

Séminaire GRERCA du 26/27 mars 2010 à Genève : Causalité

Auteurs multiples dans les projets nationaux de révision de la responsabilité civile et dans les (Principles of European Tort Law (PETL))

Bénédict Winiger, Genève¹

Comme une recherche récente sur la causalité naturelle l'a montré, le concept d'auteurs multiples existe dans la plupart des ordres juridiques européens.² Rien d'étonnant à cela, puisque tous ces pays sont confrontés à des cas où plusieurs auteurs ont causé ensemble un dommage. Certains codes nationaux abordent expressément cette question,³ alors que d'autres ne la mentionnent pas.⁴

I. Les règles principales dans les projets de révision et dans les *Principles of European Tort Law*

1. En général

Tous les projets nationaux de révision de la responsabilité civile, ainsi que les *Principles of European Tort Law* (PETL), tous publiés pendant la décennie qui s'achève, abordent la problématique des auteurs multiples. De manière générale, ces textes prévoient une responsabilité solidaire pour les auteurs qui ont causé ensemble un dommage. Tel est le cas des projets suisse, autrichien, français, turque et tchèque ainsi que des PETL.⁵ Toutefois, nous

¹ Cette contribution se base sur et complète ma contribution à un colloque sur la causalité du 27 octobre 2006 à l'Universitas Carolina à Prag, organisé par le Prof. Lubos Tichy. Les actes du colloque ont paru dans Lubos Tichy (éd.), *Causation in Law*, Prague 2007.

² Voir Winiger/Koziol/Koch/Zimmermann (ed.), *Digest of European Tort Law I: Essential Cases on Natural Causation*, Vienna 2007.

³ Notamment CCI art. 2055: "[Responsabilità solidale] Se il fatto dannoso è imputabile a più persone, tutte sono obbligate in solido (1292) al risarcimento del danno. Colui che ha risarcito il danno ha regresso contro ciascuno degli altri, nella misura determinata dalla gravità della rispettiva colpa e dall'entità delle conseguenze che ne sono derivate (1299). Nel dubbio, le singole colpe si presumono uguali."; COS art. 50. "[Responsabilité plurale en cas d'acte illicite] (1) Lorsque plusieurs ont causé ensemble un dommage, ils sont tenus solidairement de le réparer, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre l'instigateur, l'auteur principal et le complice. (2) Le juge appréciera s'ils ont un droit de recours les uns contre les autres et déterminera, le cas échéant, l'étendue de ce recours. (3) Le receleur n'est tenu du dommage qu'autant qu'il a reçu une part du gain ou causé un préjudice par le fait de sa coopération. Et COS art. 51: „[Concours de diverses causes du dommage] (1) Lorsque plusieurs répondent du même dommage en vertu de causes différentes (acte illicite, contrat, loi), les dispositions légales concernant le recours de ceux qui ont causé ensemble un dommage s'appliquent par analogie. (2) Le dommage est, dans la règle, supporté en première ligne par celle des personnes responsables dont l'acte illicite l'a déterminé et, en dernier lieu, par celle qui, sans qu'il y ait faute de sa part ni obligation contractuelle, en est tenue aux termes de la loi.; BGB § 830 «[Haftung von Mittätern und Beteiligten] (1) Haben mehrere durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung einen Schaden verursacht, so ist jeder für den Schaden verantwortlich. Das gleiche gilt, wenn sich nicht ermitteln lässt, wer von mehreren Beteiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hat. (2) Anstifter und Gehilfen stehen Mittätern gleich.»; ABGB § 1301. "Für einen widerrechtlich zugefügten Schaden können mehrere Personen verantwortlich werden, indem sie gemeinschaftlich, unmittelbarer oder mittelbarer Weise, durch Verleiten, Drohen, Befehlen, Helfen, Verhehlen u. dgl.; auch nur durch Unterlassung der besonderen Verbindlichkeit, das Übel zu verhindern, dazu beigetragen haben."

⁴ Code civil français (CCF).

⁵ Pierre Widmer, Pierre Wessner, *Revision et unification du droit de la responsabilité civile*, Avant-Projet de loi fédérale [projet suisse], art 53b et 53s ; pour l'Autriche: Irmgard Griss, Georg Kathrein, Helmut Koziol, *Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts*, Wien etc. 2006 [projet autrichien], § 1294, 3-5 ; pour la

verrons que les conséquences de cette solidarité peuvent être très différentes selon les textes proposés. A côté de la responsabilité solidaire, ces textes prévoient évidemment aussi la responsabilité individuelle. Dès lors, une des questions principales est de savoir, laquelle des deux formes de responsabilité s'applique dans le cas d'espèce.

2. Responsabilité solidaire

En général, un des effets de la solidarité est de distinguer entre un rapport 'externe' qui oppose la victime aux auteurs et un rapport 'interne' qui oppose les auteurs les uns aux autres.

A. Le rapport externe

Le rapport externe renvoie à deux intérêts fondamentalement opposés. D'un côté la victime, qui veut obtenir la réparation intégrale de son dommage, et ce par la voie la plus sûre et simple. Par conséquent, elle voudrait pouvoir s'en prendre, au choix, à un seul, à plusieurs ou à tous les auteurs du dommage. De l'autre côté les auteurs, qui voudraient payer le moins possible. Et surtout, chacun d'eux ne veut réparer au-delà du dommage qu'il a causé lui-même.

Le degré de protection de la victime dépend principalement de la manière de définir le rapport externe. Si la victime a le choix de se tourner vers un seul ou plusieurs auteurs pour demander la réparation intégrale du dommage, elle jouit d'un degré élevé de protection. En revanche, si elle doit rechercher séparément chacun des auteurs pour la fraction du dommage qu'il a causé, elle est exposée à une protection faible.

Dans les différents projets nationaux et dans les PETL, les rapports externes divergent considérablement. Une fois la solidarité entre les auteurs établie, les projets français⁶ et autrichien⁷ la maintiennent strictement. Le projet autrichien présume même explicitement que, si des auteurs ont agi ensemble et illicitement, chacun d'entre eux a causé le dommage entièrement. Le projet tchèque retient le principe de la responsabilité 'conjointe', mais autorise le juge à répartir la réparation différemment, si la cause présente des 'aspects particuliers'.⁸ En ce qui concerne les PETL, ils adoptent la règle générale, selon laquelle la

France: Avant-Projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, Rapport à M. Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 septembre 2005 [rapport Catala], art. 1378 ; pour la Turquie: Entwurf des türkischen Obligationengesetzes, , état juin 2006 [projet turc, traduction non officielle], art. 60 et 61 ; projet tchèque de révision du code civil, sections 2417-2419 [projet tchèque ; traduction non officielle] ; European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law. Text and commentary, Wien etc 2005, art. 9 :101 et 9 :102.

