

Définition de la causalité dans les projets européens sur le droit de la responsabilité ¹

V. Wester-Ouisse,
MCF à la faculté de droit de Brest,
membre de l'IODE

« Il paraît illusoire de chercher à définir le lien de causalité par une formule générale » écrivait Mme Viney dans sa présentation du projet Catala. Projet qui, dès lors, prudemment, ne traite pas plus avant la question et nous fait aborder les projets européens avec appréhension. Leurs auteurs auront-ils osé cette entreprise délicate et périlleuse : évoquer l'indéfinissable causalité ? Fort heureusement pour le sort de cette intervention, ces projets sont plus loquaces. Les PETL² donnent la définition suivante à l'art. 3 :101 : « *Est considérée comme cause du dommage subi par la victime toute activité ou conduite (ci-après « activité ») en l'absence de laquelle le dommage ne serait pas survenu* ». Les auteurs du DCFR³ se lancent également, dans l'art. 4:101 : « *Une personne cause à autrui un dommage juridiquement pertinent si ce dommage doit être considéré comme une conséquence de la conduite de cette personne ou de la source de danger dont la personne est responsable* »⁴. Les rédacteurs se sont jetés à l'eau, courageusement car les enjeux ne sont pas minces...

Comme chacun le sait, les théories proposées pour définir la cause sont nombreuses : on évoque en France le plus souvent la causalité adéquate, l'équivalence des conditions, l'empreinte continue du mal... et si la *causa proxima* parvient encore à extirper quelques sourires polis, la cause première, *causa remota*, ne suscite que haussements d'épaules⁵. La définition retenue est lourde de conséquences. Sur notre territoire, les récentes affaires en matière de vaccination contre l'hépatite B ou de transfusions sanguines suite à des accidents de la circulation l'ont encore démontré : selon que l'on retient une définition large ou étroite de la causalité, les producteurs d'un vaccin seront, ou pas, redevables d'indemnisation, les centres de transfusion et l'auteur de l'accident se verront, ou pas, reprocher des contaminations par le virus du SIDA. Les enjeux relèvent de choix de société, et sont également politiques : quelles indemnisations souhaite-t-on accorder aux plaignants ? Quel degré de responsabilité souhaite-t-on imposer à des personnes, parfois démunies, parfois chargées de familles, parfois médecins dévoués à leurs patients, parfois responsables politiques, parfois dirigeantes d'entreprises, ... ? L'obligation d'assurance doit-elle être déployée au-delà de ce que nous connaissons ?

¹ Des documents sont disponibles sur le site http://droit.wester.ouisse.free.fr/pages/recherches_wo_2

² *Principles of european tort law*, European Group on Tort Law, <http://www egtl.org/principles/project.htm>

³ *Draft Common Frame of Reference : Non-contractual liability arising out of damage caused to another* (du groupe Von Bar), http://www.sgecc.net/pages/en/texts/index.draft_articles.htm et *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Sellier 2008 ; **C. von Bar**, *Principles of european law, Non-contractual liability arising out of damage caused to another*, Sellier 2009

⁴ Proposition de traduction. Texte initial : *Chapter 4: Causation ; Article 4:101: General Rule : (1) A person causes legally relevant damage to another if the damage is to be regarded as a consequence of that person's conduct or the source of danger for which that person is responsible.*

⁵ **Carbonnier**, droit civil, 4-Les obligations, PUF 1995, n° 216. **G. Viney, P. Jourdain**, Les conditions de la responsabilité, 3^e éd., LGDJ 2006, n° 340. **P. Brun**, Responsabilité civile extracontractuelle, Litec 2005, n° 279. **P. Conte, P. Maistre du Chambon**, La responsabilité civile délictuelle, PUG 1994, p. 119.

Les questions, posées à l'échelle européenne, sont encore complexifiées par cette ambition de proposer un modèle unitaire à une zone géographique immense. Ces régions ont, c'est une lapalissade, des traditions juridiques différentes, des niveaux hétérogènes de développement économique, d'infrastructures, et des rapports culturels au danger, à la souffrance, à la résignation, peut-être variables... A partir des courtes formules des projets européens définissant la causalité, et des occurrences que l'on trouve au fil des PETL et du DCFR, peut-on tirer des conclusions claires sur la définition de la causalité ? Vers quels mécanismes s'acheminerait-on, si ces définitions étaient retenues ? Le lecteur français, qui appréhende dans une première lecture les projets européens de droit de la responsabilité, se réfère à ce qu'il connaît. Nous avons nos grilles de lecture, nos archétypes, nos expressions, et il est donc nécessaire, dans un premier temps, de tenter de s'abstraire de ces références familières, pour aborder de manière purement technique les projets européens. Il conviendra de se pencher sur le vocabulaire de la causalité dans les PETL et le DCFR (I) ce qui nous conduira à décrire une procédure de recherche de la causalité composée de deux étapes (II). Foin du jardin à la française, des élégances classiques, des exigences de plan en deux parties et deux sous-parties : en proie aux affres du sujet, profitant honteusement d'un cadre européen, nous rechercherons ensuite quels peuvent être les contours de la notion de causalité, à la lumière des projets européens (III).

I – Le vocabulaire de la causalité dans les PETL et le DCFR

Le jardin à la française laissant place aux perspectives atmosphériques des jardins à l'anglaise, il convient d'écarter les brumes et fouiller les bosquets. La causalité... certes, mais entre quoi et quoi ? En quels termes ? Pour un lien de quelle nature ?

A - Lien de causalité ... certes, mais entre quoi et quoi ?

Quant à l'origine du dommage, les partis pris, dans chacun des projets, sont un peu différents. Les PELT emploient les termes « *cause of* », « *has caused* », pour marquer le lien de cause à effet entre le dommage et une activité ou une conduite du responsable⁶ : dans la définition même de la causalité, ces deux origines possibles apparaissent seules. Le DCFR présente les choses de façon légèrement différente, faisant référence à une personne comme cause du dommage, tout au long du projet, et plus particulièrement dans la définition de la causalité au chapitre 4. La personne apparaît également parfois dans les PETL, mais de façon incidente seulement⁷, puisqu'on y est centré sur les activités ou attitudes.

Pourtant cette nuance n'est nullement déterminante : les deux projets se rapprochent en ce que le DCFR considère la personne comme à l'origine du dommage si celui-ci est la conséquence de la conduite ou de la source de danger dont la personne est responsable. En outre, le parti pris résolument subjectif de la définition de la responsabilité, déjà constaté lors des rencontres stéphanoises de novembre 2009, apparaît nettement de nouveau, dans les deux projets, avec l'étude du vocabulaire de la causalité. Dans les PETL, comme dans le DCFR, s'il s'agit d'une conduite, c'est un comportement fautif⁸. S'il s'agit d'une activité, elle est dite « dangereuse », les DCFR évoquant plus largement une « source de danger »⁹, ces qualificatifs laissant supposer, aux yeux d'un français habitué à des mécanismes purement objectifs, que l'on pourrait peut-être reprocher cette activité au responsable.

Sans surprise, le résultat est toujours le dommage (*damage, loss*), dans les PETL comme dans le DCFR. Dans le DCFR, les termes « *caused* » ou « *caused of* » peuvent également désigner le lien

⁶ PETL, notamment, art. 1:101-2 ou art. 3 :101

⁷ PETL, art. 1 :102-4 , 2 :102

⁸ PETL, art. 1:101-2-a

⁹ DCFR, art. 4 :101

entre la perte (*loss* ou *damage*) et divers dommages précisément décrits et envisagés de manière casuistique, à l'anglo-saxonne. On voit apparaître ici un problème que nous envisagerons de nouveau ultérieurement : il est parfois délicat de faire la part entre ce qui relève de la causalité, et ce qui relève du préjudice, voire du fait générateur.

B - Lien de causalité ... certes, mais en quels termes ?

Au plan strictement terminologique¹⁰, outre les termes « *caused* », « *cause of* », « *causation by* », sont également utilisés les termes de « *consequences of* », « *result of* »¹¹ ou encore « *lead to* »¹² lorsque c'est le rôle d'une activité qui est évoqué. Sans surprise, les termes de « *contributory* » ou « *contributed to* » sont utilisés pour envisager les cas de causalités multiples. Pourtant, une autre catégorie sémantique apparaît, marquant cette fois-ci un lien entre le dommage et, soit une « personne », soit un « auteur » : le dommage lui est « *attributed* », traduit par « imputé »¹³, dans les PETL ; le DCFR utilise l'expression « *accountable for* ». Deux catégories sémantiques apparaissent donc, dans chacun des projets.

Plus précisément, pour traiter de causalité, les PETL utilisent en premier lieu les termes « *has caused* » ou « *cause of* » pour désigner le lien de causalité entre le dommage et, selon le cas, un comportement fautif, une activité dangereuse, une défaillance d'une entreprise ou de sa production, un évènement de force majeure. Les termes « *attributed* » ou « *attributable to* » désignent également une forme de causalité, en reliant le dommage à une personne.

La même dualité se retrouve dans le DCFR. Les termes « *causes* », « *caused* », ou « *causes to* » associés à « *result of* », peuvent désigner le lien de causalité entre un dommage et, soit une intention ou une négligence fautive d'une personne, parfois envisagée de façon relativement précise¹⁴, soit une source de danger, parfois envisagée de façon plus explicite comme le véhicule à moteur, l'animal, les substances ou les émissions venant d'une installation. Par ailleurs, le DCFR utilise les termes de « *accountable for the causation* » ou « *accountability for causing* » pour désigner également une forme de causalité, reliant le dommage à une personne qui en répondra.

C - Lien de causalité ... certes, mais de quelle nature ?

