983, note A. Sériaux ; JCP 2004 II 10041, note J. Saison.

un contrôle absolu, comme c'est le cas de l'avortement. La chose n'est pourtant pas acquise : si la médecine moderne permet de contrôler la conception, cette dernière reste un phénomène naturel qui peut, parfois, échapper aux intéressés²⁰⁶⁹.

En matière d'obligation d'information médicale, les juges du fond sont souverains pour apprécier si l'information du patient sur les risques de l'opération l'aurait conduit à refuser l'intervention. On estime généralement que cette appréciation s'opère *in concreto*, en tenant compte des circonstances particulières à l'espèce et des caractéristiques du patient concerné²⁰⁷⁰. Dans un arrêt du 20 juin 2000²⁰⁷¹, la Cour de cassation a précisé les éléments à prendre en considération pour pouvoir envisager de manière crédible ce qu'aurait pu être la décision du patient. Plus précisément, elle a prescrit de « rechercher, en prenant en considération l'état de santé du patient ainsi que son évolution prévisible, sa personnalité, les raisons pour lesquelles des investigations ou des soins à risques lui sont proposés, ainsi que les caractéristiques de ces investigations, de ces soins et de ces risques, les effets qu'aurait pu avoir une telle information sur son consentement ». Lorsque cela ne suffit pas, l'appréciation *in abstracto* s'impose, ce qui signifie de se mettre à la place du bon père de famille. Une Cour d'appel a ainsi pu décider que, face à un risque de 1 pour 100 000, l'intéressé aurait probablement accepté l'intervention²⁰⁷².

La connaissance du *passé* de l'individu peut être d'un grand secours. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 20 novembre 2003²⁰⁷³, qui opposait la famille d'un fumeur décédé à

²⁰⁶⁹ Pour M. Sérioux, la quasi-certitude que la conception n'aurait pas eu lieu si les parents avaient obtenu une information fiable découle des faits de l'espèce. Mais cela ne suffit pas, pour M. Sérioux à établir la causalité entre l'information erronée et la décision. De fait, on peut souligner que l'arrêt traite la conception de l'enfant comme une décision libre et éclairée : la procréation est pourtant un fait naturel bien avant d'être une décision maîtrisable par les hommes (et les femmes). Nous contestons ici l'analyse de M. Sérioux, en ce qu'il rapproche cette affaire du cas Perruche. « Comme dans toutes les affaires de ce genre, le handicap et ses conséquences trouvent leur origine dans la conception de l'enfant, non dans les fautes médicales aussi « caractérisées » soient-elles. Sans ces fautes, la conception n'aurait sans doute (on veut bien le croire) pas eu lieu, les erreurs de diagnostic n'ont rien causé ni le handicap de l'enfant, ni par suite, les conséquences de ce handicap » En l'espèce, la réparation était demandée par les parents de l'enfant qui, sans la faute, n'auraient sans doute pas conçu ce dernier, et n'auraient pas subi le préjudice d'assumer un second enfant handicapé.

²⁰⁷⁰ Cass. 1^{re} civ. 23 mai 2000, JCP G 2000 II 10342 rapp. P. Sargos.

²⁰⁷¹ Cass. 1^{re} civ. 20 juin 2000, D. 2000 somm. 471 obs. P. Jourdain ; Defrénois 2000 art. 1121, obs. D. Mazeaud.

²⁰⁷² « L'absence d'information ne peut être considérée comme la cause d'une perte de chance et de l'atteinte à l'intégrité corporelle subie », CA Paris, 20 novembre 2003, RCA 2004 comm. 76 obs. C. Radé.

²⁰⁷³ Cass. 2^e Civ. 20 novembre 2003, D. 2003, jur. p. 2902 et p. 2907, concl. de l'av. général R. Kessous et note Grynbaum ; D. 2004, somm. comm. p. 1346 obs. D. Mazeaud.

Altadis, le juge a ainsi estimé que la victime n'aurait pas cessé de fumer, même si la Seita l'avait alertée des risques encourus. Deux éléments de fait étaient mobilisés au soutien de cette affirmation : non seulement la victime n'avait pas cessé de fumer lors du décès d'un proche lié aux effets du tabac, mais elle avait, en outre, continué à fumer malgré l'apparition d'un cancer du poumon. Ces événements étaient, effectivement, largement de nature à établir la volonté de la victime de continuer à fumer. L'analyse *in abstracto* vient utilement compléter l'examen de la personnalité de l'agent. Sur le principe, il est, certes, contestable que l'on puisse identifier des « lois du comportement » permettant de déterminer ce qu'aurait fait un être humain « normal » placé dans une certaine situation. Il est toutefois cohérent de supposer que l'intéressé aurait probablement agi comme l'aurait fait une personne douée de bon sens et soucieuse de préserver ses intérêts. Nous allons voir, au travers de quelques exemples, comment s'entremêlent les différents types d'arguments.

586. Exemples jurisprudentiels. Le contentieux relatif au tabac illustre bien la difficulté du caractère causal de l'omission d'une information. L'arrêt Gourlain²⁰⁷⁴, que nous avons déjà évoqué, opposait un fumeur, ses proches et ses ayant - droits à la Seita (aujourd'hui Altadis) pour le préjudice constitué par les trois cancers successifs de la victime, puis par son décès du fait d'un de ces cancers. En l'espèce, la victime avait commencé à fumer très jeune (13 ans) à l'époque où les risques (connus) du tabac ne faisaient pas l'objet d'une information auprès du grand public. Puis elle avait continué à fumer, malgré le décès d'un proche et l'apparition d'un cancer du poumon. L'enjeu du débat était de prouver ici la causalité entre le défaut d'information sur les dangers du tabac à compter de la loi Veil de 1976, qui l'imposait, et la maladie, puis le décès, de la victime. Il convenait d'établir qu'une information correcte aurait incité la victime à arrêter de fumer et lui aurait sans doute épargné la maladie. La Cour de cassation a eu, sur ce point, une réponse très claire en estimant qu'une information correcte n'aurait pas modifié l'attitude du fumeur. Ce qui revenait à se prononcer clairement sur les causes de la décision de la victime de continuer à fumer. Deux arguments figurent, dans l'arrêt, au soutien de la position de la Cour. Celui, d'une part, qui renvoie la victime à sa *liberté de choix*, en

²⁰⁷⁴ Cass. 2^e civ. 20 novembre 2003, D. 2003, jur. p. 2902 et p. 2907, concl. de l'av. général R. Kessous et note Grynbaum ; D. 2004, somm. comm. p. 1346 obs. D. Mazeaud. V. égal. TGI Montargis, 8 déc. 1999, D. 2000 IR 15 ; CA Orléans 10 septembre 2001, JCP 2002 II 10133 note B. Daille-Duclos ; I. Desbarats, « Le droit à réparation des victimes du tabagisme », D. 1998, chron. 167 ; A Bugada, « Nul n'est censé ignorer les méfaits du tabac », D. 2004, p. 653.

soulignant que le fumeur « était seul à pouvoir prendre les décisions qui s'imposaient » et qu'il avait continué à fumer malgré le décès d'un proche et la maladie. Celui, d'autre part, qui minimise le caractère déterminant de l'absence d'information au motif que les risques du tabac étaient de notoriété publique. Ces justifications n'allaient pas de soi. La liberté réelle du « choix » de la victime était discutable dès lors que cette dernière était en situation de dépendance depuis un très jeune âge. Quant à la décision initiale de commencer à fumer, elle avait été prise par un enfant tout juste adolescent²⁰⁷⁵. Il est dommage que le refus de la Cour de retenir toute faute antérieurement à 1976 n'ait pas permis d'examiner la causalité lorsque la victime a commencé à fumer : il aurait été plus aisé, en effet, de s'interroger sur les conséquences d'une information correcte dans cette hypothèse. Dans ce dernier cas, il aurait sans doute été possible d'indemniser la victime pour la perte d'une chance de ne pas commencer à fumer²⁰⁷⁶. Une voie intermédiaire aurait pu consister en l'indemnisation de la perte d'une chance d'arrêter de fumer à partir de 1976.

Le contentieux relatif au suicide est très délicat. Il est pourtant récurrent et paraît se prêter à l'explication causale. Que le geste semble étranger à la nature humaine n'a pas empêché Durkheim de l'analyser comme un fait social et d'en déterminer les divers facteurs, illustrant ce faisant les principes fondamentaux de la méthode sociologique. Il est vrai qu'envisagé comme une réalité statistique, le suicide en devient, peut-être, un simple « phénomène », détaché du désespoir qui l'a motivé. L'approche du droit n'est toutefois pas celle de la sociologie : c'est sur une histoire individuelle que le juge doit se prononcer, en analysant les circonstances particulières à l'espèce et les particularités de la victime. Comment déterminer les causes d'un suicide ? L'identification d'une condition *sine qua non* paraît simple si l'on se concentre sur l'événement, parfois anecdotique, qui fut l'occasion du passage à l'acte. Mais comment être sûr qu'en l'absence de ce fait, la victime n'aurait pas saisi une autre occasion pour commettre l'irréparable ? Le seul critère pertinent réside, semble-t-il, dans le caractère prévisible du suicide. Un médecin psychiatre a, ainsi

²⁰⁷⁵ Il est à noter ici que la Cour semble s'être strictement cantonnée à l'appréciation de la causalité, sans entrer dans la difficulté de la qualification du caractère fautif ou non des actes de la victime. De fait, nier le lien de causalité, comme le fait la Cour ici, ne revient pas exactement au même que retenir la faute exonératrice de la victime après avoir admis la responsabilité. Comme l'écrit en effet, M. Mazeaud « il est de jurisprudence constante que la faute de la victime provoque un partage de responsabilité sauf si le défendeur à l'action en responsabilité peut démontrer que cette faute était imprévisible, inévitable, et irrésistible, autrement dit qu'elle présente les caractères de la force majeure. » L'auteur estime que la décision de la Cour revient à assimiler la faute simple de la victime à la faute imprévisible et irrésistible.

²⁰⁷⁶ V. P. Jourdain, RTD civ. 2004, p. 104.

été récemment condamné du fait du suicide d'un patient dépressif qui manifestait des tendances suicidaires²⁰⁷⁷. La responsabilité du praticien est néanmoins exclue lorsque de telles tendances n'étaient pas détectables²⁰⁷⁸.

Dans le même ordre d'idées, on peut invoquer le caractère *proportionné* ou non du geste de la victime. L'argument peut surprendre : en soi, le suicide est, toujours, un acte disproportionné. Mais il y a des degrés dans la disproportion : la jurisprudence le montre qui exclut la causalité lorsque le geste est sans commune mesure avec la circonstance qui l'a occasionné, et la retient lorsque le passage à l'acte est tel -que sans constituer pour autant un acte « normal »- il peut se comprendre du point de vue d'un « bon père de famille ». Dans cette dernière catégorie, a ainsi été retenu le suicide d'un homme, trois semaines après le décès de sa femme dans un accident de voiture²⁰⁷⁹. En revanche, a été exclue la responsabilité d'une banque qui avait fautivement prononcé une interdiction bancaire, son client étant venu se suicider devant son agence bancaire, la lettre d'interdiction à la main²⁰⁸⁰. La causalité a également été exclue dans le cas d'une adolescente qui s'était jetée par la fenêtre à la suite d'un différend avec un commerçant, qui, à la suite d'un petit larcin qu'elle avait commis, l'avait obligée à rentrer chez elle sans chaussures²⁰⁸¹. Par ailleurs, le suicide intervenu au temps et au lieu du travail bénéficie de la présomption d'imputabilité, sauf preuve contraire²⁰⁸².

On sera étonné de trouver la dépression dans un passage relatif à la décision et au libre-arbitre. Personne ne « décide », en effet, d'être déprimé. Pourtant, la dépression est à mi-

²⁰⁷⁷ Cass. 1^{re} civ. 21 juin 2005, RCA 2005, comm. 255 ; Revue Lamy droit civil 2005, n°825.

²⁰⁷⁸ Cass. 1^{re} civ. 5 mars 2005 RCA 2005 comm. 158.

²⁰⁷⁹ En l'occurrence le juge admet de rattacher le suicide à l'accident et condamne l'automobiliste également pour le décès du mari. « le fait que l'accident n'ait été que la cause indirecte et partielle du suicide ne suffisant pas à établir l'inexistence d'un préjudice direct ». Cass. crim. 24 nov. 1965 D. 1966, jur. p. 104. V. dans une circonstance similaire : CA Caen 2 novembre 1976 Gaz. Pal. 1977, 1, 326 ; RTD civ. 1977, p. 326 obs. Durry (mêmes circonstances, lien accepté). *Contra* : suicide provoqué par un accident qui donne lieu au rejet de la causalité : Cass. 2^e civ. 13 nov. 1991, RCA 1992 comm n°17 (suicide 50 j après l'accident).

²⁰⁸⁰ Cass. com. 4 décembre 2001 Bull. civ. IV n°194, D. 2002 A. J. 719.

²⁰⁸¹ Cass. 2^e civ. 20 juin 1985 Bull. civ. II n°125.

²⁰⁸² Comp. CA Lyon, 11 mars 2003, D. 2003, I. R., p. 1005. Dans cet arrêt, la Cour d'appel de Lyon a souligné, pour admettre la causalité, qu'« au moment des faits l'état psychologique de l'intéressé était particulièrement altéré, (que) ce geste de désespoir a été le résultat d'une impulsion brutale de celui-ci face à la situation catastrophique de l'entreprise pour laquelle il n'y avait pas d'issue. Il a tenté de se donner la mort dans un état d'aberration exclusif de tout élément intentionnel ». Afin d'établir la rupture du lien causal, la CPAM tentait, en effet, de démontrer que la tentative de suicide était un acte volontaire et réfléchi, dicté par une motivation personnelle.

chemin entre l'affection explicable par la biologie et le comportement impliquant des ressorts psychologiques complexes. Pour cette dernière raison, elle n'est guère éloignée du suicide. Le contentieux montre que certains faits peuvent être retenus comme causes déclenchantes d'un épisode dépressif. Tel est le cas, par exemple, de l'accident automobile. On trouve également la dépression dans la jurisprudence relative aux accidents du travail²⁰⁸³. Le juge admet un lien lorsque un événement précis est identifiable, permettant d'expliquer la survenance d'un épisode dépressif. Dans un arrêt du 1^{er} juillet 2003²⁰⁸⁴, un salarié avait déclenché une dépression deux jours après un entretien avec son supérieur qui lui avait annoncé sa rétrogradation en lui expliquant qu'il ne donnait pas satisfaction. La caisse primaire d'assurance maladie avait refusé la prise en charge malgré l'avis de l'expert médical technique qui avait admis un lien de cause à effet entre l'entretien et la dépression. La Cour d'appel, suivant l'expertise, a accepté de reconnaître ce lien. L'événement invoqué s'était en effet produit au temps et au lieu du travail (annonce de la rétrogradation) bien que la dépression ait été constatée par le médecin traitant en dehors du travail. Le jeu de la présomption d'imputabilité lorsqu'un tel événement est identifiable rend très difficile la tâche du défendeur. Pourtant, comme le suicide, la dépression peut avoir de multiples causes, provenir d'une fragilité antérieure, des conditions de vie personnelle du salarié, ce qui permet souvent de penser que la victime aurait, dans tous les cas, déclenché une dépression, même en l'absence de rétrogradation.

587. Conclusion du paragraphe. L'appréciation de la causalité d'actes humains laisse une large part à l'appréciation du juge. Paradoxalement, ce dernier paraît mieux outillé pour en juger que lorsque il est confronté à des faits matériels ou naturels. En effet, la pratique judiciaire, et notamment l'appréciation de la faute, conduisent en permanence le juge à se prononcer sur des actes humains, sur leur motif, voire sur leur normalité eu égard à ce qu'aurait fait le bon père de famille. Par ailleurs, comme les autres jugements de causalité, la causalité humaine va donner lieu, le plus souvent, à l'indemnisation pour la *perte d'une chance* : on ne peut jamais être certain que la victime aurait adopté un autre

²⁰⁸³ La question de la dépression a fait l'objet d'études épidémiologiques, en tout cas pour ce qui concerne les liens entre cette pathologie et les conditions de travail. En 2000, l'agence européenne pour la sécurité et la santé au travail produisait un rapport sur le stress au travail en indiquant que « le stress professionnel est un risque pour la santé et la sécurité qui devrait être géré de la même manière logique et systématique que d'autres problèmes de santé et sécurité ».

²⁰⁸⁴ Cass. 2^e Civ. 1^{er} juillet 2003, D. 2003 IR p. 2204 ; D. 2004, jur. p. 906, note Michel Huyette. La Cour en a profité pour souligner qu'il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement le lien causal.

comportement en l'absence du fait du défendeur. Là encore, c'est par une probabilité subjective, mesurant le degré de croyance des juges, que l'on conclura que Mme X. avait 70% de chances de refuser une intervention chirurgicale ou que M. Y avait 80% de chances de ne pas se suicider.

588. Conclusion de la section. Si nous vivions dans un univers entièrement déterministe, les relations causales seraient toujours certaines. Mais il n'en est rien. Qu'il s'agisse d'établir un lien causal entre des événements physiques ou humains, le juge n'aboutit que rarement à une certitude absolue. Le recours aux probabilités s'avère inéluctable. Certes, lorsque le juge dispose de plusieurs éléments de nature à rendre vraisemblable le rapport causal, il peut estimer la causalité acquise. Mais, dans bien des hypothèses, la « moins mauvaise solution » sera de tenir compte du caractère seulement probable de la causalité pour le répercuter dans le jugement de responsabilité. Transposer cette probabilité à la réparation allouée à la victime n'est en rien une injustice. Cette solution constitue un compromis permettant d'éviter le tout ou rien qui serait, très certainement, une injustice beaucoup plus conséquente, pour l'une ou l'autre des parties.²⁰⁸⁵ En droit positif, le caractère seulement probable de la causalité humaine est bien admis et donne fréquemment lieu à des condamnations pour la perte d'une chance. Il est à espérer que cette logique du probable soit également prise en compte lorsque le juge envisage la cause de faits matériels. Cela étant dit, le caractère seulement probable du jugement de causalité peut être pallié par la présence d'arguments de politique juridique.

²⁰⁸⁵« 20% de doute, disait un juge, 20% de réduction de peine... » Jean-Denis Bredin, « Le doute et l'intime conviction » in *La preuve, Droits*, n°23, PUF 1996 p. 28.

Section 2. Imputation causale et politique juridique

589. Etudier les arguments de politique juridique pouvant entrer en compte dans le jugement de causalité choquera tous ceux qui voient, dans le raisonnement judiciaire, une opération quasi-mécanique de subsumption par laquelle est attribuée à une situation la qualification -donc la règle- qui lui correspond. Dans une telle optique, est une « bonne qualification » celle qui correspond à la situation de fait considérée. Mais la qualification est plus que l'établissement d'une correspondance entre les faits prouvés et la notion juridique utilisée. Enclenchant la mise en oeuvre de la règle de droit, elle n'est vraiment justifiée que si la solution concrète à laquelle elle aboutit est appropriée. Or une solution est appropriée si elle reflète les principaux objectifs de politique juridique assignés à la règle, tels qu'ils peuvent faire l'objet d'un consensus au sein d'une société donnée²⁰⁸⁶. Concrètement parlant, ces considérations doivent permettre au juge de compléter l'établissement de la causalité matérielle et d'en pallier l'incertitude ou les limites. Dépendant étroitement du contexte de l'enquête causale²⁰⁸⁷, elles illustrent le fait que l'aptitude d'un événement à être désigné comme cause varie selon le point de vue et le but de l'observateur.

Nous retiendrons deux types principaux d'arguments de politique juridique, qui sont en lien avec les principales fonctions traditionnellement assignées à la responsabilité civile. D'une part, la qualification causale doit tenir compte de considérations d'équité (§1). D'autre part, elle peut envisager des considérations d'utilité (§2).

²⁰⁸⁶ « L'effort des juristes, à tous les niveaux et dans toute l'histoire du droit, a cherché à concilier les techniques du raisonnement juridique avec la justice, ou, du moins, l'acceptabilité sociale de la décision. Cette préoccupation suffit pour souligner l'insuffisance, en droit, d'un raisonnement purement formel qui se contenterait de contrôler la correction des inférences, sans porter de jugement sur la valeur de la conclusion. », Charles Perelman, *Logique Juridique, Nouvelle Rhétorique*, coll. Méthodes du droit, 1979, rééd. Dalloz 1999 n°8 p. 9. Comp. N. MacCormick, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, PUF, coll. Les voies du droit, 1^{re} éd. 1996, chap. VI : les arguments conséquentialistes, p. 153 et s.

²⁰⁸⁷ Comp. Jane Stapleton qui soutient que la question de savoir ce qui, parmi les conditions *sine qua non* du dommage, a « fait la différence » ne peut obtenir une seule réponse correcte : tout dépend de la perspective choisie. L'économiste n'aura pas le même raisonnement que celui qui privilégie le caractère rétributif de la responsabilité. V. J. Stapleton, « *Perspectives on Causation* », préc. spéc. pp. 62-63.

§1. Les arguments d'équité

590. « L'équité, vertu du juge »²⁰⁸⁸. L'équité est au cœur de la réalisation du droit, elle est, comme le disait Portalis, le « seul vrai supplément de la législation ». On relève souvent qu'elle a pour fonction de tempérer la rigueur de la loi, ou plutôt la rigueur de la *généralité* de la loi. « la fonction sociale de la *jurisdictio* invite à faire en sorte qu'une application trop rigide de la règle de droit ne conduise à d'insupportables, parce qu'inhumaines conséquences »²⁰⁸⁹. Plus substantiellement, l'équité recherche l'équilibre, elle donne à chacun ce qu'il mérite. Dans la responsabilité civile, les arguments d'équité viseront à restituer à chacune des parties ce qu'il semble juste de leur attribuer : le coupable devra être équitablement puni, la victime équitablement indemnisée. Ces deux aspects correspondent à deux fonctions²⁰⁹⁰ traditionnelles de la responsabilité : fonction rétributive ou normative, d'un côté (A), fonction indemnitaire, de l'autre (B).

A. Causalité et fonction normative de la responsabilité

591. La fonction normative de la responsabilité, issue de sa proximité avec la responsabilité pénale est la plus ancienne²⁰⁹¹. A l'époque contemporaine, cette fonction a connu un déclin lié au succès des procédés de socialisation du risque et de l'« idéologie de la réparation ». « Au droit de la responsabilité pénale, la première fin, rétributrice ; au droit de la responsabilité civile, la seconde, réparatrice »²⁰⁹². Cependant, la défense s'est organisée. Non seulement l'importance de la condition de faute dans la responsabilité est régulièrement rappelée²⁰⁹³, mais certains auteurs plaident pour l'introduction en droit

²⁰⁸⁸ A. Sériaux, *Le droit, une introduction*, op. cit. n°201.

²⁰⁸⁹ Jacques Maury, « Force majeure : éloge de la sobriété », art. préc. n°3.

²⁰⁹⁰ Sur les fonctions de la responsabilité, v. G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, op. cit. n°35 à 42.

²⁰⁹¹ « La règle de droit à finalité normative est celle qui prohibe un comportement en infligeant une peine à l'individu conscient qui l'a adopté », C. Grare, thèse préc. n°107 p. 87.

²⁰⁹² L. Cadiet, « Sur les faits et méfaits... » art. préc. p. 507.

²⁰⁹³ « Le divorce de la faute et de la responsabilité civile est impossible. Il est bon qu'il en soit ainsi, car ce serait entrer dans les voies d'une pénalisation excessive de la société que de confier à la seule

français de mécanismes destinés à renforcer la fonction punitive, tels les dommages-intérêts punitifs²⁰⁹⁴ ou l'idée récemment développée d'une action en « réparation-expiation »²⁰⁹⁵.

Le thème d'une restauration de la fonction normative de la responsabilité civile existe également en *Common Law*, en réponse aux excès de l'utilitarisme. Aux Etats-Unis, le professeur Richard Epstein, pourtant issu du courant *Law and Economics*, promeut depuis une trentaine d'années une conception rétributive de la responsabilité en insistant sur son lien avec la justice commutative²⁰⁹⁶. En Angleterre, Tony (A. M.) Honoré²⁰⁹⁷ souligne le caractère moral de la responsabilité civile. Le fait que les deux auteurs s'intéressent surtout à la responsabilité objective (*strict liability*) ne doit pas faire oublier qu'ils s'opposent, ce faisant, à la réduction de la responsabilité civile à un simple outil et privilégient l'idée de justice corrective.

Le caractère normatif de la responsabilité a-t-il une incidence sur la qualification causale ? Concrètement parlant, l'illicéité de l'acte commis peut peser sur le jugement de causalité, notamment dans les cas tangents. Tout comme la causalité, nous l'avons vu, influe régulièrement sur la qualification de la faute, la faute influence la qualification de la causalité. En droit positif, le phénomène existe, qu'il s'agisse de retenir une causalité peu évidente, ou de trancher la délicate question de la pluralité des causes.

592. Incidence de la faute du défendeur sur la qualification de la causalité. Faute et causalité entretiennent des liens étroits. Les deux notions impliquent, l'une comme l'autre, l'idée d'anormalité²⁰⁹⁸. Dans la théorie de Hart et Honoré, est causal l'événement qui « fait la différence », qui introduit un changement dans le cours normal des choses²⁰⁹⁹. Or est fautif l'acte qui s'écarte du comportement auquel on s'attendrait de la part d'un bon

responsabilité pénale le soin « d'assurer la répression des comportements dommageable », L. Cadiet, « Sur les faits et méfaits... », art. préc. p. 508. V. égal. C. Radé, « L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile », D. 1998, 301 ; Ph. le Tourneau, « La verdeur de la faute dans la responsabilité civile, ou de la relativité de son déclin », RTD civ. 1988, p. 505.

²⁰⁹⁴ Suzanne Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf. G. Viney, LGDJ, 1995.

²⁰⁹⁵ C. Grare, thèse préc. spéc. n°455.

²⁰⁹⁶ Richard Epstein, « A Theory of Strict Liability » 2, *Journal of Legal Studies*, 151. (1973); « Causation and Corrective Justice : A Reply to Two Critics » 8 *Journal of Legal Studies* 472 (1979).

²⁰⁹⁷ Tony Honoré, « Responsibility and Luck : The Moral Basis of Strict Liability » 104 *Law Quarterly Review* 530 (1988).

²⁰⁹⁸ Ces deux aspects sont également mis en valeur par J. Stapleton, « *Perspectives on Causation* », art. préc. pp. 66-68.

²⁰⁹⁹ V. supra n°255.

père de famille. Alors que la normalité, au sens de « ce qui est le plus fréquent », renvoie surtout à la causalité, l'aspect normatif de la normalité, au sens de ce qui est approprié, renvoie à la faute. Conceptuellement distincts, ces deux aspects ont partie liée : le comportement le plus fréquent est vécu comme constituant la norme, et inversement. C'est donc, principalement, en tant qu'elle constitue un fait présentant, en lui-même, un certain potentiel causal que la faute est prise en considération²¹⁰⁰. Mais la réprobation morale peut également entrer en ligne de compte.

La nature de la faute commise par le défendeur, sa gravité, son caractère intentionnel, constituent des arguments évidents lorsqu'il faut pallier l'incertitude du lien causal. C'est ainsi que peuvent se comprendre les dispositions de la loi Fauchon du 10 juillet 2001 acceptant l'éventualité d'un lien causal distendu lorsque le défendeur a commis une faute caractérisée ou violé une obligation de sécurité. En l'occurrence, c'est la nature du risque créé par la faute –celui d'un dommage corporel- et la probabilité de dommage qu'elle faisait naître qui constitue un argument de poids. Dans cette hypothèse, la causalité découle du critère de la probabilité *ex ante* de dommage généré par le fait du défendeur : on retient comme cause la faute de nature à augmenter les chances de dommage, même si l'on n'est pas sûr qu'elle en constitue, effectivement, une condition *sine qua non*. Tel est l'exemple du médecin qui a tardé à émettre un diagnostic adéquat ou à prendre les mesures imposées par l'état du patient alors que ce dernier était, selon toute vraisemblance, condamné. Même si le décès semblait inéluctable, l'indemnisation de la perte de chance permettra de tenir compte du potentiel causal de la faute du médecin²¹⁰¹. Le caractère *intentionnel* de la création d'un risque joue également un rôle dans la qualification de la cause. Par exemple, dans un arrêt du 18 septembre 2003²¹⁰², la deuxième Chambre civile a estimé que le fait, pour le conducteur d'un motocyclette, de circuler en transportant, en connaissance de cause, un passager dépourvu du casque protecteur imposé par le Code de la route (art. R. 431-1), constituait une faute²¹⁰³ comptant parmi les causes du dommage de ce dernier. C'est ainsi

²¹⁰⁰ V. supra n°357

²¹⁰¹ Cette solution est considérée comme constituant une exception au principe de l'équivalence des conditions. Viney et Jourdain, préc., n°353.