⁶ Rapport Catala art. 1378 (1) „Tous les responsables d'un même dommage sont tenus solidairement à réparation ; N° 657 Proposition de loi du Sénat, session extraordinaire de 2009-2010, 9 juillet 2010, présentée par M. Laurent Béteille, (proposition du Sénat) Art. 1386-20

Si tous les co-auteurs ont vu leur responsabilité retenue pour faute prouvée, leur contribution se fait en proportion à la gravité de leurs fautes respectives. (...)"

⁷ Projet autrichien § 1294 (3): „Soweit derselbe Schaden mehreren Personen zuzurechnen ist und sich aus Abs 2 nichts anderes ergibt, haften sie zur ungeteilten Hand. Haben mehrere Personen gemeinsam rechtswidrig gehandelt, so wird vermutet, dass jede von ihnen den gesamten Schaden verursacht hat.

⁸ Projet tchèque, art. 2644

« Al. 1 If several wrongdoers are liable for compensation, these shall compensate the damage jointly and severally ; if one of wrongdoers is under a special legal provision obliged to compensation to a determinate amount, it is undertaken jointly and severally with other wrongdoers to this extend only. This shall apply in the case when several persons commit more separate wrongs and each of that wrongs might have a harmful consequence with a degree of probability approaching to certainty and if it is not possible to determine the person who has caused damage.

victime peut demander une pleine réparation de n'importe lequel des auteurs ou de tous ensemble.⁹

Les projets suisse¹⁰ et turque¹¹ adoptent une autre approche. Tout en retenant le principe de la solidarité, ils prévoient une responsabilité limitée pour chacun des auteurs. Malgré le fait que ces derniers soient solidairement responsables, chacun ne paie pas plus que ce qu'il aurait dû s'il avait agi seul. Dans le projet suisse, l'effet de cette règle serait le suivant : Dans les cas où chaque auteur a contribué au dommage d'une telle façon qu'il remplit pleinement les conditions d'imputation (p. ex. tous ont agi intentionnellement), chacun devrait réparer le dommage entier. En revanche, s'il est possible de différencier les contributions de chacun au dommage (p. ex. différents degrés de faute ou de risque), chaque auteur répondrait seulement de la part du dommage correspondant à son acte. Par exemple, si A contribuait au dommage à raison de 20 % et B pour 70%, A serait solidairement responsable seulement à hauteur de 20%. Cette solution revient à abolir du moins partiellement la solidarité. En réalité, dans le deuxième exemple la victime perd son privilège principal, puisque elle ne peut plus réclamer d'un seul auteur l'ensemble de la réparation. Avec la solution suisse – et probablement turque – il est vraisemblable que la victime devrait intenter plusieurs procès pour obtenir une réparation entière.

B. La relation interne

La relation interne concerne, nous l'avons dit, la répartition de la réparation entre les auteurs du dommage. Les différents ordres nationaux régulent cette question de manière plus ou moins détaillée. Surtout les codes français, autrichien, allemand et suisse attachent une grande importance à la jurisprudence. Aussi les différents projets de révision reprennent, implicitement ou explicitement, l'idée d'un rapport interne entre les auteurs. Dans les projets suisse, turc et tchèque, et dans les PETL, les rapports externes et internes sont même réglés dans des normes ou sections distinctes.¹² Dans le projet autrichien,¹³ ils sont traités dans des

Al. 2 If this is justified by special aspects, a court may decide that who has caused the damage, shall compensate the damage in proportion to his participation in the harmful consequence ; if this participation cannot be determined exactly, the probability measures shall be taken into account. It is not possible to decide like thus in cases when some of wrongdoers intentionally participated to cause damage can be imputed to each of wrongdoers, even they acted seperately, or if the wrongdoer have to compensate the whole damage caused by agent ant the agent is also liable to compensation » (traduction non officielle sous la direction de Lubos Tichy, 2009).

⁹ PETL 9 :101 (2): " (2) Where persons are subject to solidary liability, the victim may claim full compensation from any one or more of them, provided that the victim may not recover more than the full amount of the damage suffered by him."

¹⁰ Projet suisse art. 53 b al. 2 : Pour chacune d'elles, la solidarité s'étend au montant de la réparation dont elle serait tenue si elle était seule responsable".

¹¹ Projet turc art. 60, 2 "Die Solidarität reicht für jede dieser Personen bis zu dem Ersatzbetrag, den sie zu leisten hätte, wenn sie allein haftpflichtig wäre."

¹² Projet suisse art. 53 b (*supra*) et 53 c: "(1). Entre personnes coresponsables, la réparation sera répartie en fonction de toutes les circonstances, notamment de la gravité de la faute et de l'intensité du risque caractérisé qui sont imputables à chacune d'elles. (2). La personne qui aura réparé le dommage au-delà de sa part, a un droit de recours contre les autres coresponsables; à cet effet, elle est subrogée aux droits de la personne lésée."; projet turc art. 60 (*supra*) et 61 : „ (1) Bei der Verteilung der Ersatzleistung auf die für denselben Schaden solidarisch haftpflichtigen Schuldner sind alle Umstände zu berücksichtigen, namentlich die Schwere des Verschuldens und die Intensität des charakteristischen Risikos, welche jeder einzelnen Person zuzurechnen sind. (2) Der Person, welche über ihren Anteil hinaus Ersatz geleistet hat, steht ein Rückgriffsrecht gegen die anderen beteiligten Personen zu; sie tritt insoweit in die Rechte der geschädigten Person ein.»; PETL art. 9 :101 (*supra*) and 9 :102 [Relation between persons subject to solidary liability] (1) A person subject to solidary liability may recover a contribution from any other person liable to the victim in respect of the same damage. This right is without

paragraphes spécifiques, tandis que le rapport Catala¹⁴ et la proposition de loi du Sénat français de 2010¹⁵ (qui ne reprend que la première phrase de l'art. 1378 du rapport Catala) adoptent une autre méthode, puisque la distinction entre 'externe' et 'interne' est plutôt implicite.

II. Auteurs multiples et la *conditio sine qua non*

1. En général

De manière générale, la causalité naturelle est partout en Europe une condition nécessaire pour la responsabilité. Pour vérifier ce lien causal, les juristes appliquent le test de la *conditio sine qua non*. Ils se demandent, si le dommage se serait aussi produit sans l'acte en question. Si la réponse est non, ils admettent l'existence d'un lien causal entre l'acte et le dommage.