Concernant la définition de la causalité, une différence saute aux yeux à la lecture des deux projets européens : autant les PETL se veulent précis, détaillant de multiples hypothèses, autant le DCFR se montre sibyllin. Le DCFR, dans le chapitre 4 consacré à la causalité, se contente de donner une rapide définition¹⁵, puis évoque brièvement la complicité¹⁶ et les causes multiples¹⁷. L'ouvrage de présentation du projet précise que « le terme de « causalité » est utilisé dans tous les systèmes juridiques européens mais n'est jamais défini »¹⁸. En revanche, les PETL donnent une définition relativement précise du lien de causalité, puis détaillent tour à tour le problème des causes concurrentes, des causes alternatives d'un seul dommage, des causes alternatives en cas de victimes multiples, des causes potentielles (ou consécutives) d'un même dommage momentané, aggravé puis continu, des causalités partielles incertaines et, enfin, des causes incertaines dans la sphère d'influence de la victime¹⁹.

¹⁰ Voir les tableaux en annexe

¹¹ Dans les DCFR

¹² PETL, art. 3 :104

¹³ PETL, art. 1:101-1 et 2, 3:201, 9:101-1 et -3.

¹⁴ DCFR, art. 2 :204 : *the person communicating the information...* ; 2:208 : *Unlawful impairment of that person's exercise of a profession...*

¹⁵ DCFR, art. 4 :101

¹⁶ DCFR, art. 4 :102

¹⁷ DCFR, art. 4 :103

¹⁸ **C. von Bar**, Principles of European law, Non-contractual liability arising out of damage caused to another, Sellier 2009, p. 748, nous traduisons

¹⁹ PETL, art. 3 : 101 à 3 :106

Une première lecture rapide des PETL et du DCFR laisse penser que les rédacteurs n'ont retenu qu'une définition matérielle de la causalité : celle en l'absence de laquelle le dommage ne serait pas survenu²⁰. La référence à la condition *sine qua non* est d'ailleurs explicite dans les PETL. Le DCFR est plus vague, la cause est simplement définie par son synonyme de « conséquence »²¹.

Pourtant les projets, l'un comme l'autre, vont beaucoup plus loin et ne se contentent pas de la simple référence à une causalité réelle, matérielle. Des critères supplémentaires apparaissent, les mêmes dans les deux projets, mais sous des intitulés forts différents. C'est dans le chapitre 3 sur la causalité, sous l'intitulé de l'« étendue de la responsabilité », que les PETL posent notamment les critères suivants : le caractère prévisible du dommage, la proximité dans le temps ou l'espace, l'étendue des risques ordinaires de la vie, l'objectif de protection de la règle de droit... Le DCFR évoque le caractère juste et raisonnable, la proximité, les attentes raisonnables et les considérations de politiques publiques sous la rubrique des dommages pertinents. La même difficulté déjà évoquée réapparaît ici : d'un système juridique à l'autre, certaines questions seront considérées, soit comme relevant de la causalité, soit comme intéressant les préjudices ou les faits générateurs.

Outre cette question des contours de la causalité, il convient au préalable de se pencher sur cette dualité de la notion de causalité : dans chacun des projets, on relève deux séries de termes pour énoncer le lien entre le dommage et le responsable. On note également que la simple causalité matérielle ne suffit pas à engager la responsabilité de l'auteur du dommage : encore faut-il que certaines conditions supplémentaires soient réunies. Cette dualité d'approche est confirmée par la lecture des travaux préparatoires : la causalité fait l'objet d'un examen en deux étapes dans la plupart des systèmes juridiques.

II – Les deux étapes de la recherche du lien de causalité

Les chercheurs ayant élaboré ces projets ont fait un bilan de ce qui existait dans les systèmes juridiques de divers pays occidentaux. Ils ont constaté que la plupart de ces systèmes juridiques examinent l'existence du lien de causalité en deux temps : la simple existence du lien de causalité entre l'événement considéré et le dommage ne suffit pas (A), encore faut-il que cette causalité soit juridiquement acceptable (B).

A – La première étape de l'examen de la causalité

Les projets européens, les PETL tout particulièrement, font référence à une forme de causalité *sine qua non* (1) qui montre vite ses limites (2).

1 – La référence fragile à la causalité *sine qua non*

Comme précédemment évoqué, cette première étape de l'examen de la causalité apparaît dans l'art. 3 :101 des PETL : « Est considéré comme cause du dommage toute activité ou conduite en l'absence de laquelle le dommage ne serait pas survenu »²². Le DCFR, beaucoup plus laconique fait transparaître la même idée : « le dommage doit être considéré comme une conséquence de la conduite de cette personne » ou d'une source de danger dont la personne est responsable²³, et

²⁰ PETL, art. 3 :101, condition *sine qua non*. DCFR, art. 4 :101

²¹ DCFR chapitre 4 - Causation

²² An activity or conduct is a cause of the victim's damage if, in the absence of the activity, the damage would not have occurred.

²³ DCFR, art. 4:101-1

l'art. 4 :103 ²⁴ sur les causes alternatives retient la théorie de l'équivalence des causes : « *This Book regards causation as the **necessary link** between the intentional or negligent conduct... or the source of danger... and legally relevant damage* »²⁵.

Dès lors, dans les deux projets, un premier travail consiste en la recherche les facteurs nécessaires à l'avènement du dommage, ce type de causalité étant dénommé, selon les latitudes, *but-for cause* (cause indispensable), cause de fait, cause réelle²⁶, causalité matérielle²⁷, ou même, scientifique²⁸. On parlera également d'équivalence des conditions²⁹. Le droit pénal français pose la question en termes de certitude de la causalité.

Dans le même sens, la disposition des PETL consacrée aux causes dites « potentielles »³⁰ traite des causes successives d'un même dommage : un préjudice est apparu en raison d'une certaine activité, mais une activité ou un événement ultérieur aurait finalement pu également occasionner ce dommage (par exemple, une maison est ravagée par un incendie en raison de travaux mal sécurisés, mais cette maison subit quelques jours plus tard un raz de marée tout aussi destructeur). Ici encore, et malgré le doute que pourrait laisser planer l'appellation de « cause potentielle », c'est bien le principe de la causalité *sine qua non* qui domine : l'activité seconde n'est prise en considération que si elle aggrave concrètement le dommage.

Pourtant, dès cette disposition, on constate que la rigueur de la condition *sine qua non* est atténuée : si l'activité seconde intervient alors que le préjudice a un caractère continu (par exemple, un handicap), le seconde événement dommageable est pris en compte à compter du moment où il intervient, sans certitude absolue de causalité. En réalité, les PETL laissent beaucoup de place à une cause définie en termes de simple probabilité.

2 - L'insuffisance de la causalité *sine qua non*

L'incertitude apparaît dans le DCFR dès la définition de la causalité : « Une formulation flexible a été délibérément choisie (“doit être considérée comme une conséquence...”)³¹ ; « le paragraphe (1) ne réduit pas le test de la causalité à un “*but for test*” ou au critère de la “condition *sine qua non*”. Cela aurait sous-entendu un concept de causalité simplement “factuel” ou “scientifique” »³². Dans les PETL, la certitude « scientifique » vacille, l'exigence se fait moins forte en cas de causalités multiples : alors que, en présence d'une cause unique du dommage, seule est prise en considération cette cause réellement nécessaire, en cas de causes multiples, ou de victimes multiples, les textes des PETL se réfèrent à la probabilité. Sont considérées comme pertinentes toutes les causes qui ont, de façon probable (*likely*), causé ou contribué à causer le

²⁴ Proposition de traduction de l'art. 4 :103 Lorsque les dommages juridiquement pertinents ont pu être provoqués par plusieurs événements, imputables à différentes personnes, et lorsqu'il est établi que le dommage a été provoqué par un de ces événements, sans que l'on puisse déterminer lequel, chaque personne à laquelle l'un des événements est imputable est présumée avoir causé ce dommage »

²⁵ C. von Bar, préc., p. 748

²⁶ J. Spier, O. A. Haazen, Comparative conclusions on causation, in Unification of tort law : Causation, Kluwer law international, 2000, p. 127.

²⁷ P. Esmein, Trois problèmes de responsabilité civile, RTDCiv 1933, p. 317, n° 5.

²⁸ P. Brun, Causalité juridique et causalité scientifique, RLDCiv 2007, suppl. n° 40. G. Viney, P. Jourdain, Les conditions de la responsabilité, préc. n° 333. J. Fischer, Causalité, imputation, imputabilité : les liens de la responsabilité civile, Mélanges Le Tourneau, Dalloz 2008, p. 383.

²⁹ Tunc, note sous CA Paris, 18 avril 1955, D 1956, p. 354. G. Marty, La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile, RTDCiv. 1939, p. 685, n° 6. Cass. 2^e civ., 27 mars 2003, Bull. 76, JCP 2004, I, 101, G. Viney.

³⁰ PETL, art. 3 :104

³¹ C. von Bar, préc., p. 747 : « *The formulation has been deliberately kept flexible (“is to be regarded as a consequence...”)* »

³² C. von Bar, préc., p. 751 : « paragraph (1) does not reduce the test for causation to a « but for test » or « *conditio sine qua non* » test. This would have merely put a « factual » or « scientific » concept of causation into words »

dommage : on ne raisonne plus en terme de certitude matérielle, mais par à une analyse quantitative et qualitative de la cause, qui se rapproche de la causalité adéquate³³.

Plusieurs situations sont envisagées dans les PETL :

- Les causes multiples qui, isolément, auraient causé le dommage³⁴,
- Les causes multiples dont on ne sait laquelle a causé le dommage³⁵,
- Les causes multiples qui, en agissant ensemble, ont causé le dommage³⁶
- Les multiples victimes d'une même activité sont traitées également à l'aune de la cause probable³⁷.
- Concernant la faute de la victime ayant contribué au dommage, la traduction est trompeuse, car le texte en français utilise le terme d'« incidence possible », (« possible » marquant un degré de certitude encore inférieur à « probable ») alors qu'en anglais, on retrouve la terminologie de la probabilité ou de la vraisemblance : *likely, likelihood*³⁸.

