

Définition de la causalité : la causalité dans les projets nationaux

par

Jorge SINDE MONTEIRO
Coimbra

I. - Les Donnés

1. - *Le contenu des projets*
 - A. - Projet Autrichien (2005)**
2. - *Description générale*
3. - *Causalité*
4. - *D'autres règles*
 - B. - Avant-projet de Révision Suisse (2000)**
5. - *Description générale*
6. - *Causalité*
7. - *D'autres règles*
 - C. - Projet de Révision Turc (2007)**
8. - *Description générale*
9. - *D'autres règles*
 - D. - Avant-projet français de réforme du Droit des Obligations (2005)**
10. - *Description générale*
11. - *Causalité*
12. - *D'autres règles*

II. - Une Définition Générale de la Causalité ?

13. - *Question préalable : les fonctions du lien de causalité*
14. - *Les projets contiennent-ils une définition de causalité ?*
 - a) *Avant-projet français*
 - b) *Projet suisse*
 - c) *Projet autrichien*
15. - *Conclusion*

III. - D'autres « définitions »

16. - *Comparer quoi ?*
 - A. - « Prédispositions de la Victime »**
18. - *L'Article 1379-2 de l'avant-projet français*
 - B. - Dommage Causé par un Membre Indéterminé d'un Groupe**
 - a) *Définition de la situation (qualification)*
 - b) *Régime de la causalité alternative*
 - c) *Possibilité de fixation de l'extension de la réparation d'après le degré de la vraisemblance de la preuve du rapport de causalité; l'article 56d, al. 2 du projet suisse*
 - C. - Causalité Cumulative, Hypothétique, Minime et Comportement de Substitution Licite**
19. - *La prévision*
20. - *Causalité cumulative*
21. - *Causalité hypothétique*
22. - *Causalité minime ou causalité partielle incertaine*
23. - *Comportement de substitution licite*

I. - Les Données

1. - Le contenu des projets

Nous commencerons par exposer le contenu des divers projets de réforme. Les règles touchant à la causalité ne seront cependant pas présentées de façon dispersée, mais plutôt dans l'encadrement systématique de chacun des projets. Cela permettra de détecter l'existence de règles touchant au domaine de la causalité à divers endroits.

L'analyse a pour objet les quatre projets discutés pendant le Colloque International à l'Université de Genève, qui a eu lieu du 31 mai au 2 juin 2007¹

A. - Projet Autrichien (2005)

2. - Description générale

Le projet est composé de 46 paragraphes, divisés en deux parties qui, à leur tour, se subdivisent en des sections (*Abschnitte*).

La Partie Générale (I) est divisée en 9 sections².

1. Principes de responsabilité, §§ 1292 à 1294.
2. Responsabilité pour faute ou, de toute façon, pour comportement défectueux, §§ 1295 à 1301.
3. Responsabilité pour le risque, §§ 1302 et 1303.
4. Responsabilité de l'entreprise, § 1304.
5. Responsabilité du fait d'autrui et du fait des moyens auxiliaires techniques, §§ 1305 à 1308.
6. Responsabilité pour des interventions licites, § 1309.
7. Limitation de la responsabilité, §§ 1310 à 1313.
8. Catégories et étendue de la réparation, §§ 1314 à 1317.
9. Charge de la preuve (§ 1318).

La Partie Spéciale (II) est divisée en 5 sections.

1. Types particuliers de dommages, §§ 1319 à 1322.
2. Responsabilité pour des chemins, § 1323.
3. Responsabilité pour des moyens de la circulation, §§ 1324 à 1328.
4. Responsabilité du producteur, §§ 1329 à 1333.
5. Responsabilité environnementale, §§ 1334 à 1336 et § 1489.

¹ *La responsabilité civile européenne de demain, Projets de révision nationaux et principes européens/Europäisches Haftungsrecht morgen*, Édité par WINIGER (B.), Bruylant/Schultess, Zürich, 2008, annexes 1-4. Projet autrichien : GRISS (I.)/KATHREIN (G.)/KOZIOL (H.), *Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts*, Springer, Wien- New York, 2006. L'(A)vant projet suisse de loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile est publié par l'Office fédérale de la justice : <http://www.ofj.admin.ch/themen/haftpflicht/intro-f.htm>. On y peut consulter un *Rapport Explicatif*, des professeurs WIDMER (P.) et WESSNER (P.). Finalement, *Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 Septembre 2005 (http://blog.dalloz.fr/blogdaloz/files/rapport_catala.pdf).