²¹⁰² Cass. 2^e civ. 18 septembre 2003 D. 2003 IR p. 2413.

²¹⁰³ La Cour d'Appel de Nîmes avait estimé ici que la faute avait été commise par le passager concerné, et non par le conducteur « dans la mesure où aucun texte n'édicte à l'encontre du conducteur l'obligation de s'assurer du port du casque par son passager. » Elle fut censurée au motif qu'une faute civile peut être constituée en l'absence de texte prohibant spécifiquement le comportement en cause.

qu'il a pu faire l'objet de l'action récursoire effectuée par le conducteur d'un autre véhicule impliqué. On relèvera que les infractions au Code de la route, et en particulier la conduite en état d'ébriété, font l'objet de condamnations sévères et systématiques de la part des juges. L'état alcoolique permet de retenir une relation causale alors même que les circonstances de l'accident sont indéterminées²¹⁰⁴, et même de qualifier le fait du défendeur de cause exclusive, nonobstant la négligence d'un tiers à l'origine du dommage²¹⁰⁵.

593. Une même tendance peut être observée en droit anglais. Les juges sont généralement plus sévères à l'égard d'un défendeur qui a violé les règles légales lorsqu'il essaie de prouver que l'accident serait tout de même survenu en l'absence de sa faute²¹⁰⁶. Dans le même esprit, le droit anglais a connu des développements jurisprudentiels favorables à l'assouplissement du *but for test* dans les cas d'aggravation d'un risque. Dans l'arrêt précité, *Mc Ghee v. National Coal Board* (1972)²¹⁰⁷, le fait du défendeur n'avait fait que renforcer le risque, qui existait déjà, de développer une dermatite cutanée. Une telle jurisprudence incite les créateurs de risques à être vigilants²¹⁰⁸. Dans le même esprit, la Chambre des Lords a condamné deux automobilistes qui avaient successivement heurté la victime, sans que l'on sache lequel avait provoqué la tétraplégie de cette dernière, au motif que chacun avait créé un risque de dommage²¹⁰⁹.

594. L'équité, et la juste rétribution du fait du défendeur, peuvent entrer en considération dans la détermination des *limites* de l'enchaînement causal. Certes, les règles et les modalités de la responsabilité civile limitent d'elles-mêmes le nombre de conditions pertinentes pouvant donner lieu à un jugement de responsabilité. Il arrive, toutefois, que la question se pose de tracer une limite dans les conséquences du fait du défendeur. Le critère de la condition *sine qua non* permet, en effet, de retenir comme cause n'importe quel fait nécessaire, même si ce dernier se révèle très éloigné du dommage, dans le temps comme

²¹⁰⁴ Cass. 2^e civ. 4 juillet 2002, RTD civ. 2002, p. 829 obs. P. Jourdain.

²¹⁰⁵ Cass. 2^e civ. 21 avril 2005, Lamy Droit civil 2005 n°737. Comp. Cass. 2^e civ. 13 mai 2004, Bull. civ. II n°224, RTD civ. 2004, p. 515 obs. P. Jourdain.

²¹⁰⁶ Une jurisprudence ancienne, aujourd'hui abandonnée, acceptait de transférer la charge de la preuve sur les épaules du défendeur lorsque ce dernier était un employeur ayant violé une obligation de sécurité (*safety provision*). *Vyner v. Waldenberg Bros. Ltd.* (1946) 1 K.B. 50

²¹⁰⁷ *Mc Ghee v. National Coal Board* (1972) 3 All. E. R. 1008 (H.L.).

²¹⁰⁸ J. G. Fleming, « *Probabilistic Causation in Tort Law* », art. préc. p. 669-672.

²¹⁰⁹ *Fitzgerald v. Lane* (1987) Q.B. 781, (1987) 2 All. E. R. 455 (C.A.).

dans l'espace. Nous connaissons les différents critères habituellement évoqués : caractère direct, prévisibilité. Si le juge peut choisir d'y recourir, c'est, selon nous, bien souvent en considérant le fait commis et sa gravité. A cet égard, l'élément tiré de la probabilité de dommage généré par le fait illicite constitue un excellent critère. De même, le critère, avancé par Hart et Honoré, et défendu en France par M. Dejean de la Bâtie²¹¹⁰, de l'événement *anormal* de nature à rompre l'enchaînement causal se rapproche à bien des égards de la faute. Le lien causal est ainsi rompu par la faute intentionnelle du voleur qui s'empare d'une voiture, alors même que le propriétaire a laissé cette dernière stationnée avec les clefs de contact sur le tableau de bord²¹¹¹.

En cas de pluralité des causes, c'est, en principe, le critère de la faute qui permet d'évaluer la contribution de chacun dans la réparation du dommage. Cette considération intervient au niveau des recours en contribution entre coauteurs. Mais, bien avant le stade de la contribution à la dette de responsabilité, la *gravité des fautes* de chacun peut contribuer à négliger un facteur causal et à en privilégier un autre. Dans le cas de celui qui, oubliant de verrouiller sa porte d'entrée, se fait cambrioler, il est vraisemblable que le juge négligera l'oubli de la victime au profit de la faute la plus grave : le cambriolage. D'ailleurs, les idées de « cause exclusive » ou de « faute grave » sont, d'ailleurs, liées, comme l'illustre la jurisprudence relative au conducteur victime. Longtemps, les tribunaux ont exigé que la faute du conducteur victime soit la cause exclusive de l'accident pour exclure toute indemnisation, position abandonnée par un arrêt de Chambre mixte du 28 mars 1997²¹¹². Le critère est, désormais, celui de la gravité de la faute mais il ressemble fort, en pratique, à l'ancien. Par exemple, un arrêt du 11 juillet 2002²¹¹³ relève que la victime « circulait à très vive allure » en zone urbaine « à forte concentration, à proximité de la jonction de deux autoroutes qu'il connaissait bien » sur « le couloir central d'une autoroute déjà encombrée d'au minimum quatre poids lourds devant lui » pour en déduire que « cette vitesse excessive est l'origine de la perte totale de maîtrise de ce poids lourd et du décès de son conducteur » et donc « que ce dernier a ainsi commis une faute d'une extrême gravité ». Les motifs de la décision illustrent le lien étroit entre gravité de la faute et causalité.

²¹¹⁰ N. Dejean de la Bâtie, Aubry et Rau tome VI-2, *op. cit.* n°393.

²¹¹¹ Cass. 2^e civ. 1^{er} avril 1963, D. 1963, p. 403.

²¹¹² Cass. Ch. Mixte, 28 mars 1997, D. 1997 jur. p. 294 note H. Groutel ; D. 1997 somm. p. 291 obs. D. Mazeaud.

²¹¹³ Cass. 2^e civ. 11 juillet 2002, D. 2003, jur. p. 859, note H. Groutel (1^{ère} esp.).

595. Conclusion du A. Prendre en compte la fonction rétributive de la responsabilité dans la qualification causale consiste à compléter par le critère de la faute les difficultés propres au jugement de causalité. En particulier, la violation d'une obligation légale et la création d'un danger seront des arguments de poids en faveur de la causalité. La gravité de la faute du défendeur aidera ainsi à retenir une causalité incertaine, de même que la gravité de la faute de la victime contribuera à l'écartier. La théorie de la causalité morale défendue par Esmein²¹¹⁴ ne préconisait rien d'autre. Toutefois, dans le contexte d'une responsabilité largement objective, ces considérations ne peuvent suffire.

B. Causalité et fonction indemnitaire de la responsabilité civile

596. « Dans l'optique actuelle, c'est l'indemnisation des dommages qui est considérée comme l'objectif essentiel de la responsabilité civile »²¹¹⁵. La fonction indemnitaire fait l'objet d'une grande insistance : pas une note d'arrêt, pas un commentaire, pas un ouvrage qui ne se penche sur les questions posées par la responsabilité civile sans mentionner cet impératif. Cet objectif, louable en soi constitue donc un argument déterminant en faveur de la qualification causale. Son importance est logiquement plus importante en matière de dommage corporel. On le trouve, par exemple, dans la jurisprudence relative à la violation d'une obligation d'information, ou en matière de préjudices en cascade.

597. Le jeu de l'obligation d'information. Il peut s'avérer difficile d'établir qu'une information correctement donnée aurait permis à la victime d'échapper au dommage. Pourtant, lorsque aucun autre terrain juridique n'est envisageable, agir sur le fondement de l'obligation d'information est le moyen, pour l'intéressé, d'obtenir une indemnisation. A cet égard, l'objectif de réparation, notamment lorsque le dommage est corporel, conduira le juge à accueillir la demande en adoptant une appréciation souple du lien de causalité. C'est ainsi que l'obligation d'information a été largement utilisée, avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, pour permettre aux victimes *d'aléas thérapeutiques*

²¹¹⁴ V. P. Esmein, « Le nez de Cléopâtre... », art. préc.

²¹¹⁵ G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, op. cit. n°36.

d'obtenir réparation de leur dommage corporel²¹¹⁶. Cette stratégie a été facilitée par le transfert au praticien, par un arrêt de 1997²¹¹⁷, de la charge de la preuve de l'exécution de l'obligation, couvrant même les risques exceptionnels²¹¹⁸. Que la sanction du défaut d'information ne soit qu'un prétexte pour permettre la réparation du dommage corporel est particulièrement net si l'on observe que toute indemnisation est exclue lorsque l'état physique de la victime n'aurait pas été meilleur en cas de respect de l'obligation²¹¹⁹. On pourrait, en effet, penser que le non respect d'une obligation d'information engendre un préjudice moral qui justifie, dans tous les cas, une indemnisation... L'obligation d'information a parfois été invoquée par les victimes de *produits* ayant provoqué un dommage faute d'indications explicites sur leur utilisation. Dans l'affaire dite des « granions d'argent »²¹²⁰ fut ainsi condamné un laboratoire pharmaceutique qui ne mettait pas suffisamment les utilisateurs en garde, dans la notice du produit, contre le risque d'explosion des ampoules en cas de dépassement de la durée d'ébullition prévue. La condamnation supposait que la victime, mieux informée, aurait mieux utilisé le produit.

598. L'exemple des dommages consécutifs à un accident de la circulation. Le critère de la condition *sine qua non* ne contient pas, en lui-même, d'élément permettant de tracer une limite à l'enchaînement des causes et des effets. Ce sont d'autres considérations qui permettent, le plus souvent, de se prononcer sur ce délicat problème. L'impératif indemnitaire en fait partie, qui permet au juge de voir des relations causales là où le sens commun les refuserait probablement. Tel est le cas lorsque un accident de la circulation conduit à des dommages ultérieurement provoqués par des faits rendus possibles par l'accident. Par exemple, une victime, transportée à l'hôpital en raison d'une blessure bénigne résultant de l'accident, y est victime d'une erreur médicale, d'un aléa thérapeutique

²¹¹⁶ Les conséquences de l'aléa thérapeutique ne relèvent pas de la responsabilité du médecin. Cass.1^{re} civ. 8 novembre 2001, D. 2001 somm. comm. 2236 obs. D. Mazeaud, JCP G, 2001, II, 10493 obs. F. Chabas, RTD civ. 2001 p. 154 obs. P. Jourdain.

²¹¹⁷ Cass. 1^{re} civ. 25 février 1997, JCP 1997 I 4025 obs. G. Viney, RTD civ. 1997 p. 434 obs. P. Jourdain.

²¹¹⁸ Cass. 1^{re} civ. 7 octobre 1998, D. 1999 p. 145 note S. Porchy et somm. comm. p. 259 obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 1998 p. 111 obs. P. Jourdain.

²¹¹⁹ Ce qui signifie que l'intervention était nécessaire. V. par ex., Cass. 1^{re} civ. 4 février 2003, Bull. civ. I, n°40.

²¹²⁰ Cass. 1^{re} civ. 5 janvier 1999 D. 2000 somm. p. 285 obs. G. Pignarre JCP G 2000 I 253 obs. C. Byk.

ou d'une transfusion sanguine engendrant un dommage grave, voire un décès²¹²¹. Dans ce cas, le juge accepte habituellement de rattacher le dommage final à l'accident. L'application pure et simple du critère de la condition *sine qua non* se justifie ici par les difficultés d'établir la responsabilité médicale et l'impossibilité d'obtenir réparation de l'aléa thérapeutique, jusqu'à la loi du 4 mars 2002. Faute de pouvoir indemniser autrement la victime, le juge opère un transfert de la charge du risque médical sur la mutualité des automobilistes²¹²². Cette jurisprudence est acceptable si l'on tient compte du fait que l'assureur automobile peut toujours recourir contre le médecin ou l'hôpital responsable. En revanche, il est beaucoup plus difficile de justifier l'admission par le juge du recours d'un centre de transfusion sanguine ayant fourni un lot de sang contaminé contre l'automobiliste responsable de l'accident²¹²³, qui aboutit à faire peser sur la mutualité des automobilistes le risque relatif aux transfusions sanguines, qui doit relever de la collectivité publique.

599. Impératif d'indemnisation et *deep pocket*. Il est vrai que, dans une optique de répartition de la charge des risques au sein de la collectivité, et en lien avec une certaine conception de la justice sociale²¹²⁴, on peut estimer que les dommages doivent être pris en charge par ceux qui sont les mieux à même de les assumer, soit parce qu'ils sont assurés, soit parce qu'ils disposent d'une certaine surface financière. Sous-jacente à cet argument se profile l'idée d'une redistribution des richesses. Cette optique suppose une admission large de la causalité lorsque le défendeur appartient à une catégorie naturellement apte à

²¹²¹ V. par ex. Cass. 2^e civ. 27 janvier 2000, JCP G 2000, II, 10363 note Ph. Conte ; Cass. 1^{re} civ. 17 février 1993, JCP G. 1994 II, 22226, note A. Dorsner-Dolivet.

²¹²² La motivation réelle de cette jurisprudence explique que la Chambre criminelle se soit refusée à tenir le même raisonnement depuis que la loi Fauchon du 10 juillet 2000 ne fait plus dépendre l'indemnisation de la victime de la condamnation pénale. Dans une décision du 5 octobre 2004, elle décide ainsi que les ayants-droits de la victime d'un accident de la circulation décédée par la suite d'une infection nosocomiale ne peuvent obtenir la condamnation de l'automobiliste pour homicide involontaire. Cass. crim. 5 octobre 2004, D. IR p. 2972. En l'occurrence, l'automobiliste ne s'était pas arrêté pour laisser traverser un piéton engagé sur un passage protégé et l'avait heurté. La Cour d'appel avait retenu la culpabilité de l'automobiliste en estimant qu'il avait créé la situation ayant permis la réalisation du dommage, commettant ainsi une faute caractérisée en relation de causalité indirecte avec le décès exposant autrui à un danger qu'il ne pouvait ignorer. La Cour de cassation censure cette décision pour défaut de base légale en estimant que la Cour d'appel aurait dû rechercher si l'infection nosocomiale contractée par la victime n'était pas le seul fait en relation de causalité avec le décès.

²¹²³ V. Cass. 1^{re} civ. 4 déc. 2001 D. 2002 jur. p. 3044 note M. C de Lambertye-Autrand, RTD civ 2002 p. 308 obs. P. Jourdain. Cette jurisprudence vient d'être confirmée par la deuxième Chambre civile qui a admis, dans un arrêt du 20 octobre 2005, le recours de l'Etablissement français du sang contre un automobiliste fautif dès lors que les transfusions sanguines avaient été rendues nécessaires par l'accident, v. Cass. 2^e civ. 20 octobre 2005, D. 2005 IR p. 2772.

²¹²⁴ G. Viney, Introduction à la responsabilité, op. cit. n°38.

supporter la charge du dommage. On peut rapporter à cette idée les jurisprudences qui tendent à condamner très facilement certains défendeurs. Les arrêts condamnant un grand magasin pour le fait d'un plot en ciment situé sur le trottoir²¹²⁵, ou pour celui d'un escalator dans lequel la victime était tombée²¹²⁶, l'illustrent. De même, la sévérité des juges à l'égard de la SNCF est un exemple évocateur : l'agression se produisant dans un train ne constitue pas un fait de nature à rompre le lien causal et à exclure la responsabilité²¹²⁷. Il est vrai que cette jurisprudence peut se justifier par une interprétation extensive de l'obligation de sécurité de résultat. Mais la responsabilité de la SNCF a également été retenue du fait d'un escalator situé dans une gare alors que le fait d'un tiers était en cause²¹²⁸, ou dans des hypothèses où la victime était manifestement fautive.²¹²⁹

600. Limites de l'argument indemnitaire. La prise en considération de l'argument indemnitaire ne doit pas masquer les risques d'une adoption sans nuances de l'« idéologie de la réparation ». La responsabilité civile ne peut jouer le rôle d'une assurance. Vouloir reconnaître à tout prix un lien causal au motif qu'il faut impérativement indemniser les victimes n'est pas cohérent. Si l'on prend pour exemple le contentieux relatif à la sclérose en plaque, cette démarche revient à introduire, sur le fondement d'une causalité supposée, une discrimination entre les malades ayant fait l'objet d'une vaccination contre l'hépatite B et les malades qui ne peuvent imputer leur affection qu'au mauvais sort. Or, si l'objectif est d'indemniser les victimes de la sclérose en plaque, *tous* les malades doivent être concernés. Cela signifie qu'un tel objectif relève de la couverture d'un risque que seule une technique d'assurance peut appréhender. Rien n'exclut, dans ce cadre, le jeu de recours s'il s'avère que des sinistres donnés résultent de l'activité illicite de certaines personnes. Mais de tels recours supposent une causalité avérée, puisqu'ils interviennent dans une logique de responsabilité. L'impératif indemnitaire ne doit donc pas conduire à l'admission de

²¹²⁵ Cass. 2^e civ. 18 septembre 2003, préc. RTD civ. 2004, p. 108, obs. P. Jourdain.

²¹²⁶ Cass. 2^e civ. 29 mars 2001, préc. RTD civ. 2001, p. 598 obs. P. Jourdain.

²¹²⁷ Cass. 1^{re} civ. 12 décembre 2000, D. 2001, jur. p. 1650 note C. Paulin. Cass. 1^{re} civ. 3 juillet 2002, D. 2002 jur. p. 2631 note J. P. Gridel ; RTD civ. 2002, p. 821 obs. P. Jourdain.

²¹²⁸ La victime avait chuté, renversée par une valise lâchée par un tiers. Cass. 2^e civ. 13 mars 2003, D. 2003 IR, p. 866. V. *supra* n°428.

²¹²⁹ Cass. 2^e civ. 23 janvier 2003, D. 2003, p. 2465, note V. Depadt-Sebag.

causalités purement fictives lorsque cette solution aboutirait à créer des distorsions et des inégalités parmi les victimes²¹³⁰.

601. Conclusion du paragraphe. La fonction punitive et la fonction indemnitaire de la responsabilité civile constituent indiscutablement des arguments pertinents pouvant compléter les éléments factuels justifiant la qualification causale. Il ne faut toutefois pas exagérer leur portée. En particulier, ils ne doivent pas conduire à retenir une causalité purement fictive. Il faut, en outre, les mettre en balance avec les arguments d'utilité.

§2. Les arguments d'utilité

602. Si l'on pourrait utiliser l'expression d'arguments d'opportunité, parler d'arguments d'utilité exprime mieux les considérations utilitaristes qui doivent entrer en ligne de compte. La décision va, en effet, produire des effets juridiques, économiques, sociaux : il ne s'agit pas seulement de réparer le tort subi, en punissant le fautif ou en rétablissant la situation de la victime pour l'avenir. D'un point de vue utilitariste, c'est une analyse *forward looking* qu'il faut mener. L'analyse tournée vers l'avenir se désintéresse des faits passés de l'espèce pour se concentrer uniquement sur les effets du jugement de responsabilité. Cette approche conséquentialiste peut être menée à deux égards : d'une part, pour prendre en compte l'efficacité économique de la décision (A) et, d'autre part, pour analyser cette dernière au regard de l'impératif de prévention des risques, dont le principe de précaution est l'une des expressions (B).

A. L'efficacité économique de la décision

603. Un esprit non informé pourrait penser que l'efficacité économique commande de faire reposer le dommage sur celui qui paraît le mieux à même de le supporter, soit parce qu'il est le plus solvable, soit parce qu'il est assuré. Il s'agit là, toutefois, d'un raisonnement à courte vue : les propositions de l'analyse économique de la responsabilité sont plus élaborées. En effet, l'analyse économique du droit évalue les règles du droit de la

²¹³⁰ L'arrêt Perruche, en admettant une causalité juridique purement fictive, créait également une distorsion entre les enfants handicapés nés à la suite d'une erreur médicale, dont la mère aurait souhaité avorter, et les autres, soit les enfants handicapés nés sans erreur médicale ou dont la mère n'aurait, le cas échéant, pas souhaité avorter...

responsabilité civile à l'aune de la finalité générale de maximisation de la richesse (ou de l'utilité) par la minimisation des coûts sociaux. Dans cette optique, l'efficacité économique d'une décision s'analyse de manière globale et implique que le juge ait, pour chaque décision, une vue d'ensemble des questions posées²¹³¹. A cet égard, nous allons présenter rapidement les principes de l'analyse économique de la responsabilité (1) avant d'examiner ses incidences sur la condition de causalité (2).

1. Principes de l'analyse économique du droit de la responsabilité

604. Nous avons eu précédemment l'occasion d'évoquer les positions de Guido Calabresi, qui promeut une approche purement fonctionnelle de la condition de causalité²¹³². Le présent développement a pour mission d'exposer les solutions proposées par les économistes du droit, indépendamment de la condition de causalité, à laquelle ils n'accordent guère d'importance.

605. Démarche de l'analyse économique du droit. L'analyse économique du droit (*Law and Economics*)²¹³³, née dans les années 1960, à partir, notamment, des travaux de Coase, de Calabresi, puis de Posner, est une branche de la science économique qui prend pour objet d'étude le droit, ou plutôt les règles juridiques, afin d'évaluer leurs effets économiques²¹³⁴. Elle a à la fois pour projet d'analyser les règles du droit positif à partir des postulats de l'économie néo-classique (aspect positif de l'analyse économique du droit) et

²¹³¹ C'est dans ce contexte qu'intervient la théorie du risque, au sens économique du terme : cette théorie « rassemble les connaissances qui permettent d'analyser les comportements économiques dont les conséquences sont aléatoires ». Pierre Picard, « L'assureur face à la théorie du risque », *Risques* n°49, mars 2002, p. 61.

²¹³² V. *supra* n°234.

²¹³³ On compte deux courants principaux au sein du mouvement *Law and Economics* : d'une part, l'analyse économique du droit et d'autre part le courant institutionnaliste. C'est sur le courant d'analyse économique du droit, qui comporte des analyses approfondies de la responsabilité civile, que nous allons nous concentrer ici. Sur le courant institutionnaliste, voir Thierry Kirat, *Economie du droit*, La Découverte, coll. Repères 1999, spéc. p. 14 et p. 35. Sur l'analyse économique du droit, voir Grégory Maître, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, préf. H. Muir Watt, LGDJ, coll. Droit et Economie, Paris, 2005. Bruno Deffains, « L'évaluation des règles de droit », *Revue d'économie politique*, nov.-déc. 2000, p. 751 et *Analyse économique de la responsabilité civile du producteur en cas d'accident provoqués par son produit*, Thèse Nancy II, 1991. Ejan MacKaay « La règle juridique observée par le prisme de l'économiste – une histoire stylisée du mouvement d'analyse économique du droit », *Rev. Int. de droit économique*, 1986, p. 43 et « Le juge a-t-il le droit d'ignorer l'économiste ? », in *L'analyse économique du droit*, Colloque Aix-Marseille, RRJ 1987-2 p. 635. Bruno Oppetit, « Droit et Economie », *APD* t. 37, 1992, p. 17. Richard A. Posner & William M. Landes, *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press, 1987.

²¹³⁴ Thierry Kirat, *op. cit.* p. 3.

de les évaluer par rapport à ces postulats (aspect normatif de l'analyse économique du droit). Cette discipline se focalise sur les relations entre le droit et l'allocation des ressources et des droits dans la société. Ce faisant, l'économie du droit s'intéresse surtout aux modes de fonctionnement, de réalisation du droit « dont le caractère primordial est d'organiser le règlement des conflits d'intérêts »²¹³⁵.

Si le courant *Law and Economics* est aujourd'hui bien implanté dans l'ensemble des branches du droit, l'analyse économique de la responsabilité civile a pris une importance particulière depuis les années 1960, notamment à partir du *Second Restatement of Torts* (1964). Elle se concentre, à cet égard, sur le problème de la *minimisation des coûts sociaux*, c'est-à-dire des coûts que la société doit supporter, induits par l'existence d'activités ou de comportements créateurs de dommages²¹³⁶. En particulier, l'analyse économique met au premier plan l'objectif de *prévention des accidents (deterrence)*. Examiner le droit positif à l'aune de cet objectif a permis à certains, tel Posner, de conclure que le droit américain de la responsabilité est conforme à la logique d'efficacité. Mais l'exercice permet également d'aboutir à des propositions *normatives* visant à faire évoluer les règles de droit. Pour notre part, nous ne nous intéresserons pas au volet « descriptif » de l'analyse économique du droit, au sens où nous ne nous poserons pas la question de savoir si notre droit positif est, ou non, globalement efficace. En revanche, nous chercherons à déterminer si l'analyse économique peut fournir des arguments pouvant aider le juge dans sa démarche de qualification du lien causal.

606. Postulats de l'analyse économique du droit. L'analyse économique du droit se présente comme un courant de la science économique néoclassique²¹³⁷, dont elle reprend

²¹³⁵ Le droit dans cette acception est donc considéré comme « perméable » au calcul économique, alors que « dans les pays issus de la tradition romano-germanique, l'intervention des tribunaux est considérée comme vouée à l'application du droit codifié, de la législation ». Th. Kirat, *op. cit.* p. 5.

²¹³⁶ « L'économie du droit prend le droit « sous l'angle opératoire, en s'intéressant aux effets économiques des règles et des institutions juridiques, notamment dans le cadre jurisprudentiel. De ce point de vue, l'économie du droit est proche de la démarche des tenants du *legal realism*, qui, dans le champ de la recherche juridique, se sont émancipés à partir des années vingt d'une vision formaliste du droit, pour démontrer l'articulation du droit et des comportements dans le monde réel. » T. Kirat, *op. cit.* pp. 4-5.

²¹³⁷ A l'origine, ce sont les auteurs classiques du XIX^e (Adam Smith, Malthus, Ricardo, John Stuart Mill, Jean Baptiste Say) qui ont jeté les fondations de l'analyse économique. Les analyses des auteurs classiques se voulaient scientifiques en s'efforçant de formuler des relations entre des phénomènes économiques, des lois d'équilibre. Influencées par le déterminisme, elles cherchaient à définir les conditions d'un ordre naturel social et économique en estimant qu'un équilibre est nécessairement atteint sur le long terme. Elles conduisaient en outre au libéralisme doctrinal : l'intervention de l'Etat est

les postulats. Le premier d'entre eux concerne la *rationalité des agents* : le comportement des individus est toujours guidé par la recherche du maximum de satisfaction²¹³⁸. Or cette satisfaction se traduit par l'« *utilité* » : on suppose que l'individu est capable de mesurer par un indice quantitatif précis la *satisfaction* qu'il retire de la consommation d'un bien. A cet égard, l'analyse néoclassique ne fait pas dépendre la valeur des choses de leur coût de production que traduit leur valeur d'échange (conception objective de la valeur) mais de leur utilité (conception subjective de la valeur). La généralisation de l'analyse à la marge (soit l'évaluation de la dernière quantité du bien considéré) a ainsi permis la construction d'une théorie générale de la décision économique émanant d'un homme parfaitement rationnel. La notion d'utilité marginale permet, en effet, de faire la synthèse entre les concepts d'utilité et de rareté des biens : non seulement la valeur d'un bien dépend de son utilité pour l'agent, mais cette valeur dépend également de la quantité disponible du bien considéré²¹³⁹. L'utilité marginale permet donc d'expliquer la valeur relative des biens. Au XX^e siècle, dans la théorie de Pareto, l'individu ne mesure plus le niveau d'utilité mais est seulement capable d'indiquer un ordre de préférence : il peut comparer et classer les choix offerts selon ses préférences, mais sans attribuer à chacun un indice quantitatif précis.