Face à l'incertitude, il est nécessaire de recourir à des présomptions : chaque activité ayant « probablement causé » le dommage est « considérée comme » (*regarded as*) ou « présumée être » une des causes du dommage, selon les PETL. La présomption peut-être même relativement sévère en cas de victimes multiples d'une même activité puisque cette activité est retenue comme cause, « même s'il est probable qu'elle n'a pas causé le préjudice à toutes les victimes »³⁹. Concernant la proportion : soit on se réfère à la « proportion de sa contribution probable »⁴⁰, soit à une « égale portion » quand bien même la contribution au dommage pourrait être minime⁴¹. Le même type de présomption est prévue lorsque le dommage est causé par une activité anormalement dangereuse, si le dommage est « caractéristique du risque »⁴². Le DCRF n'est pas en reste puisque, en cas de causes multiples, chacune est présumée avoir causé le dommage, sauf preuve contraire⁴³.

Les critères de la présomption n'apparaissent pas : point de présomptions « graves, précises et concordantes »⁴⁴, point de mécanisme en trois temps comme a pu l'établir la jurisprudence française, articulant la possibilité théorique que le fait envisagé soit l'origine du dommage, avec la proximité temporelle entre l'événement et le dommage, et avec l'absence d'autres causes possibles⁴⁵. L'idée de « probabilité » comme celle d'« égale portion » évoque cependant un critère de preuve utilisé en Common Law, qui permet de décider qu'un événement causal doit être retenu dès lors que les chances qu'il produise le dommage sont supérieures à 50 % : c'est le critère du « *more likely than not* », du « plus probable qu'improbable », très présent dans les conclusions comparatistes des préparateurs des PETL en matière d'examen de probabilité⁴⁶.

³³ **F. G'ssell-Macrez** propose de renommer la théorie de la causalité adéquate « théorie de lien causal probabiliste » : Recherche sur la notion de causalité, thèse à paraître à la LGDJ

³⁴ PETL, art. 3 :102

³⁵ PETL, art. 3:103-1

³⁶ PETL, art. 3 :105

³⁷ PETL, art. 3:103-2

³⁸ PETL, art. 3:106. Le DCFR utilise cette terminologie pour évoquer le caractère prévisible, nous y reviendrons.

³⁹ PETL, art. 3 :103-2

⁴⁰ PETL, art. 3 :103

⁴¹ PETL, art. 3:105

⁴² PETL, art. 5 : 101-1

⁴³ DCFR art. 4 :103

⁴⁴ C. civ., art. 1353

⁴⁵ Par exemple, Cass. 1^{re} civ., 17 juillet 2001, 2 arrêts, Bull. 234, RTDCiv. 2001, 889, obs. **P. Jourdain** : une personne est contaminée par un virus, elle a subi une transfusion sanguine : la personne démontre d'une part que la contamination virale est survenue à la suite de la transfusion, et d'autre part, qu'elle ne présente aucun autre mode de contamination qui lui soit propre. Voir notamment, **P. Pierre**, Les présomptions relatives à la causalité, RLDC 2007, suppl. n° 40, p. 39, spéc. p. 41. **P. Brun**, causalité juridique et causalité scientifique, préc., spéc. p. 20, qui précise que la jurisprudence française n'exige nullement la certitude de la causalité, et se contente d'une probabilité et de présomptions.

⁴⁶ **J. Spier, O. A. Haazen**, préc. p. 152 et s.

La causalité existante, réelle, matérielle, *sine qua non*, montrant vite ses limites, les divers systèmes juridiques ne s'en sont pas contentés et ont fait appel à de nombreux autres critères. A l'exception notable de celui de la Belgique⁴⁷, aucun système juridique ne se contente de la condition *sine qua non*⁴⁸. La plupart des experts consultés font état de deux étapes dans l'examen de la causalité et les rédacteurs du projet PETL ont considéré qu'il fallait en tenir compte. Un obstacle majeur est apparu cependant : comme on pouvait s'y attendre chacun des systèmes juridiques retient des critères différents pour définir ce que nous appelons souvent en France la causalité juridique.

B – La seconde étape de l'examen de la causalité

Les juristes anglais et américains expliquent que leurs juridictions font référence au critère de *remotness* ou à une *causa proxima* qui n'a plus rien à voir, aujourd'hui, avec la cause techniquement la plus proche : une multitude d'autres critères ont été ajoutés au dispositif. Désormais, le critère essentiel est la prévisibilité du dommage⁴⁹. Il faut également tenir compte, à titre secondaire, du caractère direct, du caractère proportionné et juste de la responsabilité, du risque d'accroissement du contentieux, et, de façon désormais marginale, de la proximité dans le temps et dans l'espace. Plus qu'une cause proche, c'est une forme de causalité adéquate qui domine, mâtinée d'une multitude de critères destinés plus ou moins à éloigner le spectre de l'indemnisation⁵⁰.

Les systèmes allemand, suisse, autrichien, grec, utilisent également la causalité dite adéquate (il en est de même d'un arrêt de la jurisprudence française⁵¹). Pourtant, ici encore, une simple référence à cette théorie causaliste est très insuffisante à décrire les systèmes juridiques de nos voisins. Alors qu'on pourrait définir la causalité adéquate comme une référence au cours logique des choses, en ne retenant que les événements dont on pouvait prévoir, à l'avance ou au moment des faits, qu'ils causeraient le dommage, la causalité appliquée par nos voisins suisses, par exemple, est infiniment plus subtile : à une logique abstraite s'ajoute l'examen du degré de culpabilité de l'auteur, des objectifs protecteurs de la règle transgressée, un examen *in concreto* du caractère prévisible du dommage...

En conséquence, la diversité des systèmes a conduit les auteurs des projets européens à choisir une « approche flexible »⁵², réunissant tous les critères possibles d'appréciation de la causalité

⁴⁷ J. Spier, O. A. Haazen, préc. p. 127

⁴⁸ Voir cependant, pour la France, en matière médicale, Luc Grynbaum, La certitude du lien de causalité en matière de responsabilité est-elle un leurre dans le contexte d'incertitude de la médecine ? D. 2008, p. 1928

⁴⁹ G. T. Schwart, Causation under US law, in Unification of tort law : Causation, Kluwer law international, 2000, p. 123 : *"The second step is what is commonly referred as "proximate cause" or "legal cause" (...) proximate cause include several themes. The most important is foreseeability"*.

H. Rogers, Causation under English law, in Unification of tort law : Causation, Kluwer law international, 2000, p. 39, spec. p. 40 : *"It does no matter too much whether you call the next stage "remoteness" or "legal cause" or "proximate cause". But it is important to remember that although the leading test of remotness is foreseeability it is not the sole solvent off all stage 2 issues"*.

S. Banakas, Causalité et imputation, Réflexions sur quelques développements récents en droit anglais, RLDC 2007, suppl. n° 40, p. 93 : « En droit anglais, on évoque ici la nécessité de démontrer que le dommage ne doit pas être considéré comme juridiquement *trop éloigné (legally too remote)* de l'acte du défendeur (...) il convient d'établir que le dommage éprouvé était, dans son genre, prévisible pour le défendeur à l'instant où il a agi »

⁵⁰ J. Spier, O. A. Haazen, préc. p. 131.

⁵¹ Cass. 1^{re} civ., 24 janvier 2006, Bull n° 35 ; RTDCiv 2006, 323, obs. P. Jourdain ; JCP 2006, I, 166, obs. P. Stoffel-Munck.

⁵² C. von Bar, préc., p. 747 : « *The formulation has been deliberately kept flexible ... In a legal setting there is no « one-size-fits-all » general test for causation* ». Sur le choix de la flexibilité dans l'ensemble des projets européens, P. Ancel, Rôles respectifs de la loi et du juge dans les projets européens, Premier séminaire, publié sur le site du GRERCA

juridique : il convient de procéder à un examen d'une causalité dite « adéquate », non pas au sens strict, mais au sens où cette causalité doit permettre « d'établir une restriction raisonnable de la responsabilité »⁵³. Concernant cette deuxième étape, c'est l'Afrique du Sud qui constitue le modèle le plus éclairant selon les auteurs du rapport comparatif ayant préparé les PETL : un critère unique et général paraissant insuffisant, « la chambre d'appel s'est exprimée en faveur d'une approche flexible, prenant en compte des considérations de politique fondées sur la raison, l'équité et la justice (...) Il faut rechercher s'il y a une relation suffisamment proche entre la conduite de l'auteur et ses conséquences, telle que ces conséquences puissent être imputées à l'auteur »⁵⁴. Quoique lui appliquant une terminologie plus classique (causalité adéquate, *proxima*...) les autres pays utilisent également et explicitement ce type d'« approche flexible »⁵⁵ : les auteurs du rapport comparatiste citent l'Italie, les Pays-Bas, l'Allemagne. Ils relèvent qu'en France, l'approche est également multifactorielle. Le tableau suivant est présenté :

	Allemagne	Autriche	Grande Bretagne	France	Grèce	Italie	Pays-Bas	Afrique du Sud	Suisse	US
Proximité, éloignement dans la chaîne des causes (<i>remoteness</i>)	X	X	X			X	X	X	X	X
Adéquation	X	X		X	X	X	X	X	X	
Politique		X	X	X	X		X	X	X	X
Gravité de la faute	X		X	X (faute de la victime)				X	X	X
Domage disproportionnée		X				X	X (dans des limitations de responsabilité <i>ad hoc</i>)	X (dans des limitations de responsabilité <i>ad hoc</i>)	X	X (dans des limitations de responsabilité <i>ad hoc</i>)
Nature du dommage	X (dommage perso, pertes purement économiques)		X (pertes purement économiques)	X (dommage perso)			X	X	X	X
Caractère direct			X	X (dommage par ricochet)		X	X	X	X	X
Prévisibilité	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X

Remarque : la définition des critères varie d'un pays à l'autre ; c'est le cas tout particulièrement du caractère indirect (*remoteness*) qu'ici, nous avons traduit par « éloignement », car ce terme est associé à la « proximité » (au sens de *causa proxima*). En outre, ce tableau n'indique pas si le critère est utilisé à charge ou à décharge, ni le contexte d'utilisation. Par exemple, en matière de prévisibilité, le critère est considéré comme appliqué, qu'il le soit pour la limitation de responsabilité au titre des dommages prévisibles, ou comme un des critères de définition de la force majeure. Il demeure que, tenant compte de ces travaux préparatoires, les projets ont voulu inclure tous les critères possibles de limitation de responsabilité, que l'étude des projets nous permet de regrouper sous trois rubriques : la prévisibilité du dommage, l'équité, les aspirations politiques et sociales. Le caractère direct est étrangement absent.