² C'est de la notre responsabilité la proposition de traduction.

3. - Causalité

Le domaine de la causalité est règlementé dans la section 1 de la Partie Générale, dans un § qui apparaît en troisième position, après ceux consacrés à la « Règle fondamentale » (§1292) et au « Dommage ; intérêts protégés » (§1293).

Causation

§ 1294. (1) Une action, une omission ou tout autre évènement c'est la cause d'un dommage quand celui-ci n'aurait pas autrement pu être constaté.

(2) Un dommage peut être imputé à une personne quand celle-ci l'a causé ou, de toute façon, la cause est située dans son champ d'action. Ceci est valable également lorsque un évènement était largement propice à provoquer le dommage, mais que la même chose succède en ce qui concerne à un autre évènement (causalité cumulative et hypothétique). Si l'un des deux évènements est un cas fortuit ou provoqué par la personne lésée, ou si le dommage aurait pu être causé soit par l'un comme par l'autre des évènements (causalité alternative), le dommage sera réparti en accord avec le poids des fondements de l'imputation et la probabilité du facteur de la cause.

(3) Dans la mesure où ce même dommage est à attribuer à plusieurs personnes, si du num. (2) il n'en résulte rien de différent, elles répondront solidairement. Si plusieurs personnes ont agi en commun de façon illicite, on présume que chacune d'entre elles a causé le dommage dans son intégralité.

(4) Si des divers évènements qui sont à prendre en considération en tant que cause, aucun n'a causé le dommage dans sa totalité ou une partie déterminée, mais que chacun d'entre eux était hautement propice à en causer une partie, on présume que les évènements ont causé le dommage dans des proportions équivalentes.

(5) Dans la mesure où plusieurs personnes répondent solidairement, le recours est défini selon le poids des fondements de l'imputation, plus particulièrement la gravité de la faute et l'importance du risque.

4. - D'autres règles

Néanmoins d'autres §§ concernent également le domaine du lien causal. Principalement les §§ 1310 et 1313, inclus dans la 7^{ème} section (Limitation de la responsabilité).

Limitation de l'imputation

§ 1310. (1) Doivent être réparés les dommages causés d'une façon causalement adéquate et s'ils sont concernés par le but de protection de la norme violée ou, de toute façon, de la norme qui fonde la responsabilité; il faut également considérer le poids des fondements de l'imputation et les avantages perçus par la personne obligée à la réparation.

(2) Si l'auteur du dommage a eu une conduite illicite, mais que le dommage se serait également vérifié dans le cas d'un comportement de substitution licite, le fondement et le montant (*Grund und Höhe*) de la responsabilité se régissent selon le poids des fondements de l'imputation.

Coreponsabilité

§ 1313. (1) Si la personne lésée a également contribué au dommage ou omis la respectueuse réduction, le dommage sera réparti conformément aux fondements de l'imputation des deux parties, surtout la gravité de la faute et de l'importance du péril. En cas de décès, la coresponsabilité du défunt sera prise en compte.

(2) Même s'il n'existe aucune relation particulière, il devra être imputé à la personne lésée la conduite défectueuse des personnes à qui elle aura confiée les biens endommagés. Ceci n'est pas valable pour le représentant légal ni pour les personnes à qui il aura été confié l'exécution autonome d'une activité.

(3) Si les fondements de l'imputation pèsent bien plus fortement d'un côté que de l'autre, le dommage ne sera pas réparti. À ce propos il faut également tenir compte de la question de savoir si le défendeur était précisément chargé par le devoir d'empêcher le dommage vérifié.

B. - Avant-projet de Révision Suisse (2000)

5. - Description générale

Le Projet de révision du Titre premier du Code des Obligations de la Suisse, Chapitre II, *Obligations résultant de faits dommageables*, est composé de 61 articles et est divisé en 2 Sous-chapitres : Dispositions générales (Partie générale du droit de la responsabilité civile), Art. 41 à 58 et Dispositions spéciales, Arts. 59 à 61a.