Comme « le monde est peuplé d'êtres humains soucieux de maximiser leurs satisfactions », « toute ressource rare qui peut servir à cette fin appartient à quelqu'un, le propriétaire, qui peut la transférer à un autre par un accord volontaire »²¹⁴⁰. Un tel échange se réalise lorsque le propriétaire de la ressource accepte la contrepartie –une autre ressource- offerte par la personne qui veut l'acquérir. L'accord étant volontaire, il faut présumer que chaque partie y trouve son compte et, partant, que l'état du monde s'est amélioré. On aboutit à un *marché*

condamnable, puisque le système tend vers un équilibre naturel que l'intervention étatique risque de fausser. A la suite des vives attaques des lois classiques par les auteurs socialistes, les néo-classiques, tout en revendiquant la filiation de l'école classique, ont profondément renouvelé les analyses et les outils de l'analyse classique.

²¹³⁸ « *People maximize utility in all areas of life* » disait Bentham, cité par Richard A. Posner & William M. Landes, *op. cit.* p. 6

²¹³⁹ Si l'on compare les évolutions de l'utilité totale U –qui mesure la satisfaction globale que l'individu retire de la consommation d'un bien- et l'utilité marginale U_m –qui représente l'évolution de la quantité totale à la marge et permet de déterminer la satisfaction pour la dernière quantité consommée- on se rend compte que l'utilité totale augmente avec la quantité consommée jusqu'au point de satiété/saturation alors que l'utilité marginale décroît à mesure que la quantité consommée augmente (le premier verre d'eau et plus valorisé que le deuxième ou le troisième) : au point de satiété, l'utilité marginale est nulle, car une consommation supplémentaire n'augmentera pas la satisfaction. L'analyse à la marge est particulièrement utile lorsqu'on se penche sur l'efficacité incitative de la règle de responsabilité civile.

²¹⁴⁰ Ejan Mackaay, « La règle juridique observée par le prisme de l'économiste », art. préc. p. 43.

qui a pour caractéristique de tendre vers l'*équilibre*.

Le modèle type de marché est celui de la concurrence pure et parfaite²¹⁴¹, qui permet d'établir un prix d'équilibre unique, stable et optimal. Et chaque marché contribue à mettre le système en équilibre général. Le mécanisme des prix est donc censé assurer l'équilibre parfait de l'économie et de son autorégulation : si un trouble survient, le jeu des prix tend à restaurer l'équilibre perdu. De même, offre et demande de travail s'adaptent : le plein emploi est assuré. Les décisions indépendantes et non concertées des individus ayant des intérêts contradictoires n'engendrent ni désordre, ni affrontement généralisés : les mécanismes de la libre concurrence, tels une « main invisible » conduisent à un équilibre et engendrent la maximisation conjointe des satisfactions individuelles et du bien-être collectif. Le système des prix assure, au total, le meilleur emploi des ressources économiques et contribue à la réalisation de l'optimum. Lorsque l'équilibre est atteint sur chaque marché, l'allocation des ressources est parfaite, l'efficacité optimale est atteinte car il est impossible d'améliorer la production d'un bien sans diminuer la production d'un autre bien²¹⁴². L'ensemble du système repose sur l'idée que tous les biens sont appropriés et transférables, que chaque acteur est parfaitement informé sur toute possibilité d'échange pertinente, que les échanges sont conclus et exécutés sans frais.

Face à ce modèle « idéal », beaucoup d'objections ont été formulées, qui tiennent, le plus souvent, au caractère *irréaliste* des postulats²¹⁴³. Le marché présente, en effet, des défaillances, des imperfections. La concurrence n'est pas toujours pure et parfaite : certains agents peuvent dominer les autres (concurrence imparfaite), l'information n'est pas toujours transparente. En outre, le modèle néo-classique ne s'applique qu'aux biens privés, il

²¹⁴¹ Cinq conditions doivent être réunies pour que le marché soit en concurrence pure et parfaite : atomisticité de l'offre et de la demande (aucun agent ne peut par sa taille influencer les prix), homogénéité, transparence, libre entrée et sortie du marché, mobilité des facteurs de production.

²¹⁴² « L'optimum en ce sens, dit efficacité, est un état de l'économie où il est impossible de réaliser une allocation de ressources telle que le sort d'une personne s'améliore sans que celui d'aucune autre personne ne s'en trouve détérioré. En d'autres mots, tous les échanges fructueux ont été réalisés. Des mouvements de prix vers le haut ou vers le bas permettent d'absorber les pénuries ou les excédents imprévus et font que la quantité offerte d'un bien est tout juste égale à la quantité que les acquéreurs sont prêts à acheter au prix ajusté. Le prix d'équilibre reflète la rareté relative du bien. » Ejan Mackaay, « La règle juridique observée par le prisme de l'économiste », art. préc. p. 43.

²¹⁴³ Qui peuvent, d'ailleurs, également concerner le droit. Un auteur américain a ainsi mis en évidence les techniques utilisées par les défendeurs potentiels pour échapper à la responsabilité (« *judgement proofing* »), par exemple en organisant leur insolvabilité. Dans un tel contexte, la responsabilité civile n'a plus aucun effet : c'est la mort de la responsabilité. V. Lynn M. LoPucki, « *The death of Liability* », 106, *Yale Law Journal*, 1996 p. 2.

n'existe pas de marché pour les biens collectifs²¹⁴⁴ (police par ex.). Enfin, et surtout, le modèle néglige la présence d'*effets externes*. L'effet externe se définit comme l'effet résultant de la décision d'un agent qui modifie directement le niveau de satisfaction d'au moins un autre agent, en dehors du processus d'échange sur le marché. Il peut être positif ou négatif. Le problème est qu'en présence d'effets externes, le mécanisme du marché concurrentiel ne permet pas d'atteindre l'optimum. Dans leurs décisions, en effet, les individus ne tiennent compte que des avantages et des coûts privés, et non des avantages et des coûts sociaux (ou collectifs) qui y sont associés. Les effets externes peuvent donc justifier une intervention de l'Etat pour corriger cette défaillance. Par la réglementation et la fiscalité, il faut « *internaliser* » les *effets externes* pour conduire les individus à *réintégrer dans leurs choix l'impact positif ou négatif de leur comportement sur la collectivité*. Autrement dit, en internalisant un coût social généré par un agent ou une activité donnée, donc en le lui imputant, on oblige l'intéressé à tenir compte de ce coût dans ses choix. La règle juridique apparaît donc comme un remède au problème des externalités.

607. Externalités négatives et droit de la responsabilité. En présence d'effets externes, la règle juridique, et, en particulier, la responsabilité civile, a pour objectif la réintégration de l'externalité dans le calcul de l'agent concerné. Le principe de l'internalisation des effets externes fut élaboré par Pigou, en 1932. Ce dernier avait constaté que les coûts sociaux ne correspondaient pas aux coûts privés (ceux directement supportés par les preneurs de décisions). Pour que les prix reflètent leur *coût social relatif*, dit-il, les coûts sociaux externes liés à une certaine activité doivent être internalisés à cette activité²¹⁴⁵. Pigou ne s'était, cependant, pas préoccupé d'utiliser les règles de la responsabilité civile pour ce faire : sa préférence allait manifestement à un système de taxes²¹⁴⁶. Ce faisant, toute activité générant des coûts sociaux excessifs devait décliner jusqu'à atteindre un niveau optimal.

En 1960, Coase exposa son fameux « théorème »²¹⁴⁷ en reprenant, et contredisant, les

²¹⁴⁴ Il s'agit là des biens qui peuvent être consommés simultanément par plusieurs individus sans que la consommation de l'un ne réduise la consommation de l'autre.

²¹⁴⁵ Cette stratégie requiert que ne soient pas seulement internalisés les risques prévisibles et évitables mais aussi les risques imprévisibles ainsi que les risques dont les coûts totaux sont dépassés par les bénéfices (et donc pour lesquels la prévention est indésirable).

²¹⁴⁶ A.C. Pigou, *The Economics of Welfare*, 4th ed 1932.

²¹⁴⁷ Ronald H. Coase, « *The Problem of Social Cost* », 3 *Journal of Law & Economics*, 1, (1960) traduit par Y. M. Morissette in *Le coût du droit*, PUF, Collec. Droit Ethique Société, 2000.

conclusions de Pigou. En effet, Coase montra qu'en présence de coûts de transaction nuls, les protagonistes trouveraient forcément *un arrangement* permettant la meilleure allocation des ressources possible. Peu importe, ainsi, sur qui repose le coût d'une activité si les coûts de transactions sont faibles : de toutes les façons, des contrats (*bargains*) permettront d'atteindre une allocation efficace des ressources. Supposons qu'une usine pollue son environnement immédiat : si le pollueur empêche la jouissance paisible de la victime, la victime empêche, inversement, l'activité paisible du pollueur. Dans ce conflit, c'est *l'usage le plus valorisé* qui va l'emporter : la partie qui veut récupérer le droit, s'il ne l'a pas au départ, l'achètera en indemnisant l'autre. Cela suppose à la fois qu'il réalise un profit suffisant pour indemniser l'autre partie, et que cette dernière fait un usage moins rentable de la ressource, puisqu'elle préférera limiter son activité et percevoir une indemnisation, plutôt qu'augmenter son activité en payant, pour ce faire, une compensation à l'autre. Au total, l'allocation optimale des ressources est réalisée grâce au *contrat*, même si le droit a, antérieurement, désigné d'autres personnes pour détenir les ressources considérées : la personne la plus intéressée sera toujours prête à contracter avec la personne désignée par la règle juridique, les droits seront transférés à ceux qui les valorisent le plus et l'allocation efficace des ressources sera atteinte.

Si l'on admet que l'allocation optimale des ressources est atteinte lorsque toutes les ressources disponibles sont entre les mains de ceux qui les valorisent le plus, le point d'efficacité optimale en matière d'accidents est atteint lorsque leur coût social est internalisé à l'activité qui les génère. En principe, le *jeu du marché* doit permettre d'atteindre cet équilibre puisqu'il se trouve toujours, pour chaque coût social, des agents prêts à payer pour les éviter. Le marché va conduire à *l'internalisation des coûts privés (nets)* de l'activité risquée, sans se préoccuper de la distribution initiale des droits, et même des règles de responsabilité. Cette internalisation va s'opérer en direction de celui qui était en mesure *d'empêcher le dommage au moindre coût (cheapest cost avoider)*²¹⁴⁸. En effet, si le coût de l'accident excède le coût de prévention de celui qui peut éviter le dommage au moindre coût, alors tous ceux qui devaient initialement supporter le dommage, vont se tourner vers ce *cheapest cost avoider* et s'entendre avec lui pour que ce coût soit évité²¹⁴⁹.

²¹⁴⁸ Les coûts associés aux risques prévisibles seront donc internalisés grâce à la volonté de prévention des victimes. Quant aux coûts liés aux risques imprévisibles, ils seront internalisés via les prix.

²¹⁴⁹ Il peut arriver que le *cheapest cost avoider* soit la victime elle-même : dans ce cas, elle est censé s'organiser spontanément pour éviter le dommage.

Ainsi, dans le cas des produits, si le *cheapest cost avoider* est le fabricant d'un produit présentant un défaut prévisible qui peut être prévenu, tous ceux qui sont menacés par ce risque vont, en l'absence de coûts de transaction, contracter avec l'intéressé (et le payer) afin que le défaut soit évité. En l'absence de coûts de transaction, aucun changement des règles de responsabilité civile n'est donc nécessaire pour atteindre une internalisation et une efficacité optimales. D'ailleurs, il serait presque préférable d'éviter le coût supplémentaire lié à la règle juridique, en laissant les dommages peser sur ceux qui les subissent : le simple jeu du marché suffit à rétablir l'équilibre et à aboutir à l'optimum. Dans cet état d'optimum, les accidents les plus coûteux sont évités : on parle de *deterrence theory*. Si, par exemple, une usine produit des externalités négatives qu'elle est obligée de prendre en charge, elle veillera à ce que ces externalités soient suffisamment faibles pour ne pas mettre en cause sa rentabilité. Elle sera ainsi incitée à éviter les accidents qu'elle engendre, en agissant sur la nature ou la quantité du produit qu'elle fabrique.

Le problème de la théorie de Coase est qu'elle suppose que les *coûts de transaction* sont nuls²¹⁵⁰. Cela signifie que tous les agents peuvent acquérir, pour rien ou presque, une information parfaite, contracter sans coûts et faire respecter leurs accords. Mais les coûts de transactions ne sont jamais nuls. En particulier, l'acquisition de l'information est coûteuse, ainsi que la négociation et la mise à exécution d'un accord. Dans un tel cas, il peut s'avérer efficace d'utiliser une *règle de responsabilité civile* pour aboutir à la solution optimale qui se serait réalisée spontanément en l'absence de coûts de transaction. Cela signifie que la règle de responsabilité doit imputer le dommage au *cheapest cost avoider*. A cet égard, le critère d'efficacité utilisé est celui de Kaldor-Hicks. « Un état du monde S1 est efficient au sens de Kaldor-Hicks par rapport à un état du monde S si, une fois la compensation payée, personne ne préfère S à S1 et qu'au moins une personne préfère S1 à S »²¹⁵¹. Supposons qu'un individu A mène une activité qui lui procure un gain de 100 mais occasionne un dommage de 30 à un individu B. En l'absence de coûts de transaction, la situation se réglerait par une simple convention entre les protagonistes : A « achèterait » à B le droit de lui causer un dommage de 30, ce qui serait rationnel puisque son profit est de 100. En revanche, A renoncerait à entreprendre l'action dommageable si son profit n'était plus que de 20. Cette réallocation des ressources, qui se ferait spontanément dans un monde sans

²¹⁵⁰ On peut également relever que le seul objectif qui est pris en compte ici est la maximisation des richesses, à l'exclusion de toute autre chose, telle la redistribution des richesses.

²¹⁵¹T. Kirat, *op. cit.* p. 71.

coûts ni difficultés de transaction, doit être opérée, dans le monde réel, par les règles de responsabilité civile : l'efficacité sera atteinte si une règle de responsabilité impose à A de compenser les dommages subis par B²¹⁵². L'internalisation permettra à A de se déterminer en tenant compte du coût total engendré par son action. Ces principes de base de l'analyse économique de la responsabilité civile ont été exposés par le juge Hand dans une décision célèbre *U.S. v. Carroll Towing Co.* (1947)²¹⁵³. Dans cette décision, le juge a estimé qu'il doit y avoir responsabilité lorsque le coût des précautions à prendre pour *éviter* l'accident est *inférieur* au coût représenté par l'accident, multiplié par sa *probabilité* de survenance. Autrement dit, il y a responsabilité tant que le coût d'un niveau supplémentaire de précaution est inférieur au coût de dommage supplémentaire que cette précaution permet d'éviter. Trois critères permettent donc d'établir la *negligence* du défendeur, en tant que *cheapest cost avoider* : la probabilité du dommage, la gravité probable de ce dernier, et le poids des précautions adéquates permettant de le prévenir.

2. L'analyse économique de la responsabilité civile et la causalité

608. Quel est l'impact de ces analyses sur la condition de causalité²¹⁵⁴? La théorie de Coase ne faisait qu'envisager les cas où plusieurs personnes font des usages *incompatibles* des mêmes ressources. Si une usine pollue une rivière et que des nageurs s'en plaignent, leurs usages sont incompatibles. Coase relevait que les deux parties sont liées au dommage qu'elles invoquent : en l'absence d'usine, les baigneurs ne se plaindraient pas ; en l'absence de baigneurs, l'usine n'aurait pas à subir les plaintes de ces derniers. Utilisant la notion de condition *sine qua non* en son sens le plus large, Coase se contentait d'estimer que les deux parties sont causes du dommage²¹⁵⁵. Seul compte le coût que représente leur usage de la ressource considérée. Malgré ce peu d'intérêt pour la causalité concrète, il n'est pourtant pas niable que l'économie utilise, comme d'autres disciplines à vocation scientifique, des généralités causales qui se traduisent par des relations fonctionnelles entre variables exprimées sous une forme mathématique. Affirmer le rapport unissant un certain coût au comportement de la personne devant le supporter, ou le lien existant entre un certain niveau

²¹⁵² J. Stapleton, *Products Liability*, *op. cit.* p. 100.

²¹⁵³ *U.S. v. Carroll Towing Co.* (1947)159 F. 2d 169 (1947).

²¹⁵⁴ V. G. Maître, *op. cit.* n°188 et s. ; Landes & Posner, *op. cit.* p. 228 et s. V. égal. F. Facchini, « Principe de causalité et économie de la responsabilité civile », in B. Deffains (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Cujas, 2002, p. 151.

²¹⁵⁵ R. H. Coase, *Le coût du droit*, *op. cit.* p. 38.

de précaution et le nombre d'accidents, revient à tracer des causalités. Dans l'ensemble, les économistes du droit semblent tenir ces corrélations pour acquises lorsqu'ils analysent le droit de la responsabilité. En pratique, l'analyse économique de la responsabilité ne s'est donc guère intéressée à la condition de causalité, pour se concentrer sur la notion de *cheapest cost avoiders*.

609. Causalité et *cheapest cost avoider*. Si le principe est d'imputer les coûts sociaux aux *cheapest cost avoiders*, l'analyse économique est indifférente au lien de causalité : seule compte l'identification de celui ou ceux qui peuvent éviter le dommage au moindre coût²¹⁵⁶. Posner et Landes l'affirment clairement : peu importe la causalité²¹⁵⁷, il suffit, pour trancher un litige de responsabilité, de se référer à la formule de Hand. Techniquement, la suppression pure et simple de la condition de causalité dans la responsabilité est toutefois délicate, tant cette condition est généralement acceptée²¹⁵⁸. Une solution moins radicale est d'adopter une définition purement fonctionnelle de la causalité²¹⁵⁹, en la faisant correspondre à cette idée de *cheapest cost avoider*. Sera donc « cause juridique » du dommage celui qui aurait pu l'éviter au moindre coût. La causalité juridique ainsi déterminée n'est pas entièrement fictive : cause et *cheapest cost avoider* sont des notions proches²¹⁶⁰. L'idée de cause renvoie précisément aux conditions qui auraient permis d'éviter l'événement. Si la cause est ce fait en l'absence duquel le dommage ne se serait pas produit, alors l'auteur de ce fait était en mesure d'éviter le dommage en renonçant à agir. Il sera donc probablement celui qui peut l'éviter pour l'avenir. Reste, bien sûr, à établir qu'il peut le faire au moindre coût, ce qui conduit à se demander si le fait causal du défendeur était celui dont l'absence était la moins coûteuse.

²¹⁵⁶ « A defendant is held liable for a particular injury if and only if doing so will create ex ante, incentives for the defendant or others to act more efficiently in the future or, alternatively, if the defendant is best situated to spread or absorb the loss so as to minimize the economic disruption resulting from the injury, regardless of who caused it », Richard W. Wright, « Actual Causation vs. Probabilistic Linkage : the Bane of Economic Analysis », 14, *Journal of Legal Studies*, 435 (1985) spéc. p. 437.

²¹⁵⁷ Posner & Landes, *op. cit.* pp. 229-230.

²¹⁵⁸ J. Stapleton, *op. cit.* p. 120.

²¹⁵⁹ C'est ce qui fit dire à R. W. Wright que les économistes du droit se sont surtout placés, quant à la causalité, dans la filiation des thèses sceptiques de Malone, en faisant systématiquement prévaloir le choix politique de la maximisation de la richesse globale.

²¹⁶⁰ Pour Mme Stapleton, la détermination du *cheapest cost avoider* comme celle de la causalité sont affectées par l'évolution dans le temps des connaissances et des pratiques, notamment l'évolution technologique. Il est donc quasi impossible de répondre à la question de savoir si l'auteur, la cause du dommage correspond au *cheapest cost avoider*. V. J. Stapleton, *op. cit.* p. 123.

En résumé, tout fait d'un *cheapest cost avoider* constitue une condition *sine qua non* du dommage puisque, par définition, l'intéressé était en mesure de l'éviter. Inversement, tout défendeur dont le fait est une condition *sine qua non* du dommage n'est pas nécessairement un *cheapest cost avoider*. De ce point de vue, la causalité *sine qua non* ne résout qu'une partie de la question : si elle permet d'identifier ceux qui pouvaient éviter le dommage par un comportement différent, elle ne permet pas de désigner celui qui pouvait le faire au moindre coût. Pour le déterminer, il faut tenir compte d'éléments qui n'ont plus rien à voir avec la causalité. Si, donc, la notion juridique de cause correspond à celle de *cheapest cost avoider*, cela signifie que la causalité juridique est composée de deux éléments : d'une part, le critère de condition *sine qua non*, qui correspond à la traditionnelle *but for cause*, bien connue en *Common Law*, et d'autre part, des critères purement économiques. Toutefois, cette conclusion ne correspond pas exactement aux propos des économistes, qu'il s'agisse de Guido Calabresi, qui a abordé ces questions le premier, ou de Richard Posner.

610. Guido Calabresi. Guido Calabresi est l'un des premiers auteurs d'analyse économique du droit. Il a publié ses premières recherches dans les années 1960, avant que le débat ne soit dominé par les économistes de Chicago menés par Posner²¹⁶¹. C'est à partir des conclusions de Pigou que Calabresi a commencé à travailler en 1961²¹⁶². Son optique est surtout préventive : les accidents dont les coûts sociaux excèdent les bénéfices provenant de l'absence de précaution ne doivent pas se produire *dans l'avenir*. Concernant la causalité, Calabresi adopte initialement la position de Coase : dans un litige impliquant deux parties, les deux sont causes du dommage. La causalité n'est donc d'aucun secours dans l'imputation d'une responsabilité. Calabresi est favorable à un principe d'internalisation des coûts au *cheapest cost avoider*, dont la définition inclut différentes *aptitudes*, tout en accordant une importance centrale à la *prévention du risque dans le futur*. De ce point de vue, la recherche causale traditionnelle, qui vise à déterminer les causes du dommage passé est sans intérêt : seule compte la *prévention* des dommages de même nature pouvant se produire dans l'avenir. Malgré son désintérêt de principe par rapport à la causalité, l'auteur a modifié sa position au fil du temps. Calabresi a fini par proposer une analyse de la condition de causalité dont il fait une notion variable et entièrement

²¹⁶¹ Son ouvrage principal est : *The Costs of Accidents : a Legal and Economic Analysis* (1970).

²¹⁶² Guido Calabresi, « Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts » 70 *Yale Law Journal* 499 (1961).

déterminée par les fonctions de la responsabilité civile²¹⁶³. De cette analyse émerge surtout un critère, celui du *lien causal probabiliste (probabilist linkage)* qui mesure la probabilité *ex ante* de dommage généré par le fait du défendeur.

611. Posner et Landes. De leur côté, Posner et Landes ont analysé les solutions du droit positif à l'aune de l'efficacité économique, notamment par rapport à l'impératif de *deterrence*²¹⁶⁴. Dans leur souci de démontrer le caractère efficient du *Common Law*²¹⁶⁵, ils montrent notamment que la condition de causalité, telle qu'elle est interprétée par les juges américains, conduit à retenir une solution du litige parfaitement conforme à ce que dicterait l'application de la formule de Hand. Ce faisant, ils énumèrent des arguments utiles au juriste soucieux d'efficacité économique. Comme Calabresi, Posner et Landes²¹⁶⁶ ont une approche surtout fonctionnelle de la causalité. Une définition unique et compréhensive de la causalité est impossible, disent-ils, il faut, d'abord, s'interroger sur l'objectif de l'enquête causale avant de pouvoir préciser la notion. De ce point de vue, la notion de causalité constitue moins un postulat de départ qu'un *résultat* de l'analyse économique.

Le fait du défendeur doit être qualifié de cause du dommage lorsque lui en imputer la responsabilité permet de promouvoir une *allocation efficace des ressources*, notamment en matière de *sécurité* et de *prévention*. En revanche, si une conduite différente du défendeur ne permettrait pas de promouvoir l'efficacité économique, alors il ne sert à rien de le retenir comme cause du dommage. Il serait tout-à-fait possible de se passer de la notion de

²¹⁶³ « In the law, cause-in-fact (as it was once called), like proximate cause, is in the end a functional concept designed to achieve human goals », Guido Calabresi, « Concerning Cause and the Law of Torts, an Essay for Harry Kalven Jr », 43, *University of Chicago Law Review* 69 (1975) spéc. p. 107.

²¹⁶⁴ On notera qu'entre l'étude de Calabresi, en 1975, et celle de Posner et Landes, en 1983, a été publiée celle de Steven Shavell, « *An analysis of Causation and the Scope of Liability in the Law of Torts* », 9 *Journal of Legal Studies*, 463 (1980). Shavell reprend largement l'optique de Calabresi, tout en insistant sur la prévention des accidents et les coûts administratifs liés au contentieux. Shavell identifie, comme Calabresi, les deux conceptions « basiques » de la causalité comme correspondant, d'une part, à la condition *sine qua non* et, d'autre part, à la causalité probabiliste telle que la cause augmente la probabilité de dommage.

²¹⁶⁵ Contrairement à Calabresi, qui plaide pour une responsabilité sans faute (full strict liability) dans laquelle la causalité est fondamentale, Posner a toujours été favorable à une responsabilité fondée sur la négligence, définie grâce à la formule de Hand. Parmi les arguments soulevés se trouve le fait que la responsabilité sans faute implique de trancher les litiges en tenant surtout compte de la causalité, et entraîne, de ce fait, des coûts d'administration plus importants que la responsabilité pour faute, qui implique d'évaluer les données acquises de la science ou le niveau raisonnable de soin au moment où le défendeur a agi.

²¹⁶⁶ William M. Landes & Richard A. Posner « *Causation in Tort Law : an Economic Approach* », 12 *Journal of Legal Studies* (1983) p. 109 et s. Les propos de cet article sont repris dans Landes & Posner, *The economic structure of tort law, op. cit.* chap. 8 p. 228 et s.

causalité, et de se contenter de la formule du juge Hand pour s'assurer que le défendeur est bien le *cheapest cost avoider*. Si cette formule permet, en principe, d'apprécier la négligence -qui correspond à un niveau de précaution inférieur au niveau de précaution permettant une réduction du coût du dommage égale au coût marginal de précaution supplémentaire²¹⁶⁷- elle peut également être utile pour examiner les solutions relatives à la causalité, qui dépendent, elles aussi, d'une appréciation du niveau de précaution requis. A cet égard, l'analyse économique permet, dans l'esprit des auteurs, de conforter les solutions jurisprudentielles, tout en reposant sur un raisonnement très différent. Autrement dit, les décisions américaines relatives à la causalité peuvent aisément s'expliquer grâce à l'analyse économique, sans qu'il soit besoin d'approfondir le concept de cause : les seuls éléments à prendre en considération sont la probabilité objective d'accident²¹⁶⁸ -à distinguer de la prévisibilité- et les coûts de procédure (*legal administration*). Il est donc inutile de distinguer entre la cause factuelle (*cause in fact*) et la cause prochaine (*proximate cause*) comme on le fait traditionnellement dans les droits de *Common Law*. Posner et Landes illustrent leur analyse par des exemples, que nous évoquerons à propos de l'établissement de la condition *sine qua non*, puis du critère de la probabilité du dommage.

612. La question de la condition *sine qua non*. Le premier point relevé par Posner et Landes est que l'analyse économique justifie pleinement le *principe même* de la condition *sine qua non*. Lorsqu'il est établi que l'accident se serait produit de toutes les façons, même si le défendeur avait pris toutes les précautions souhaitables, le rejet de la responsabilité est justifié. Economiquement parlant, le tenir responsable n'aura aucune efficacité : non seulement une condamnation n'entraînerait aucune prévention du dommage futur, mais elle générerait des coûts « administratifs » liés à la décision judiciaire et ses conséquences, voire inciterait le défendeur à réduire son activité de la manière inefficace. Par ailleurs, l'analyse économique fournit des arguments dans les hypothèses où l'on ne peut affirmer avec *certitude* que l'accident ne se serait pas produit en l'absence du fait du défendeur. Selon Landes et Posner, en effet, l'efficacité économique commande de ne retenir la responsabilité que lorsqu'on dispose d'une *probabilité substantielle* que l'accident ne se serait pas produit en l'absence du fait du défendeur. En effet, si la responsabilité est

²¹⁶⁷ C'est là, en effet, le niveau optimal de précaution, puisque, au-delà, le coût de la précaution supplémentaire dépasse la réduction du coût du dommage correspondante.

²¹⁶⁸ Cette probabilité objective, Posner et Landes la distingue nettement de la notion de cause, ce qui nous paraît très contestable. « *Causation in Tort Law* », art. préc. p. 134.

retenue alors que cette probabilité est faible, elle entraînera surtout des coûts de procédure importants, une dissuasion à l'égard d'activités socialement bénéfiques ainsi qu'une précaution excessive, dont l'effet sur les accidents sera relativement faible (puisque la probabilité est faible). En revanche, retenir la responsabilité est économiquement justifié lorsque la probabilité est substantielle, car cela engendrera des dépenses de précaution qui auront des effets conséquents sur la réduction du nombre d'accidents.