Dans un nombre important de cas avec plus d'un auteur, le teste de la *conditio sine qua non* peut être difficile à appliquer. Il n'est pas toujours facile de décider si un dommage se serait produit si l'un ou l'autre parmi plusieurs auteurs n'avait pas agi. Ce problème peut être montré à l'aide d'un cas du droit romain. Un groupe d'hommes avait battu à mort un esclave. Il était impossible de déterminer si un homme précis avait asséné le coup fatal ou si la mort était le résultat de l'ensemble des coups. On ne pouvait pas non plus démontrer si la victime serait aussi décédée sans les coups de tel ou tel auteur. Les jurisconsultes ont résolu le problème en admettant que chacun des auteurs avait *quasi-tué*.¹⁶ Cette décision illustre bien le problème que le test de la *conditio sine qua non* peut poser. Dans beaucoup de cas le test ne peut pas être appliqué correctement, parce que le juge ne dispose pas d'informations suffisantes sur le rôle joué par les différents auteurs. En plus, même s'il disposait de toutes les informations, une application stricte du test contraindrait souvent le juge d'absoudre tous les

prejudice to any contract between them determining the allocation of the loss or to any statutory provision or to any right to recover by reason of subrogation [cessio legis] or on the basis of unjust enrichment. (2) Subject to paragraph (3) of this Article, the amount of the contribution shall be what is considered just in the light of the relative responsibility for the damage of the persons liable, having regard to their respective degrees of fault and to any other matters which are relevant to establish or reduce their liability. A contribution may amount to full indemnification. If it is not possible to determine the relative responsibility of the persons liable they are to be treated as equally responsible. (3) Where a person is liable for damage done by an auxiliary under Article 9:101 he is to be treated as bearing the entire share of the responsibility attributable to the auxiliary for the purposes of contribution between him and any tortfeasor other than the auxiliary. (4) The obligation to make contribution is several, that is to say, the person subject to it is liable only for his apportioned share of responsibility for the damage under this Article; but where it is not possible to enforce a judgment for contribution against one person liable his share is to be reallocated among the other persons liable in proportion to their responsibility"; projet tchèque art. 2644 (*supra*) et 2645: "A person liable for compensation for damage jointly and severally with others shall settle with these in proportion to the participation in causing the damage occurred."

¹³ Projet autrichien § 1294 (5): "Soweit mehrere Personen zur ungeteilten Hand haften, richtet sich der Rückgriff nach dem Gewicht der Zurechnungsgründe, insbesondere der Schwere des Verschuldens und der Höhe der Gefahr."

¹⁴ Rapport Catala art. 1378: "(1) Tous les responsables d'un même dommage sont tenus solidairement à réparation. (2) Si tous les co-auteurs ont vu leur responsabilité retenue pour faute prouvée, leur contribution se fait en proportion de la gravité de leurs fautes respectives. (3) Si aucun des co-auteurs n'est dans ce cas, ils contribuent tous par parts égales. (4) Sinon, la contribution est, en fonction de la gravité des fautes respectives, à la charge des seuls co-auteurs dont la faute est prouvée, qu'elle l'ait été par la victime, ou qu'elle le soit seulement à l'occasion d'un recours."

¹⁵ Proposition du Sénat Art. 1386-20 : « Tous les responsables d'un même dommage sont tenus solidairement à réparation. »

¹⁶ Ulpianus, D. 9.2.11.2.

auteurs, parce que la contribution individuelle de chacun n'aurait pas été indispensable pour causer le dommage. Ainsi, si aucun des hommes n'avait porté le coup décisif à l'esclave et si le juge appliquait strictement le test de la *conditio sine qua non*, tous devraient être relâchés.

Dans ces cas de figure, les législateurs contournent parfois le problème à l'aide de présomptions. Ainsi, selon le commentaire du projet autrichien les auteurs qui ont agi ensemble intentionnellement et illicitement sont présumés s'être influencés mutuellement. La présomption a comme effet que chacun des auteurs est considéré comme l'auteur du dommage entier.¹⁷

Cette solution, qui correspond aux lois et jurisprudences d'un grand nombre de pays européens, dispense d'une démarche à deux pas hautement spéculatifs. Le premier pas concerne l'existence d'une influence entre les acteurs, tels un encouragement ou une instigation. Il peut être très difficile de prouver qu'une telle influence était causale. Faute de preuve matérielle, le juge est limité à des suppositions concernant l'impact psychologique d'un acte. Le deuxième pas concerne l'importance de l'influence. Comment vérifier, par exemple, qu'une influence exercée sur une personne a effectivement déterminé le déroulement de l'ensemble des faits ? L'influence peut avoir eu un effet seulement sur une partie des faits ou une partie des auteurs. Ici, la présomption est un moyen pour sauver la *conditio sine qua non* en déclarant que l'influence exercée était véritablement une condition du dommage.

L'extension de la *conditio sine qua non*, développée initialement pour résoudre des problèmes de preuves, dénote surtout la volonté de percevoir tous les actes singuliers des auteurs comme une partie d'un *ensemble factuel*. Prenons un cas complexe avec un grand nombre d'auteurs qui y participent, peut-être même toute une organisation. Dans ces cas, les auteurs ne connaissent souvent pas tous les complices ou l'ensemble des actes accomplis par ceux-ci. Dans ces cas complexes, il serait parfaitement artificiel de regarder chaque acte comme un élément isolé. Une évaluation adéquate par le juge suppose – en tout cas pour les rapports externes – un regard qui embrasse en même temps tous les faits. D'un point de vue causal, la participation d'une personne précise n'est pas nécessairement une *conditio sine qua non* du dommage. Elle peut même avoir été parfaitement superflue. Malgré cela, l'acte serait considéré comme une condition nécessaire. Etant donné que certains liens causaux sont plus forts que d'autres, on serait tenté de distinguer entre des *conditiones sine quibus non* au sens stricte, sans lesquelles le dommage n'aurait pas pu se produire et les *conditiones sine quibus non* et au sens large, pour lesquelles il n'existe pas de preuve formelle, mais davantage une présomption selon laquelle ils font partie d'un tout.

2. La *conditio sine qua non* dans les projets de révision et les PETL

Si certains législateurs ne mentionnent pas la *conditio sine qua non* et son champ d'application, d'autres n'hésitent pas à en donner une définition. Le projet turc ne contient aucune norme spécifique de causalité. Le rapport Catala parle de *causalité entre le fait imputé au défendeur et le dommage*¹⁸ et, en conservant la tradition hexagonale, forge un lien étroit entre la *conditio sine qua non* et la causalité adéquate ; la proposition de loi du Sénat va dans

¹⁷ Franz Bydliniski, Die Verursachung im Entwurf eines neuen Schadenersatzrechts, in Irmgard Griss, Georg Kathrein, Helmut Koziol (Hrsg.), Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, Wien etc. 2005 (Entwurf), 44 n. 20.