Les principales divisions sont les suivantes.

Sous-chapitre 1

- A. Norme fondamentale d'imputation (Art. 41)
- B. Champ d'application (Arts. 42 à 44)
- C. Conditions générales (Arts. 45 à 47a)
- D. Fondements de la responsabilité (Arts. 48 à 51a)
- E. Fixation de la réparation (Arts. 52 à 52a)
- F. Pluralité de responsabilités (Arts. 53 à 53c)
- G. Responsabilité civile et assurance privée (Arts. 54 à 54i)
- H. Prescription (Arts. 55 à 55c)
- I. Procédure et preuves (Arts. 56 à 56h)
- J. Conventions restrictives de la responsabilité (Arts. 57 et 58)

Sous-chapitre 2

- A. Responsabilité en cas de faits licites (Arts. 59 et 59a)
- B. Responsabilité du fait d'un animal (Arts. 60 et 60a)
- C. Responsabilité pour les ouvrages (Arts. 61 et 61a)

6. - Causalité

La matière de la causalité est règlementée dans les conditions générales de la responsabilité (C), après le dommage (I) et l'illicéité (II).

Art. 47

III. - Lien de causalité

1.- 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.

Art. 47a

2. - Exonération : Une personne est exonérée de toute responsabilité si un fait qui ne lui est pas imputable contribue de manière manifestement prépondérante à la survenance du dommage ou à son aggravation, notamment une force majeure, un comportement ou un risque caractérisé imputables à un tiers ou à la personne lésée.

7. - *D'autres règles*

À la matière du rapport de causalité se reportent encore quelques autres dispositions, notamment l'art. 52, appartenant à la division E (Fixation de la réparation), les articles Art. 53b et Art. 53c, « concours de responsabilités » (III), dans la division « F » (« Pluralité de responsabilités ») et l'article 56d (« Fardeau de la preuve et présomption de fait »).

Art. 52

E. - Fixation de la réparation

I. - Étendue de la réparation

¹ Le tribunal fixe l'étendue de la réparation d'après les circonstances; il tient notamment compte de la gravité de la faute et de l'intensité du risque caractérisé imputables tant à la personne responsable qu'à la personne lésée, ainsi que des mesures prises par cette dernière pour écarter ou réduire le dommage.

² Le tribunal peut, à titre exceptionnel, tenir compte de la situation économique des parties, notamment du fait qu'elles sont couvertes ou non par une assurance.

Art. 53b

III. - Concours de responsabilités

1. - Dans les rapports externes

¹ Lorsque plusieurs personnes répondent du dommage subi par un tiers, elles sont solidairement tenues de le réparer.

² Pour chacune d'entre elles, la solidarité s'étend au montant de la réparation dont elle serait tenue si elle était seule responsable.

Art. 53c

1.- Dans les rapports internes

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 imputables à chacune d'entre 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.

Art. 56d

III. - Preuves

2. - Fardeau de la preuve et présomption de fait

- ¹ La preuve du dommage et celle du rapport de causalité incombent à la personne qui demande réparation.
- ² Si la preuve ne peut être établie avec certitude ou si on ne peut pas raisonnablement en exiger l'administration de la personne à qui elle incombe, le tribunal pourra se contenter d'une vraisemblance convaincante ; il sera en outre habilité à fixer l'étendue de la réparation d'après le degré de la vraisemblance.
- ³ Lorsque le montant exact du dommage ne peut être établi, le tribunal l'estime équitablement en considération des circonstances et du cours ordinaire des choses.

C. - Projet de Révision Turc (2007)

8. - Description générale

Le projet de révision turc (Partie II : *Obligations résultant du fait dommageable*) est composé de 27 articles.

Les principales divisions sont les suivantes :

- A. Responsabilité (Arts. 49 à 63)
- B. Responsabilité sans faute (Arts. 64 à 70)
- C. Prescription (Arts. 71 et 72)
- D. Procédure (Arts. 73 à 75)

1. Causalité. Ce projet ne contient aucune disposition qui règlemente directement le domaine du lien causal.

9. - D'autres règles

Cependant, quelques dispositions incluses dans le « A », division « V », « Pluralité de responsabilités », et plus particulièrement les articles concernant le « concours de responsabilités » (2), dans les rapports externes (Art. 60) et dans les rapports internes (Art. 61) s'intéressent au domaine du lien causal.