Les auteurs donnent, à cet égard, un exemple tiré de la jurisprudence américaine, dans lequel un homme s'était noyé en tombant accidentellement d'un bateau. En l'occurrence, les bouées de sauvetage se trouvaient à l'intérieur de la cabine du bateau : la femme de la victime estimait qu'elle aurait eu le temps de jeter une bouée à son mari si elles avaient été sur le pont, comme le prévoyait la réglementation. Dans un tel cas, Landes et Posner raisonnent en termes de probabilités *ex ante* : ils calculent la différence entre la probabilité qu'avait la victime de se noyer compte-tenu du mauvais emplacement du gilet, et la même probabilité dans le cas où le gilet se serait trouvé sur le pont. Si cette différence était positive, elle était toutefois faible : la présence d'un gilet de sauvetage sur le pont aurait réduit faiblement les chances de noyade. Cela signifie qu'un niveau de précaution supplémentaire n'aurait eu que peu d'effets sur les risques d'accident. Retenir la responsabilité dans ce cas aurait engendré, en outre, des coûts de procédure, ce qui aurait rendu la condamnation peu efficace. Au total, les auteurs préconisent donc d'écarter la responsabilité lorsqu'il ne paraît pas suffisamment certain que le dommage aurait pu être évité.

613. La question de la probabilité de survenance du dommage. Dans le cas précédent se posait la question de savoir si le fait du défendeur était une condition *sine qua non* du dommage. Pour l'évaluer, Landes et Posner comparaient les probabilités de dommage *ex ante*, dans l'un et l'autre cas. Mais il peut arriver que le fait considéré soit manifestement une condition *sine qua non* du dommage, tout en n'ayant pas augmenté la probabilité de dommage *ex ante*. Tel est l'exemple de celui qui, conduisant à une vitesse excessive pendant plusieurs kilomètres, finit par s'arrêter à un feu rouge au moment même où la foudre frappe un arbre situé là, qui tombe sur la voiture en blessant ses occupants. S'il est évident que le défendeur ne se serait pas trouvé à cet endroit en l'absence d'excès de vitesse, en aucun cas cet excès de vitesse ne laissait prévoir un tel accident. Il est possible de voir là un fait de nature à rompre l'enchaînement causal. D'un point de vue économique, le cas d'un enchaînement causal *improbable* conduit également à écarter la responsabilité. En effet, disent Landes et Posner, la probabilité qu'un arbre tombe sur la voiture n'a pas été

modifiée par l'excès de vitesse du chauffeur. Autrement dit, un niveau supplémentaire de précaution n'aurait aucune incidence sur la probabilité d'apparition d'un dommage de cette nature : conduire plus lentement ne permet pas de réduire le risque qu'un arbre soit frappé par la foudre et tombe sur la voiture.

Il existe un autre type de cas dans lesquels le fait du défendeur, bien que constituant une condition *sine qua non* augmentant la probabilité de dommage, conduirait à une responsabilité inefficace. Il s'agit de l'hypothèse où *l'augmentation de la probabilité* de dommage engendrée par la condition *sine qua non*, bien que certaine, est si *faible* que la condamnation ne serait pas économiquement rationnelle²¹⁶⁹. Retenir la responsabilité, dans un tel cas, n'aurait qu'un effet négligeable, puisque le niveau optimal de prévention d'un dommage si peu probable avoisine zéro : on se trouve ici dans un cas de figure relativement proche du précédent. L'existence de coûts de procédure joue également contre la responsabilité. On objectera qu'écarter la responsabilité en cas de faible probabilité de dommage n'est pas justifié dès lors que la plupart des dommages ont une faible probabilité, d'autant qu'un accident résulte souvent de l'addition d'événements à faible probabilité. Un exemple parlant résulte, à cet égard, des cas dans lesquels le cours des événements a pris un tour inhabituel. Tel fut le cas dans l'affaire *Palsgraf*, précédemment évoquée²¹⁷⁰. Deux employés d'une compagnie de chemins de fer avaient maladroitement aidé une personne à monter dans un train qui venait de démarrer. Ce faisant, le voyageur laissa tomber un paquet qui se révéla rempli de feux d'artifices. Ces derniers explosèrent sous le choc et paniquèrent la foule présente sur le quai. Le mouvement de la foule fit, à son tour, tomber une balance qui heurta Mme *Palsgraf* et la blessa. Les juges décidèrent que la compagnie ferroviaire n'était pas responsable. Pour Landes et Posner, l'affaire s'analyse à partir de deux états du monde possibles. En effet, la négligence du préposé, qui consista à faire monter le voyageur dans un train en marche aurait, en principe, dû conduire à la chute de ce dernier : tel était le scénario le plus probable, qui constituait, d'ailleurs, la raison pour laquelle la conduite du préposé était négligente. L'autre état du monde possible, beaucoup plus improbable, était que la chute du passager pouvait provoquer un dommage grave à une

²¹⁶⁹ Landes et Posner donnent à cet égard pour exemple le dommage moral invoqué par celui qui s'est trouvé être le témoin d'un accident résultant d'une négligence. Dans une telle hypothèse, les tribunaux américains acceptent de plus en plus d'indemniser les plaignants, contrairement à la règle traditionnelle de n'indemniser le dommage moral qu'en cas de dommage corporel ou matériel correspondant.

²¹⁷⁰ *Palsgraf v. Long Island R. R. Co.* (1928) 248, NY, 339, 162, NE, 99. V. *supra* n°211.

ou plusieurs personne(s) se trouvant sur le quai. En l'occurrence, l'enchaînement causal qui conduisit au dommage de Mme Palsgraf était si improbable qu'il en devenait peu plausible. Retenir la responsabilité de la compagnie de chemins de fer n'aurait eu aucun effet sur le niveau de précaution de la compagnie, car le coût de l'identification d'un état du monde aussi improbable aurait dépassé le bénéfice résultant de sa prévention.

Le problème posé par un enchaînement causal très improbable se retrouve souvent dans les affaires relatives à un dommage purement économique : un événement donné a souvent, en effet, des répercussions économiques vastes et diffuses. Admettre la responsabilité peut être, dans ce cas, inefficace compte-tenu des coûts administratifs qu'elle impliquerait²¹⁷¹. N'est-il pas très coûteux, par exemple, de demander à un expert de chiffrer le préjudice matériel subi par l'entreprise LVMH du fait de la notation défavorable d'un analyste ? Il en va de même lorsqu'une règle est invoquée dans une optique qu'elle ne prévoyait pas. En revanche, la responsabilité sera économiquement justifiée, dans le cas d'un enchaînement causal très improbable, si les coûts administratifs sont faibles. Tel est le cas lorsque la victime présentait des *prédispositions pathologiques* que le défendeur ne pouvait connaître. Dans cette hypothèse, condamner le défendeur est efficace. Si les victimes qui présentent une hyper sensibilité ne peuvent jamais être indemnisées de leur dommage lorsqu'elles sont victimes de négligences, alors les défendeurs potentiels ne tiendraient pas compte du coût leur correspondant, qui est pourtant un coût effectif²¹⁷². Un autre cas de figure est celui des sauvetages bénévoles, pour lesquels on peut dire qu'indemniser ceux qui se portent au secours d'autrui est de nature à encourager une attitude qui vise à éviter les dommages.

614. La causalité, présupposé de l'analyse économique. Les économistes ont été qualifiés par Hart et Honoré de « minimalistes causaux » (« *causal minimalists* »), au sens où ils tendent à réduire la notion de cause à de pures considérations de politique jurisprudentielle. Il est vrai que les auteurs ne s'intéressent guère à la causalité *en soi*²¹⁷³.

²¹⁷¹ A cet égard, les coûts administratifs qui servent d'arguments à Lander et Posner correspondent surtout au coût engendré par la preuve du fait que des précautions supplémentaires auraient permis d'éviter le dommage.

²¹⁷² Les auteurs évoquent l'idée de ne tenir compte que du dommage qui aurait été subi par une personne « normale », au lieu de la victime qui souffrait d'une hyper sensibilité.

²¹⁷³ « The conceptual subtlety of the actual causation requirement misled the economic analyst into the belief or hope that the concept has no meaning at all and can therefore be ignored or manipulated. But their efforts to fit the requirement into their theories resemble the efforts of those trying to fit a square peg into a round hole », R. W. Wright « Actual causation... » art. préc. p. 455.

Les développements précédents illustrent que l'essentiel de l'analyse économique de la responsabilité tourne autour d'une préoccupation : imputer la responsabilité de manière à engendrer, de la part du responsable, une attitude de *prévention* permettant de diminuer les accidents et leur coût.

Ce faisant, l'analyse économique n'est pas si indifférente à la causalité qu'elle veut bien le dire. « Remplaçons la causalité par la formule de Hand » affirment Landes et Posner. Mais la formule de Hand elle-même présuppose la causalité, de même que la présuppose tout raisonnement économique : dire que l'internalisation des coûts sociaux en direction du *cheapest cost avoider* incitera ce dernier à prendre des précautions pour éviter le dommage est, déjà, une *proposition causale*²¹⁷⁴. En effet, l'analyse économique présuppose toujours certains rapports causaux entre le comportement des agents et les coûts qui leur sont imputés, entre le niveau de précaution et l'importance des accidents etc... Ces relations causales s'expriment sous la forme de fonctions mathématiques : ce sont donc de véritables lois causales probabilistes, dont la validité repose sur les postulats, par exemple que les agents économiques se comportent comme des individus rationnels, capables de hiérarchiser leurs préférences et cherchant à maximiser leur satisfaction. Dans ce contexte, dire que la formule de Hand permet d'éviter de se poser la question de la causalité n'est pas vraiment exact : ce n'est, en vérité, qu'une manière de déplacer le problème. Car la formule elle-même présuppose des relations causales qu'il faut pouvoir établir. Il faut pouvoir, en effet, déterminer *la relation entre un certain niveau de précaution et le coût des accidents*, ce qui implique d'établir *le lien entre certains comportements et lesdits accidents*, ce qui suppose pareillement d'établir la ou les *causes* de ces derniers²¹⁷⁵. De ce point de vue, on ne peut pas dire que le raisonnement économique puisse se passer de la causalité : au contraire, il la présuppose.

Reprenons l'exemple du Titanic et du nombre très insuffisant de chaloupes à bord. Retenir, de ce fait, la responsabilité de la compagnie maritime est ici parfaitement justifié : la condamnation incitera les transporteurs à prévoir un nombre de chaloupes suffisant pour

²¹⁷⁴ On relèvera, en outre, que la détermination du *cheapest cost avoider* est particulièrement complexes dans les situations qui ne sont pas « unilatérales », donc qui impliquent plusieurs activités différentes. J. Stapleton, *op. cit.* p. 104.

²¹⁷⁵ Nous retrouvons ici la difficulté liée au caractère largement *circulaire* de l'établissement de la causalité : pour établir la causalité dans un cas particulier, il faut pouvoir subsumer ce dernier sous une loi causale générale ; mais, pour pouvoir induire une loi causale générale, il faut se fonder sur une multitude de cas particuliers analogues dans lesquels on a constaté la causalité.

sauver tous les passagers, d'autant que le coût des chaloupes est inférieur au coût correspondant à la perte d'autant de vies humaines. Le raisonnement va ici de soi car il n'y a pas réellement de difficulté causale : on sait parfaitement qu'avec un nombre de chaloupes appropriées, l'ensemble des passagers aurait pu être sauvé. Prenons maintenant l'exemple de la responsabilité de la SNCF du fait d'une agression dans un train. On peut estimer qu'une condamnation incitera la SNCF à prendre davantage de précautions pour éviter les agressions dans ses trains. Là se profile, cependant, une difficulté. Comment être sûr qu'un niveau de précaution supplémentaire aura une incidence sur le nombre d'agressions dans les trains ? Quel sera, à cet égard, le niveau de précaution requis pour voir baisser significativement le nombre d'agressions ? Et, surtout, quel en sera le coût ? Si le coût est élevé, sera-t-il justifié de le supporter compte-tenu du nombre et de la gravité des agressions se produisant chaque année ? Ces questions en impliquent d'autres, très concrètes, qui sont de vraies questions de causalité : par quels moyens éviter les agressions dans les trains ? Comment se produisent lesdites agressions ? Autrement dit, quelles en sont les causes ? Y répondre suppose d'examiner les facteurs qui ont permis l'agression de la victime. On retombe toujours, quoiqu'on en ait, sur la détermination de la cause.

Les économistes supposent, à juste titre, que celui qui constituera, pour l'avenir, le *cheapest cost avoider*, a de fortes chances de correspondre à celui qui a compté parmi les causes du dommage passé. Cela est vrai dès lors que l'on se trouve face à des *circumstances reproductibles*, ce qui est le cas de la plupart des accidents. Il est, dans cette optique, cohérent que les économistes se fondent d'abord sur l'idée de *relation causale probabiliste*, appelée « *probabilist linkage* » par G. Calabresi, qui mesure la probabilité d'apparition du dommage *ex ante*. Pour pouvoir évaluer cette probabilité *ex ante*, il faut pouvoir rattacher la situation de l'espèce à un *cas type* faisant l'objet d'une généralité causale. En effet, rapporter cette situation à des événements types permet d'imaginer qu'elle est susceptible de se reproduire, ce qui justifie l'adoption de mesures de précaution afin que le dommage puisse être évité ou limité dans l'avenir. S'agissant d'une situation type dans laquelle A est toujours de nature à causer B, il sera justifié d'agir sur A pour éviter ou limiter la production de B. Lorsqu'une usine pollue une rivière, il existe un lien causal général entre l'activité de l'usine et la pollution de la rivière. Il n'y a aucun doute sur le fait que ce qui a causé la pollution dans le passé (l'activité de l'usine) sera ce qui causera (ou évitera) la

pollution dans l'avenir. Le *cheapest cost avoider*, pour le futur a donc toutes les chances de correspondre à celui qui augmentait le plus la probabilité du dommage passé²¹⁷⁶. Il peut toutefois arriver que des événements se déroulent différemment de ce que laissent supposer les probabilités *ex ante* : un escalier n'est pas éclairé, mais la personne qui a chuté est tombée en raison d'une crise d'épilepsie et non de la pénombre²¹⁷⁷. Un tel cas est problématique, même si, dans une telle hypothèse, il est probable qu'un économiste se prononcerait pour la responsabilité du gardien de l'escalier, afin de l'inciter à l'éclairer. L'exemple montre que la qualification causale de l'économiste peut prendre des libertés avec les faits passés pour se concentrer sur l'impératif de prévention des dommages et de répartition optimale des coûts sociaux²¹⁷⁸. La causalité est prise en considération, non plus pour identifier *le fait à l'origine du dommage* subi, mais pour évaluer *l'incidence de la condamnation* éventuelle sur le comportement des agents et la richesse globale.

Le caractère *probabiliste* de la causalité, dans le raisonnement économique, explique les difficultés d'analyse des cas particuliers se laissant difficilement rattacher à des liaisons causales générales. Lorsque les événements ont pris un cours si inhabituel qu'il est difficile de les appréhender en termes de loi causale probabiliste, donc lorsque leurs chances de reproduction sont infimes -comme ce fut le cas dans l'affaire Palsgraf- les arguments de l'analyse économique sont peu convaincants²¹⁷⁹. Il faut, en outre, tenir compte des cas dans lesquels celui qui se présente comme une cause du dommage passé ne sera pas, pour l'avenir, le *cheapest cost avoider* de dommages du même type²¹⁸⁰. Supposons qu'un médicament se provoque, chez certains patients, des réactions allergiques qui n'étaient pas prévisibles avant qu'elles ne se produisent. On considérera sans hésiter que le médicament, donc son fabricant, est à l'origine de ces réactions allergiques. Mais après enquête, on découvre que ces réactions allergiques ne se produisent que chez un certain type de patient,

²¹⁷⁶ Ce dont convient J. Stapleton, *op. cit.* p. 126.

²¹⁷⁷ J. Stapleton, *op. cit.*, p. 121. L'exemple est repris de G. Calabresi, « *Concerning Cause...* », art. préc.

²¹⁷⁸ En cela, l'approche de l'analyse économique est « *forward looking* » : elle s'intéresse plus aux effets ultérieurs de la décision judiciaire qu'au rétablissement de l'équilibre entre les protagonistes par la réparation du tort commis (approche « *backward looking* »).

²¹⁷⁹ On notera à cet égard, que Calabresi distingue les hypothèses d'enchaînements imprévisibles selon le type de victime, le type de dommage ou l'étendue du dommage. Selon lui, ces cas de figure sont à aborder différemment pour la détermination du *cheapest cost avoider*. Le fait que l'étendue du dommage ait été imprévisible ne change rien dans l'identification du *cheapest cost avoider* puisque c'est le fait originel qui compte. En revanche, si l'enchaînement causal abouti à une victime imprévisible, l'analyse peut en être changée. G. Calabresi, « *Concerning cause...* », art. préc. p. 91 et s.

²¹⁸⁰ J. Stapleton, *op. cit.*, p. 126.

porteurs d'un certain gène. On pourra toujours dire que le fait du fabricant du médicament est l'une des causes (parmi d'autres) de ces réactions allergiques. Mais il n'est pas certain qu'il sera le *cheapest cost avoider* de ces dommages. Dans un tel cas, ce seront plutôt les patients qui seront les *cheapest cost avoider*, bien qu'ils ne paraissent pas pouvoir être qualifiés de cause de leur dommage.

615. Conclusion du A. L'angle de vue fourni par l'analyse économique de la responsabilité est indiscutablement riche d'enseignements pour le juge, qui peut s'en inspirer pour prendre parti dans un litige, en se fondant notamment sur la *probabilité ex ante* du dommage et la désignation de celui qui peut *prévenir* le dommage. On soulignera néanmoins que l'approche économique ne peut être la seule. La finalité revendiquée par les économistes -la maximisation des richesses²¹⁸¹- constitue aussi la *limite* de l'analyse économique du droit. Non seulement la maximisation des richesses ne peut être le *seul* horizon de la règle de droit dans une société, mais la perspective utilitariste elle-même peut être critiquée pour des raisons de principe²¹⁸². L'approche uniquement *fonctionnelle* de la responsabilité civile, soit son intégration dans un calcul qui tient compte des objectifs poursuivis au sein d'une société donnée, peut être contestée au motif que la responsabilité a, avant tout, pour objet de rétablir l'ordre à la suite d'un trouble intervenu dans l'ordre des choses. Tel fut, nous l'avons vu, l'argument d'Epstein pour promouvoir l'idée de justice corrective et le retour à l'analyse *backward looking*.

On concèdera à l'analyse économique qu'elle poursuit d'abord l'objectif de *prévention* des dommages. Et l'objectif de prévention des dommages est un objectif souhaitable *en soi*, par respect de principe pour la protection de l'intégrité physique des personnes. Mais la prévention des accidents n'est souhaitée, par les économistes, que lorsque le coût du dommage est supérieur au coût de prévention de ce dernier. Autrement dit, on n'estimera, dans un jugement de responsabilité, que les choses auraient dû se passer différemment que si le prix à payer pour cela n'était pas trop élevé : seront licites les dommages dont le coût d'évitement est important. Il n'est, pourtant, pas contestable que certains comportements ou

²¹⁸¹ Contrairement à Calabresi, qui a travaillé sur la base de cet objectif sans nécessairement affirmer qu'il est le plus souhaitable, Posner a toujours défendu l'idée selon laquelle cet objectif est le plus souhaitable possible.

²¹⁸² Sur les rapports entre l'analyse économique du droit et la pensée utilitariste, v. Richard A. Posner, « *Utilitarianism, Economics and Legal Theory* », 8, *Journal of Legal Studies*, 103, (1979).

certaines dommages constituent, en eux-mêmes, des événements à proscrire, indépendamment de leur coût ou du coût de leur évitement.

B. La prévention des risques

616. L'émergence du principe de précaution a mis en évidence, plus encore que l'analyse économique du droit, la *fonction préventive* de la responsabilité. En particulier, la *lutte contre les dommages corporels* est un objectif fondamental, peu important son coût. De ce point de vue, la responsabilité civile peut constituer, parmi d'autres mécanismes, le moyen de mener une politique de diminution et de prévention des dommages aux personnes et à l'environnement. Toute la question est de savoir si un tel contexte peut conduire à un assouplissement des critères de causalité.

617. Aspects du principe de précaution²¹⁸³. Lors de la conférence des Nations unies sur l'environnement à Rio de Janeiro en 1992, fut élaborée une déclaration dont le principe 15 dispose qu'« en cas de risques graves ou irréversibles, l'absence de certitudes scientifiques absolues ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir la dégradation de l'environnement »²¹⁸⁴. Depuis cette déclaration, le principe de précaution a été progressivement reconnu en droit français, d'abord par la Loi Barnier de 1995 qui définit ce principe comme celui « selon lequel l'absence de certitude compte-tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable », puis dans la Charte de l'environnement, en vigueur depuis le 1^{er} mars 2005, qui lui donne un caractère constitutionnel en énonçant que « lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution

²¹⁸³ V. sur ce sujet Philippe Kourilsky et Geneviève Viney, *Le principe de précaution*, Rapport au Premier Ministre, éd. Odile Jacob, 2000 ; Mathilde Boutonnet, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, thèse dactyl. Orléans, 2003 ; Patrice Jourdain, « Principe de précaution et responsabilité civile », LPA 30 nov. 2000 p. 51 et s. ; Denis Mazeaud, « Responsabilité civile et précaution », RCA hors série 2001, p. 74.

²¹⁸⁴ Déclaration de Rio, citée par Claude Henry et Marc Henry, « Incertitude scientifique et principe de précaution », Risques n°49, mars 2002 p. 99.

et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer la réalisation du dommage ». La rédaction de ces textes montre que l'on n'est pas loin, ici, de la logique des économistes du droit puisque sont évoquées les idées de « coût économiquement acceptable » ou de « mesures proportionnées ». Si, par ailleurs, le principe de précaution concerne les risques environnementaux, on l'étend volontiers aux risques sanitaires. Enfin, et surtout, ce principe a vocation à jouer en situation d'*incertitude*, au sens où nous l'avons précédemment définie, soit en l'absence de lien causal avéré. Cette « indétermination épistémologique » signifie qu'aucune probabilité, aucun lien statistique significatif n'a pu être mis en évidence d'un point de vue scientifique. Par exemple, le lien causal entre la production d'énergie à l'aide de combustibles fossiles et le réchauffement climatique ne peut ni être établi, ni être écarté. Il est tout simplement impossible de s'exprimer sur la vraisemblance de certains événements, en l'état des connaissances scientifiques²¹⁸⁵.

618. Causalité et précaution. En tant que tel, le principe, qui implique seulement des *comportements de précaution en situation d'incertitude*, ne semble pas avoir de répercussion sur l'appréciation de la causalité dans la responsabilité civile, puisque cette dernière fonctionne de manière rétrospective, une fois le risque réalisé²¹⁸⁶. On pourrait estimer, toutefois, qu'il doit conduire le juge à adopter une appréciation très souple de la causalité dans des contentieux impliquant une incertitude scientifique. La démarche consisterait à retenir la causalité alors que n'existe qu'une simple éventualité, voire même une suspicion, de lien causal entre le vaccin contre l'hépatite B et la sclérose en plaque. Cette solution serait-elle justifiée, dans un souci de prévention des risques ? On peut bien sûr le penser, au sens où faire reposer une responsabilité sur un laboratoire en cas de simple suspicion d'un effet indésirable d'un médicament aurait sans doute pour conséquence d'inciter tous les intervenants du secteur à être vigilants et à tester efficacement leurs

²¹⁸⁵ Autrement dit, le principe de précaution « suppose de soumettre des activités humaines à des investissements qui ne peuvent se justifier, au moment où ils doivent être effectués, par une connaissance scientifique précise ». O'Riordan et Jordan, cités par C. Henry et M. Henry, art. préc. p. 100.

²¹⁸⁶ Comp. Catherine Thibierge, « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile?) », RTD civ. 1999, p. 561 ; « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », D. 2004 chron. p. 577 ; M. Boutonnet, thèse préc. n°753 et s. L'idée de responsabilité pour l'avenir est en soi contradictoire. Attribuer à quelqu'un un événement donné suppose de renvoyer à un fait passé. Il nous semble important, par ailleurs, de ne pas confondre la responsabilité morale, éthique ou politique avec la responsabilité juridique, et, en particulier, la responsabilité civile qui obéit à une toute autre logique.

produits. Mais une telle politique aurait des effets pervers : elle conduirait probablement à une inflation du contentieux, et n'encouragerait pas l'innovation, alors même que la mise au point de nouveaux produits et de nouvelles thérapies peut être vitale pour certains malades. En réalité, seule nous semble justifiée l'idée d'une *responsabilité pour une situation de risque*, dans des hypothèses dans lesquelles le risque est avéré, même si le dommage ne s'est pas produit. Consacrer, en revanche, une responsabilité dans le cas où le risque n'est pas avéré, donc en situation d'incertitude, est très délicat. Seule l'éventuelle prise en compte d'une suspicion *sérieuse* de risque nous paraît envisageable. Pour le reste, il ne nous semble ni acquis, ni souhaitable que le principe de précaution mène à consacrer massivement des relations causales qui ne sont pas scientifiquement établies.

619. La responsabilité en raison d'une situation de risque avérée. L'idée sous-jacente à l'incrimination de la mise en danger se développe dans la responsabilité civile : certains comportements, parce qu'ils sont de nature à provoquer des dommages graves, doivent être sanctionnés, peu important que le risque se soit, ou non, effectivement réalisé. Autrement dit, il s'agit moins d'une responsabilité sans dommage que d'une responsabilité pour un dommage constitué par le risque²¹⁸⁷. La jurisprudence française a eu l'occasion d'appliquer cette idée. La Cour de cassation a affirmé que le fait d'exposer autrui à un risque constituait une faute de nature à engager la responsabilité²¹⁸⁸. La situation de risque constitue également un trouble de voisinage. La deuxième Chambre civile a, par exemple, estimé²¹⁸⁹ que le propriétaire d'une villa construite en bordure d'un golf subissait un trouble du fait de vivre sous la menace constante d'une projection de balles. De même, le risque d'incendie constitue un trouble de voisinage²¹⁹⁰.

Le *Common Law* connaît également des développements de cette nature²¹⁹¹. Aux Etats-Unis, c'est le recours à la notion de *préjudice moral* qui permet de sanctionner les situations

²¹⁸⁷ V. F. Millet, *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, thèse LGDJ coll. Fondation Varenne, 2001.

²¹⁸⁸ Cass. 3^e civ. 17 décembre 2002, JCP 2004 chron. I 101, n^o5, obs. G. Viney.

²¹⁸⁹ Cass. civ. 2^e 10 juin 2004, RTD civ. 2004 n^o4 obs. Jourdain. De même peut-on citer la qualification de troubles de voisinage constitué par des arbres en position instable qui menaçaient de tomber, Cass. 2^e civ. 5 février 2004, D. 2004 2520 note S. Beaugendre.

²¹⁹⁰ Cass. 2^e civ. 24 février 2005, JCP G 2005 I chron. 149 n^o 10 obs. G. Viney, JCP G 2005, II, 10100, note F.-G. Trébulle.

²¹⁹¹ Glen O. Robinson, « Probabilistic Causation and Compensation for Tortious Risk », 14, *Journal of Legal Studies*, 779 (1985); David Rosenberg « The Causal Connection in Mass Exposure cases : a « Public Law » Vision of the Tort System », 97 *Harvard Law Review*, 849 (1983-84).

de risque. Dans un arrêt important (*leading case*), la Cour Suprême du New Jersey a admis, en 1987²¹⁹², que *l'exposition à un risque* de cancer constituait un préjudice moral (*mental distress*) justifiant une responsabilité. Cette jurisprudence a connu depuis un certain succès, notamment en cas d'exposition à une substance toxique qui n'a pas, ou pas encore, produit ses effets. Certains auteurs remarquent, à cet égard, que l'évaluation des dommages-intérêts semble tenir plus de la durée d'exposition à la substance toxique que du véritable état psychologique des victimes²¹⁹³. Cette jurisprudence est appuyée par les économistes du droit, qui l'estiment de nature à promouvoir la prévention des risques²¹⁹⁴. En Angleterre, le jeu de la responsabilité pour création d'un risque est plus délicat. Une décision très contestée a admis la responsabilité dans un cas où le dommage n'était pas réalisé mais semblait imminent. Dans *Anns v. Merton London Borough Council*²¹⁹⁵, le locataire d'une maison fut indemnisé par son propriétaire et le constructeur de la maison, en raison de fondations défectueuses dont l'état engendrait un danger imminent pour la sécurité et la santé. La Chambre des Lords est toutefois revenue ultérieurement sur cette solution²¹⁹⁶, dont on notera qu'elle n'avait conduit qu'à une condamnation pour le montant de la réparation des fondations défectueuses²¹⁹⁷.