1 – Causalité et prévisibilité du dommage

Les PETL laissent une large place à cette causalité adéquate, conçue comme un simple rapport de logique, en évoquant, dans le chapitre 3 sur la causalité, la condition de « prévisibilité du dommage par une personne raisonnable au moment de l'activité »⁵⁶.

⁵³ J. Spier, O. A. Haazen, préc. p. 133

⁵⁴ Johann Neethling, South African Report, in Unification of tort law : Causation, Kluwer law international, 2000, p. 93, spec. p. 95.

⁵⁵ J. Spier, O. A. Haazen, préc. p. 133

⁵⁶ Art. 3 :201-a

Ce critère intervient encore dans la responsabilité fondée sur la faute, en matière de standard de conduite requis⁵⁷, ainsi que dans la définition de l'activité anormalement dangereuse⁵⁸ qui « crée un risque prévisible » (*foreseeable*). Dans cette même définition, la référence à la probabilité du dommage (*likelihood*) rejoint l'idée de prévisibilité, tout comme le dommage potentiel (*possible damage*) utilisé dans la définition de la gravité du danger⁵⁹.

Dans le **DCFR**, la prévisibilité du dommage est également évoquée à l'occasion de la présentation des divers cas de responsabilité.

On la croise en matière de la responsabilité d'un organisme du fait des personnes qu'il supervise : l'organisme est responsable « si la personne supervisée était susceptible de causer (*likely to cause*) un dommage de ce type »⁶⁰. On la retrouve dans la responsabilité du fait des produits défectueux : le producteur n'est pas responsable si l'état des connaissances scientifiques et techniques ne pouvait permettre de découvrir l'existence du défaut⁶¹, ce qui revient à exclure le dommage imprévisible. De même, le gardien d'une substance ou émission dangereuse est responsable s'il était probable, au moment de l'émission, que celle-ci causerait de tels dommages⁶². Enfin, une personne est considérée comme contrôlant l'état d'un immeuble si l'on peut lui imposer le devoir de prendre des mesures préventives destinées à éviter le dommage⁶³.

La prévention du dommage, de façon plus générale, fait d'ailleurs figure de disposition fondamentale dans le DCFR : il y a même un droit à l'exiger⁶⁴, et l'étendue de la responsabilité peut être modérée si l'auteur avait mis en œuvre des moyens de prévention⁶⁵.

Le projet évoque encore indirectement la prévisibilité dans certains articles qui précisent que l'auteur aurait du savoir ou connaître telle ou telle donnée⁶⁶, ou dans la définition de l'acceptation des risques⁶⁷.

Quels sont les critères de la prévisibilité ? Trois critères sont proposés dans les PETL. L'art. 3:201 évoque d'abord la « **personne raisonnable** », très anglo-saxonne, qui invite à une appréciation *in abstracto*. Le dommage est prévisible si la personne auteur de l'acte aurait pu le prévoir au moment des faits. Le texte cite ensuite « la **proximité dans le temps ou l'espace** » entre le dommage et l'activité dommageable ; la *causa proxima* devient un simple facteur de prévisibilité et n'est plus un critère indépendant de causalité légale. Le même article cite enfin **l'importance du dommage face aux conséquences normales d'une telle activité** : le dommage, mais également sa proportion, doivent être attendus et logiquement possibles, au regard de l'activité menée.

Le DCFR ne donne pas de définition du caractère prévisible du dommage. On note qu'il fait également référence à la proximité du dommage⁶⁸.

Est-ce à dire qu'un dommage imprévisible n'est susceptible d'aucune réparation ? La lecture des PETL indique que le caractère imprévisible du dommage n'est pas un facteur forcément rédhibitoire de responsabilité. Quoiqu'inclus dans le chapitre consacré à la causalité, le caractère prévisible joue, non pas comme critère indispensable de l'existence même de cette causalité, mais plutôt comme critère de mesure de la responsabilité (*wether and to what extent*

⁵⁷ PETL, art. 4 :102

⁵⁸ PETL, art. 5 :101

⁵⁹ PETL, art. 4:201-2 ou 5 101:1 qui évoque le dommage « caractéristique du risque » en matière d'activité dangereuse

⁶⁰ DCFR, art. 3 :104-2-c

⁶¹ DCFR, art. 3:204

⁶² DCFR, art. 3:206

⁶³ DCFR, art. 3 :202-2, l'art. 6:301 posant par ailleurs un droit à la prévention.

⁶⁴ DCFR, art. 6 :301

⁶⁵ DCFR, art. 6 :202 et 6 :302

⁶⁶ DCFR, art. 2:204 et 2 :207-b sur le fait de devoir connaître le caractère incorrect d'une information diffusée ; art. 2 :205, sur le fait de devoir connaître le caractère confidentiel d'une information ;

⁶⁷ DCFR, art. 5 :101

⁶⁸ DCFR, art. 2 :101-3

damage may be attributed to) : c'est un facteur parmi d'autres, qui peut (*may*) être pris en compte si le cas s'y prête⁶⁹.

Dans le DCRF, en revanche, la prévisibilité du dommage est un facteur indispensable de la responsabilité dans tous les cas précédemment cités, à savoir, la responsabilité de l'organisme qui supervise une personne⁷⁰, la responsabilité du fait des produits défectueux, des émissions ou substances dangereuses, ou des immeubles en mauvais état.

Le caractère prévisible du dommage repose sur des critères diffus et parfois difficile à cerner, ce qui nous amène au-delà de la pure logique, vers des considérations d'équité.

2 – Causalité et proportionnalité

Lors de la préparation des PETL, les auteurs du rapport comparatiste en matière de causalité ont souligné que « dans la plupart des systèmes juridiques, la simple circonstance que la perte en jeu est disproportionnée n'est pas, en soi, une raison suffisante pour dénier la causalité juridique ». Les auteurs considèrent pourtant que ce facteur reste important et doit être pris en compte⁷¹. Dès lors, à plusieurs reprises, les PETL font référence aux conditions liées à l'équité et la proportionnalité. C'est ainsi qu'est posée comme critère de responsabilité, dans le chapitre consacré à la causalité, la **nature ou la valeur de l'intérêt protégé**. Les rédacteurs semblent donc concevoir cette notion, non pas de façon statique, comme simple mesure descriptive du dommage, mais de façon dynamique, pour évaluer la globalité des événements. De même, les PETL proposent dans cet article de tenir compte du **fondement de la responsabilité** : ici encore, il ne s'agit pas tant du fait générateur lui-même que d'une évaluation de l'ensemble de la situation, en s'interrogeant sur le caractère juste et équitable de l'action en réparation de la victime. Enfin, les PETL évoquent **l'étendue des risques ordinaires de la vie** qui invite les victimes à la patience, l'endurance, la résignation, à la mesure, au bon sens, à la raison... pour le plus grand profit des éventuels responsables, ainsi traités équitablement ?

Le DCFR fait également apparaître l'équité. La réparation doit être « juste et raisonnable » (*fair and reasonable*) au regard des critères suivants : le fondement de la responsabilité, la nature du dommage, la proximité du dommage, les attentes raisonnables de la personne souffrant du dommage, les considérations de politiques publiques⁷². Cette équité doit tout particulièrement être examinée lorsque le dommage n'a pas été causé intentionnellement : il faut alors veiller à ce que la réparation ne soit pas disproportionnée au regard de la faute commise⁷³.

On retrouve cette dimension de l'équité en matière de responsabilité des mineurs⁷⁴, Le degré de la faute et l'étendue du dommage sont pris en compte, en matière de responsabilité de la victime⁷⁵, en matière de solidarité⁷⁶.

3 – Causalité, considérations politiques et but protecteur de la loi

Relèvent également des critères applicables, dans un système flexible de causalité, les considérations politiques et le but protecteur de la loi, manifestations de la théorie de la relativité aquilienne, selon laquelle seule la personne protégée par la loi peut demander réparation, ou seul le dommage que la loi a pour objet d'éviter peut être indemnisé⁷⁷. Cette

⁶⁹ PETL, art. 3:201

⁷⁰ Voir l'art. 3:104-2-c préc.

⁷¹ **J. Spier, O. A. Haazen**, préc. p. 135. Nous traduisons

⁷² DCFR, art. 2:101-3

⁷³ DCFR, art. 6:202

⁷⁴ DCFR, art. 3 :103

⁷⁵ DCFR, art. 5:102

⁷⁶ DCFR, art. 6:105

⁷⁷ **H. Slim**, Les intérêts protégés par la responsabilité civile, Premier séminaire, Chambéry, Site du GRERCA, n° 23. **J. Limpens**, La théorie de la « relativité aquilienne » en droit comparé, Mél. Savatier, Dalloz 1965, p. 539. **G. Viney, P. Jourdain**, Les conditions de la responsabilité, préc. n° 336

catégorie de critères fait même figure de troisième étape de l'examen de la causalité en Allemagne⁷⁸ : l'analyse de l'adéquation de la causalité en termes de prévisibilité et de gravité du comportement étant considérée comme « trop imprécise, les juridictions appliquent souvent, comme troisième étape, des considérations politiques (« *wertende Überlegungen* » - réflexions d'évaluation) »⁷⁹. Il est vrai que la théorie de la relativité aquilienne joue un rôle essentiel en Allemagne, mais également en Suisse ou dans les pays de tradition anglo-saxonne⁸⁰.