En voici la teneur littérale.

Art. 60

Lorsque plusieurs personnes répondent du même dommage, elles sont solidairement tenues de le réparer.

Pour chacune d'elles, la solidarité s'étend au montant de la réparation dont elle serait tenue si elle était seule responsable.

Art. 61

Entre personnes co-responsables, 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.

La personne qui aura réparé le dommage au-delà de sa part, a un droit de recours contre les autres co-responsables; à cet effet, ses droits sont subrogés à ceux de la personne lésée.

D. - Avant-projet français de réforme du Droit des Obligations (2005) (Articles 1340 à 1386 du Code Civil)

10. - Description générale

Le Sous-titre III - De la Responsabilité civile (articles 1340 à 1386) est divisé en 4 Chapitres, certains d'entre eux divisés en des Sections.

Chapitre 1 - Dispositions préliminaires (Art. 1340 a 1342).

Chapitre 2 - Des conditions de la responsabilité (Art. 1343 a 1366).

Section 1. Dispositions communes aux responsabilités contractuelle et extra-contractuelle.

Section 2. Dispositions propres à la responsabilité extra-contractuelle.

Section 3. Dispositions propres à la responsabilité contractuelle.

Chapitre 3 - Des effets de la responsabilité (Art. 1367 a 1384).

Section 1. Principes.

Section 2. Règles particulières à la réparation de certaines catégories de dommages.

Section 3. Les conventions portant sur la réparation.

Chapitre 4 - Des principaux régimes spéciaux de responsabilité ou d'indemnisation (Art. 1385 a 1386-17)³.

Section 1. L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation.

Section 2. La responsabilité du fait des produits défectueux.

11. - Causalité

Les dispositions en matière de causalité se trouvent au Chapitre 2, Des conditions de la responsabilité, Section 1 (Dispositions communes aux responsabilités contractuelle et extra-contractuelle).

§2 - Le lien de causalité

Art. 1347

La responsabilité suppose établi un lien de causalité entre le fait imputé au défendeur et le dommage.

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.

§ 3 - Les causes d'exonération

Art. 1349

La responsabilité n'est pas engagée lorsque le dommage est dû à une cause étrangère présentant les caractères de la force majeure.

La cause étrangère peut provenir d'un cas fortuit, du fait de la victime ou du fait d'un tiers dont le défendeur n'a pas à répondre.

La force majeure consiste en un événement irrésistible que l'agent ne pouvait prévoir ou dont on ne pouvait éviter les effets par des mesures appropriées.

³ Les articles actuels 1386-1 à 1386-18 du Code Civil passeraient au 1386 à 1386-17).

Art. 1350

La victime est privée de toute réparation lorsqu'elle a recherché volontairement le dommage.

Art. 1351

L'exonération partielle ne peut résulter que d'une faute de la victime ayant concouru à la production du dommage. En cas d'atteinte à l'intégrité physique, seule une faute grave peut entraîner l'exonération partielle.

Art. 1351-1

Les exonérations prévues aux deux articles précédents ne sont pas applicables aux personnes privées de discernement.

12. - D'autres règles

Il nous intéresse surtout les arts 1378 et 1379-2, appartenant au Chapitre 3, respectivement, Sections 1 (« Principes ») et 2 (« Règles particulières à la réparation de certaines catégories de dommage »).

§3 - Incidence de la pluralité de responsables

Art. 1378

Tous les responsables d'un même dommage sont tenus solidairement à réparation.

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.

Si aucun des co-auteurs n'est dans ce cas, ils contribuent tous par parts égales.

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.

§ 1 - Règles particulières pour la réparation des préjudices résultant d'une atteinte à l'intégrité physique

Art. 1379-2

Le dommage corporel doit être apprécié sans qu'il soit tenu compte d'éventuelles prédispositions de la victime dès lors que celles-ci n'avaient pas déjà eu de conséquences préjudiciables au moment où s'est produit le fait dommageable.