620. Le problème du risque non avéré. Il est beaucoup plus délicat et contestable de retenir la responsabilité lorsque le risque n'est pas avéré, donc lorsqu'on ne dispose d'aucune liaison causale générale, d'aucune corrélation statistique concluante. La jurisprudence française a parfois admis qu'un risque non avéré de dommage pouvait

²¹⁹² *Ayers v. Jackson Township*, 525 A. 2d 287 (N.J.S.C. 1987). La Cour a pris la précaution de préciser : « proofs (must) demonstrate, through reliable expert testimony predicated upon the significance and extent of exposures to chemicals, the toxicity of the chemicals, the seriousness of the diseases from which individuals are at risk, the relative increase in the chance of onset of disease in those exposed, and the value of early diagnosis... »

²¹⁹³ J.G. Fleming, « *Probabilistic Causation...* », art. préc. p. 677.

²¹⁹⁴ William W. Landes & Richard A. Posner, « Tort Law as a Regulatory Regime for Catastrophic Personal Injuries », 13 *Journal of Legal Studies*, 417 (1984).

²¹⁹⁵ *Anns v. Merton London Borough Council*, (1978) A. C. 728, (1977) 2 All. E. R. 492 (H.L.).

²¹⁹⁶ *D. & F. Estates v. Church Commissioners*, (1989) A. C. 177, (1988) 2 All. E. R. 992 (H.L.).

²¹⁹⁷ Dans les cas d'exposition à un risque n'ayant pas produit ses effets, certains auteurs proposent des critères permettant le jeu de la responsabilité, tel celui de « la production d'un état physique latent dont il est certain qu'il produira des dommages corporels invalidants dans le futur » (« *The production of a latent bodily condition certain to produce disabling personal injuries in the future* »). En effet, s'il existe des cas où ces dommages sont certains – par exemple, pour les victimes contaminées par le HIV – tel n'est pas toujours le cas : on peut être exposé à une substance cancérigène et ne pas développer de cancer. J. Stapleton, *The Gist of Negligence I*, art. préc.

constituer un trouble en dépit de l'incertitude scientifique. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence a, en effet, estimé que la présence d'une antenne de téléphonie mobile placée à proximité d'une école primaire constituait un trouble anormal de voisinage²¹⁹⁸. La Cour d'appel de Bordeaux, le 26 octobre 2004 a toutefois rejeté cette qualification²¹⁹⁹. Là encore se pose la question du *seuil* à partir duquel admettre qu'existe une possibilité sérieuse de causalité. Par hypothèse, l'incertitude scientifique est une situation dans laquelle on ne dispose pas de corrélation scientifique établie, donc pas de probabilité. Les potentialités des technologies contemporaines justifieraient-elles que l'on passe outre cette incertitude pour condamner les comportements peu précautionneux, indépendamment de leurs effets, réels ou potentiels ? Revient-il vraiment à la responsabilité civile d'intervenir alors même qu'aucune causalité ne peut être envisagée ?

Une solution raisonnable consiste sans doute à sanctionner les comportements manifestement peu précautionneux dans des hypothèses où l'on dispose de *suspensions raisonnables* concernant la capacité de telle ou telle technologie à causer des dommages. Cette *suspicion de causalité* doit être plausible²²⁰⁰ et concerner des effets graves et irréversibles. Par exemple, l'arrêt rendu en matière de téléphonie mobile par la Cour d'appel d'Aix en Provence tenait compte d'avis parus dans la littérature scientifique selon lesquels le seul risque potentiellement admis concerne le déplacement de personnes « devant l'antenne et dans le faisceau » ce qui était en l'occurrence le cas. En résumé, une solution cohérente serait de retenir le « risque potentiel » uniquement lorsque son éventualité est justifiée par des éléments sérieux et qu'il implique des dommages d'une certaine gravité. En particulier, des *régularités* observées entre la cause et l'effet, fût-ce de manière non concluante aux yeux des scientifiques, seront de nature à justifier une suspicion légitime de causalité. Il pourra s'agir de cas dans lesquels les expériences n'ont pu être menées que sur des animaux, ou d'hypothèses dans lesquelles les études épidémiologiques sont contradictoires, certaines étant toutefois de nature à justifier l'admission d'un lien causal. Il serait souhaitable, à cet égard, que la « possibilité de lien

²¹⁹⁸ CA Aix en Provence, 8 juin 2004, D. 2004 jur. p. 2678 note M. Boutonnet ; D. 2005 p. 186 obs. D. Mazeaud.

²¹⁹⁹ CA Bordeaux, 26 octobre 2004, RCA 2005 comm. n°3 obs. Ch. Radé.

²²⁰⁰ Un spécialiste a proposé une échelle des certitudes en matière de causalité ainsi formulée : exclues, douteuses, plausibles, vraisemblables et très vraisemblables. Marc Girard, « Expertise médicale : questions et... réponses sur l'imputabilité médicamenteuse », D. 2001 p. 1251.

causal », soit là encore, exprimée en termes de probabilités, ce qui permettrait, le cas échéant, de tenir compte de cette incertitude dans la réparation.

621. Conclusion de la section. Les considérations de politique juridique pouvant guider la qualification de la causalité sont d'ordre divers. La fonction *normative* de la responsabilité et l'impératif d'*indemnisation* des victimes peuvent peser pour, ou contre, la qualification causale. De même, *l'efficacité économique* peut constituer un argument de nature à emporter le jugement de causalité, dans le souci de faire peser la responsabilité sur celui qui est en mesure de prévenir le dommage : à cet égard, c'est le critère de la probabilité *ex ante* qui est déterminant. Enfin, le principe de *précaution* peut éventuellement justifier l'admission d'une suspicion de causalité dans les hypothèses d'incertitude qui ne permettent pas de se reposer sur une liaison causale générale, fût-elle purement statistique. Dans ce cadre, il est indéniable que la qualification du lien causal soit le moyen pour le juge de mener, dans une certaine mesure, une politique jurisprudentielle en matière de responsabilité. Nous répéterons, une fois en core, qu'une telle politique ne doit pas pour autant aboutir à consacrer une causalité purement fictive, au sens où la cause ne serait même pas une condition *sine qua non* du dommage.

622. Conclusion du chapitre. Les arguments permettant de conclure à la qualification d'un lien de causalité sont à la fois tirés des circonstances de fait et de certains objectifs de politique juridique. Les premiers ont d'abord pour objet d'établir le caractère de condition *sine qua non* du fait du défendeur. Les seconds permettent de compléter les incertitudes et les limites de la première étape. Une question subsiste toutefois : ces critères doivent-ils être appliqués de façon *cumulative* ou *alternative* ? Lequel doit prévaloir ? S'agissant des éléments de fait, il nous paraît indispensable que le fait du défendeur constitue au moins une condition *sine qua non* du dommage. Si ce caractère ne peut être établi avec suffisamment de certitude, un raisonnement probabiliste s'impose, qui conduit à répercuter la probabilité sur la condamnation au moyen de la technique de la *perte d'une chance*. Les considérations de politique juridique peuvent venir, le cas échéant, combler l'incertitude affectant l'établissement de la condition *sine qua non*. Mais elles ne sauraient justifier l'admission d'une causalité purement fictive. Autrement dit, la probabilité que le fait du défendeur constitue une condition *sine qua non* du dommage ne doit pas être trop faible. S'agissant des éléments de politique juridique, leur prise en compte doit être souple. C'est au juge qu'il appartient de faire prévaloir l'un ou l'autre, en pesant la portée de chaque argument.

Conclusion de la seconde partie

623. Parce que le jugement de causalité, dans la responsabilité civile, n'a pas seulement vocation à expliquer les faits passés, sa définition en droit doit tenir compte du rôle assumé par la notion au sein de la règle juridique. En tant que mode d'*imputation*, la causalité constitue à la fois une condition pivot de la responsabilité, profondément intriquée aux deux autres conditions traditionnelles de cette dernière, et un moyen de mesurer la réparation par la détermination des effets causés par chaque responsable. La logique contrefactuelle de la condition *sine qua non* permet d'éclairer l'ensemble des aspects de la mise en œuvre de la responsabilité, qu'il s'agisse de la détermination du fait d'une chose, de celle du dommage réparable, ou de l'exonération de responsabilité pour force majeure. En outre, la causalité probabiliste, qui se fonde sur le critère de la probabilité *ex ante* est, largement présente dans la mise en œuvre de la responsabilité, toute en se rapprochant plus nettement du critère de l'illicite, en particulier de la faute.

L'importance de ces éléments montre que la notion de causalité, envisagée du point de vue de la technique de la responsabilité, ne constitue pas une notion purement *fonctionnelle*, dont la qualification n'obéit qu'aux impératifs de la règle de droit. La fonction *imputative* de la causalité est, en réalité, largement liée à sa fonction *explicative*. Il est donc impossible de consacrer une notion de « *causalité juridique* » détachée de la matérialité des faits et des représentations courantes, ce qui aboutirait à rendre le langage du droit inintelligible et délégitimerait les décisions rendues. Pour autant, la qualification du lien de causalité doit s'adapter au contexte dans lequel elle intervient. Il est impossible d'écarter, à cet égard, l'influence de considérations de politique juridique en la matière.

Cela signifie que la qualification du lien causal doit découler d'un *débat argumentatif* qui prend d'abord en compte les *circonstances de fait*. Des considérations de *politique juridique*, relevant à la fois de l'équité ou d'analyses utilitaristes, peuvent compléter l'aspect factuel de la causalité, notamment lorsque le jugement de causalité n'est pas certain. Malgré le jeu de ces éléments, il peut arriver, toutefois, que le caractère *seulement probable* du lien causal doive être répercuté dans le jugement de responsabilité. La technique de l'indemnisation pour *perte d'une chance* est, à cet égard, l'instrument idéal pour éviter la logique du tout ou rien. C'est ainsi qu'une cause constituant une simple

circonstance favorisante doit, faute d'autres éléments de nature à appuyer la qualification causale, donner lieu à une réparation pour perte de chance. De même, le critère des *parts de marché* permet de condamner différents fabricants proportionnellement à la probabilité que chacun se trouve à l'origine du dommage.

CONCLUSION GENERALE

624. Si, aux yeux du juriste, la causalité constitue d'abord un problème de *qualification* se posant dans le contexte de la mise en œuvre de la règle de responsabilité, elle renvoie également à la question plus fondamentale, théorique et philosophique, de savoir de quelle manière la règle juridique peut mobiliser à son profit –voire s'approprier– des concepts abstraits, issus des représentations courantes ou scientifiques. Finalement, c'est le problème de savoir comment le droit restitue une réalité sensible, lui apparaissant comme un « donné » extérieur, qui se pose en l'espèce. Or le droit ne décrit pas la réalité pour elle-même, dans l'objectif de la faire connaître, mais afin de légitimer l'application d'une règle juridique à la situation de fait considérée. Hart disait, à cet égard, que les concepts juridiques sont « ascriptifs », au sens où, même lorsqu'ils se présentent comme de pures descriptions des faits, ils opèrent l'attribution d'un droit ou d'une obligation²²⁰¹. La causalité remplit donc une double fonction performative dans le langage du droit : d'un côté, elle restitue, en l'expliquant, une réalité passée, d'un autre côté, elle opère l'imputation d'une responsabilité. Ces deux aspects conduisent aux deux angles de vue permettant d'analyser la notion : d'un côté, assimiler les propositions causales formulées dans le contexte juridique à ce qu'elles sont à l'extérieur du droit, soit un outil d'explication, d'un autre côté, voir lesdites propositions causales comme des attributions obéissant à la logique de la responsabilité civile.

625. Aborder la causalité comme un mode de description et d'explication de la réalité matérielle conduit à se pencher sur les définitions formulées dans la pensée logique et scientifique, ou dans la pensée courante. D'un point de vue logique, le rapport de causalité se présente comme un rapport d'*implication*, exprimant une relation invariable, universelle et réciproque. A implique B signifie à la fois que A entraîne invariablement B (A est cause *suffisante* de B) et que l'occurrence de B suppose nécessairement l'occurrence antérieure de A (A est cause *nécessaire* de B). La logique moderne a admis, à la suite de J.

²²⁰¹ V. *supra* n°7.

S. Mill, de se concentrer sur l'idée de cause suffisante. A est cause s'il entraîne invariablement B, peu important que l'événement B puisse également être produit par une autre cause C. La conception de la relation causale comme exprimant une relation invariable et universelle a toutefois connu des affaiblissements dans la pensée scientifique contemporaine : le modèle dominant n'est plus *déterministe*, les lois causales ne sont plus invariables, mais *probabilistes*. A n'entraîne plus B dans 100% des cas, mais dans 60% des cas. Cela signifie que le rapport de causalité ne s'exprime plus qu'en termes de probabilités, comme le fait la théorie de la causalité adéquate. Bien souvent d'ailleurs, le rapport causal s'exprime en termes d'*augmentation des probabilités*, notamment en médecine et en biologie : A augmente de 30% la probabilité de B. Cette augmentation, pour être établie, suppose de comparer la probabilité de B en présence et en l'absence de A, ce qui suppose un raisonnement contrefactuel. Quoi qu'il en soit, la difficulté de cette référence aux probabilités est qu'elle conduit à tenir compte des simples probabilités *ex ante* de dommage, sans référence à ce qui s'est effectivement passé.

626. Une autre manière d'exprimer la relation causale consiste à s'affranchir de l'idée de liaison générale régulière pour privilégier une approche *singulière* et *contrefactuelle* de la causalité. Dans cette optique, la cause est l'événement en l'absence duquel le dommage ne se serait pas produit, donc une condition *sine qua non* du dommage. Cela signifie-t-il que toute condition *sine qua non* puisse être qualifiée de cause, comme l'affirme la théorie de l'*équivalence des conditions* ? Nous ne le pensons pas. Pour être convaincant, le critère de la condition *sine qua non* doit être assorti de restrictions. Il convient, d'abord, d'exclure les propositions *purement tautologiques*, analytiquement vraies, mais dépourvues de toute valeur explicative. Lorsqu'on s'interroge sur les causes du décès de M. X, il est absurde de retenir la naissance de M. X comme une cause de sa mort. De même est-il inutile de retenir comme cause du vol d'une voiture le fait pour la victime d'avoir fait l'acquisition de ladite voiture. Il faut, par ailleurs, que le raisonnement contrefactuel se déroule dans un *monde possible* qui ressemble au nôtre. Rien ne sert, par exemple, de supposer l'absence de la loi de la gravitation universelle, ou de l'oxygène dans l'atmosphère. De même, la proposition selon laquelle un escalier a causé la chute de la victime n'a aucune valeur si on la justifie en affirmant qu'« en l'absence d'escalier, il n'y aurait pas eu de chute » : aucun monde possible n'est, en effet, envisageable, dans lequel on trouverait un immeuble sans escalier. S'il est, en revanche, plausible d'imaginer que l'escalier aurait pu être moins raide, ou moins glissant, admettre le fait de l'escalier est envisageable. Assorti de ces restrictions, le critère de la condition *sine qua non* est

convaincant. Une difficulté tient, toutefois, au fait qu'il aboutit souvent à des conclusions seulement *probables* et non certaines. Il est en effet difficile de déterminer ce qui se serait produit en l'absence du fait du défendeur. Bien souvent, on ne pourra conclure qu'à une probabilité, pour la victime, d'échapper au dommage dans le cas où le fait générateur n'aurait pas eu lieu. Dans de telles hypothèses, le juge admet parfois la réparation pour perte de chance, solution qui devrait, selon nous, être généralisée.

627. Les théories logiques précédemment évoquées peuvent paraître complexes. Cela explique la tentative des auteurs anglais Hart et Honoré de développer une conception non philosophique de la causalité dans le droit de la responsabilité. Ce faisant, les auteurs ont souhaité répondre aux juristes ayant invoqué la complexité de la notion pour promouvoir une approche purement sceptique, à l'image de Paul Esmein déclarant que c'est « par sentiment » que les juges tranchent les questions de causalité. Leur théorie prend place dans une conception du droit comme « texture ouverte » qui incorporerait les notions du langage ordinaire dans leur sens le plus courant. C'est donc en se référant au bon sens de l'homme de la rue qu'il faudrait interpréter la notion de causalité. Les attributions causales devraient, à cet égard, être opérées par analogie avec le modèle le plus simple de relation causale que nous connaissons d'expérience, soit celui dans lequel une personne agit directement sur quelque chose en le poussant, le jetant etc... Les auteurs en concluent que la cause est avant tout un événement *anormal* qui « fait la différence » en introduisant un changement dans le cours des choses. Séduisante sur le principe, cette approche ne fournit pas, toutefois, de solution concluante dans les cas difficiles qui sont ceux dans lesquels le besoin d'une définition se fait le plus sentir.

628. En définitive, les différentes théories étudiées convergent vers un critère fondamental qui constitue leur dénominateur commun : la condition *sine qua non*. Nous en concluons que la cause, pour expliquer le dommage, est *au minimum* une condition *sine qua non* de ce dernier. Cette conclusion peut paraître mince. Mais cela n'est qu'apparent. D'une part, le raisonnement contrefactuel, tel que nous l'avons décrit, intègre largement les autres critères de la causalité évoqués : la condition dont l'absence était envisageable dans un monde possible, proche du nôtre, a toutes les chances de correspondre à l'événement faisant la différence de Hart et Honoré, de même qu'à l'événement qui augmentait le plus les chances de dommage, puisque, par définition, l'absence dudit événement réduisait à néant ces chances. D'autre part, le *raisonnement contrefactuel* inhérent à la causalité se retrouve dans les notions et les mécanismes fondamentaux de la responsabilité civile, en permettant de les éclairer sous un jour nouveau.

629. En effet, le critère de la causalité *sine qua non* n'a pas pour seule vertu de permettre l'identification de ce qui a rendu possible le dommage. Le raisonnement contrefactuel qu'implique un tel critère sous-tend toute la responsabilité, et permet d'éclairer des notions essentielles : le fait d'une chose, le dommage, la force majeure. Cela est logique. Admettre une responsabilité suppose une confrontation avec les possibles : le jugement de responsabilité consiste, d'abord, à affirmer que le cours des événements *aurait pu* être différent. Responsabilité et causalité impliquent donc, l'une comme l'autre, que soit envisageable un « monde possible » dans lequel le dommage ne se serait pas produit. En revanche, aucune responsabilité ne peut être imputée s'il était acquis que l'enchaînement des faits était fatal. De même, aucune responsabilité ne peut être établie en référence à une situation idéale qui, jamais, n'aurait pu être.

En particulier, le dommage constitue moins la dégradation dans le temps d'une situation, que la différence entre la situation effective de la victime et ce que cette situation aurait pu être dans un monde possible où le fait du défendeur ne se serait pas produit. De ce point de vue, il n'y a pas de dommage *en soi* mais seulement un dommage en référence à une situation contrefactuelle préférable qui aurait pu se produire dans un monde possible et proche. Autrement dit, il n'y a de dommage que *causé*. Il faut dénoncer, à cet égard, la tendance récente d'établir le dommage non plus en référence à une *situation alternative possible* mais à une situation idéale qui, jamais, n'aurait pu être atteinte. Admettre, par exemple, que le préjudice de Nicolas Perruche était constitué de son seul handicap constituait un glissement dans la logique de la responsabilité en acceptant de comparer la situation de la victime à une situation plus favorable arbitrairement définie, la naissance sans handicap, que, jamais, la victime n'aurait pu connaître.

Relever l'importance, dans la mise en œuvre de la responsabilité, de l'explication causale contrefactuelle n'exclut pas que l'*imputation causale* tienne compte d'autres considérations. Si l'*explication* par le critère de la condition *sine qua non* constitue la première étape du jugement de causalité, ce dernier met également en jeu des éléments relevant d'une logique d'*attribution*. Lorsque le déroulement des événements et les conditions *sine qua non* du dommage sont acquis, il reste à désigner ce qui « porte la responsabilité » du dommage. Par exemple, lorsque la victime a subi une erreur médicale consécutivement à un accident de la circulation l'ayant conduit à l'hôpital, il convient de déterminer celui qui, de l'automobiliste ou du médecin, a *causé* le dommage final, au sens où il en est *responsable*. Le critère de la probabilité *ex ante* de dommage, donc le risque, peut être amené à jouer dans cette opération d'imputation. D'autres éléments entrent

également en ligne de compte, qui correspondent aux différents objectifs de la responsabilité : sanction du défendeur fautif, indemnisation de la victime, prévention des risques, efficacité économique. Cela signifie que la qualification du lien causal n'est pas seulement formulée en considération de la *matérialité* des faits passés mais aussi en référence à la *règle juridique* dans laquelle s'insère la notion de causalité. Ce faisant, l'imputation causale s'éloigne de la logique de l'*explication* pour dépendre d'un ensemble de considérations propres à la responsabilité civile, qui intègrent les objectifs de politique juridique poursuivis par le juge.

Au final, la *causalité juridique* est un jugement de causalité résultant du raisonnement contrefactuel auquel s'ajoutent des éléments propres à la logique d'imputation. Cet aspect ne doit pas mener, toutefois, à des qualifications purement fictives, au sens où seraient qualifiés de « cause juridique » des événements dont le caractère de cause *sine qua non* serait des plus douteux. Si l'on peut parler de *causalité juridique* pour désigner la manière dont le droit choisit de retenir certaines causes, l'interprétation de la causalité doit conserver une certaine proximité avec les *représentations courantes*. Le droit de la responsabilité doit, en effet, pouvoir rester *intelligible*. Il est, en outre, illusoire de voir dans l'idée de causalité juridique une « réalité juridique » autonome relevant du « monde du droit ». La causalité permet l'imputation d'une responsabilité mais ne désigne rien d'autre que la *réalité concrète*.

Fruit d'une délibération mobilisant différents arguments entre lesquels il convient d'arbitrer, la qualification du lien de causalité est, au plein sens du terme, une opération de *jugement*. Elle implique tant l'*acte* de juger que la *faculté*, soit « la qualité qui consiste à bien juger des choses qui ne sont pas l'objet d'une perception immédiate ou d'une démonstration rigoureuse »²²⁰². Constituant bien plus qu'une plate description de la réalité passée, elle a pour mission à la fois de rendre *intelligible* une consécution d'événements et d'*attribuer* à chacun ce qui lui revient.

630. Nos principales propositions de thèses peuvent se résumer ainsi :

²²⁰² V° « Jugement » in A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit. pp. 548-549.

- Consacrer véritablement le caractère fondamental du critère de la condition *sine qua non* précisé dans le cadre du *raisonnement contrefactuel* précédemment décrit. La responsabilité, en effet, ne peut être établie qu'au moyen d'une confrontation avec les *possibles* : retenir la responsabilité implique de regretter cet « avenir qui l'a pas eu lieu », selon la belle expression de Jacques Lesourne²²⁰³. Cette optique implique, en particulier, de ne tenir compte que de *mondes possibles* suffisamment proches du nôtre pour être crédibles, ce qui exclut toute comparaison avec des situations idéales et inatteignables.
- Admettre le caractère fréquemment *probable*, et non certain, de la relation causale contrefactuelle, conséquence du fait que notre monde n'est pas déterministe. Envisager le cours normal des choses en l'absence de fait illicite conduit logiquement à se représenter le cours *probable* des choses. Nos jugements de causalité, fussent-ils formulés *ex post*, ne peuvent que refléter notre relative ignorance des effets de nos actes. Selon la belle formule de Raymond Aron, la causalité doit « restituer au passé l'incertitude de l'avenir »²²⁰⁴, faute de quoi nous tomberions dans l'« illusion rétrospective de fatalité ». Si, au temps de Hume, le caractère seulement probable des relations causales était un signe de l'ignorance des hommes et de l'imperfection de leur savoir, on estime aujourd'hui que le *probable* et l'*aléatoire* relèvent de la *structure* même du réel. Le droit doit donc en tenir compte et admettre, plus largement qu'il ne le fait, le recours aux *probabilités*. Dans la responsabilité civile, le recours à l'indemnisation pour *perte d'une chance*, qui permet de traduire le caractère probabiliste du raisonnement causal doit être consacré et généralisé. Loin de constituer une solution injuste, ce mécanisme opère un *compromis* entre l'intérêt de la victime et celui du défendeur.
- Tenir compte de l'importance des considérations de politiques juridiques qui guident les choix du juge en matière d'*imputation* de la responsabilité. Ces éléments propres à la politique de la responsabilité peuvent parfois compenser le caractère seulement probable de la causalité *sine qua non*, à la condition de ne pas aboutir à des qualifications purement fictives.
- Remplacer, enfin, les expressions datées de causalité adéquate et d'équivalence des conditions par des notions plus expressives et contemporaines. L'équivalence des

²²⁰³ Jacques Lesourne, *Ces avènements qui n'ont pas eu lieu*, Paris, Odile Jacob, 2001.

²²⁰⁴ R. Aron, *op. cit.* pp. 181-182.

conditions laisserait la place à la notion de condition *sine qua non*. L'expression de causalité adéquate serait remplacée par celle de *lien causal probabiliste*, exprimant la probabilité de dommage engendrée par le fait étudié en vertu d'une régularité causale générale. Ce changement de terminologie aurait le mérite de montrer que ces notions, loin de s'exclure l'une l'autre comme le feraient des théories antagonistes, se recourent à bien des égards.

BIBLIOGRAPHIE

Remarque : Cette bibliographie reprend les principales références utiles à l'intelligence du sujet. Des références plus précises sont données en note de bas de page.