Les PETL évoquent à ce titre, dans la partie consacrée à la causalité⁸¹,

- la **nature ou la valeur de l'intérêt protégé** : on peut en effet envisager ce critère dans sa simple dimension de proportionnalité, mais également dans sa dimension politique. Quels intérêts un système juridique veut-il, ou peut-il se permettre de protéger ?
- **l'étendue des risques ordinaires de la vie**, qui peut être considérée comme une simple mesure du dommage, mais qui joue également le rôle de critère d'ordre politique : quelles contraintes doit-on accepter dans une vie en société ?
- Enfin, l'art. 3 :201 évoque *in fine* le critère de **l'objectif de protection assigné à la règle** non respectée par l'auteur des faits. Ce critère apparaît de façon indirecte dans le DCFR, avec la référence au dommage résultant de la violation d'un droit conféré par la loi, ou de la violation d'un intérêt digne d'une protection légale⁸².

Concernant plus particulièrement ce dernier critère, H. Kosiol souligne que la « doctrine du but protecteur de la loi »⁸³, qui domine également en Autriche, peut s'illustrer de trois façons, toujours dans le sens d'une limitation de la responsabilité : seules les victimes désignées par la loi pourront agir, ou bien seuls les préjudices envisagés par le texte seront indemnisés, ou encore, seuls les comportements envisagés par la loi pourront faire l'objet d'une action⁸⁴. Ce critère peut donc aussi bien être rattaché à la question de la causalité, qu'à celle du dommage⁸⁵ ou du fait générateur⁸⁶, des divergences apparaissent d'ailleurs d'un système juridique à l'autre. Les auteurs des PETL, suivant en cela l'opinion du professeur Widmer⁸⁷, ont choisi de rattacher cette question à la causalité.

Le DCFR fait également apparaître les questions plus largement sociales : la réparation doit être « juste et raisonnable » (*fair and reasonable*), au regard de la nature du dommage, des attentes raisonnables de la personne souffrant du dommage et des considérations de politiques publiques⁸⁸.

De nombreux critères émaillent les projets, reflétant cette préoccupation de limitation de la responsabilité. On observe un détail curieux : le **caractère direct ou indirect** du dommage n'apparaît pas dans les projets.

⁷⁸ U. Magnus, Causation in german tort law, in Unification of tort law : Causation, Kluwer law international, 2000, p. 63, spec. p. 65. J. Spier, O. A. Haazen, préc. p. 134

⁷⁹ U. Magnus, loc. cit., nous traduisons

⁸⁰ S. Carval, Notion et rôle de la faute dans les projets européens, journées stéphanoises, Site du GRERCA, p. 4

⁸¹ PETL, art. 3 :201

⁸² DCFR, art. 2 :101-1-b et c

⁸³ *Rechtswidrigkeitszusammenhang*, ou plus généralement, *Schutzzweck des Norm* (interprétation téléologique de la loi)

⁸⁴ H. Kosiol, Causation under austria law, in Unification of tort law : Causation, Kluwer law international, 2000, p. 11, spec. p. 12

⁸⁵ Les juridictions anglaises et américaines semblent considérer cette question en terme de « *wrongfulness* », J. Spier, O. A. Haazen, préc. p.140

⁸⁶ Aux Pays-Bas par exemple, J. Spier, O. A. Haazen, préc. p.140

⁸⁷ P. Widmer, Causation under swiss law, in Unification of tort law : Causation, Kluwer law international, 2000, p. 105, spec. p. 113

⁸⁸ DCFR, art. 2:101-3

4 – Causalité directe

Quoique très attendu dans une démarche d'« approche flexible » de la causalité, le caractère direct ou indirect du préjudice n'est évoqué dans les PETL qu'à l'art. 10 :203, concernant les dommages aux biens : le texte admet que la victime puisse demander réparation de « dommages indirects tels que les pertes relatives à une activité professionnelle ». Dans le DCRF, jamais il n'est évoqué. Cette absence paraît d'autant plus étonnante que les travaux préparatoires mettaient en évidence l'importance de ce critère dans de nombreux pays : « *except under Austrian law, directness (is) widely considered to be of great importance* »⁸⁹.

Il est vrai que cette notion est particulièrement difficile à définir. En France, le droit de la responsabilité pénale s'est vu imposer cette distinction entre la faute cause directe ou indirecte du dommage, en juillet 2000, ce qui a laissé les auteurs dans un tel état de perplexité que l'un d'entre eux a pu dire qu'il s'agissait là d'une « plaisanterie à l'usage des glossateurs à l'imperturbable sérieux »⁹⁰. Les travaux préparatoires de cette réforme révèlent que, l'intention du législateur étant de dépénaliser la faute d'imprudence (en particulier celle des maires), la cause directe devrait être entendue comme l'événement le plus proche dans la chaîne des causes, ce qui permettait de considérer tous les autres événements comme indirects, et de les traiter moins sévèrement. La jurisprudence ne l'a pas entendu ainsi, et a retenu que la cause directe est l'événement déterminant⁹¹, ce qui permet de remonter dans la chaîne des causes... Dans le droit civil de la responsabilité, le caractère direct a également été envisagé, soit en parallèle avec la condition de certitude du lien de causalité⁹² (donc d'existence, qui nous ramène à une simple causalité *sine qua non*, nécessaire⁹³), soit autour de la question du dommage, et plus particulièrement à l'occasion des débats autour du préjudice moral par ricochet.

Sous d'autres latitudes, la définition du caractère direct pose tout autant question : les travaux préparatoires et le rapport comparatiste montre que la confusion règne entre cause proche, cause directe, cause prévisible : « *In United States, proximate cause nowadays includes several themes, such as foreseeability of harm, directness, proximity in space and time (...) Similarly, while English law speaks of "remotness" or "proximate cause", it uses foreseeability as the leading test of remotness* »⁹⁴.

La nébulosité de cette notion, qui a amené le droit français à la réduire à la notion de nécessité et de certitude, a sans doute conduit les rédacteurs des projets européens à l'ignorer prudemment. Ce qui ne pourra que réjouir certains auteurs français, notamment le Professeur Brun, qui considère que ce qualificatif de « direct » doit être banni du vocabulaire de la responsabilité civile⁹⁵.

⁸⁹ **J. Spier, O. A. Haazen**, préc. p. 135 et le tableau rappelé plus haut

⁹⁰ **P. Conte**, D. 2004, p. 1336

⁹¹ Cass. crim 25 septembre 2001, Bull 188 ; Cass. crim 29 oct 2002, Bull 196, RSCrim 2003, p.330, obs. **Y. Mayaud**.

⁹² Par exemple : Cass. 3^e civ., 19 février 2003, n° 00-13253 : une locataire provoque un incendie qui détruit en partie le toit de l'immeuble. Le toit est mal bâché, et un autre locataire subit un dégât des eaux. L'incendie n'est pas la cause directe de ce dommage, le lien de causalité avec les défauts du bâchage est certain. Cass. 2^e civ, 27 janvier 2000 : une femme est victime d'un accident de la circulation. Elle doit être opérée des yeux. Au cours de l'opération, l'œil gauche et lésé et devient aveugle. L'accident a rendu l'opération nécessaire, le dommage ne se serait pas produit en l'absence de l'accident qui en est ainsi la cause directe et certaine (Bull 20 ; JCP 2000, I, 241, obs. **Viney**, II 10363, obs. **Conte** ; RTDCiv. 2000, 335, obs. **Jourdain**). Cass. 2^e civ., 7 décembre 1988, Bull. 246 : un homme oublie le chéquier d'une société dans une cabine téléphonique. Une autre personne s'en empare et émet 3 chèques. La négligence du premier est sans lien direct avec le dommage subi par la société, la causalité est incertaine.

⁹³ Le rapprochement entre « équivalence des causes » et lien de causalité direct et certain est fait par le très fameux arrêt de Cass. 2^e civ., 27 mars 2003, Bull. 76, JCP 2004, I, 101, **G. Viney**.

⁹⁴ **J. Spier, O. A. Haazen**, préc. p. 131

⁹⁵ **P. Brun**, Causalité juridique et causalité scientifique, préc., qui ajoute : « On ne voit pas ce qui pourrait plaider pour que le juge prenne systématiquement le contre-pieds de ce que lui dicte l'observation

III – Les contours de la causalité

Les projets diffèrent parfois quant à l'ordonnancement de différentes notions : il conviendrait de s'interroger précisément sur ce qui relève de la causalité, et ce qui relève des faits générateurs ou des préjudices (A). On peut même se demander si, plutôt que de traiter de causalité matérielle et de causalité juridique, ou de double ou triple étape dans l'analyse de la causalité, il ne serait pas préférable de faire nettement la distinction entre la causalité et l'imputation (B).

A – Causalité, fait générateur ou dommage ?

En soi, vouloir considérer la causalité comme une entité à part est une entreprise périlleuse : dans la réalité des faits, il n'y a que deux éléments, le fait générateur et le dommage, le lien de causalité étant un rapport impalpable entre les deux. Il n'est donc guère étonnant que des confusions de notions apparaissent, la « cause » et le fait générateur pouvant même être assimilés. Pourtant, le rapport de causalité existe et il convient de le caractériser. Mais ce côté « évanescent » fait qu'on peut se demander très fréquemment si telle notion relève bien de la causalité, et s'il ne s'agit pas plutôt de caractériser le dommage ou de mettre en évidence un fait générateur. Irrésistiblement, les critères de la causalité sont attirés par les faits générateurs et les dommages, concrets et rassurants. Cette difficulté, précédemment évoquée à plusieurs reprises, est également relevée par les auteurs du rapport de synthèse qui a présidé à la rédaction des PETL en matière de causalité⁹⁶.