¹⁸ Rapport Catala art. 1347: „La responsabilité suppose établi un lien de causalité entre le fait imputé au défendeur et le dommage.“

le même sens. Le projet suisse ne mentionne pas la *conditio sine qua non*, mais seulement la causalité adéquate.¹⁹

Ce sont le projet autrichien et les PETL qui sont les plus explicites à cet égard. Le § 1294 du projet autrichien définit la *conditio sine qua non* dans le premier, et la causalité adéquate et trois formes spécifiques de causalité (cumulative, outre-passante et alternative) dans le deuxième paragraphe. Il distingue entre degrés de certitude. Selon § 1294 (2) est imputable à une personne un dommage qu'elle a causé ou dont la cause se trouvait dans sa sphère (*Bereich*). La notion de sphère permet ici de distendre le lien causal. Un pas supplémentaire dans ce relâchement du lien causal est franchi, premièrement, avec la causalité cumulative, où le dommage peut provenir avec une haute probabilité de l'auteur, mais aussi d'un événement extérieur, et deuxièmement, avec la causalité outre-passante, où l'effet d'une cause qui aurait ultérieurement conduit au dommage est dépassé par l'effet immédiat d'une cause postérieure (Par exemple, A injecte un poison mortel à un cheval. Avant que le poison n'ait agi, B tue l'animal). § 1294 (3) instaure pour ces cas une responsabilité solidaire.²⁰ Pour des degrés moindres de certitude, notamment si un des événements s'est produit par hasard ou si seulement un des événements pouvait avoir causé le dommage, par exemple en cas de causalité alternative, le dommage est réparti selon le poids respectif de chacune des causes et selon la probabilité qu'elle ait été à l'origine du dommage. Selon le commentaire, en cas de causes alternatives et s'il est impossible de déterminer la responsabilité individuelle des auteurs, le droit autrichien en vigueur admet couramment une responsabilité solidaire. Sur ce point, le projet introduit une modification, selon laquelle chaque auteur répond seulement de sa part, à condition que les parts individuelles soient déterminables. Le *quantum* des différentes parts est déterminé selon le degré de la faute et du risque.²¹

Les PETL proposent un système hautement différencié construit à partir de diverses formes de causalité. Selon le type de causalité, ils imposent une forme stricte de solidarité ou simplement une responsabilité proportionnelle. En cas de causes concurrentes (définies à l'art. 3 :102),²² chacune de plusieurs activités qui ont apparemment causé le dommage entier au même moment est considérée comme causale. Le commentaire explique que tout auteur répond entièrement de tout le dommage et que tous les auteurs sont responsables solidairement en vertu de l'art. 9 :101 al. 1 (b).²³ Pour les causes alternatives (art. 3 :103),²⁴ la solution est différente. Si on ignore *qui* a causé le dommage, chaque auteur possible répond proportionnellement à la probabilité qu'il en soit l'auteur. Finalement, s'il est certain

¹⁹ Projet suisse art. 47: „[Rapport de causalité Principe] Une personne n'est tenue à réparation que dans la mesure où le fait qui lui est imputable est dans un rapport de causalité juridique avec le dommage.“

²⁰ Voir Franz Bydlinski, Entwurf, 39 n. 6.

²¹ Franz Bydlinski, Entwurf, 42s n. 14ss.

²² PETL Art. 3 :102 "[Concurrent causes] In case of multiple activities, where each of them alone would have caused the damage at the same time, each activity is regarded as a cause of the victim's damage."

²³ Jaap Spier, Commentary on chap. 3, 45 n. 4, in European Group on Tort Law, Principles on European Tort Law, Wien 2005 (Commentary).

²⁴ PETL art. 3:103 (1) "(1) In case of multiple activities, where each of them alone would have been sufficient to cause the damage, but it remains uncertain which one in fact caused it, each activity is regarded as a cause to the extent corresponding to the likelihood that it may have caused the victim's damage. (2) If, in case of multiple victims, it remains uncertain whether a particular victim's damage has been caused by an activity, while it is likely that it did not cause the damage of all victims, the activity is regarded as a cause of the damage suffered by all victims in proportion to the likelihood that it may have caused the damage of a particular victim."

qu'aucun des auteurs a causé le dommage entier, l'art. 3 :105 (causalité partielle incertaine) présume que tous les auteurs ont contribué à parts égales au dommage.²⁵

Les PETL utilisent la *conditio sine qua non* pour tirer une ligne de séparation entre la responsabilité solidaire [basée sur les art. 3 :102 et 9 :101 al. 1 (b)] et d'autres formes de responsabilité [causalité alternative (art. 3 :103) ou causalité partielle incertaine (art. 3 :105)]. Les auteurs du dommage sont solidairement responsables seulement si leur acte est une condition nécessaire pour le dommage²⁶ [l'art. 9 :101 (3) fait exception à cette règle]. Si les actes ne sont pas une condition nécessaire, une autre forme de responsabilité prend place. Ce choix est justifié dans les commentaires par l'argument que personne ne devrait être contraint à réparer un dommage qui a été ou a peut-être été causé par un autre.²⁷ A mon avis, la *conditio sine qua non*, qui est un critère central, devrait être séparée de l'argument selon lequel personne ne devrait payer pour un dommage qu'il n'a pas causé. Car, dans certains cas de figure, la *conditio* prend un sens très large et englobe des actes tels l'encouragement et l'instigation où le dommage a clairement été causé par un autre.

Les PETL distinguent entre degrés de certitude. *S'il est certain* qu'un acteur a causé un dommage, c'est-à-dire si son acte est - ou est considéré comme - une *conditio sine qua non* pour un dommage, l'acteur doit réparer le dommage intégralement (art. 3 :101 et 3 :102). Selon l'art. 9 :101, la responsabilité est solidaire si l'auteur du dommage a participé à, a instigué ou encouragé un acte [cas classique de *Mittäterschaft*, art. 9 :101 a) ; mais aussi si deux ou plusieurs auteurs ont causé le même dommage simultanément et indépendamment (*Nebentäterschaft*, art. 9 :101 b)]. Un exemple typique pour ce dernier cas de figure serait que A et B, qui agissent indépendamment, mettent simultanément le feu à la même maison.²⁸ La responsabilité solidaire prend aussi place dans des cas particuliers de responsabilité pour des auxiliaires (art. 9 :101 1 c). Ici encore, l'art. 9 :101 (3) permet une exception que nous verrons ultérieurement.

Si on ignore qui ou dans quelle mesure quelqu'un a causé un dommage, les PETL distinguent essentiellement entre la causalité alternative (art. 3 :103) et la causalité partielle incertaine (art. 3 :105). Comme nous l'avons vu, ces formes de causalité sont exclues de la responsabilité solidaire et conduisent à une répartition selon la probabilité que l'acteur a causé le dommage ou à une répartition à parts égales.

III. Auteurs multiples et influence psychologique

Comme nous l'avons vu plus haut, la problématique des auteurs multiples est souvent directement liée à celle des influences psychologiques. Lorsque plusieurs personnes agissent ensemble, souvent quelques unes d'entre elles influencent le comportement des autres. Dans certains cas, la participation d'une personne se limite même à exercer une telle influence, par exemple lorsqu'elle ne contribue pas matériellement aux événements en commettant un acte, mais seulement en recrutant ou conseillant des auteurs, en coordonnant leurs activités ou en les forçant à se livrer à des actes illicites.