I. Bibliographie en langue française

A. Thèses, monographies

- ANDRE Christophe, *Le fait du créancier contractuel*, préf. G. Viney, LGDJ, 2002
- ANTONMATTEI Paul-Henri, *Contribution à l'étude de la force majeure*, préf. B. Teyssié, LGDJ Bibl. droit privé t. 220, 1992
- BENABENT Alain, *La chance et le droit*, préf. J. Carbonnier, LGDJ, coll. Bibl. droit privé, t. 128, 1973
- BELLISSANT Jean, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyen et des obligations de résultat*, préf. R. Cabrillac, LGDJ, 2001
- BORGHETTI Jean-Sébastien, *La responsabilité du fait des produits, Etude de droit comparé*, préf. G. Viney, LGDJ Bibl. droit privé t. 428, Paris, 2004
- BOUTONNET Mathilde, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, thèse dactyl. Orléans, 2003
- BRUN Philippe, *Les présomptions dans le droit de la responsabilité civile*, thèse dactyl. Grenoble II, 1993
- CABALLERO Francis, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, LGDJ, Bibl. droit privé t. 169, 1981
- CAYLA Olivier, *La notion de signification en droit, Contribution à une théorie du droit naturel de la communication*, thèse Paris II, 1992
- CESARO Jean-François, *Le doute en droit privé*, préf. B. Teyssié, éd. Panthéon-Assas, Paris, 2003
- CHABAS François, *L'incidence de la pluralité des causes sur le droit à réparation*, préf. H. Mazeaud, LGDJ Bibl. droit privé, t. 78, Paris, 1967
- CHARTIER Yves, *La réparation du préjudice*, Dalloz, 1983
- DEJEAN DE LA BÂTIE Noël, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, préf. H. Mazeaud, LGDJ, Bibl. droit privé t. 57, 1965

- DALBIGNAT-DEHARO Gaëlle, *Vérité scientifique et vérité judiciaire*, thèse, LGDJ, Bibl. de l'Institut André Tunc, t. 2, 2004
- DESCAMPS Olivier, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, thèse Paris II, 2001
- FABRE-MAGNAN Muriel, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, préf. J. Ghestin, LGDJ, Bibl. droit privé t. 221, 1992
- FAVIER Joseph, *La relation de cause à effet dans la responsabilité civile quasi-délictuelle*, thèse Paris, 1951
- FILIPPI Marthe, *Le préjudice indirect*, thèse Lille, 1933
- GARDIES Jean-Louis, *Essai sur les fondements a priori de la rationalité morale et juridique*, LGDJ, 1971
- GRARE Clothilde, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, préf. Y. Lequette, Dalloz, coll. Nouv. Bibl. thèses, vol. 45, Paris, 2005
- GUEGAN-LECUYER Anne, *Domages de masse et responsabilité civile*, thèse Paris 1, 2004
- GUEX, *La relation de cause à effet dans les obligations extra-contractuelles*, Lausanne, 1904
- HOSNY N. *Le lien de causalité en droit pénal*, thèse Paris Le Caire, 1955
- JOLY André, *Essai sur la distinction du préjudice direct et du préjudice indirect*, thèse Caen, 1938
- JOURDAIN Patrice, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, thèse dactyl., Paris II, 1982
- KOURILSKY Philippe et VINEY Geneviève, *Le principe de précaution*, Rapport au Premier Ministre, éd. Odile Jacob, 2000
- LAITHIER Yves-Marie, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, préf. H. Muir Watt, LGDJ, coll. Bibl. droit privé, t. 419, 2004
- LAPOYADE-DESCHAMPS Christian, *La responsabilité de la victime*, préf. A. Tunc, Bordeaux, 1977
- LEROYER Anne-Marie, *Les fictions juridiques*, thèse dactyl. Paris II, 1995

- MADHAVI SABET Mohamad Ali, *Essai sur la notion de causalité en droit pénal français*, thèse dactyl. Paris II, 1987
- MAÎTRE Grégory, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, préf. H. Muir Watt, LGDJ, coll. Droit et Economie, Paris, 2005
- MARTEAU Pierre, *La notion de causalité dans la responsabilité civile*, thèse dactyl. Aix-Marseille, 1913
- MARTY Gabriel, *La distinction du fait et du droit, Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de Cassation sur les juges du fait*, Sirey, 1929
- MIGNOT Marc, *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, préf. E. Loquin, Dalloz, coll. Nouv. Bibl. thèses, 2002
- MONTANIER Jean-Claude, *L'incidence des prédispositions de la victime sur la causalité du dommage*, Thèse Grenoble, 1987
- MOTUSKY Henri, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)*, préf. Paul Roubier, rééd. Dalloz, 1991
- NICOLESCO Mihail, *La notion de dommage direct (étude de doctrine et de jurisprudence sur le problème causal en matière de responsabilité civile)*, Paris, 1931
- ORTSCHEIDT Jérôme, *La réparation du dommage dans l'arbitrage international*, Dalloz, 2001
- PERELMAN Chaïm (dir.) *Le fait et le droit, Etudes de logique juridique*, E. Bruylant, Bruxelles, 1961
- PERELMAN Chaïm et FORIERS Paul (dir.) *Les présomptions et fictions en droit*, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1974
- PERELMAN Chaïm et VANDER ELST Raymond (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, E. Bruylant, Bruxelles, 1984
- PIROVANO Antoine, *Faute civile et faute pénale*, thèse Paris, 1966
- PRADEL Xavier, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, préf. P. Jourdain, LGDJ, Bibl. droit privé, t. 415, 2004
- PUECH Marc, *L'illicéité dans la responsabilité civile extra-contractuelle*, LGDJ, 1973

- RAY Jean, *Essai sur la structure logique du Code Civil français*, F. Alcan, 1926
- REBEYROL Vincent, *La charge de la preuve de la causalité*, Mémoire DEA de droit privé, Paris 1, 2004
- REIFERGESTE Stéphane, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, préf. H. Muir Watt, PUAM, 2002
- RIALS Stéphane, *Le juge administratif et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, Paris, LGDJ, 1980
- RIVES Georges, *Le lien de causalité entre la faute et le dommage apprécié par les tribunaux répressifs*, Mémoire DES
- RODIERE René et PEDAMON Michel (dir.), *Faute et lien de causalité dans la responsabilité civile délictuelle, Etude comparative dans les pays du Marché Commun*, Pedone, 1983
- ROUJOU DE BOUBEE Marie-Eve, *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, Bibl. droit privé, t. 135, Paris, 1974
- SAINT GERMAIN (de) Jean, *Le préjudice direct et le préjudice indirect en matière d'accidents engageant la responsabilité quasi-délictuelle, Etude théorique et pratique*, Paris, 1968
- SCHAMPS Geneviève, *La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de responsabilité*, préf. R. O. Dalcq, LGDJ, 1998
- SOULEAU Isabelle, *La prévisibilité du dommage contractuel*, thèse dactyl. Paris II, 1979
- STARCK Boris, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, Rodstein, 1947
- TAYLOR Simon, *L'harmonisation communautaire de la responsabilité du fait des produits défectueux, étude comparative du droit anglais et du droit français*, préf. G. Viney (?), LGDJ coll. Bibl. des thèses vol. ? 1999
- TREUIL Emmanuel, *La preuve en droit de l'environnement*, thèse dactyl. Paris I, 2002
- VINEY Geneviève, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, Bibl. droit privé t. 53, 1965
- VINEY Geneviève et KOURISLKY Philippe, *Le principe de précaution*, Rapport au Premier Ministre, éd. Odile Jacob, 2000

B. Ouvrages collectifs

Encyclopédie de la philosophie, Le livre de poche, 2002

Les métamorphoses de la responsabilité, Journées René Savatier, PUF, coll. Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, t. 32, 1998

L'américanisation du droit, Colloque de l'Association Française de Philosophie du Droit, APD t. 45, 2001

L'analyse économique du droit, Colloque Aix-Marseille 1986, RRJ droit prospectif 1987-2

La fin de la faute ?, Droits, vol. 5, 1987

La philosophie du droit de Hans Kelsen, Cahiers de philosophie politique et juridique de l'université de Caen, n°9, 1986

La responsabilité, Archives de Philosophie du droit, tome 22, 1977

La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle, Colloque de Chambéry, RCA 2001, hors série, n°6 bis.

La responsabilité du fait des produits défectueux (la loi du 19 mai 1998), Colloque de l'Université Paris II, Les Petites Affiches, 28 décembre 1998, n°155

La responsabilité du fait des choses, réflexions autour d'un centenaire, sous la dir. de F. LEDUC Actes du Colloque de l'Université du Maine du 7 juin 1996, 1997

Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? (à propos des dommages et intérêts punitifs et de l'obligation de minimiser son propre dommage), BEHAR-TOUCHAIS Martine (dir.) Colloque du C.E.D.A.G., 21 mars 2002, Faculté de droit de Paris 5, Les Petites Affiches, 20 novembre 2002

C. Ouvrages, traités, manuels

1. Ouvrages juridiques

ALLAND Denis et RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy PUF, Quadrige, 2003

- AYNES Laurent, MALAURIE Philippe, STOFFEL-MUNCK Philippe, *Droit civil, Les obligations*, Defrénois, 2004
- AUBRY et RAU, par DEJEAN DE LA BATIE Noël, *Traité de droit civil français, tome VI, 2*, 8^e éd. 1989, Librairies Techniques
- BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, tome IV, Obligations*, 3^e éd., 1908
- BENABENT Alain, *Les obligations*, Montchrestien, Domat droit privé, 9^e éd. 2003
- BERGEL Jean-Louis, *Méthodologie juridique*, PUF, 2003
- BRUN Philippe, *Responsabilité civile extra-contractuelle*, Litec, 2005
- BORE Jacques et Louis, *La cassation en matière civile*, Dalloz, 2003
- CARBONNIER Jean, *Droit civil vol. 2, Les obligations*, PUF, 22^e éd. 2000, rééd. Quadriga 2004
- CAYLA Olivier et THOMAS Yan, *Du droit de ne pas naître, à propos de l'affaire Perruche*, Le débat, Gallimard, 2002
- CHAPUS René, *Droit administratif général, tome 1*, Montchrestien, Collection Domat droit public, 13^e éd. 1999
- COASE Ronald H., *Le coût du droit*, trad. Y. M. Morissette, PUF, coll. Droit, éthique, société, Paris, 2000
- CONTE Philippe, MAISTRE DU CHAMBON Patrick, *Droit pénal général*, 6^e éd. A. Colin, 2002
- CORNU Gérard, *Vocabulaire Juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 8^e éd. 2000
- DEFFAINS Bruno (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Cujas, 2002
- DEMOLOMBE G., Cours de Code Civil t.31, *Traité des engagements qui se forment sans convention*, Paris, 1882
- DOMAT Jean, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1689
- ESMEIN Paul, PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, *Traité pratique du droit civil français, t. VI, Obligations*, 1^{re} partie, 2^e éd.

EWALD François, *Histoire de l'Etat Providence*, Grasset, Livre de Poche, 1996

EWALD François, *L'Etat Providence*, Grasset, 1986

EWALD François, *Le principe de précaution*, PUF, Que sais-je ? 2001

FABRE-MAGNAN Muriel, *Les obligations*, PUF, Thémis droit privé, 2004

FENET, *Recueil des Travaux Préparatoires du Code*, t. XIII

FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Louis, SAVAUX Eric, *Les obligations tome 2, Le fait juridique*, 10^e éd. Armand Colin, 2003

GIRARD Paul Frédéric, *Manuel élémentaire de droit romain*, 1929, rééd. Dalloz 2003

JESTAZ Philippe, *Le droit*, 4^e éd., Dalloz coll. Connaissance du droit, 2002

JHERING von R. *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. O. de Meulenaere, tome 1, 3^e éd. 1886-1888

JOURDAIN Patrice, *Les principes de la responsabilité civile*, Dalloz coll. Connaissance du droit, 2003

KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, trad. Charles Eisenmann, Bruylant LGDJ coll. La pensée juridique, 1962 réimp. 1999

KIRAT Thierry, *Economie du droit*, La Découverte, coll. Repères, 1999

LAMBERT-FAIVRE Yvonne, *Droit du dommage corporel*, Dalloz, 5^e éd. 2004

LARROUMET Christian, *Les obligations, le contrat*, tome 3, Economica, 4^e éd. 1999

LE TOURNEAU Philippe, *Responsabilité civile*, Dalloz Action, 2004/2005

LEVY Jean-Philippe Lévy, CASTALDO André, *Histoire du droit civil*, 1^{re} éd., Dalloz, 2002

MACCORMICK, Neil, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, PUF, Les voies du droit, 1996

MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, STOFFEL-MUNCK Philippe, *Droit civil, Les obligations*, Defrénois, 2004

MARTY Gabriel et RAYNAUD Pierre, *Les obligations*, tome 1, *les sources*, Sirey, 2^e éd. 1988

MAZEAUD Denis (dir.), *Lamy Droit de la responsabilité*, Collection Lamy Droit civil, 2004

- MAZEAUD Henri et Léon, TUNC André, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, tome 1, Montchrestien, 6^e éd. 1965
- MAZEAUD Henri et Léon, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, tome 2, 6^e éd. 1970
- MAZEAUD Henri, Léon et Jean, CHABAS François, *Leçons de droit civil tome II Les obligations*, Montchrestien, 9^e éd. 1998
- MERLE Roger et VITU André, *Traité de droit criminel*, tome 1, 7^e éd. Cujas, 1997
- PERELMAN Charles, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, Méthodes du droit, 1979, rééd. Dalloz 1979
- PORTALIS, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, préf. M. Massenet, éd. Confluences, coll. Voix de la cité, 1999, p. 17
- POTHIER Robert Joseph, *Traité des obligations*, in *Œuvres complètes*, t. I, 2nde éd. Debure, Paris, 1831
- RIPERT Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd. LGDJ, 1949, reprint 2001
- ROBERT Jacques-Henri, *Droit pénal général*, PUF Coll. Thémis droit privé, 5^e éd. 2001
- SAVATIER René, *Traité de la responsabilité civile t. II*, LGDJ, Paris, 2^e éd. 1951
- SERIAUX Alain, *Le droit, une introduction*, éd. Ellipses, 1997
- SERIAUX Alain, *Les obligations*, PUF, coll. Droit fondamental, 2^e éd., 1998
- SCHWARZ-LIEBERMANN Von WAHLENDORF H. A. (dir.) *Exigence sociale, jugement de valeur et responsabilité civile en droits anglais, français et allemand*, LGDJ, Paris, 1983
- STARCK Boris, LAURENT Henri, BOYER Laurent, *Les obligations I-Responsabilité délictuelle*, 5^e éd. Litec, 1996
- TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 8^e éd. 2002
- TUNC André, *La responsabilité civile*, Economica, 2^e éd. 1989
- TUNC André, MAZEAUD Henri et Léon, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, tome 1, Montchrestien, 6^e éd. 1965

VAN DE KERCHOVE Michel et OST François, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, Les voies du droit, 1988

VILLEY Michel, *Le droit romain*, PUF coll. Que sais-je ? 10^e éd. 2002

VINEY Geneviève, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 2^e éd. 1995

VINEY Geneviève et JOURDAIN Patrice, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, 2^e éd. LGDJ, 1998

VINEY Geneviève et JOURDAIN Patrice, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, 2^e éd. LGDJ, 2001

VITU André et MERLE Roger, *Traité de droit criminel*, tome 1, 7^e éd. Cujas, 1997

2. Ouvrages philosophiques, épistémologiques, méthodologiques, littéraires

ANDLER Daniel, FAGOT-LARGEAULT Anne, SAINT-SERNIN Bertrand, *Philosophie des sciences vol. II*, coll. Folio essais, Gallimard, 2002

AMSELEK Paul (dir.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, PUF 1^{ère} éd. 1986.

ARISTOTE, *Métaphysique*, trad. J. Tricot, Vrin, 2000

ARISTOTE, *Physique*, trad. P. Pellegrin, GF Flammarion, 2000

ARON Raymond, *Introduction à la philosophie de l'histoire*, Gallimard, 1938, rééd. coll. Tel, 1986

ARON Raymond, *La philosophie critique de l'histoire*, Vrin, Points Essais, 1969

BARBEROUSSE Anouk, KISTLER Max, LUDWIG Pascal, *La philosophie des sciences au XX^e siècle*, Flammarion, coll. Champs Université, 2000

BARREAU Hervé, *L'épistémologie*, PUF, coll. Que sais-je ?, 5^e éd. 2002

BENATOUÏL Thomas, *Le scepticisme*, GF Flammarion, coll. Corpus, 1997

BERTHELOT Jean-Michel (dir.) *Epistémologie des sciences sociales*, PUF, 2001

BOUDON Raymond, BOURRICAUD François, *Dictionnaire critique de la sociologie*, PUF Quadrige 2004

- BOURGEOIS-GIRONDE Sacha, *Temps et causalité*, PUF, Philosophies, 2002
- BOYER Alain, *L'explication en histoire*, Presses Universitaires de Lille, coll. Opuscul, 1992
- BRUNSCHVICG Léon, *L'expérience humaine et la causalité physique*, PUF, 1949
- CARR Edward Hallet, *Qu'est ce que l'histoire ?*, trad. M. Sissung, La découverte, coll. 10/18, 1988
- DRAY William, *La philosophie de l'histoire*, éd. de l'Université d'Ottawa, 1981
- DURING Elie, *La métaphysique*, GF Flammarion coll. Corpus, Paris 1998, p. 11
- DURKHEIM Emile, *Les règles de la méthode sociologique*, PUF, 1937, 9^e éd. Quadrige, 1997
- FRANCK Robert (dir.), *Faut-il chercher aux causes une raison ? L'explication causale dans les sciences humaines*, Paris, Vrin, 1994
- FREDE Michael, « Les origines de la notion de cause », *Revue de Métaphysique et de Morale*, 1989, p. 483
- GIRAUDOUX Jean, *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, Grasset, 1935, Le livre de Poche, 1991
- GRAWITZ Madeleine, *Méthodes des sciences sociales*, Précis Dalloz, 2001
- HEMPEL Carl, *Eléments d'épistémologie*, trad. B. Saint Sernin, Armand Colin, coll. Cursus, 2^e éd. Paris, 1996
- HERACLITE, *Fragments*, trad. Jean-François Pradeau, GF Flammarion, 2^e éd. 2004
- HOUDÉ Olivier (dir.), *Vocabulaire des sciences cognitives*, PUF, Quadrige, 2003
- HUME, *L'entendement, Traité de la nature humaine*, Livre 1, trad. P. Baranger et P. Saltel, GF Flammarion, 1995
- HUME, *Enquête sur l'entendement humain*, trad. A. Leroy, GF Flammarion, 1983
- JASPERS Karl, *Introduction à la philosophie*, trad. J. Hersch, Plon, 10/18, 1997
- JONAS Hans, *Le principe responsabilité*, Flammarion, coll. Champs, 3^e éd. 1995
- KANT Emmanuel, *Critique de la raison pure*, trad. A. Tremesaygues et B. Pacaud, PUF, Quadrige, 1993
- KISTLER Max, *Causalité et lois de la nature*, Paris, Mathesis, Vrin, 1999

- LALANDE André, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 1926, Quadrige, 2002
- LANDEMORE Hélène, *Hume, probabilité et choix raisonnable*, PUF, Philosophie, 2004
- LECOURT Dominique, *La philosophie des sciences*, PUF, coll. Que sais-je ? 2è éd., 2002
- LECOURT Dominique (dir.), *Dictionnaire d'histoire et de philosophie des sciences*, PUF, Quadrige, 2003
- MALHERBE Michel, *La philosophie empiriste de David Hume*, Vrin, 1992
- MALHERBE Michel, *Qu'est-ce que la causalité ?*, Vrin, coll. Pré-textes, Paris, 1994
- MARROU Henri-Irénée, *De la connaissance historique*, Seuil, Points Histoire, 1975
- MILL John Stuart, *Système de logique déductive et inductive*, t.1, 6è éd. trad. L. Peisse, Paris, 1866, rééd. Pierre Madraga 1988
- MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois I*, éd. L. Versini, Gallimard, Folio Essais, 1995
- NEUBERG Marc, *La responsabilité, questions philosophiques*, PUF, coll. Philosophie morale, 1997
- PASCAL Blaise, *Pensées*, éd. Michel Le Guern, Folio classique, Gallimard, 1977
- PERELMAN Chaïm et OLBRECHTS-TYTECA Lucie, *Traité de l'argumentation*, 5è éd. préf. M. Meyer, éd. de l'Université de Bruxelles, 1988, 1992, 2000
- PIAGET Jean (dir.), *Les théories de la causalité*, Bibliothèque scientifique internationale, PUF, 1971
- PLATON, *Timée*, trad. A. Rivaut, Les Belles lettres, 1985, Gallimard coll. Tel
- PLATON, *Phédon*, trad. M. Dixsaut, GF Flammarion 1991
- PROST Antoine, *Douze Leçons sur l'histoire*, Seuil, Points Histoire, 1996
- REINACH Adolf, « Sur le concept de cause dans le droit pénal en vigueur », trad. Julien Cantegreil, APD, à paraître.
- RICOEUR Paul, *Le Juste 1*, éd. Esprit, Paris, 1995
- RICOEUR Paul, *Le Juste 2*, éd. Esprit, Paris, 2001
- RICOEUR Paul, *Temps et Récit, 1. L'intrigue et le récit historique*, Seuil, Points Essais, 1983

- SAINT AUGUSTIN, *Confessions*, trad. J. Trabucco, GF Flammarion, 1964 p. 264
- SOLER Léna, *Introduction à l'épistémologie*, Ellipses, 2000
- SPINOZA, *L'éthique*, trad. Roland Caillois, Gallimard, Folio essais, 1954
- VEYNE Paul, *Comment on écrit l'histoire*, Seuil, Points Histoire, 1971
- VIENNOT Laurence, DEBRU Claude (dir.), *Enquête sur le concept de causalité*, PUF, Science, histoire et société, 2003
- VILAIN Christiane, « Causalité classique (physique) », in *Dictionnaire d'histoire et de philosophie des sciences*, PUF, Quadrige, 2003, p. 149
- WEBER Max, *Essais sur la théorie de la science*, trad. Julien Freund, Plon, 1965, Pocket, 1992
date originelle ?
- WITTGENSTEIN Ludwig, *Tractatus logico-philosophicus*, 1922, trad. G. G. Granger, Gallimard coll. Tel 1993
- YAKIRA Elhanan, *La causalité de Galilée à Kant*, PUF, Philosophies, 1994

D. Articles, chroniques

- ABERKANE Henri, « Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes », RTD civ. 1958, p. 516
- AUBERT Jean-Luc, « Indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère, n'aurait pas dû être », D.2001, p. 489
- AUBERT Jean-Luc, « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile », D. 2005 chron. p. 1115
- AYNES Laurent, « Préjudice de l'enfant né handicapé : la plainte de Job devant la Cour de cassation », D. 2001, chron. p. 492
- BACH Louis, « Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile en droit français », RTD civ. 1977, p. 17 et p. 221
- BAROT R. « Remarques sur la notion de cause et sur ses applications », Rev. Gale des Ass. Terrestres, III, 1989, 495.

- BATIFFOL Henri, « Observations sur la spécificité du vocabulaire juridique », *Mélanges Marty*, p. 35
- BENAYOUN Claude, « De l'autorité de la chose jugée au pénal en matière de cause étrangère », D. 1999 chron. p. 476
- BENOIT Francis-Paul, « Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (problèmes de causalité et d'imputabilité) », JCP 1957, I, 1351
- BERAUD René, « Les mythes de la responsabilité civile », JCP 1964, 1, 1837
- BORE Jacques, « L'indemnisation pour les chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable », JCP 1974, 1, 2620
- BORE Jacques, « La causalité partielle en noir et blanc ou les deux visages de l'obligation *in solidum* », JCP 1971 2369
- BRUNEAU Catherine, « Analyse économétrique de la causalité, un bilan de littérature », Revue d'économie politique, 106 (3) juin 1996, p. 323
- CADIET Loïc, « Sur les faits et méfaits de l'idéologie de la réparation », *Mélanges Draï*, Dalloz, 2000, p. 495
- CADIET Loïc, « Les métamorphoses du préjudice », in *Les métamorphoses de la responsabilité*, Journées René Savatier, PUF, coll. Publ. Fac. de droit de Poitiers, t. 32, 1998, p. 37
- CANIVET Guy, « Le juge entre progrès scientifique et mondialisation », RTD civ. 2005 p. 33
- CAVIN Pierre et MICCIO Renato, « Le dommage indirect dans le droit de la responsabilité civile », rapports du 7^e colloque juridique international, Cannes 18-21 octobre 1974, Comité Européen des Assurances, Revue Générale des Assurances Terrestres t.46, 1975, p. 101
- CAYLA Olivier, « Le droit de se plaindre, analyse du cas (et de l'anti-cas Perruche) », in *Du droit de ne pas naître* Le débat, Gallimard, 2002.
- CAYLA Olivier, « La qualification », Droits, vol. 18, 1993, p 1
- CHABAS François, « Bilan de quelques années de jurisprudence en matière de rôle causal », D. 1970, chron. 113
- CHABAS François, « Fait ou faute de la victime ? », D. 1973, chron. p. 207

- CHAZAL Jean-Pascal, « « L'ultra-indemnisation » : une réparation au-delà des préjudices directs », note sous Cass. 2^e civ. 19 juin 2003, D. 2003, comm. p. 2326.
- COMMARET Dominique-Noëlle, « La responsabilité pénale des décideurs en matière de délits non intentionnels depuis la loi du 10 juillet 2000 », Gazette du Palais, 10-11 septembre 2004, p. 3
- CORNU Gérard, « Linguistique juridique », *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 952
- CROZE Hervé, « L'incidence des mécanismes processuels sur l'établissement du lien de causalité », in *Exigences sociales, jugement de valeur et responsabilité civile en droit français, allemand et anglais*, sous la dir. H.A. Lierbermann von Walhendorf, LGDJ, Paris, 1983
- DAILLE-DUCLOS Brigitte, « Le rejet général des actions en responsabilité engagées contre les fabricants de tabac par les juridictions européennes », Petites Affiches, 5 avril 2005p. 6
- DEFFERRARD Fabrice, « Une analyse de l'obligation de sécurité à l'épreuve de la cause étrangère », D. 1999 chron. p. 364
- DESCHENAUX Henri, « Norme et causalité en responsabilité civile », *Recueil offert au Tribunal Fédéral Suisse à l'occasion de son centenaire*, 1975, p. 399
- DESCORPS DECLERE Frédéric, « La cohérence de la Cour de cassation sur la perte de chance consécutive à une faute du médecin », D. 2005 chron. p. 742
- DESHAYES Olivier, « Le dommage précontractuel », RTD com. 2004, p. 187
- DOLL Paul-Julien, « Des conséquences pécuniaires du refus par la victime d'un accident de se soumettre à une opération chirurgicale améliorante après consolidation des blessure », JCP G 1970, doc. 2351
- DUPUY Pierre-Marie, « Responsabilité » in *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 1341
- DURRY Georges, « L'irremplaçable responsabilité du fait des choses », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, PUF, Dalloz, 1999 p.707
- ENGEL Laurence, « Vers une nouvelle approche de la responsabilité, Le droit français face à la dérive américaine », Esprit, juin 1993, p. 7

- EL SHAKANKIRI Mohamed, « Analyse du langage et droit chez quelques juristes anglo-américains de Bentham à Hart », Archives de Philosophie du Droit n°, 1970, *Les philosophies du droit anglaises et américaines*, p. 113
- ESSER Jean « Responsabilité et garantie dans la nouvelle doctrine allemande des actes illicites », RIDC, 1961, p. 48
- ESMEIN Paul, « Trois problèmes de responsabilité civile », RTDCiv.1934, 317
- ESMEIN Paul, « Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité », Dalloz 1964, 1, 205
- EWALD François, « La faute civile : droit et philosophie », *Droits*, vol. 5, 1987, p. 45
- FABRE MAGNAN Muriel, « Avortement et responsabilité médicale », RTD civ. 2001, p. 285
- FACCHINI François, « Principe de causalité et économie de la responsabilité civile », in B. Deffains (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Cujas, 2002, p. 151.
- FRANCK Robert, « Deux approches inattendues de la causalité : Aristote et les Stoïciens » in *Faut-il chercher aux causes une raison ? L'explication causale dans les sciences humaines*, R. Franck (dir.), Paris, Vrin, 1994, p. 172
- FREJAVILLE Marcel, « Les pouvoirs des juges du fait en matière de responsabilité civile », *Semaine Juridique* 1934, 657
- GAJDOS Thibaut et LANGLOIS Eric, « La perception des probabilités et la prise de décision », *Risques* n°49, mars 2002 p. 86
- GIRARD Marc, « Causalité « certaine » ou causalité suffisante ? », *Lexbase Hebdo* n°170, 1^{er} juin 2005
- GOBERT Michelle, « La Cour de cassation méritait-elle le pilori ? », *Les Petites Affiches*, 8 décembre 2000, n°245
- GOLLIER Christian, « Face au principe de précaution : que croire ? qui croire ? », *Risques* n°57, mars 2004 p. 98
- GRUA François, « La responsabilité civile de celui qui fournit le moyen de causer un dommage », RTD civ ; 1994, p. 1

- GRZEGORCZYK Christophe « L'impact de la théorie des actes de langage dans le monde juridique : essai de bilan », in *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, dir. Paul Amselek, 1^{ère} éd. 1986, p. 165
- GRZEGORCZYK Christophe, « Le concept de bien juridique : l'impossible définition ? » APD 1979 p. 259
- HEERS Mireille, « L'indemnisation de la perte d'une chance », Gaz. Pal. mars-avril 2000, p. 525
- HENRY Claude et Marc, « Incertitude scientifique et principe de précaution », Risques n°49, mars 2002 p. 99
- HESPEL Bertrand, « La causation aux 17^e et 18^e siècles : de la rupture d'un consensus à sa restauration », in *Faut-il chercher aux causes une raison ? L'explication causale dans les sciences humaines*, sous la dir. de Robert Franck, Paris, Vrin, 1994
- JAMIN Christophe, « L'oubli et la science. Regard partiel sur l'évolution de la doctrine privatiste à la charnière des XIX^e et XX^e siècles », RTD civ. 1994 p. 815
- JESTAZ Philippe, « Source délicieuse... (Remarques en cascades sur les sources du droit) », RTD civ. 1993 p. 73
- JESTAZ Philippe, « Une question d'épistémologie », RTD civ. 2001 p. 547
- JOLY André, « Vers un critère juridique du rapport de causalité au sens de l'art. 1384 al.1^{er} du Code Civil », RTD civ. 1942 p. 257
- JOSSERAND Louis, « La responsabilité envers soi-même », D. H. 1934, chron. 73
- JOURDAIN Patrice, « Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle », in *Les métamorphoses de la responsabilité*, PUF, coll. Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, t. 32, 1998, p. 65
- JOURDAIN Patrice, « Une loi pour rien ? », RCA 1998 chron. n°16
- JOURDAIN Patrice, « Loi anti-Perruche : une loi démagogique », D.2002, *Point de vue*, p. 891
- KARILA de VAN Juliana, « Le droit de nuire », RTD civ. 1995 p. 533
- LADRIERE Jean, « La causalité dans les sciences de la nature et dans les sciences humaines », in *Faut-il chercher aux causes une raison ?* Robert Franck (dir.), Paris, Vrin, 1994, p. 249