Les sources d'imprécisions sont multiples :

- Les projets européens ne font pas toujours clairement la part des choses, lorsqu'ils abordent la causalité : le DCFR, dans le chapitre 4 sur la causalité, est très sibyllin sur la notion elle-même. Le premier article, alinéa 1, donne une définition minimaliste, et le troisième article rejoint le sujet annoncé, en évoquant les causes multiples. L'alinéa 2 de l'art. 1 précise que les prédispositions de la victime ne doivent pas être prises en considération, on est donc fort proche de l'évaluation du préjudice. Le deuxième article précise la définition d'auteur, en évoquant la complicité par aide matérielle ou instigation : on est ici sur le terrain de la faute et de l'auteur fautif, du degré d'implication. Il a été considéré que ces questions relevaient de la doctrine de la causalité « psychologique »⁹⁷, ce que notre droit pénal traite sous l'appellation d'auteur moral, de provocation ou d'instigation, ce qui nous ramène encore à la faute et non à la causalité.
- On relève des contradictions entre les deux projets : nous avons déjà souligné que le DCFR évoque le caractère juste et raisonnable, la proximité, les attentes raisonnables et les considérations de politiques publiques sous la rubrique des dommages pertinents, alors que les PETL les envisagent sous la rubrique de la causalité.
- Dans les PETL, alors que la condition de prévisibilité du dommage est considérée comme un critère essentiel de la causalité, ce critère apparaît également dans les définitions des faits générateurs : dans la définition de la faute (et des standards de conduite requis⁹⁸) comme dans celle des activités dangereuses⁹⁹. Ce critère de la prévisibilité apparaît également dans le DCFR à l'occasion de la présentation des divers cas de responsabilité : responsabilité d'un organisme du fait des personnes qu'il supervise¹⁰⁰, responsabilité du

naturelle (et pour qu'il renonce à remonter) jusqu'à l'extrémité de la chaîne des causes (...) Cette exigence est une tentative assez pathétique de poser des limites au lien causal, sous forme d'un hommage à la science »

⁹⁶ J. Spier, O. A. Haazen, préc. p. 136 et suivant, en matière de but protecteur de la loi

⁹⁷ C. von Bar, préc., p. 750 et 774

⁹⁸ PETL, art. 4 :102

⁹⁹ PETL, art. 5 :101

¹⁰⁰ DCFR, art. 3 :104-2-c

fait des produits défectueux¹⁰¹, d'une substance ou émission dangereuse¹⁰², d'un immeuble¹⁰³.

- Les notions de « personne raisonnable », tout comme le but protecteur de la loi et la relativité aquilienne, peuvent être utilisées dans l'examen de la causalité, mais également pour évaluer le dommage et en limiter l'acceptation (option du DCFR), ou pour mesurer le fait générateur (la faute plus particulièrement) et en donner les contours. Les systèmes juridiques ici peuvent retenir des options très différentes et les similitudes de références peuvent s'avérer très superficielles.
- Enfin, la nature et la valeur de l'intérêt protégé, tout comme l'étendue des risques ordinaires de la vie, sont des références que l'on peut spontanément rattacher à l'évaluation du préjudice plutôt qu'à la causalité.

Les difficultés de frontières entre les notions sont sans doute renforcées par un aspect de plus en plus prégnant dans le droit contemporain : le droit flou, le droit mou, s'étend et beaucoup des notions précédemment évoquées pourraient être ainsi caractérisées. Le Professeur Ancel avait déjà évoqué, lors des journées stéphanoises, cette notion de « *soft law* », de droit mou¹⁰⁴, envisagée, non à raison de la faible valeur normative des règles que nous étudions, mais à raison du contenu très souple des notions et critères utilisés¹⁰⁵.

C'est ainsi que la causalité doit être envisagée de façon « flexible », et même « élastique »¹⁰⁶ et les critères utilisés sont parfois brumeux ... Nous sommes dans un jardin anglais et nous nous promenons dans les perspectives atmosphériques : nous croisons alors un homme raisonnable... mais la raison n'est-elle pas « la chose au monde la mieux partagée »¹⁰⁷, du moins si l'on en croit tous ceux qui s'en prévalent ? Nous envisageons l'importance du dommage face aux conséquences normales de l'activité, la nature ou la valeur de l'intérêt protégé... Mais quel montant en est l'orée ? A compter de quelle disproportion ? Et quel dommage, *a priori* inacceptable, devra être considéré comme une conséquence normale ? Qu'est-ce qu'un risque ordinaire ? Quelle est la lisière de l'extraordinaire ? Quand une réparation devient-elle déraisonnable ? A compter de combien d'arbres un grand bois devient-il une petite forêt¹⁰⁸ ?

A moins que le législateur n'opte une bonne fois pour toute de laisser le sort de la responsabilité à la discrétion des juges¹⁰⁹, ce qui est l'option de C. von Bar¹¹⁰, ce souci des PETL de délivrer un certain nombre de critères pour sérier la causalité est une piste de réflexion très intéressante, à condition de les formuler de façon suffisamment précise. En effet, plutôt que de s'ingénier à définir les préjudices acceptables, ce qui conduit à une casuistique encombrante et forcément lacunaire, plutôt que de tenter de limiter les faits générateurs, en remettant en cause la responsabilité objective, plus particulièrement celle du fait des choses, il serait préférable de se

¹⁰¹ DCFR, art. 3:204

¹⁰² DCFR, art. 3:206

¹⁰³ DCFR, art. 3 :202-2, l'art. 6:301 posant par ailleurs un droit à la prévention.

¹⁰⁴ **P. Ancel**, préc., n° 3.

¹⁰⁵ Voir également, **L. Neyret**, La force normative des principes de droit européen de la responsabilité civile, in La force normative, dir. C. Thibierge, LGDJ 2009.

¹⁰⁶ **J. Neethling**, Element of causation in South Africa law of delict, in Unification of tort law : Causation, Kluwer law international, 2000, p. 93, spec. p. 95

¹⁰⁷ **Descartes**, sur le bon sens, au début du Discours de la méthode

¹⁰⁸ « Rien c'est rien ; deux fois rien, c'est pas grand-chose ; mais avec trois fois rien on peut déjà s'acheter quelque chose », **Raymond Devos**

¹⁰⁹ Option choisie notamment par **P. Esmein**, Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité, D 1964, chron. 205 ; **B. Starck**, Droit civil, Obligations, Litec 1972, n° 747, ...(voir également les références citées par **G. Viney** et **P. Jourdain**, préc. n° 335). En Angleterre, **Lord Hoffmann**, Causation, Law quarterly Review 2005, cite par **S. Banakas**, préc. : « le juge connaît quasi intuitivement la réponse à la question de l'existence de la causalité, au cas par cas, sans avoir besoin de faire une recherche épistémologique ou scientifique »

¹¹⁰ **C. von Bar**, préc., p. 751 : "Each individual case can make a new calibration necessary... If the matter goes to court, the judge is afforded a certain amount of discretion which may and must be exercised"

pencher sérieusement sur la notion de causalité qui pourrait être l'outil idéal pour encadrer la responsabilité civile. L'une des grandes préoccupations des auteurs des projets paraît être de sérier la responsabilité, afin que les recours en indemnisation ne se multiplient pas au-delà du « raisonnable ». La préoccupation existe également en France, pays de la responsabilité objective, où certains auteurs se sont émus des suites possibles des arrêts Minc et Pouillet de l'Assemblée plénière en 2002¹¹¹, qui retiennent le simple fait causal de l'enfant pour engager la responsabilité des parents, ou de l'arrêt de l'Assemblée plénière de 2006¹¹², qui permet à un tiers au contrat d'invoquer la responsabilité du contractant si l'inexécution lui cause un préjudice. La réaction commune consiste alors à se pencher sur la définition des faits générateurs, d'en dresser des listes assorties d'un luxe de détails compliqués, de seuils ou de critères, où la faute domine, tel l'œil de Caïn.

Utiliser la causalité pour poser les limites du droit de la responsabilité pourrait être la clé, et fait d'autant plus regretter que le projet Catala sur la responsabilité civile n'ait pas davantage exploré la question, à l'image, du reste, de notre actuel Code civil, l'article 1347 se montrant fort énigmatique. Plutôt que de tenter de limiter la responsabilité en concentrant sa réflexion sur le terrain des faits générateurs, en les définissant de façon complexe et en tentant de multiplier les exceptions, la doctrine, obnubilée par l'origine du dommage, ne devrait-elle pas plutôt s'intéresser à ce que demande la victime et, surtout, aux divers liens entre le dommage, les événements et les personnes ?

La disposition des PETL consacrée au rôle de la victime montre d'ailleurs la voie : selon l'art. 3 :106, ce fait générateur est décrit comme « un événement ou toute autre circonstance, incluant des événements naturels, du moment que cette cause se trouve dans sa sphère d'influence ». Cette disposition en elle-même paraît injuste : il n'y a aucune raison qu'on retienne, à l'encontre de la victime, davantage de faits générateurs que du côté du responsable. Mais ce texte, inclus dans le chapitre sur la causalité, montre la voie : il serait envisageable de définir de façon large les faits générateurs et c'est au niveau de la causalité que le filtre agirait.

Il demeure que, pour être opérationnel, ce mécanisme de limitation de la responsabilité devrait sans doute être plus précis, en opérant une distinction plus nette entre ce qui relève effectivement de la causalité, et ce qui relève davantage de l'imputation de la responsabilité à un patrimoine (plus qu'à une personne, en réalité).