²⁵ PETL 3:105 : "[Uncertain partial causation] In the case of multiple activities, when it is certain that none of them has caused the entire damage or any determinable part thereof, those that are likely to have [minimally] contributed to the damage are presumed to have caused equal shares thereof."

²⁶ See Jaap Spier, Commentary, 47 n. 15 (*supra*).

²⁷ See Jaap Spier, Commentary, 46 n. 8 (*supra*).

²⁸ See Jaap Spier, Commentary, 45 n. 6 (*supra*).

L'influence psychologique pose un certain nombre de problèmes théoriques et pratiques. Un premier point concerne le concept même d'individu. Nos systèmes légaux sont basés sur le concept d'un individu comme personne autonome, agissant de manière indépendante et selon sa propre volonté. Ils exigent aussi que l'individu soit en mesure de résister à certaines influences extérieures. Ainsi, dès qu'on accepte dans un cas spécifique l'influence psychologique comme un facteur possible, un des problèmes est de savoir si la personne sous influence n'aurait pas dû ou pu résister. Par exemple, si un jeune homme excité par un film tue la première personne qu'il rencontre à la sortie du cinéma, le producteur du film peut-il être considéré comme un instigateur ? Dans la plupart des ordres juridiques il est invraisemblable qu'il le serait, même si le juge admettait une telle influence. Un argument contre la responsabilité du producteur pourrait par exemple être que le jeune homme aurait dû distinguer le film de la réalité. En d'autres termes, le juge a la tâche difficile de fixer un seuil minimal en deçà duquel l'influence psychologique doit être négligée.

Un autre problème est lié, nous l'avons mentionné, à la preuve. Comment prouver l'existence d'une influence psychologique ? A la différence de la causalité mécanique, où chacun peut observer comment A bat B et lui casse un bras, l'influence psychologique est un phénomène purement immatériel et ne peut être mesurée. Elle est inhérente à la personne qui décide en son for intérieur si elle veut donner suite ou résister à l'influence à laquelle elle est exposée. Même le simple fait que A ait agi conformément aux pressions exercées par B ne signifie pas que celles-ci aient été la cause pour l'acte de B. Car B peut avoir été déterminé par d'autres facteurs. Par conséquent, le juge est réduit à évaluer des indices et non pas des preuves formelles.

A la différence d'un grand nombre de codes nationaux en vigueur, la plupart des projets de révision ne mentionnent pas l'instigation ou autres formes d'influence psychologique. Les PETL forment ici la seule exception, puisqu'ils contiennent une règle spécifique sur l'instigation [art. 9 :101 1 (a)].

On peut s'interroger sur les motifs de ces choix. Dans le commentaire du projet suisse, les auteurs expliquent que l'art. 50 al. 1 COS, qui se réfère à l'instigateur, devrait être remplacé par une norme générale. En même temps, ils disent que la responsabilité – et plus spécifiquement celle du receleur – doit être déterminée à l'aide du critère de la causalité adéquate (projet suisse art. 47).²⁹ En d'autres termes, le projet suisse déplace le problème de l'influence psychologique, en le glissant d'une norme spécifique, consacrée aux auteurs multiples, vers la causalité adéquate. Malheureusement, je n'ai pas pu analyser le commentaire turc sur ce point.

Comme le projet suisse, le projet autrichien ne mentionne pas l'instigation. Mais, la formulation du § 1294 (2) est suffisamment flexible pour régler cette question. Par exemple, la définition de la causalité adéquate dit : « Un dommage peut être imputé à une personne, si elle l'a causé ou si la cause se trouve dans sa sphère ».³⁰ L'expression 'dans sa sphère' est

²⁹ Pierre Widmer et Pierre Wessner, rapport explicatif sur l'unification et la revision du droit de la responsabilité civile, Berne 2000, 168s.

³⁰ Projet autrichien § 1294: "(2) Ein Schaden kann einer Person zugerechnet werden, wenn sie ihn verursacht hat oder die Sache sonst in ihrem Bereich gelegen ist. Gleiches gilt, wenn ein Ereignis in hohem Masse geeignet war, den Schaden herbeizuführen, dasselbe jedoch auch für ein anderes Ereignis zutrifft (kumulative und überholende Kausalität). Ist eines der beiden Ereignisse ein Zufall oder vom Geschädigten herbeigeführt oder konnte entweder nur das eine oder das andere Ereignis den Schaden verursacht haben (alternative Kausalität), so ist der Schaden nach dem Gewicht der Zurechnungsgründe und der Wahrscheinlichkeit der Verursachung zu teilen."

évidemment assez large pour couvrir aussi les activités de l'instigateur. Par ailleurs, le commentaire sur la causalité montre clairement que le comité de rédaction avait notamment visé l'influence psychologique. Comme Franz Bydlinski l'explique, dans les cas où des auteurs multiples agissent intentionnellement ensemble, la loi présume que chaque auteur individuel a influencé psychologiquement les autres et a ainsi causé l'ensemble du dommage.³¹ Cela signifie que la situation décrite dans le § 1294 (2) vise entre autres aussi l'instigateur.

Dans les PETL, l'art. 9 :101 (1) a) dit que la responsabilité est solidaire si 'une personne a participé consciemment à un acte dommageable, y incite ou l'encourage'.³² En énumérant la participation, l'instigation et l'encouragement, les PETL donnent des exemples pour des formées possibles d'activités qui tombent sous l'art. 9 :101. Le commentaire montre d'ailleurs que cette liste n'est pas exhaustive. Horton Rogers mentionne aussi la conspiration et l'assistance sans participation directe comme formes de collaboration entre auteurs multiples. Cette manière de rédiger des normes sur l'influence psychologique et, plus précisément, sur l'instigation, est proche des législations nationales, par exemple autrichienne, allemande et suisse.

On peut se poser la question de savoir pourquoi les PETL ne suivent pas la voie des projets nationaux qui renoncent à mentionner l'instigation et d'autres formes de collaboration et pourquoi ils ne traitent pas cette problématique directement sous la causalité adéquate. La première et la plus évidente réponse serait probablement que les auteurs des PETL avaient une préférence pour l'approche classique. Par ailleurs, un transfert de la problématique dans la causalité adéquate aurait sans doute posé des problèmes techniques. L'art. 3 :201 PETL,³³ qui règle l'étendue de la responsabilité, donne des règles très générales de la causalité adéquate, telles prévisibilité, proximité de temps et espace ou la nature et la valeur des intérêts protégés. Même s'il était possible de lier ces critères à l'influence psychologique, il aurait été beaucoup plus difficile de le faire que dans les projets suisse, turc et autrichien.