- LAGARDE Xavier, « Finalités et principes du droit de la preuve, ce qui change », JCP G 2005 I doctrine 133
- LAMBERT-FAIVRE Yvonne, « L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance de réparation », RTD civ. 1987, p. 1
- LAMBERT-FAIVRE Yvonne, « De la poursuite à la contribution : quelques arcanes de la causalité », Dalloz 1992, chron. 311
- LANGLAIS Eric et GAJDOS Thibault, « La perception des probabilités et la prise de décision », Risques n°49, mars 2002 p. 86
- LARGEAULT Jean, « Causalité », in Encyclopédie philosophique universelle, Les notions philosophiques, tome 1, PUF, 1990, p. 284
- LARROUMET Christian, « Pour la responsabilité contractuelle », *Mélanges Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 543
- LAUDE Anne, « L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit privé français ? » in M. BEHAR-TOUCHAIS, Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? (à propos des dommages et intérêts punitifs et de l'obligation de minimiser son propre dommage), Colloque du C.E.D.A.G., 21 mars 2002, Faculté de droit de Paris 5, Les Petites Affiches, 20 novembre 2002, p. 55
- LIMPENS Jean, « La théorie de la « relativité aquilienne » en droit comparé », *Mélanges Savatier*, p. 559
- LEDUC Fabrice, « La cause exclusive », RCA 1999 chron. 17 p. 4
- LEDUC Fabrice, « Le spectre du fait causal », RCA 2001, chron. 20
- LEGRAND Pierre, « Pour le *Common Law* », *Mélanges Christian Mouly*, vol. 1, Litec, 1998, p. 85
- LETURMY Laurence, « La responsabilité délictuelle du contractant », RTD civ. 1998 p. 839
- MACKAAY Ejan, « La règle juridique observée par le prisme de l'économiste – une histoire stylisée du mouvement d'analyse économique du droit », Rev. Int. droit économique, 1986, p. 43
- MACKAAY Ejan, « Le juge a-t-il le droit d'ignorer l'économiste ? », RRJ 1987-2 p. 635

- MARKESINIS Basil, « Réflexions d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arrêt Perruche », RTD civ. 2001, 1987
- MARTY Gabriel, « La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile (étude comparative des conceptions allemandes, anglaises et françaises) », RTD civ. 1939, p. 685
- MARTY Gabriel, Annales de la Faculté de droit de Toulouse, 1953-54, tome 2, p. 12
- MARTY Gabriel, « L'expérience française en matière de responsabilité civile et les enseignements du droit comparé », *Mélanges Maury t. 2*, 173
- MAYAUD, Yves « Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal... », JCP G chron. p. 603
- MAZEAUD Denis, « Famille et Responsabilité (réflexions sur quelques aspects de « l'idéologie de la réparation »), *Mélange Catala*, Litec, 2001, p. 569
- MAZEAUD Henri « Le fait actif de la chose », *Mélanges Capitant* p. 517
- MEMETEAU Gérard, « Perte de chances et responsabilité médicale », Gaz. Pal. 1997, II p. 1367
- MEURISSE Robert, « Le déclin de l'obligation *in solidum* », D. 1962 chron. p. 243
- MISTRETTA Patrick, « La responsabilité pénale médicale à l'aune de la loi du 10 juillet 2000, évolution ou révolution ? », JCP G 2002 doctrine I 149
- MUIR WATT Horatia, « La modération des dommages en droit anglo-américain » in M. BEHAR-TOUCHAIS, Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? (à propos des dommages et intérêts punitifs et de l'obligation de minimiser son propre dommage), Colloque du C.E.D.A.G., 21 mars 2002, Faculté de droit de Paris 5, Les Petites Affiches, 20 novembre 2002, p. 45.
- NAST M. « La cause en matière de responsabilité du fait des chose », JCP 1941 1 p. 221
- NERSON Roger, « Exercices de vocabulaires », *Mélanges Voirin*, 1966, p. 603
- NGUYEN Thanh Nha, « L'influence des prédispositions de la victime sur l'obligation à réparation », RTD civ. 1976, p. 1
- OPPETIT Bruno, « Droit et Economie », APD n°37, 1992, p. 17

- PATTERSON Edwin W., « L'influence des faits sur les jugements de valeur juridique (*judicial evaluations*) », *Mélanges Dabin*, p. 197
- PFERSMANN Otto, « Fait », *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 695
- PICARD Pierre, « L'assureur face à la théorie du risque », *Risques* n°49, mars 2002 p. 61
- PIERROUX Emmanuèle, « Le fait des choses inertes. Esquisse de bilan des dernières « arabesques de la jurisprudence » », *RRJ* 2004
- PILON Eustache, « Le problème juridique de l'électricité », *RTD civ.* 1904 p. 5
- PORCHY Stéphanie, « Lien causal, préjudices réparables, et non respect de la volonté du patient », *D.*1998, chron. 380
- PRADEL Jean, « De la véritable portée de la loi du 10 juillet 2000 sur la définition des délits non intentionnels » *D.* 2000, Point de vue, p. V
- PUIILL Bernard, « Les caractères du fait non fautif de la victime », *D.* 1980, chron. p. 157.
- REMY Philippe, « Critique du système français de responsabilité civile », *Droit et Culture* 1996/31 p. 31
- REMY Philippe, « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997 p. 323
- REMY-CORLAY Pauline, « Exécution et réparation : deux concepts ? », *RDC* 2005 p.
- REVEL Jacques, « Les sciences historiques », in *Epistémologie des sciences sociales*, sous la dir. Jean-Michel Berthelot, PUF, 2001, p. 21.
- RICOEUR Paul, « La prise de décision dans l'acte médical et dans l'acte judiciaire », in *Le Juste 2*, éd. Esprit, 2001, p. 245
- RICOEUR Paul, « Le concept de responsabilité, Essai d'analyse sémantique », *Esprit*, nov. 1994, p. 28, réédité in *Le Juste 2*, éd. Esprit, 2001, p. 41
- RIVERO Jean, « Apologie pour les « faiseurs de systèmes » », *Dalloz* 1951 chron. XXII p. 23
- SALVAGE Philippe, « Le lien de causalité en matière de complicité », *RSC* 1981, p. 25
- SAVATIER René, « Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé ? », *Dalloz* 1970, chron. 123

- SAVAUX Eric, « La fin de la responsabilité contractuelle ? », RTD civ. 1999, p. 1
- SIMMONDS Nigel, « La causalité et la preuve », Droits vol. 23, 1996, p. 107
- STARCK Boris, « La pluralité des causes de dommages et la responsabilité civile (la vie brève d'une fausse équation : causalité partielle = responsabilité partielle) », JCP 1970, I, 2339
- TALLON Denis, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », RTD civ. 1994 p. 223
- TALLON Denis, « Pourquoi parler de faute contractuelle ? » *Mélanges Cornu*, PUF 1994, p. 429
- TALLON Jean-Marc et VERGNAUD Jean-Christophe, « Comment exprimer les croyances dans l'incertain ? », Risques n°49 mars 2002, p. 93
- TANGOURDEAU Jean-Pierre, « Le caractère certain et direct du préjudice en matière de responsabilité extra - contractuelle de la puissance publique », *Actualité Juridique de Droit Administratif*, 1974, p. 508
- TERRE François, « Propos sur la responsabilité civile », APD t. 22 1977 p. 41.
- THIBIERGE Catherine, « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile?) », RTD civ. 1999, p. 561
- THIBIERGE Catherine, « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », D. 2004 chron. p. 577
- THOMAS Yan, « La vérité, le temps, le juge et l'historien », *Le Débat*, n°101, 1998, p. 18
- TUNC André, « Les récents développements des droits anglais et américain sur la relation de causalité entre la faute et le dommage dont on doit réparation », *Revue internationale de droit comparé*, 1953, p. 5
- TUNC André, « Les paradoxes du régime actuel de la responsabilité de plein droit », D. 1976, chron. p. 13
- VACARIE Isabelle, « La perte d'une chance », *Revue de la Recherche Juridique*, 1987, p. 903
- VEDEL, Georges, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein », JCP 1948, I, chron. 682
- VERGNAUD Jean-Christophe et TALLON Jean-Marc « Comment exprimer les croyances dans l'incertain ? », Risques n°49 mars 2002, p. 93

- VIALLE Pierre, « Lien de causalité et dommage direct dans la responsabilité administrative », *Revue de droit public et de sciences politiques*, 1974, p. 1243
- VINEY Geneviève, « La responsabilité contractuelle en question », in *Le contrat au début du XXIe siècle*, Mélanges Jacques Ghestin, LGDJ, 2001, p. 921
- VINEY Geneviève, Chronique Responsabilité civile, JCP G 2005, I chron. 149
- VISSER'T HOOFT H. Ph., « Causalité et sens commun : esquisse d'une analyse conceptuelle », in *Etudes de logique juridique*, volume 5, sous la dir. de Ch. Perelman, E. Bruylant, Bruxelles, 1973
- WACHSMANN Patrick, « Qualification », *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 1277
- WALINE Marcel, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », *Mélanges Dabin*, p. 359
- WEBER Max, « Possibilité objective et causalité adéquate en histoire », in *Etudes critiques pour servir à la logique des sciences de la « culture »* in *Essais sur la théorie de la science*, trad. Julien Freund, Pocket, Agora, 1992, p. 269 et s.
- WESER M., « Présomptions et fictions en droit international privé », in *Les présomptions et fictions en droit*, Travaux du centre national de recherches de logique, Chaïm Perelman et Paul Foriers (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1974, p. 144
- WICKER Guillaume, « Fiction » in *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 716

E. Principales notes et observations citées

AGOSTINI Eric,

Note sous Cass 2è civ. 11 juillet 1977, D. 1978 jur. 581

Note sous Cass. 2è civ. 11 février 1981, D. 1982, p. 255

ANDRE Christophe,

Note sous CA Douai, 15 mars 2001, D. 2002, jur. p. 307

APPERT Georges,

Note sous Cass. civ. 13 janvier 1908, Sirey 1911, 1, 217

Note sous Cass. civ. 28 février 1910, Sirey 1911, 1, 329

AUBERT Jean-Louis,

Obs. sous Cass. 1^{re} civ. 13 déc 1988 Defrénois 1989 art.34554 n°56

AUDIC Olivia,

Note sous Cass. 2^e civ. 26 septembre 2002 D. 2003 jur. p. 1257

BEAUGENDRE Stéphane,

Note sous Cass. 2^e civ. 5 février 2004, D. 2004 jur. p. 2520

BLANC Gérard,

Note sous Cass. 2^e civ. 15 juin 2000, D. 2001, p. 886

BOUTONNET Mathilde,

Note CA Aix en Provence, 8 juin 2004, D. 2004 jur. p. 2678

CASTETS-RENARD Céline,

Note sous Cass. 2^e civ. 19 juin 2003, JCP 2003, II, 10170

CHABAS François,

Obs. mensuelles in *Droit et Patrimoine*, rubrique responsabilité civile

Note sous Cass. ass. plén. 19 juin 1981, D. 1982, p. 85

Note sous Cass 2^e Civ 21 juillet 1982 JCP G 1982, II, 19861

Note sous Cass. 2^e civ. 3 février 1983, JCP G 1984, II, 20183

Note sous Cass. ass. plén. 9 mai 1984, D. 1984 p. 525

Note sous Cass. 2^e civ. 6 avril 1987, JCP G 1987, II, 20828

Note sous Cass. ass. plén. 17 novembre 2000, JCP G 2000, II, 10438

Note sous Cass. 2^e civ. 8 novembre 2001, JCP G 2001, II, 10493

CHAZAL Jean-Pascal,

Note sous Cass. 2^e civ. 19 juin 2003, D. 2003, jur. p. 2326

CHAUVEL Patrick,

Obs. sous Cass. 1^{re} civ. 6 novembre 2002, Droit et Patrimoine. 2003 n°112 p. 110

Obs. Cass. 1^{re} civ. 30 novembre 2004, Droit et Patrimoine 2005 n°3697

CONTE Philippe,

Note sous Cass. 2^e civ. 27 janvier 2000, JCP G 2000, II, 10363

Note sous Cass. crim. 13 novembre 2002, D. 2004, jur. p. 1336

CORNU Gérard,

Note sous Cass. crim. 10 juillet 1952, JCP 1952, II, 7272

CORPART Isabelle,

Note sous Cass. 2^e civ. 18 mars 2004, D. 2005 jur. p. 125

CROZE Hervé,

Note sous Cass. com. 25 mars 2003, JCP G 2004, II, 10164

DAILLE-DUCLOS Brigitte,

Note sous Cass. 2^e civ. 20 novembre 2003, JCP G 2004, II, 10004

DAMAS Nicolas,

Note sous Cass. 2^e civ. 18 septembre 2003, D. 2004 jur. p. 25

Note sous Cass. 2^e civ. 24 février 2005 D. 2005 jur. p. 1395

DEJEAN DE LA BÂTIE Noël,

Note sous Cass. 1^{re} civ. 7 juin 1977, JCP G 1978, II, 19003

Note sous Cass 2^e civ, 23 février 1983, JCP G 1984, II, 20124

Note sous Cass. ass. plén. 9 mai 1984, JCP G 1984, II, 20555

Note sous Cass. 2^e civ. 28 novembre 1984, JCP G 1985, II, 20477

Note sous Cass. 3^e civ. 5 décembre 1984, JCP G 1986, II, 20543

Note sous Cass. 2^e civ. 8 février 1989, JCP G 1990, II, 21544

DELAGARDE Jacques,

Note sous CA Paris, 25 avril 2000, JCP 2002, II, 10032

DELEBECQUE Philippe,

Obs. sous Cass. com. 1^{er} oct. 1997, D. 1998 som.com.199

DEMOGUE René,

Obs. RTD civ. 1922, p. 629

DEPAPT-SEBAG Valérie,

Note sous Cass. 2^e Civ. 23 janvier 2003, D. 2003, p. 2465.

DORSNER-DOLIVET, Annick,

Note sous Cass. 1^{re} civ. 17 février 1993, JCP G 1994, II, 22226

EDELMAN Bernard,

Note sous TGI Paris, 8 juillet 1981, *LICRA c. Faurisson*, D. 1982, p. 59

ESMEIN Paul,

Cass. 2^e civ. 13 mars 1957, JCP G 1957, II, 10084

Cass. crim. 15 janvier 1958, JCP G 1959, II, 11026

Crim. 31 mars 1960 et 26 déc 1960, JCP 1961, II, 1293

Cass. ch. Réunies, 25 novembre 1964, JCP 1964, II, 13972

FLOUR Jacques,

Note sous Cass. civ. 19 et 24 février 1941, DC 1941 p. 85

GHESTIN Jacques,

Note sous Cass. ass. plén. *Blieck*, JCP G 1991, II, 21673

GODECHOT Sara,

Note sous Cass. 2^e civ. 11 décembre 2003 D. 2004 jur. p. 2181

GOUT Olivier,

Note sous Cass. 1^{re} civ. 4 décembre 2001, JCP G 2002, II, 10198

GRIDEL Jean-Pierre,

Note sous Cass. 1^{ère} civ. 3 juillet 2002 D. 2002, jur. p. 2631

GROUDEL Hubert,

Obs. sous Cass. 2^e civ 15 juin 2000, RCA 2000 comm. 292

Obs. sous Cass. 2^e civ. 10 mai 2001 RCA 2001, comm. 18

Note Cass. 2^e Civ. 4 juillet 2002, D. 2003 jur. p. 859

Obs. Cass. 2^e civ. 18 septembre 2003, RCA 2003 comm. 286

Obs. sous Cass. 2^e civ. 24 février 2005 RCA 2005 comm. 121

GRYNBAUM Luc,

Obs. sous CA Chambéry, 4 janvier 2000, RCA 2000 n°317

Note sou Cass. 2^e civ. 20 novembre 2003, D. 2003

Note sous Cass. 1^{re} civ. 5 avril 2005, JCP G II 10085 (avec Jean-Marie JOB)

HEBRAUD Pierre,

Note sous TGI Thonon les bains, 29 mai 1942, Sirey 1942, 2, 41

Note sous Cass. civ . 2 » janvier 1945, Sirey 1946, 1, 57

HOCQUET-BERG Sophie,

Obs. sous Cass. 2^e civ. 24 février 2005, RCA comm. 145

JOURDAIN Patrice,

Chroniques trimestrielles à la *Revue Trimestrielle de droit civil*, rubrique responsabilité civile.

Note sous Cass. ass. plén. 9 mai 1984, JCP G 1984, II, 20256

Note sous Cass. 1^{re} civ. 17 janvier 1995, D. 1995, p. 351

Note sous Cass. ass. plén., 17 novembre 2000, D. 2001, p. 332

Obs. Cass. 2^e civ. 7 et 11 juillet 2002, D. 2003 somm. 461

Note sous Cass. ass. plén. 13 décembre 2002 D. 2003 p. 231

Note sous Cass. 1^{re} civ. 17 janvier 2003, D. 2003, p. 591

Obs. Cass. 2^e civ. 13 mai 2004, D. 2005 pan. p. 192

Obs. Cass. crim. 28 janvier 2004 D. 2005 pan. p. 190

LAGARDE Franck,

Obs. Cass. 2^e civ. 12 décembre 2002, D. 2003, somm. p. 2541

LAMBERTYE-AUTRAND (de) Marie-Christine,

Note sous Cass. 1^{re} civ. 4 décembre 2001, D. 2002, jur. p. 3044

LAPOYADE-DESCHAMPS Christian,

Note sous Cass. 2^e civ. 25 juin 1998 D. 1999 jur. p. 416

LARROUMET Christian,

Note sous Cass. 1^{re} civ. 7 juin 1977, D. 1978, p. 289

Note sous Cass. 2^e Civ 21 juillet 1982, D. 1982, 449

Note sous Cass. 2^e civ. 15 décembre 1986 D 1987 p. 221

LAYDU Jean-Baptiste,

Note sous Cass. 2^e civ. 21 octobre 2004 D. 2005 jur. p. 40

LEDUC Fabrice,

Obs. sous Civ 2^e 2 avril 1997. RCA. 1997 comm. 255

LE TERTRE Claire,

Note sous Cass. 2^e civ. 18 septembre 2003 JCP G 2004 II 10013

LIBCHABER Rémy,

Obs. sous Cass. 2^e civ. 18 septembre 2003, Defrénois 2004 n°56

MALINVAUD Philippe,

Note sous CA Bordeaux, 8 février 2000, D. 2001 jur. p. 804

MARTY Gabriel,

Note sous Colmar 23 juin 1937 Sirey 1937, 2, 217

MAYAUD Yves,

Note sous CA Rennes, 19 septembre 2000, RSC 2001 p.158

Note sous Cass. crim. 13 novembre 2002, RSC 2003, p. 337

Note sous Cass. crim. 18 mars 2003 RSC 2003 p.783

Notes sous Cass. crim., 11 juin 2003 RSC 2003 p. 784.

MAZEAUD Denis,

Note sous Cass. 1^{re} civ. 10 février 1998 D. 1998 p. 539

Obs. sous Cass. 1^{re} civ. 7 octobre 1998, D. 1999, somm. comm. p. 259

Note sous Cass. ass. plén. 17 novembre 2000 D. 2001, p. 332

Note sous Cass. 2^e civ. 10 mai 2001 D. 2002 p. 1315

Obs. sous Cass. 2^e civ. 8 novembre 2001, D. 2001 somm. comm. p. 2236

Obs. sous Cass. 1^{re} civ. 13 novembre 2002, RDC 2003 p. 47

Obs. sous Cass. 1^{re} civ. 23 septembre 2003, D. 2004 somm. p. 1344

Obs. sous Cass. 2^e civ. 13 mai 2004 D. 2004, D. 2005 pan. p. 188

Obs. sous Cass. 2^e civ. 19 juin 2003, D. 2004 somm. comm. p. 1346

Obs. sous Cass. 2^e civ. 20 novembre 2003, D. 2004 somm. comm. p. 1346

Obs. sous Cass. Com. 26 novembre 2003 RDC 2004 p. 257

Obs. sous Cass. 2^e civ. 8 avril 2004, D. 2005 pan. p. 188

MAZEAUD Henri,

Note sous Cass. civ. 16 janvier 1940, 1, 97

Note sous Cass. req. 13 avril 1934, S. 1934, 1, 313

MAZEAUD Jean,

Note sous Cass. 1^{re} civ., 7 mars 1966, JCP G 1966, II, 14878

MOULY Jean,

Note sous Cass. 2^e civ. 10 mai 2001 JCP G 2001, II, 10613

Note sous Cass. 2^e civ. 20 novembre 2003, JCP 2004 II 10017

PAISANT Gilles,

Note sous Cass. 1^{re} civ. 10 février 1998 JCP G 1998, II, 10124

PENNEAU Jean,

Obs. sous Cass. 1^{ère} civ. 4 novembre 2003, D. 2004 somm. p. 601

PIGNARRE Geneviève,

Obs. sous Cass. 1^{re} civ. 5 janvier 1999, somm. comm. D. 2000 p. 285

PLANIOL Marcel,

Note sous Cass. civ. 7 août 1895, Dalloz Périodique 1896, 1, 81

PLANCQUEEL,

Note sous Cass. 2^e civ. 10 février 1966 JCP 1968, II, 15506

PORCHY Stéphanie,

Note sous Cass. 1^{re} civ. 7 octobre 1998, D. 1999 p. 145

PRAT Carine,

Note sous Cass. 2^e civ. 25 octobre 2001, , D. 2002 jur. p. 1450

RADE Christophe,

Obs. sous CAA Paris, 24 juin 2003, RCA 2004 comm. n°18

Obs. sous CA Rennes, 14 mai 2004, RCA 2005 n°116 obs. Ch. Radé

Obs. sous CA Bordeaux, 26 octobre 2004, RCA 2005 comm. n°3

REMY Philippe,

Note sous Cass. civ. 1^{re} 17 novembre 1999, RGDA 2000 p. 194

RIPERT Georges,

Obs. Revue Critique de législation et de jurisprudence, 1912, 195

Note sous Cass. civ. 21 février 1927 D. P. 1927, 1, 97

Note sous Cass. ch. réunies 13 février 1930, D. P. 1930, 1, 57

Note sous Cass. civ. 27 décembre 1944, D. 1945, 237

RODIERE René,

Note sous Cass. 2^e civ. 11 décembre 1952, JCP G, 1953, II, 7549

SAISON Jacqueline,

Note sous CAA Paris, 24 juin 2003, *APHP c. M et Mme J*, JCP G 2004, II, 10041

SALEILLES René,

Note sous Cass. civ. 18 juin 1896 D. P. 1897, 1, 433

SAVATIER René,

Note sous Cass. civ. 16 novembre 1920, DP 1920.1.169

Note sous Cass. civ. 14 avril 1930. D. P. 1930, 1, 81

Note sous Cass. 1^{re} civ. 14 décembre 1965, JCP G, 1966, II, 14753

Note sous Cass. crim. 3 juillet 1969, JCP 1970, II, 16447

SERIAUX Alain,

Note sous CAA Paris, 24 juin 2003, *APHP c. M et Mme J*. D. 2004 jur. 983

SERINET Yves-Marie

Note sous Cass. 1^{re} civ. 23 septembre 2003, D. 2004 jur. p. 898, (avec Roger MISLAWSKI)

Note sous Cass. 2^e civ. 8 avril 2004, D. 2004 jur. p. 2601

STOFFEL-MUNCK Philippe,

Obs. sous Cass 1^{re} civ. 6 novembre 2002 RDC 2003 p. 57

Obs. sous Cass. soc. 12 février 2003, RDC 2003 p. 59

Note sous Cass. com. 26 novembre 2003, JCP E 2004 738

TOURNAFOND Olivier,

Cass. 2^e civ. 10 mai 2001, D. 2001 p. 2851

TUNC André,

Note sous Cass. civ. 6 janvier 1943, *Connot c. Franck*, D. 1945, p. 117

Note sous CA Paris, 18 avril 1955, D. 1956, 354

Note sous Cass 1^{ère} civ. 20 décembre 1960, JCP 1961 II 12031

Note sous Cass. 2^e civ. 17 décembre 1963, D. 1963, p. 569

VINEY Geneviève, chroniques trimestrielles à la *Semaine Juridique*, responsabilité civile

II. Bibliographie en langue anglaise

A. Ouvrages, thèses, monographies

CANE Peter, *Atiyah's Compensation and the Law*, 6th ed. Butterworths, 1999

CARDOZO Benjamin, *The paradoxes of Legal Science*, Columbia University Press, New York, 1927

FLEMING John G., *The Law of Torts*, 8th ed., Law Book Company, Sydney, 1992

FRIEDMAN Lawrence M., *American Law, An Introduction*, Norton, New York, 1984

GREEN Leon, *Rationale of Proximate Cause*, Vernon Law Book Company, Kansas City Mo. 1927

GREEN Leon, *Judge and Jury*, Vernon Law Book Co. Kansas City, Mo. 1930

HART H. L. A. and HONORE Tony, *Causation in the law*, Clarendon Press, Oxford, 1st ed. 1959, 2nd ed. 1985

HONORE A. M., *Causation and Remoteness of Damage, International Encyclopedia of Comparative Law*, Volume XI, Chapter 7, 1971

LANDES William M. and POSNER Richard A. *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, England, 1987

MARKESINIS & DEAKIN, *Tort Law*, 3rd ed., Clarendon Press, Oxford, 1994

PROSSER William L. *Handbook of the Law of Torts*, 4th ed. Hornbook series, West Publishing, 1971

PROSSER and KEETON, *on the Law of torts*, 5th ed., 1984

POSNER Richard A. and LANDES William M. *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, England, 1987

SPIER Jaap (dir.), *Unification of Tort Law : Causation*, Kluwer Law International, 2000

STAPLETON Jane, *Products Liability*, Butterworths, 1994

STREET *on Torts*, by Margaret BRAZIER & John MURPHY, Butterworths, 1999

WINFIELD & JOLOWICZ *on Tort*, 14th ed. by W.V.H. ROGERS, London, Sweet & Maxwell, 1994

B. Articles, chroniques

BORGO John, « Causal Paradigms in Tort Law », 8, *Journal of Legal Studies*, 419, (1979)

CALABRESI Guido « Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts » 70 *Yale Law Journal*, 499 (1961)

CALABRESI Guido, « Concerning Cause and the Law of Torts : an Essay for Harry Kalven Jr », 43, *University of Chicago Law Review*, 69 (1975)

CLARKE Malcolm, « Insurance : the proximate cause in English Law », *Cambridge Law Journal*, 284, (1981)

COASE Ronald H., “The Problem of Social Cost”, 3, *Journal of Law and Economics*, 1 (1960)

DELGADO Richard, « Beyond Sindell : Relaxation of Cause-In-Fact Rules for Indeterminate Plaintiffs », 70, *California Law Review*, 881 (1982)

EPSTEIN Richard A., « A Theory of Strict Liability » 2, *Journal of Legal Studies*, 151. (1973)

EPSTEIN Richard A., « Causation and Corrective Justice : a Reply to Two Critics », 8, *Journal of Legal Studies*, 477, (1979)

EPSTEIN Richard A., « Nuisance Law : Corrective Justice and its Utilitarian Constraints », 8, *Journal of Legal Studies*, 49, (1979)

FLEMING JAMES and PERRY, « Legal cause », (1951) 60 *Yale Law Journal*, 761

FLEMING John G., “Probabilistic Causation in Tort Law”, 68, *Canadian Bar Review*, 661 (1989)

GEISTFELD Mark, “Scientific Uncertainty and Causation in Tort Law”, 54, *Vanderbilt Law Review*, 1011, 2001

GREEN Leon, “The Causal Relation Issue in Negligence Law”, 60, *Michigan Law Review*, 543, (1962)

HART H. L. A. “The ascription of responsibility and rights », *Proc. of the Aristotelian Society*, Londres vol 48 1948 p. 171-194

- HART H. L. A., HONORE A. M. (Tony), “Causation in the Law, a Survey of Common Sense Principles”, 72, *Law Quarterly Review*, 58-90 (1956)
- HONORE Tony, “Responsibility and Luck : The Moral Basis of Strict Liability » 104, *Law Quarterly Review* 530 (1988)
- HOVENKAMP Herbert, « Pragmatic Realism and Proximate Cause in America », 3 *The Journal of Legal History*, 3 (1982)
- HOWARTH David, Book Review on « Causation in the Law », vol. 96, *The Yale Law Journal*, 1389, (1987)
- JAMES Fleming Jr & PERRY Roger F., « Legal Cause », vol. 60, *The Yale Law Journal*, 761, (1951)
- KELSEN Hans, « Causality and Retribution », *Philosophy of Science* 8, pp. 533-556
- LLOYD-BOSTOCK Sally, « The ordinary man, and the psychology of attributing causes and responsibility », 42, *Modern Law Review*, 143, (1979)
- MALONE Wex S., “Ruminations on Cause-In-Fact », 9, *Stanford Law Review*, 60, (1956)
- POSNER Richard A., « Utilitarianism, Economics, and Legal Theory », 8, *Journal of Legal Studies*, 103, (1979)
- POSNER Richard A., « Epstein’s Tort Theory : A Critique », 8, *Journal of Legal Studies*, 457, (1979)
- POSNER Richard A. & LANDES William M., « Causation in Tort Law : an Economic Approach », 12, *Journal of Legal Studies*, 109, (1983)
- POUND Roscoe, « Causation », 67, *Yale Law Journal*, 1 (1957)
- ROBERTSON David W. “The Common Sense of Cause in Fact”, 70, *Texas Law Review*, 1765 (1997)
- ROBINSON Glen G. “Probabilistic Causation and Compensation for Tortious Risk”, 14, *Journal of Legal Studies*, 779 (1985)
- ROSENBERG David, “The Causal Connection in Mass Exposure Cases : a “Public Law” Vision of the Tort System”, 97, *Harvard Law Review*, 849, 1983-1984
- SEAVEY Warren A., « Principles of Torts », 56, *Harvard Law Review*, 72, (1942)

- Stanford Encyclopedia of Philosophy, "Causation in the Law", (2001)
- STAPLETON Jane, « The Gist of Negligence Part II; The Relationship between « Damage » and Causation » », 104, *Law Quarterly Review*, 389 (1988)
- STAPLETON Jane, « *Perspective on Causation* », in J. HORDER (dir.) *Oxford Essays in Jurisprudence, Fourth series*, Oxford University Press, 2000, p. 61
- STAPLETON Jane, "Legal Cause : Cause-in-Fact and the Scope of Liability for Consequences", 54 *Vanderbilt Law Review* 2001, p. 941
- STRACHAN D.M.A., « Variations on an enigma », 33, *Modern Law Review*, 378, 1970
- WEINRIB, « A step forward in factual causation », 38, *Modern Law Review*, 518, 1975
- WHITE G. Edward, "The impact of Legal Science on Tort Law 1880-1910", 78, *Columbia Law Review*, 1978, p. 213
- WILLIAMS Glanville, « Causation in the Law », 62, *Cambridge Law Journal*, 1961
- WRIGHT Richard W., « Causation in Tort Law », 73 *California Law Review*, 1985, p. 1735
- WRIGHT Richard W., "Actual Causation vs. Probabilistic Linkage : the Bane of Economic Analysis", 14, *Journal of Legal Studies*, 435 (1985)

INDEX

Les numéros renvoient aux paragraphes

A

abstention, 360
accidents de chasse, 352, 561
accidents du travail, 554
acte objectivement illicite, 379
action civile, 319
adéquate (causalité), 80 et s.
adéquation (taux), 93
adéquation (théorie de), 101
aléa, 454
alcool, 592
analyse économique du droit, 603
ancien droit, 310 et s.
anormalité, (critère de l'), 263
Aquila (loi), 310 et s.
aquilienne (relativité), 228, 359
Aristote, 17 et s.
augmentation des probabilités, 65, 93, 572
auteur indéterminé, 560

B

but for cause, 153

C

Cardozo, 211
cas fortuit, 400 et s.
Cassation (contrôle de la Cour), 507
caractéristique (chose), 367
cas fortuit, 400
causalité
adéquate, 80 et s.

alternative, 176, 445
déterministe, 37
efficente, 22
historique, 51
juridique, 501 et s.
morale, 233
ordinaire, 248
partielle, 468 et s.
potentielle, 323 et s., 357 et s. (faute)
probabiliste, 38, 567 et s.
singulière, 123 et s.
totale, 465 et s.

cause

alternative, 176
du contrat, 7
exclusive, 421
indirecte, 315 et s.
prochaine (*proximate*), 198
suffisante, 140

chose (fait de la) 364 et s.

coauteurs, 461 et s.

comportement humain, 70 et s., 582 et s.

concept descriptif, 522

condition

sine qua non ou nécessaire, 138 et s.
(origine), 156 et s. (mise en œuvre), 170
et s. (difficultés)

contact (avec une chose), 366

contamination, 558

contrat (inexécution), 327
contrainte, 410 et s.
contrefactuel (raisonnement), 159 et s.
contribution (coauteurs), 473
coresponsables (recours), 473
création d'un risque, 323 et s., 619
cumul de causes suffisantes, 173

D

danger, 321 et s.
défaut, 373
déterminisme, 37
dolosive (inexécution), 337
dommage,
 aléatoire, 454
 détermination, 434 et s.
 direct, 315
 éventuel, 454
 extrinsèque, 338
 impossible, 450
 imprévisible, 336
 indirect, 316, 338
 modération, 492
 réparable, 436 et s.