B – Causalité ou imputation ?

Les projets ne distinguent pas explicitement d'une part, la causalité entre le dommage et son origine et d'autre part, l'imputation de l'origine à une personne et son patrimoine. Les travaux préparatoires des PETL sont axés sur les deux ou trois étapes de l'examen de la causalité¹¹³. Les PETL traitent, dans le chapitre sur la causalité, non seulement du lien de causalité au sens strict (dans une section 1), mais également de l'étendue de la responsabilité mise à la charge de l'auteur (dans une section 2). Comme nous l'avons vu précédemment, deux champs sémantiques sont utilisés. Comme il fut dit en début d'exposé, dans les PETL, le terme « *attributed* » désigne en principe le lien entre un dommage et une personne, et les termes « *has caused* », « *cause of* » et « *contributed to* » désignent le lien entre un fait générateur et un dommage. Mais la répartition de ces champs sémantiques entre la causalité et l'imputation n'est pas parfaite : dans les art. 9 :101-1 et 9 :101-3, « *attributable to* » et « *causes* » sont utilisés comme des synonymes. Des

¹¹¹ Cass. Ass. Plén., 13 décembre 2002, Bull. 4 ; D. 2003, 231 obs. **P. Jourdain** ; GP 7-8 mars 2003, 52, note **F. Chabas** ; **H. Groutel**, Responsabilité du fait d'autrui : l'inexorable progression, Resp. civ. et assur. 2003, chron. n° 4

¹¹² Cass. Ass. Plén., 6 octobre 2006, Bull. 9 ; RTDCiv 2007, 123, **P. Jourdain** ; JCP 2006, II, 10181, avis **Gariozo** et note **M. Billiau** ; RCA 2006, études 17, **L. Bloch** ; D. 2006, 2825, **G. Viney**

¹¹³ **F. Leduc** a montré que la jurisprudence française utilise également le terme d'imputation comme synonyme de causalité, « imputation » étant utilisé lorsque la causalité est présumée : Causalité civile et imputation, RLDC 2007, suppl n° 40, p. 21, n° 4 à 6

doutes apparaissent également à la lecture du DCFR : les auteurs de ce texte ont choisi la dualité d'expression « *caused to / result of* » et « *accountable for the causation* ». Selon le traducteur Thermium Plus, dans le vocabulaire de la responsabilité civile, cela signifie « responsable de » ; L'art. 5 :102 du DCFR, qui traite de la contribution de la victime à son propre dommage, utilise l'expression « *fault or accountability whose contribution to the causation of the damage is insubstantial* », ce qui ne renvoie guère à l'imputation.

Cependant, ces quelques détails restent mineurs. Dans les PETL, tous les autres cas d'utilisation de « *attributed* » correspondent bien à la notion d'imputation et la distinction sémantique opère¹¹⁴. L'art. 3 :201 est à ce titre assez clair, en énonçant que si une activité ou conduite est « *cause* », au sens des textes posant la condition de la causalité *sine qua non*, alors le dommage peut être « *attributed to* », traduit par imputé, à une personne dans les conditions ensuite exposées : la prévisibilité, l'étendu des risques ordinaires de la vie...

Si l'expression « *accountable for the causation* » du DCFR peut être traduite par « responsable de », dans le vocabulaire général, cette expression peut être également traduite par « comptable de », ce qui, en vertu de l'étymologie, nous ramène à l'imputation. Par ailleurs, dans le DCFR, les termes « *caused* » ou « *caused of* » peuvent désigner le lien entre la perte (*loss* ou *damage*) et divers dommages¹¹⁵ : C. von Bar distingue clairement le lien causal entre la conduite et le dommage, qui permet de définir la responsabilité de base, et le lien causal entre le dommage primaire et l'étendue des pertes, la causalité qui détermine l'étendue, l'ampleur de la responsabilité personnelle¹¹⁶.

De fait, dans les deux projets européens, les termes « *caused to / result of* » ou « *cause of* », correspondent à la notion de causalité, et les termes « *accountable for the causation* », « *attributed* » et « *loss caused* » correspondent à l'imputation. La doctrine française accorde une importance croissante à cette distinction¹¹⁷, et cette formulation des projets européens ne peut que nous encourager à persister dans cette voie. Il demeure une question délicate : comme sérier les rôles respectifs de la causalité et de l'imputation ? Deux voies sont envisageables : dans un premier modèle au plus près des PETL et du DCFR, il est possible de réduire le champ de la causalité à la simple matérialité du lien de cause à effet, pour donner une plus grande importance à l'imputation (1) ; il serait également envisageable de conserver une causalité enrichie pour n'envisager qu'une imputation techniquement attributive de responsabilité (2).

1 - Causalité matérielle et imputation juridique

L'Autriche nous donne une piste : le terme de causalité a une signification très spécifique, ses contours sont limités à ce que les autres systèmes juridiques désignent comme causalité

¹¹⁴ PETL, art. 1 :101-1 et -2

¹¹⁵ Particularité déjà relevée p. 3

¹¹⁶ C. von Bar, préc., p. 763

¹¹⁷ Voir déjà, N. Dejean de la Bâtie, sous Aubry et Rau, Droit civil français, t. VI-2, Responsabilité délictuelle, Litec 1989, 8^e éd., n° 1 : cet auteur, sans parler d'imputation, distingue quatre éléments conditionnant la responsabilité : le préjudice, le fait défectueux, la causalité, la relation entre le fait défectueux et la personne responsable. G. Viney et P. Jourdain, Les conditions de la responsabilité, LGDJ, n° 333-2, distinguent la causalité et le « lien de rattachement » entre l'activité dommageable et la personne. F. Leduc, préc. n° 7 et s. O. Sabard, La cause étrangère dans les droits privé et public de la responsabilité extracontractuelle, thèse LGDJ 2008, qui distingue « la causalité primaire - le lien de causalité qui unit le fait dommageable au dommage - et la causalité seconde - le lien de causalité qui unit le fait dommageable au comportement du débiteur de la réparation »

Quant à J. Fischer, préc., il parle d'imputation pour le lien entre la personne et le dommage.

Kelsen, dès 1953 écrivait : « La différence essentielle entre le principe de causalité et le principe d'imputation normative réside en ceci que la relation des événements, dans le cas de la causalité, est indépendante d'un acte humain ou d'une volonté surhumaine tandis que le lien, dans les cas d'imputation, est issu d'un acte de volonté humaine dont le sens est une norme », Droit et société 1992, p. 551, spéc. p. 553

matérielle, *sine qua non* ... Toute question au-delà de cette « causalité » est désignée sous les termes d'« *Äquivalenztheorie* », (adéquation) ou « *Schutzzweck der Norm* » (but de la loi) car "*Liability for all damage caused by the tortfeasor is considered unreasonable*"¹¹⁸. Il s'agirait donc ici de réduire la notion de causalité entre le fait générateur et le dommage à une simple constatation matérielle d'un rapport de cause à effet. L'imputation recouvrirait l'opération consistant à attribuer le fait générateur à une personne redevable des indemnités. Cette configuration est celle retenue par les PETL et le DCFR : la première étape de l'examen de la causalité est très mécanique, appliquant la causalité *sine qua non*. Il s'agit de causalité scientifique, mais les PETL, comme le DCFR, avec lucidité, se contentent d'une causalité non pas certaine, mais probable (*regarded as*), tout comme, du reste, la jurisprudence française¹¹⁹ qui, comme nous l'avons vu plus haut, utilise un raisonnement en trois temps pour présumer la causalité lorsqu'elle n'est que probable¹²⁰.

Ce qui est présenté dans les travaux préparatoires des projets européens, ou chez certains de nos voisins¹²¹, comme la seconde étape de l'examen de la causalité n'en est pas une en réalité. Plutôt que d'un **lien de causalité entre une personne et le dommage**, il s'agit bel et bien **d'imputation, d'attribution de la faute ou de la situation dangereuse, à une personne qui en est pécuniairement redevable**. Cette deuxième étape, l'examen de l'imputation, est décisive car c'est à ce stade que les deux projets posent les filtres de la responsabilité : l'exigence de prévisibilité du dommage par le responsable, l'exclusion de l'imputation si la loi n'envisageait pas telle ou telle victime ou préjudice... Au-delà de la constatation d'ordre mécanique d'un dommage, d'un fait générateur, et d'un lien de cause à effet, l'imputation n'est possible qu'à certaines conditions.

Quels seraient les critères souhaitables pour une telle notion d'imputation ? L'imputation ainsi conçue ne devrait pas renouer avec la dimension morale de la responsabilité, dont avaient réussi à se débarrasser la loi et la jurisprudence française en 1968¹²² et 1984¹²³ : comme chacun le sait, la capacité de discernement de l'auteur de la faute, du gardien de la chose anormale... a été abandonnée. Désormais, seul le droit pénal accorde de l'importance à l'« imputabilité », la capacité de discerner le bien du mal : cette notion y est indispensable puisque le propos du droit pénal est moral, le juge exprimant un blâme social. L'objectif de la responsabilité civile est de rechercher un patrimoine, une personne, redevable de l'indemnisation (les notions de personne et de patrimoine étant étroitement liées depuis Aubry et Rau). Il ne faudrait pas que l'attachement manifesté par les projets européens à la notion de faute morale et de responsabilité subjective nous fasse trop revenir en arrière. L'imputation personnelle devrait être dépourvue de dimension morale¹²⁴. L'imputabilité a disparu, reste l'imputation, et la question initialement posée : quels critères pour l'imputation ?

Les critères proposés par les PETL et le DCFR présentent les défauts de l'incertitude, voire d'une certaine injustice à l'égard de la victime.