Nous pouvons nous demander, inversement, comment interpréter le fait que les projets suisse, autrichien et turc éjectent la notion d'instigateur et en font simplement un problème de causalité adéquate. Probablement, les auteurs ont essayé d'introduire plus de transparence dans le raisonnement juridique concernant la causalité psychologique et de mettre à nu le véritable mécanisme caché derrière le concept d'instigation. En réalité, dès qu'on a admis l'existence d'un lien de causalité naturelle, la question qui se pose par rapport à l'influence psychologique est de savoir, si un acte peut être considéré comme la cause adéquate du dommage. Son intégration à la causalité adéquate montre clairement que l'instigateur et le

³¹ Franz Bydlinski, Entwurf, 44 n. 20.

³² PETL art. 9 :101: "(1) Liability is solidary where the whole or a distinct part of the damage suffered by the victim is attributable to two or more persons. Liability is solidary where a) a person knowingly participates or instigates or encourages wrongdoing by others which causes damage to the victim."

³³ PETL, art. 3 :201: "[Scope of Liability] Where an activity is a cause within the meaning of Section 1 of this Chapter, whether and to what extent damage may be attributed to a person depends on factors such as

- a) the foreseeability of the damage to a reasonable person at the time of the activity, taking into account in particular the closeness in time or space between the damaging activity and its consequence, or the magnitude of the damage in relation to the normal consequences of such an activity;
- b) the nature and the value of the protected interest (Article 2:102);
- c) the basis of liability (Article 1:101);
- d) the extent of the ordinary risks of life; and
- e) the protective purpose of the rule that has been violated."

receleur, tels qu'ils sont mentionnés dans les lois, ne sont qu'une énumération incomplète de plusieurs cas spécifiques de causalité adéquate. Par ailleurs, la nouvelle formulation a l'avantage d'être plus générale et abstraite et permet de couvrir un nombre de cas plus large. Mais, cette intégration à la causalité adéquate a aussi un désavantage. Elle fait disparaître de la loi le symbole le plus parlant de l'influence psychologique.

IV. Insolvabilité

Pour finir, je voudrais brièvement analyser une question liée seulement de manière indirecte à la causalité : Si un des auteurs multiples est insolvable, comment répartir entre les autres auteurs et la victime la part qu'il devrait ? Qui assume le risque de l'insolvabilité d'un auteur ? La victime qui ne pourrait alors pas obtenir une réparation intégrale des auteurs restants ? Ou plutôt les autres auteurs qui devraient en quelque sorte prendre la place de leur acolyte insolvable ? Les deux solutions ont des avantages et des défauts.

Quand les Suisses ont débattu de la question, un des arguments décisifs était que la deuxième solution, où les autres auteurs supporteraient le risque d'insolvabilité, conduirait à une forme étrange de responsabilité pour des tiers. Il est vrai que cela est un point insatisfaisant. Pour contourner ce problème, il faudrait probablement faire la distinction entre *Nebentäterschaft* et *Mittäterschaft*. Dans les cas de *Nebentäterschaft*, c'est-à-dire, si les différents auteurs ont agi indépendamment les uns des autres, la solidarité peut être une bonne solution dans certains cas seulement. Par exemple, si deux entreprises ont pollué simultanément et de manière indépendante la même rivière et ont causé un dommage à un élevage de poissons, chacun devrait payer pour le dommage qu'il a causé. Si la pollution causée par A, qui est solvable, était assez importante pour causer l'ensemble du dommage, A devrait réparer l'ensemble du dommage, même si le dommage causé par B, qui est insolvable, aurait aussi causé l'ensemble du dommage. Mais, dans d'autres cas de figure, le régime de solidarité paraît injuste. Par exemple, si chacun des deux pollueurs A et B a causé la moitié du dommage, je ne vois de bonne raison pour imposer à A de payer aussi la part du dommage causé par B. Dans ce cas, la victime ne devrait pas bénéficier du fait que, fortuitement, son dommage a été provoqué par deux auteurs. Je préférerais l'application du principe général de *casum sentit dominus*. Je crois qu'il fait partie du risque général de la vie de tomber sur un auteur insolvable. Si, par pur hasard, il y a un deuxième auteur, il ne devrait pas couvrir ce risque. Je rejette par conséquent le contre argument, selon lequel il fait partie du risque de la vie de tout *Nebentäter* de trouver à côté de lui un co-auteur insolvable (*casum sentit damnum dans*).

La situation est complètement différente en cas de *Mittäterschaft*, où les auteurs ont sciemment travaillé ensemble. Le simple fait qu'ils aient eu un plan commun doit avoir comme conséquence que chacun est pleinement responsable de l'ensemble du dommage causé par tous. Refuser une responsabilité solidaire pour le montant entier, comme le proposent les projets suisse et turc (*supra*), serait contraire au principe fondamental de la responsabilité civile, selon lequel les auteurs doivent réparer le dommage qu'ils ont causé. Evidemment, les rédacteurs du projet suisse rétorqueraient que chaque auteur est responsable du dommage qu'il a causé individuellement. Je répondrai à cela que le rôle de chaque *Mittäter* est comparable à celui d'un instrument. Certes, à la différence d'un instrument le *Mittäter* jouit d'une certaine marge d'indépendance. Néanmoins, aussi longtemps qu'il n'agit pas de manière complètement indépendante, mais poursuit plutôt le but commun de l'entreprise dommageable, il fait partie de cette entreprise commune. En tant que tel, chacun des *Mittäter* répond du dommage causé par ses 'instruments'. Pour cette raison, je pense que la solution suisse, où la victime subit le risque d'insolvabilité d'un des auteurs, n'est pas satisfaisante.

En ce qui concerne les PETL, ils contiennent les règles de loin les plus détaillées sur la répartition de la réparation. Pour la responsabilité solidaire, l'art. 9 :102 (4) donne une norme spécifique pour l'insolvabilité d'un des auteurs multiples.³⁴ En accord avec le principe général de répartition dans la relation interne, chaque auteur contribue à la réparation seulement à hauteur de sa part. Si un des auteurs est insolvable, les autres doivent prendre en charge sa part proportionnellement à la responsabilité.

Dans le commentaire, Horton Rogers explique que cette règle peut, par exemple, limiter le droit de recours de l'auteur qui a payé le montant entier à la victime.³⁵ Admettons que trois auteurs soient responsables solidairement. D1, qui répond pour 50%, a payé à la victime la totalité de la réparation. D2 et D3 répondent pour 25% chacun, mais D2 est insolvable. Dans ce cas, il y a plusieurs possibilités : L'une serait de répartir les 25% de D2 en deux parts égales sur D1 et D3. Dans ce cas, D1 pourrait demander à D3 la moitié de la part de D2 (en plus des 25% dus par D3). Cette solution, qui existe par exemple en Suisse,³⁶ est rejetée par les PETL. Selon ces derniers, D1 devrait payer les deux tiers de la réparation et pourrait demander à D3 seulement un tiers du tout, en raison du fait que la proportion des dettes de D1 et D3 est de 1:2. La solution des PETL est identique à celle, par exemple, des jurisprudences allemande et autrichienne. A mon avis, cette solution est préférable à celle du droit suisse. Je ne vois pas pourquoi D1 devrait profiter de l'insolvabilité de D2 au détriment de D3.