E

effectivité du droit, 538 et s.
efficience (économique), 603
enchaînement causal (limites), 183, 594
épidémiologiques (études), 42, 72
équité, 590 et s.

équivalence des conditions, 138
Esmein, 233
évaluation du dommage, 436 et s.

exonération, 396 et s.

explication, 11

F

fabricant, 562

facteur,

 classement, 94

 relevant, 421

 substantiel, 217

fait

 d'autrui, 378 et s.

 causal, 346 et s.

 de la chose, 364 et s.

 de la victime, 481 et s.

 d'un tiers, 461 et s.

fatalité, 400

faute

 de la victime, 481 et s.

 délictuelle, 355 et s.

 dolosive, V°dol

 exonératoire, 481

 omission, 360

 qualifiée, 318 et s.

finale (cause), 7, 19

fonction

 de la causalité, 305 et s.

 normative de la resp., 591

indemnitaire de la resp., 596

G

garagiste, 342

garantie

théorie de, 387

obligation in solidum, 463 et s.

gardien, 371

généralisante (théorie), 47

généralisation causale, 60

H

habitude, 29

hasard, 400 et s.

histoire, historiographie, 48

Hume, 26 et s., 39 et s.

I

identité des fautes civiles et pénales, 319

implication, 368

imprudence (infractions d'), 318 et s.

imputabilité

matérielle, 351

morale, 349

du dommage à l'accident, 554

imputation, 302

incertitude

du dommage, 453

situation d', 575

information (obligation d'), 440, 582 et s.

in solidum (obligation), 463 et s.

individualisante (théorie), 46

indivisibilité du résultat, 467

inévitabilité, 410 et s.

inexécution, 328

inférence causale, 549

infraction, 318 et s.

insurmontabilité, 410 et s.

intelligibilité du droit, 540

irrésistibilité, 410 et s.

K

Kant, 30, 31

Kelsen, 32

L

lésion d'un intérêt, 388

lien direct, 310 et s., 315 et s.

limites (enchaînement causal), 183, 594

loi causale, 60 et s.

M

mise en danger (délict de), 319, 358

modération (du dommage), 492

N

nécessaire (condition), V^o condition

nécessité (force majeure), 404 et s.

nomologique (modèle), 60 et s.

notion juridique

dérivée, 519

représentative, 521

O

obligation d'information, 440, 582 et s.

obligation de moyen, 343

obligation de résultat, 342

obligation in solidum, 463 et s.

omission, 360

P

parents (responsabilité)

partage de la resp., 475 et s.

participation de la chose, 368

parts de marché, 562

Perruche, 225, 527

perte de chance, 454 et s.

pluralité d'auteurs, 461 et s.

politique juridique, 206, 589 et s.

potentiel causal, 321 et s.

Pothier, 280, 316, 337

pourparlers, 439

précaution (principe de), 617

prédispositions, 487

préjudice, V° dommage

présomption, 549 et s.

prévisibilité, 336

prévention, 616 et s.

principe de précaution, 616

principes causaux, 269

probabilité

augmentation, 65, 93, 572

des causes, 40

des chances, 40

ex ante, 93

subjective ou objective, 41

produits défectueux, 373 et s.

proportionnalité, 42

proposition causale explicative ou attributive,
252

proximate cause, 198 et s.

Q

qualification, 512

R

réalisme juridique, 205

recours en contribution, 473

régularité causale, 61

relativité aquilienne, 228, 359

réparation (intégrale), 432

responsabilité

causale, 384

contractuelle, 327

du fait d'autrui, 378

du fait des choses, 363

du fait des produits défectueux, 373

du fait personnel, 309 et s.

objective, 345 et s.

pénale, 318

risque (création), 321 et s., 619 et s.

risque (théorie du), 384

rôle actif (de la chose), 364

rôle passif (de la chose), 366

rupture (pourparlers), 439

S

scénario contrefactuel

raisonnement contrefactuel, 160 et s.

dommage, 436

scepticisme causal, 213 et s.

situation préexistante, 442, 486

Stoïciens, 21

statistique (relation), 72

suite indirecte, 338

suite nécessaire, 338

suites immédiates et directes, 338

surdétermination causale, 172

T

Titanic, 13

trouble de voisinage, 324, 620

U

unité des fautes civiles et pénales, 319

usage (linguistique), 286

utilité, 602

V

victime

fait de, 480 et s.

indéterminée, 569 et s.

Von Büri, 146

Von Kries, 84

TABLE DES MATIERES

| | |
|---|-----------|
| INTRODUCTION GENERALE | 1 |
| PREMIERE PARTIE LA CAUSALITE, PRINCIPE D'EXPLICATION..... | 1 |
| CHAPITRE PRELIMINAIRE LES ORIGINES DE LA NOTION DE CAUSALITE..... | 23 |
| Section 1. La causalité des Anciens..... | 28 |
| 1. Aristote | 28 |
| 2. Les Stoïciens..... | 32 |
| Section 2. La causalité des Modernes..... | 38 |
| §1. Causalité et idéalisme philosophique | 38 |
| A. La critique humienne | 38 |
| B. L'idéalisme kantien..... | 43 |
| §2. La causalité dans l'épistémologie contemporaine | 48 |
| A. La causalité déterministe..... | 49 |
| B. La causalité probabiliste..... | 52 |
| TITRE I THEORIES LOGIQUES DE LA CAUSALITE | 61 |
| CHAPITRE I LA CAUSALITE, RELATION GENERALE | 65 |
| Section 1. Le recours au modèle de causalité scientifique | 66 |
| §1. Positionnement de la question causale | 66 |
| A. La causalité des faits humains..... | 66 |
| B. La causalité des faits matériels..... | 73 |
| §2. Le modèle nomologique de causalité scientifique..... | 75 |
| A. Le modèle nomologique d'explication des faits naturels | 75 |
| 1. Le modèle nomologique classique..... | 76 |
| 2. L'affaiblissement du modèle : la causalité probabiliste..... | 78 |
| B. Difficultés du modèle nomologique en matière de faits humains..... | 82 |
| 1. Le modèle nomologique de causalité humaine | 83 |
| a. L'« ambition nomothétique » des sciences sociales | 84 |
| b. Le modèle nomologique et la causalité historique..... | 86 |

| | |
|--|-----|
| 2. Le rejet du déterminisme en matière de causalité humaine | 89 |
| Section 2. Une théorie généralisante de la causalité : la causalité adéquate | 94 |
| §1. Principes de la théorie de la causalité adéquate..... | 95 |
| A. Origines de la théorie de la causalité adéquate | 95 |
| B. Modalités de mise en oeuvre de la causalité adéquate..... | 100 |
| §2. Portée de la théorie de la causalité adéquate | 111 |
| A. Intérêt de la théorie de la causalité adéquate | 111 |
| 1. Causalité adéquate et principe de la responsabilité..... | 114 |
| a. Responsabilité pour faute et cause adéquate..... | 114 |
| b. Causalité adéquate et responsabilité pour risque | 119 |
| c. L'idée de cause exclusive | 120 |
| 2. Causalité adéquate et étendue de la responsabilité | 122 |
| B. Limites de la théorie de la causalité adéquate | 125 |
| 1. Difficultés de mise en œuvre de la théorie de la causalité adéquate | 125 |
| 2. Fiabilité discutable du jugement de causalité adéquate | 128 |
| a. Caractère approximatif du jugement de causalité adéquate | 130 |
| b. Limites du recours aux probabilités <i>ex ante</i> | 131 |
| CHAPITRE II LA CAUSALITE, RELATION PARTICULIERE | 137 |
| Section 1. Aspects épistémologiques de l'explication causale singulière..... | 138 |
| A. L'explication causale sans légalité : la théorie de William Dray..... | 139 |
| 1. Possibilité d'une explication causale purement singulière | 139 |
| 2. Critériologie causale..... | 140 |
| a. Identification de la ou des condition (s) <i>sine qua non</i> | 141 |
| b. Raisons de la sélection d'une condition <i>sine qua non</i> | 142 |
| B. L'explication causale selon Maurice Mandelbaum..... | 143 |
| Section 2. La condition <i>sine qua non</i> , expression d'une causalité singulière | 147 |
| §1. Origine du critère de la condition <i>sine qua non</i> : l'équivalence des conditions..... | 148 |
| A. La théorie de l'équivalence des conditions..... | 148 |
| 1. La théorie de J. S. Mill : la cause comme ensemble causal | 148 |
| 2. Les théories allemandes de l'équivalence des conditions..... | 153 |
| B. L'équivalence des conditions en droit positif | 157 |
| §2. Intérêt du critère de la condition <i>sine qua non</i> | 163 |
| A. Mise en œuvre du critère de la condition <i>sine qua non</i> | 164 |
| 1. Question posée..... | 164 |
| 2. Le raisonnement contrefactuel..... | 167 |
| a. Principes du raisonnement contrefactuel | 167 |
| b. Raisonnement contrefactuel et généralités causales | 171 |

| | |
|---|------------|
| 3. Résultat du raisonnement contrefactuel..... | 174 |
| B. Difficultés du critère de la condition <i>sine qua non</i> | 178 |
| 1. L'exclusion de causes évidentes | 180 |
| a. Les cas de surdétermination causale..... | 180 |
| 1°) <i>Le cumul de causes suffisantes.</i> | 180 |
| 2°) <i>La présence d'une cause alternative</i> | 182 |
| b. Une tentative de solution : la condition NESS | 184 |
| 2. L'absence de discrimination entre les causes | 188 |
| a. Le problème des limites de l'enchaînement causal | 191 |
| b. L'impossibilité d'évaluer la qualité du lien causal | 194 |
| CONCLUSION DU TITRE I | 197 |
| TITRE II THEORIE DE LA CAUSALITE ORDINAIRE..... | 201 |
| CHAPITRE I CONTEXTE DE LA THEORIE DE LA CAUSALITE ORDINAIRE : LE SCEPTICISME CAUSAL | 205 |
| Section 1. Circonstances d'apparition de l'analyse sceptique de la causalité | 206 |
| §1. Les difficultés de la condition de causalité en droit anglais et américain | 206 |
| A. La condition de causalité en droit anglais..... | 207 |
| B. Difficultés de la proximate cause en droit américain..... | 213 |
| §2. L'influence du réalisme américain | 217 |
| 1. Nicholas St John Green | 218 |
| 2. Olivier Wendell Holmes Jr..... | 220 |
| 3. Benjamin Cardozo | 222 |
| Section 2. L'analyse sceptique de la causalité..... | 225 |
| §1. L'inutilité de définir la causalité en droit | 226 |
| A. Le scepticisme causal modéré : Leon Green..... | 226 |
| 1. Le remplacement de la but for cause par la notion de facteur substantiel | 227 |
| 2. Le rejet de la proximate cause..... | 230 |
| B. Le scepticisme causal radical | 232 |
| 1. Les « ruminations » de Wex Malone | 233 |
| 2. Le scepticisme causal des auteurs français | 234 |
| §2. Implications de l'analyse sceptique | 240 |
| 1. La théorie du risque | 240 |
| 2. L'appréciation morale..... | 244 |
| 3. L'efficacité économique | 245 |
| CHAPITRE II CONTENU DE LA THEORIE DE LA CAUSALITE ORDINAIRE..... | 249 |
| Section 1. Principes de la théorie de la causalité ordinaire | 237 |

| | |
|---|------------|
| §1. L'étude du langage ordinaire..... | 251 |
| A. La « texture ouverte » du droit..... | 251 |
| B. L'approche contextuelle : la référence au sens commun | 254 |
| §2. La causalité ordinaire | 259 |
| A. L'usage de la causalité dans le langage ordinaire..... | 260 |
| 1. Le rejet de la définition philosophique de J. S. Mill..... | 260 |
| 2. Caractéristiques du langage causal | 263 |
| 3. Spécificité de la cause d'actions humaines..... | 268 |
| a. L'incitation à agir..... | 268 |
| b. La fourniture d'une opportunité d'agir | 270 |
| B. Critères d'identification de la cause ordinaire | 271 |
| 1. Critères de distinction entre causes et conditions simples | 272 |
| a. La distinction entre conditions normales et anormales | 272 |
| b. Le caractère délibéré d'une action humaine. | 275 |
| 2. Propositions générales et principes causaux | 276 |
| 3. Limites de l'enchaînement causal..... | 279 |
| Section 2. Intérêt de la théorie de la causalité ordinaire..... | 285 |
| §1. Intérêt de principe du recours à la causalité ordinaire..... | 285 |
| A. Le renvoi du Code civil à la causalité..... | 285 |
| B. Intérêt de principe du recours à l'usage ordinaire..... | 294 |
| 1. Arguments favorables à la théorie | 295 |
| 2. Arguments défavorables à la théorie..... | 296 |
| §2. Intérêt des solutions de la théorie de la causalité ordinaire..... | 299 |
| A. Le caractère incontournable de la condition sine qua non..... | 300 |
| B. Modalités de sélection d'une cause parmi les conditions | 301 |
| CONCLUSION DU TITRE II | 307 |
| Conclusion de la première partie | 309 |
| SECONDE PARTIE LA CAUSALITE, PRINCIPE D'IMPUTATION..... | 311 |
| TITRE I FONCTIONS DE LA CAUSALITE DANS LA RESPONSABILITE CIVILE..... | 313 |
| CHAPITRE I LA CAUSALITE, CONDITION DE LA RESPONSABILITE..... | 315 |
| Section 1. La causalité, condition insuffisante de la responsabilité | 316 |
| §1. La causalité dans la responsabilité du fait personnel..... | 316 |
| A. Causalité et responsabilité délictuelle..... | 316 |
| 1. Principe de l'exigence de causalité | 316 |
| 2. Caractères de la condition de causalité | 323 |
| a. Causalité directe, causalité indirecte..... | 323 |

| | |
|---|-----|
| 1°) <i>La causalité directe en droit civil</i> | 323 |
| 2°) <i>La causalité indirecte dans la loi du 10 juillet 2000</i> | 326 |
| b. Causalité effective, causalité potentielle..... | 332 |
| 1°) <i>La prise en compte de la causalité potentielle dans la responsabilité pénale</i> | 333 |
| 2°) <i>Vers une prise en compte de la causalité potentielle dans la responsabilité civile ?</i> | 334 |
| B. Causalité et responsabilité contractuelle | 338 |
| 1. Responsabilité contractuelle et exécution par équivalent | 338 |
| a. Réparation et « exécution par équivalent » | 344 |
| b. La condition de dommage direct de l'article 1151 du Code civil..... | 350 |
| 2. Causalité et obligations contractuelles..... | 360 |
| §2. Le fait causal dans la responsabilité pour risque | 363 |
| A. L'idée de responsabilité causale en droit positif..... | 364 |
| 1. Le fait causal dans la responsabilité pour faute | 365 |
| a. Causalité et imputabilité..... | 365 |
| 1°) <i>Causalité et imputabilité morale</i> | 366 |
| 2°) <i>Causalité et imputabilité matérielle</i> | 367 |
| b. Causalité et comportement illicite | 371 |
| 1°) <i>La causalité effective de la faute</i> | 373 |
| 2°) <i>La causalité potentielle de la faute</i> | 374 |
| 2. Le fait causal dans les responsabilités sans faute..... | 380 |
| a. Le fait causal dans les responsabilités du fait des choses | 381 |
| 1°) <i>Les difficultés du fait causal de la chose dans la responsabilité de l'art. 1384 al. 1</i> | 381 |
| 2°) <i>Le fait causal dans la responsabilité du fait des produits défectueux</i> | 399 |
| b. Le « fait causal » dans la responsabilité pour autrui | 408 |
| B. Aspects théoriques de la responsabilité causale..... | 414 |
| 1. L'idée de responsabilité causale | 414 |
| 2. Théories anglo-américaines de la responsabilité causale..... | 420 |
| a. La responsabilité rétributive selon Richard Epstein..... | 421 |
| b. Le fondement moral de la responsabilité causale selon Honoré..... | 423 |
| Section 2. La causalité, condition indispensable de la responsabilité | 427 |
| §1. Fondements de l'exonération pour force majeure | 429 |
| 1. Hasard et force majeure | 430 |
| 2. Nécessité et force majeure | 436 |
| 3. Hasard et nécessité ? | 439 |
| §2. Mise en œuvre de l'exonération pour force majeure..... | 441 |
| A. La force majeure, contrainte à l'origine du fait dommageable..... | 443 |
| 1. Contrainte et inexécution contractuelle..... | 444 |
| 2. Contrainte et responsabilité pour faute | 449 |
| 3. Contrainte et responsabilité objective | 451 |
| B. La force majeure, cause directe du dommage..... | 454 |

| | |
|---|------------|
| 1. Principe de l'exonération pour cause exclusive..... | 455 |
| 2. La qualification de la cause exclusive : l'arbitrage entre les causes..... | 460 |
| CHAPITRE II LA CAUSALITE, CRITERE DE LA REPARATION | 469 |
| Section 1. La causalité, critère d'évaluation de la réparation..... | 471 |
| §1. Incidence de la causalité sur l'identification du dommage..... | 472 |
| A. Principes d'identification du dommage réparable | 472 |
| 1. L'objectif de la réparation : rétablir l'équilibre | 472 |
| a. Le raisonnement contrefactuel de détermination du dommage | 472 |
| b. Exemples de détermination du dommage réparable | 477 |
| 2. Le problème de l'étendue du dommage réparable | 481 |
| a. L'incidence de la situation préexistante de la victime. | 482 |
| b. L'évolution ultérieure de la victime..... | 483 |
| c. Difficultés de la détermination des répercussions du dommage | 487 |
| B. Le caractère possible du scénario contrefactuel de référence | 490 |
| §2. Incertitude du dommage et incertitude causale | 493 |
| A. Perte de chance et situation aléatoire | 493 |
| B. Perte d'une chance et incertitude du scénario contrefactuel | 496 |
| Section 2. La causalité, critère d'attribution de la charge de la réparation..... | 503 |
| §1. Causalité et pluralité d'auteurs | 503 |
| A. Incidence de la causalité sur l'obligation de réparation..... | 503 |
| 1. La théorie de la causalité totale..... | 506 |
| 2. La théorie de la « causalité partielle »..... | 511 |
| 3. L'impossibilité de justifier l'obligation in solidum par la causalité | 515 |
| B. Causalité et contribution à la dette | 516 |
| 1. Fondement du recours en contribution..... | 517 |
| 2. Modalités de contribution à la dette | 518 |
| §2. Le fait de la victime | 522 |
| A. L'exigence d'une faute exonératoire | 522 |
| 1. Fait de la victime et responsabilité pour faute | 524 |
| 2. Fait de la victime et responsabilité sans faute..... | 525 |
| B. Conséquences de l'exigence d'une faute de la victime..... | 528 |
| 1. La situation préexistante au dommage..... | 528 |
| 2. L'absence de modération du dommage | 530 |
| a. Faute de la victime et modération du dommage | 531 |
| b. Modération du dommage et article 1151 C.civ..... | 532 |
| CONCLUSION DU TITRE I | 537 |
| TITRE II QUALIFICATION DE LA CAUSALITE | 539 |

| | |
|--|-----|
| CHAPITRE I L'IDEE DE « CAUSALITE JURIDIQUE »..... | 541 |
| Section 1. Pertinence de la notion de causalité juridique | 545 |
| §1. La causalité, question de droit | 545 |
| A. La causalité, notion contrôlée par la Cour de cassation..... | 545 |
| 1. Principe du contrôle | 545 |
| 2. Signification du contrôle..... | 548 |
| B. Implications du contrôle de la qualification causale | 551 |
| §2. La spécificité du langage juridique..... | 557 |
| A. La causalité, notion juridique dérivée..... | 557 |
| B. La causalité, notion juridique représentative | 564 |
| Section 2. Autonomie de la notion de causalité juridique | 567 |
| §1. Principe de l'autonomie..... | 567 |
| 1. L'exemple de l'arrêt Perruche..... | 567 |
| 2. La causalité juridique, pure abstraction du droit..... | 569 |
| §2. Limites de l'autonomie | 574 |
| A. Le problème de la fiction | 575 |
| B. Le caractère pragmatique du droit..... | 579 |
| 1. L'effectivité du droit..... | 579 |
| 2. Le principe d'intelligibilité du droit..... | 581 |
| CHAPITRE II METHODOLOGIE DE LA QUALIFICATION DU LIEN CAUSAL | 585 |
| Section 1. Explication causale et circonstances de fait | 564 |
| §1. La cause d'un fait matériel | 589 |
| A. La cause d'un fait matériel individuel | 590 |
| 1. L'enchaînement causal est connu | 591 |
| a. Le diagnostic causal simple | 591 |
| b. Les mécanismes rendant l'inférence causale automatique | 593 |
| 2. Tous les faits ne sont pas connus | 596 |
| a. L'indétermination d'un fait..... | 596 |
| b. Indétermination de l'auteur du fait dommageable | 601 |
| B. La cause d'un fait naturel | 608 |
| 1. L'applicabilité d'une loi de la nature probabiliste | 608 |
| a. Le problème du critère de l'augmentation des probabilités | 609 |
| b. L'augmentation des probabilités en droit français..... | 613 |
| 2. L'incertitude d'une loi de la nature..... | 619 |
| §2. La causalité d'un fait humain | 629 |
| Section 2. Imputation causale et politique juridique | 642 |
| §1. Les arguments d'équité..... | 643 |

| | |
|--|-----|
| A. Causalité et fonction normative de la responsabilité | 643 |
| B. Causalité et fonction indemnitaires de la responsabilité civile..... | 648 |
| §2. Les arguments d'utilité | 652 |
| A. L'efficacité économique de la décision | 652 |
| 1. Principes de l'analyse économique du droit de la responsabilité..... | 653 |
| 2. L'analyse économique de la responsabilité civile et la causalité | 660 |
| B. La prévention des risques | 672 |
| Conclusion de la seconde partie | 679 |
| | |
| CONCLUSION GENERALE..... | 681 |
| BIBLIOGRAPHIE | 689 |
| | |
| I. Bibliographie en langue française | 690 |
| A. Thèses, monographies | 690 |
| B. Ouvrages collectifs | 694 |
| C. Ouvrages, traités, manuels | 694 |
| 1. Ouvrages juridiques | 694 |
| 2. Ouvrages philosophiques, épistémologiques, méthodologiques, littéraires | 698 |
| D. Articles, chroniques | 701 |
| E. Principales notes et observations citées | 710 |
| II. Bibliographie en langue anglaise | 720 |
| A. Ouvrages, thèses, monographies | 720 |
| B. Articles, chroniques | 721 |
| | |
| INDEX | 725 |
| TABLE DES MATIERES | 725 |
| | |
| Sommaire..... | 739 |

Sommaire

| | |
|--|------------|
| INTRODUCTION GENERALE | 1 |
| PREMIERE PARTIE LA CAUSALITE, PRINCIPE D'EXPLICATION | 1 |
| CHAPITRE PRELIMINAIRE LES ORIGINES DE LA NOTION DE CAUSALITE..... | 23 |
| TITRE I THEORIES LOGIQUES DE LA CAUSALITE | 61 |
| CHAPITRE I LA CAUSALITE, RELATION GENERALE | 65 |
| CHAPITRE II LA CAUSALITE, RELATION PARTICULIERE | 137 |
| TITRE II THEORIE DE LA CAUSALITE ORDINAIRE..... | 201 |
| CHAPITRE I CONTEXTE DE LA THEORIE DE LA CAUSALITE ORDINAIRE : LE SCEPTICISME CAUSAL | 205 |
| CHAPITRE II CONTENU DE LA THEORIE DE LA CAUSALITE ORDINAIRE..... | 249 |
| SECONDE PARTIE LA CAUSALITE, PRINCIPE D'IMPUTATION | 311 |
| TITRE I FONCTIONS DE LA CAUSALITE DANS LA RESPONSABILITE CIVILE..... | 313 |
| CHAPITRE I LA CAUSALITE, CONDITION DE LA RESPONSABILITE | 315 |
| CHAPITRE II LA CAUSALITE, CRITERE DE LA REPARATION | 469 |
| TITRE II QUALIFICATION DE LA CAUSALITE | 539 |
| CHAPITRE I L'IDEE DE « CAUSALITE JURIDIQUE »..... | 541 |
| CHAPITRE II METHODOLOGIE DE LA QUALIFICATION DU LIEN CAUSAL | 585 |
| CONCLUSION GENERALE..... | 681 |
| BIBLIOGRAPHIE | 689 |
| INDEX | 725 |
| TABLE DES MATIERES | 725 |