¹¹⁸ H. Koziol, préc., p. 11 et 12 ; J. Spier, O. A. Haazen, préc. p. 130 (step 2) et p. 138 (note 59)

¹¹⁹ En ce sens, P. Brun, préc. p. 20

¹²⁰ V supra p. 6

¹²¹ Voir les rapports préparatoires des PETL et S. Banakas, préc., qui, concernant la deuxième étape de l'examen de la causalité, parle de « vérifier l'imputation causale du dommage à l'acte du défendeur »

¹²² Article 414-3 du Code civil

¹²³ Cass. ass. plén., 9 mai 1984, JCP 1984, II, 20256, P. Jourdain ; D. 1984, jur. 525, concl. Cabannes, note F. Chabas. Nuance : P. Jourdain, Retour sur l'imputabilité, Mél. Bouloc Dalloz 2007, p. 511.

¹²⁴ Dans le même sens, sur la distinction imputabilité/imputation, M. Fabre-Magnan, Droit des obligations – 2-Responsabilité civile, PUF Thémis 2007, p. 168. De même, P. Jourdain, Retour sur l'imputabilité, préc., qui conserve à l'imputabilité sa dimension subjective. *Contra* : F. Leduc, préc. qui distingue l'imputation matérielle, synonyme de causalité, utilisée par la jurisprudence lorsque la causalité est présumée, l'imputation personnelle, mise au compte moral du responsable, l'imputation comptable, qui désigne le payeur sans considération pour la responsabilité.

- La prévisibilité du dommage, autrement dit, la causalité adéquate au sens strict, est très injuste et très critiquée par la doctrine française. Citons ici le très efficace professeur Brun : « On connaît plus d'une victime qui est restée dubitative quand on lui a expliqué que tel de ses dommages n'était pas réparable « *attendu que le fait imputé au défendeur n'était pas propre à le produire selon le cours normal des choses* »... ce qui si vous me permettez l'expression lui fait une belle jambe ! »¹²⁵
- Le caractère proportionné ou équitable, « raisonnable » de la réparation... sont des critères trop souples, la raison et le bon sens en la matière pouvant dicter tout et son contraire. Où commencent et où s'arrêtent les risques ordinaires de la vie ?
- Le critère du « but protecteur de la loi », en application de la théorie aquilienne, a le charme de l'étranger, l'autorité de l'inconnu. Les sénateurs français s'y sont d'ailleurs récemment montrés sensibles¹²⁶. Si les autres systèmes juridiques, et tout particulièrement les anglo-saxons l'utilisent, notre droit n'est-il pas à la traîne en l'ignorant ? Ne faut-il pas de toute urgence nous moderniser en intégrant ce que les américains appliquent déjà depuis longtemps¹²⁷ ? L'expérience du Code civil de 1804 nous a pourtant démontré de manière éclatante qu'il convient de ne pas trop s'attacher à l'intention des rédacteurs : un texte ne vaut que par ce qu'il est susceptible de permettre. Une loi ne dure que si elle n'est pas enfermée dans des objectifs trop précis et si elle est adaptable aux évolutions si imprévisibles de nos sociétés et aux préjudices et victimes diverses que ces évolutions ne manquent pas de générer.

Le problème de cette option causalité matérielle / imputation juridique, telle qu'on la trouve *grosso-modo* dans les projets européens, n'offre guère de critères satisfaisants quant aux contours de l'imputation. Une deuxième option est possible, qui s'éloignerait des pistes proposées par les projets européens, mais qui se situeraient peut-être davantage dans le prolongement des voies empruntées par la jurisprudence française depuis les années 1930 et les riches impulsions de Josserand et Saleilles.

2 – Causalité juridique et imputation matérielle

Une autre solution pourrait être envisagée, inverse à celle empruntée par les projets européens, qui consisterait à agrémenter la « première étape », autrement dit, la recherche de la causalité, d'un aspect plus juridique que le simple réalisme de la causalité *sine qua non*. La « deuxième étape », celle de la recherche de l'imputation, serait alors réduite à un mécanisme objectif de désignation du patrimoine payeur.

Concernant la causalité, les PETL présentent une nomenclature de dommages¹²⁸, distinguant les atteintes à la vie et à l'intégrité corporelle, l'intégrité mentale, la liberté, la propriété et les intérêts économiques. La causalité pourrait être admise plus souplesment à mesure que la gravité du dommage s'accroît, ce qui suppose d'adopter deux ou trois définitions différentes de causalité. Mais cette piste n'évite pas les écueils déjà évoqués du droit flou.

Un critère juridique permettant de « dé-scienticiser » la causalité est pourtant connu de tous ici¹²⁹. C'est un vers de poésie, presque un Haïku¹³⁰, qui pourrait nous tirer d'affaire : la causalité

¹²⁵ P. Brun, préc., p. 16. Par exemple, la MACIF a soutenu « qu'il n'est pas dans le cours normal des choses qu'un accident de circulation entraîne une contamination par le virus de l'hépatite C », CA Bordeaux, ct0045, 9 juin 2008, n° de RG: 07/02476.

¹²⁶ A. Anziani, L. Bêteille, Responsabilité civile : des évolutions nécessaires, Rapport d'information Sénat n° 558 (2008-2009), 20 juillet 2009, p. 28 et 29

¹²⁷ L'illusion fut la même en matière de responsabilité pénale des personnes morales. Et ce discours fut efficace : voir Responsabilité pénale des personnes morales et dérivés anthropomorphiques, Revue pénitentiaire et de droit pénal, 2009 n° 1, p. 63

¹²⁸ PETL, art. 2:102

¹²⁹ Les propos suivants vont dans le même sens que P. Brun, préc. n° 27 et s. et Responsabilité civile contractuelle, Litec 2005, n° 286 et s.

est une empreinte continue du mal. Selon le professeur Dejean de la Bâtie, « la causalité n'est pas un enchaînement de faits quelconques, 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 »¹³¹. La causalité est donc la défectuosité qui explique le dommage¹³². La responsabilité suppose un jugement de valeur, quand bien même elle serait définie en dehors de toute référence à l'imputabilité, de dimension purement morale, de référence au bien et au mal. La responsabilité n'est engagée que si une anomalie apparaît : un comportement personnel anormal, un fait anormal d'une chose, un fait anormal d'autrui. L'addition de la causalité ainsi conçue, et du préjudice défini de manière suffisante pour éviter les récriminations pour des brouilles, permettrait de sérier la responsabilité de façon relativement efficace, sans injustice ou loterie pour la victime.

Quant à l'imputation, elle est simplifiée. Il s'agit de rattacher le fait générateur anormal à une personne qui doit en répondre sur son patrimoine. Les PETL utilisent ici une expression tout à fait adéquate, dans l'article concernant la contribution de la victime à son propre dommage¹³³ : la victime assume tout événement qui « se trouve dans sa sphère d'influence ». Cette notion est inspirée notamment des systèmes autrichien, allemand et suisse¹³⁴. Elle est également utilisée par le professeur Dejean de la Bâtie¹³⁵. Dans cette sphère, la personne a autorité ou influence sur elle-même, sur les choses dont elle a la garde, qu'elle exploite ou qu'elle a mises en circulation, sur les enfants pour lesquels elle a l'autorité parentale, sur les personnes auxquelles elle donne ordres ou instructions, ou dont elle organise, dirige et contrôle l'activité ou le mode de vie¹³⁶.

Plus concrètement, pour reprendre un des exemples évoqués par nos collègues lors de nos précédentes discussions : un enfant est gardé tous les jours par son assistante maternelle, à laquelle il transmet la grippe H1N1, elle est très gravement touchée. Certains de nos collègues s'alarmaient lors des journées stéphanoises : il serait nécessaire de sérier précisément les faits générateurs acceptables, car si l'on admet le simple fait de l'enfant, conformément à la jurisprudence, alors l'enfant (et ses parents) sont responsables. A cela il peut être répondu que se pencher encore et toujours sur les faits générateurs et réintroduire de la faute est inutile. La causalité conçue de façon scientifique atteste de la responsabilité de l'enfant. Mais une causalité conçue comme empreinte continue du mal, comme anomalie expliquant le dommage, fait ici obstacle à cette responsabilité : il n'y a aucun fait anormal de l'enfant ; celui-ci n'avait nullement le contrôle du virus ; il n'y a, dans sa sphère d'autorité, aucune anomalie expliquant le dommage.

¹³⁰ Ces poèmes japonais extrêmement brefs visent à dire l'évanescence des choses, en trois segments de 5, 7 et 5 syllabes.

¹³¹ **N. Dejean de la Bâtie**, préc. n° 69 et 74

¹³² **N. Dejean de la Bâtie**, préc. n° 72. Voir également les développements de **C. Quézel-Ambrunaz**, Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile, thèse à paraître, Dalloz, n° 295 et s.

¹³³ PETL, art. 3 :106. On retrouve cette expression dans l'ouvrage de présentation du DCFR : « *It is not the "duty defaulter", "the rich person" or the "insured party" who is made liable, but rather a person to whose sphere of control the subsequent mishap may be traced back* », **C. von Bar**, préc., p. 747

¹³⁴ **H. Koziol**, (Autriche) préc. p. 11 : « *it is not a requirement that he actually caused the damage himself, very often it is sufficient that his sphere was the cause* » ; **U. Magnus** (Allemagne), préc., p. 69 : évoque le préjudice comme « *a negative consequence in the victim's sphere* » ; **P. Widmer** (Suisse), préc. p. 109 : l'auteur évoque un cas où la victime a largement contribué à son propre dommage : « *This kind of accident is considered to belong (fully or partially) to the personal sphere of risk of the injured person...in the end, the result will be a determination of the borderline between two spheres of risk* »

¹³⁵ **N. Dejean de la Bâtie**, préc. n° 96 : « La responsabilité d'une personne est ressentie comme juste quand c'est dans sa sphère d'autorité qu'est apparu le fait incorrect ».

¹³⁶ Voir le récapitulatif des cas d'imputation de **F. Leduc**, préc. n° 7