Revenons brièvement à l'exemple des *Nebentäter* qui polluent en même temps et indépendamment un élevage de poissons. Chacun répond de 50% du dommage. Je m'imagine que, sous les PETL, la solution serait la suivante : Selon l'art. 3 :101, les deux actes de A et B constituent chacun une *conditio sine qua non* pour 50% du dommage. Sous l'angle de l'art. 9 :101 (1), on considérerait cela comme une responsabilité pour une partie distincte du dommage. Art. 9 :101 (1) b) conduirait à une responsabilité solidaire si le dommage était le 'même' selon l'art. 9 :101 (3). Comme A a seulement causé 50% du dommage, il pourrait probablement prouver qu'il ne s'agit pas du 'même' dommage et la responsabilité serait multiple, c'est-à-dire que chacun répond envers la victime seulement à concurrence de la part qui lui est imputable [art. 9 :101 (3)]. Par conséquent, A n'aurait pas à couvrir le risque de l'insolvabilité de B. Si ce raisonnement est correct, les PETL proposeraient à mon avis une solution plus équilibrée que, par exemple, le projet suisse pour les cas impliquant un *Nebentäter* insolvable. Ils appliqueraient le principe *casum sentit dominus* et feraient peser, dans ce cas, le risque d'insolvabilité sur la victime.

Une comparaison de tous les textes montre que les PETL sont de loin plus explicites que les projets nationaux. Peut-être cela exprime-t-il la volonté des auteurs des PETL d'exprimer des principes et des règles qui paraissent évidentes ou superflues aux rédacteurs nationaux. Nous verrons ultérieurement quelle interprétation cela peut suggérer.

V. ... et si certains parmi les auteurs ne sont pas connus ?

³⁴ PETL art. 9:102 (4): " (4) The obligation to make contribution is several, that is to say, the person subject to it is liable only for his apportioned share of responsibility for the damage under this Article; but where it is not possible to enforce a judgment for contribution against one person liable his share is to be reallocated among the other persons liable in proportion to their responsibility."

³⁵ Horton Rogers, (Comparative report *supra*) 146 n. 8 ; 147s n. 15.

³⁶ According to COS 148,3 the judge should apportion the missing part of the insolvent tortfeasor on equal parts among the solvent tortfeasors, without taking in account the different degrees of liability among them.

L'art. 1348 du rapport Catala soulève un problème spécifique et particulièrement intéressant de la responsabilité d'auteurs multiples. A teneur de cette disposition, un groupe d'auteurs répondrait aussi du dommage causé par un auteur qui fait partie du groupe, mais qui n'est pas connu.³⁷ La situation visée est celle, par exemple, où plusieurs fabricants produisent des nuisances, mais où un des fabricants ne serait pas connu. La question est alors de savoir si les membres connus du groupe répondent à l'égard de toutes les victimes, même de celles qui ont subi les nuisances produites par le fabricant inconnu, ou si tous les fabricants peuvent faire valoir que les victimes ont - peut-être - subi des dommages causés par le fabricant inconnu, que, dès lors, le lien causal entre les nuisances des fabricants connus et le dommage n'est pas démontré et que, par conséquent, ils ne répondent pas à l'égard des victimes.

Le rapport du Sénat français du 15 juillet 2009, qui ne donne par ailleurs que peu de précisions sur le problème des auteurs multiples, revient sur cette proposition du rapport Catala et recommande de la rejeter.³⁸ Dans la proposition de loi du Sénat français de 2010 cette norme a effectivement disparu.

La solution proposée dans le rapport Catala est d'ailleurs proche de celle prévue dans l'art. 3 :103 PETL.³⁹ Si, dans le texte même de cet article, le problème de l'auteur inconnu n'est pas directement soulevé, le commentaire donne toutes les informations nécessaires : « Si le (ou les) défendant ne peut pas identifier les personnes manquantes (potentiellement) responsables, la cour peut ignorer ces autres (personnes, BW) et répartir la perte entre les défendeurs connus en accord avec la vraisemblance que le dommage a été causé par chacun d'eux ». ⁴⁰ L'idée de départ est la même que celle exprimée dans le rapport Catala. Cependant, retenons une nuance. Selon le commentaire des PETL, le juge *peut* répartir le dédommagement parmi les auteurs connus, mais n'y est pas obligé. Le rapport Catala est ici plus directif et *contraint* le juge à la répartition.

L'art. 1348 du rapport Catala permet d'imaginer plusieurs scénarii ; nous en retiendrons ici deux qui sont extrêmes. Le premier scénario est celui où l'on connaît la quasi-totalité des auteurs qui ont causé ensemble presque tout le dommage (>95%). Dans le deuxième, on connaît, parmi un grand nombre d'auteurs, seulement quelques-uns qui ont causé ensemble une petite partie du dommage (<5%). Dans le premier cas de figure, on pourrait être tenté de dire que les auteurs connus doivent aussi prendre en charge les 5% du dommage qu'ils n'ont pas causé. Cette solution pourrait s'appuyer sur le principe de solidarité. Elle serait évidemment préférable à l'alternative de n'accorder à la victime aucun dédommagement au prétexte que les auteurs des 5% manquants ne sont pas connus. En revanche, dans le deuxième cas de figure, il paraîtrait problématique de mettre à la charge de ceux qui sont à l'origine de <5% du dommage la réparation de 100%. Cette solution serait évidemment inéquitable.

Probablement, la souplesse de la formule adoptée dans le commentaire de l'art. 3 :103 PETL permettrait d'éviter les inconvénients d'une absence totale de réparation ou la réparation du

³⁷ Rapport Catala art. 1348 « 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. »

³⁸ « Recommandation n° 14 - Éviter la généralisation d'une responsabilité solidaire des membres identifiés d'un groupe pour un dommage causé par un membre indéterminé de ce groupe », in Rapport d'information n° 558 (2008-2009) de MM. Alain Anziani et Laurent Bêteille, fait au nom de la commission des lois, déposé le 15 juillet 2009.

³⁹ Voir *supra*.

⁴⁰ See Jaap Spier, Commentary, 49 n. 9 (*supra*).

tout à la charge d'un petit nombre d'auteurs ayant causé <5% du dommage. C'est d'ailleurs aussi le cas de certaines propositions de révision. Ainsi, nous l'avons vu, le projet suisse prévoit en son art. 53b al. 2 (*supra*) une restriction à la solidarité : pour chaque personne « la solidarité s'étend au montant de la réparation dont elle serait tenue si elle était seule responsable ». Une autre solution est offerte par l'art. 2644 du projet de révision tchèque. Ce dernier semble prévoir que, *sous certaines conditions*, le juge peut condamner des auteurs à réparer le dommage proportionnellement à leur participation à l'événement dommageable. Si cette participation ne peut pas être déterminée exactement, la répartition parmi les auteurs se fait selon la règle de la probabilité.⁴¹

L'avantage des PETL et de ces deux projets serait d'éviter la solution déséquilibrée à laquelle une solidarité stricte aboutirait. Son désavantage - de taille - serait de porter un véritable coup à la solidarité. Ici, les PETL et la proposition tchèque semblent ouvrir une porte de sortie en accordant au juge un certain pouvoir d'appréciation pour des circonstances particulières.

VI. Conclusions

Une comparaison entre les différents projets nationaux de révision, mais aussi avec les PETL et les droits nationaux existants, montre une continuité conceptuelle remarquable, mais aussi des différences tranchées. Tous les projets de révision et les PETL se concentrent sur la même situation de base - celle d'un dommage causé par plusieurs auteurs, et ils retiennent la solidarité comme un des remèdes possibles. En cas de solidarité, ils distinguent - nécessairement - entre une relation externe qui oppose les auteurs à la victime et une relation interne concernant la répartition de la réparation entre les auteurs.

La solidarité n'est pas la même dans tous les projets. Les projets suisse et turc proposent de la restreindre en limitant la responsabilité de chaque auteur à l'égard de la victime au montant que l'auteur aurait dû payer s'il avait agi seul. Cette solution remet du moins partiellement en question les principes fondamentaux de solidarité. Sur ce point, les projets suisse et turc diffèrent considérablement à la fois des droits nationaux en vigueur, et des projets de révision autrichien et français - et d'ailleurs aussi des PETL. Ces textes accordent à la victime dans la relation externe un degré plus élevé de protection. Cela est vrai même si le projet autrichien restreint aussi la solidarité en cas de causalité alternative. Le projet tchèque admet ici une solution tempérée qui permet au juge d'abandonner la solidarité au sens strict du terme lorsque les circonstances le justifient.

Sur le plan formel, les structures adoptées diffèrent considérablement. Les projets suisse et turc distinguent clairement et dans des paragraphes séparés les rapports internes des rapports externes, alors que les projets autrichien et français semblent effacer ces deux catégories. Dans la proposition de loi du Sénat de 2010, elle disparaît purement et simplement. Il semblerait que le projet tchèque les aborde dans des normes séparées.

Mais, la différence principale, aussi bien du point de vue formel que matériel, concerne ce que l'on pourrait appeler la densité normative. Les PETL proposent un règlement extensif d'un certain nombre de questions que les projets nationaux n'abordent même pas. Les meilleurs exemples sont probablement la règle de répartition en cas d'insolvabilité d'un des auteurs et les règles concernant l'instigation. On peut se demander pourquoi les PETL contiennent des règles plus détaillées que les projets nationaux. Un point décisif est sans doute que, à la

⁴¹ Projet tchèque, art. 2644 (*supra*)

différence des projets nationaux, les PETL sont basés non pas sur une tradition nationale cohérente, mais sur la tradition du *ius commune* européen. Une des fonctions essentielles des PETL est de reformuler la tradition européenne de la responsabilité civile. Ce processus, qui implique en même temps une reformulation et une unification des différentes traditions nationales, requiert un tissu normatif plus extensif que la révision d'un ordre juridique national bien établi. En un certain sens, les rédacteurs des PETL travaillent sous des conditions comparables à celles des codificateurs nationaux d'il y a un ou deux siècles. Confrontés à des corps juridiques locaux disparates et une longue tradition historique, ils devaient extraire du matériel existant des solutions qui étaient - si possible - compatibles avec le droit positif et répondaient aux exigences de la société d'alors. A défaut d'une véritable jurisprudence de *ius commune*, le comité de rédaction des PETL devait régler certains points spécifiques. La tâche des rédacteurs des projets nationaux était plus simple, puisqu'il pouvaient transposer implicitement bon nombre de ces solutions à partir du droit national existant.

Ce point peut être illustré avec l'instigation. Comme nous l'avons vu, les quatre codes nationaux et les PETL la mentionnent explicitement. Tous ces cinq textes sont la première génération d'un cycle législatif – les codes pour la tradition nationale et les PETL pour la tradition européenne. La deuxième génération, représentée ici par les projets de révision nationaux suisse, français, autrichien, turc et tchèque, ne mentionnent plus l'instigateur. Reposant sur une tradition plus ferme, les projets nationaux pouvaient adopter une solution plus large et hisser le problème sur le niveau plus abstrait de la causalité adéquate.

Je pense que, pour la responsabilité d'auteurs multiples, le futur droit européen devrait essentiellement retenir les points suivants :

(i) Sur le plan formel, j'approuve le choix retenu dans les PETL de traiter des auteurs multiples dans un chapitre séparé et avec plus de détails que, par exemple, les projets nationaux analysés ici. C'est probablement la seule manière permettant d'unifier le droit européen.

(ii) Il me semble raisonnable de distinguer clairement, et si possible dans des chapitres séparés, entre les rapports externes et internes, comme les projets suisse et turc le font.

(iii) Sur le fond, je soutiens l'idée d'une notion forte de solidarité, parce que la victime doit bénéficier d'une protection étendue. A mon avis, le projet autrichien – mais aussi les PETL – offre un degré seulement minimal, mais néanmoins acceptable, de protection, contrairement aux projets suisse et turc, qui remettent du moins partiellement en question la notion de solidarité. Je ne puis d'ailleurs cacher ma sympathie pour la solution tchèque, qui permet au juge de limiter la solidarité lorsque des circonstances particulières le justifient. Je pense ici aux cas de figure où une solidarité stricte conduirait à des résultats évidemment inéquitables.

(iv) J'approuve également que, dans des cas où des auteurs multiples ont agi de concert (*Mittäterschaft*), la part de l'auteur insolvable devrait être impartie à l'auteur solvable ; s'il y a plus de deux auteurs, chacun des auteurs solvables prend en charge la réparation proportionnellement à son degré de responsabilité. Cette règle, qui se trouve d'ailleurs dans les PETL, n'est peut-être pas nécessaire dans les projets nationaux, mais il serait utile de la retenir dans un futur droit européen, étant donné que les jurisprudences nationales ne sont pas uniformes sur ce point. En revanche, lorsque les auteurs ont agi séparément (*Nebentäter*), je préférerais que le risque d'insolvabilité d'un des auteurs soit à la charge de la victime, comme

cela semble être le cas dans les PETL. Il me paraîtrait injuste de mettre à la charge d'un *Nebentäter* l'insolvabilité de quelqu'un avec qui il n'a agi de concert ni directement, ni indirectement et avec qui il a causé le dommage par pur hasard

(v) Evidemment, cette exception ouvre une brèche dans le bastion de la responsabilité solidaire. Mais, l'insolvabilité d'un *Nebentäter* est typiquement un risque inhérent à la vie que la victime devrait prendre en charge.