II. - Une Définition Générale de Causalité ?

13. - Question préalable : les fonctions du lien de causalité

Il est normalement admis que le lien de causalité accomplit une double fonction : d'une part, il est un présupposé ou une condition de la naissance d'une obligation d'indemnisation ; d'autre part, c'est à lui que revient la fonction d'établir une limite pour la réparation⁴.

Que l'on attribue ou pas des noms propres pour désigner chacune de ces perspectives⁵, il nous semble que cette manière de poser la question est largement acceptée.

⁴ SINDE MONTEIRO (J.), "Rudimentos da Responsabilidade Civil", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano II (2005), 349-390, 379-381.

⁵ WINIGER (B.)/KOZIOL (H.)/KOCH (B.A.)/ZIMMERMANN (R.) (eds.), *Digest of European Tort Law, Volume 1: Essential Cases on Natural Causation*, Springer, Wien-New York, 2007, chapter 11. ("Haftungs-begründende und haftungsausfüllende Kausalität").

Cependant, lorsque l'on s'interroge à propos d'une définition de la causalité, c'est en principe la première perspective qui apparaît au premier plan.

Quoi qu'il en soit, il n'est pas étonnant que dans tous les projets, hormis le projet turc, extrêmement laconique, apparaissent, en dehors de l'endroit où est directement règlementé le lien causal, d'autres dispositions avec un intérêt direct pour cette question.

C'est le cas de l'art. 56d, al. 2 de l'avant-projet suisse (placé dans le Chapitre « Procédure et preuves »), qui pourra fournir une aide précieuse pour la résolution de quelques uns des plus difficiles problèmes concernant le rapport de causalité. Parfois, l'emplacement de certaines dispositions aurait pu se faire à un endroit comme à l'autre : c'est le cas de l'Art. 52 du projet suisse, qui représente une suite du contenu règlementé à l'Art. 47a⁶.

14. - Les projets contiennent-ils une définition de causalité ?

Mais allons directement au problème qui nous est posé, c'est à dire, de savoir si nous trouvons dans les projets une définition de ce que nous devons comprendre par lien de causalité. Qu'il nous soit permis de commencer par l'ordre inverse de la difficulté.

a) Avant-projet français

La réponse est claire : l'art. 1347 se limite à énoncer que la responsabilité *suppose* établi un lien de causalité⁷. Mais il ne nous dit pas un seul mot sur le critère pour que ce lien soit établi.

En conséquence, nous n'avons pas même un essai de définition générale. Bien que cet avant-projet aborde directement quelques questions concrètes et actuelles, notamment celle du dommage causé par un membre indéterminé d'un groupe (Art. 1348), ou comme le traitement des « prédispositions » de la victime (Art. 1379-2).

b) Avant-projet suisse

Les choses ne sont pas aussi claires. L'Art. 47 exige une relation de « causalité juridique » entre le fait et le dommage.

Mais il semble également certain qu'il ne résulte de cet article aucun critère à travers duquel ce rapport doit être établi⁸.

Ce qu'il y a de nouveau c'est l'allusion en termes exprès à une causalité « juridique ».

Ce terme met en évidence qu'il ne s'agit pas de simple causalité naturelle ou scientifique et que la causalité implique un jugement de valeur.

Il est réellement caractéristique de la théorie de la causalité adéquate le fait de constituer une limitation à une théorie purement scientifique, la théorie de la condition *sine qua non*. Ce n'est pas pour autant que toutes les conditions *sine qua non* seront des causes adéquates. Il faut introduire des limitations de caractère normatif, propres du monde de la culture, pour que le dommage puisse être imputé au champ d'action de l'agent.

Mais d'autres théories, comme celle du but de protection de la norme, que certains auraient déjà voulu voir remplacer complètement la théorie de la causalité adéquate⁹, travaillent également avec des concepts normatifs, juridiques.

⁶ WIDMER (P.)/WESSNER (P.), *Rapport Explicatif*, 1.3.4.3., p. 54.

⁷ L'italique (« *suppose* ») a été introduit par nous. V. le commentaire de VINEY (G.) à cet article : « Il paraît illusoire de chercher à définir le lien de causalité par une formule générale » (*Rapport Catala*, p. 174).

⁸ *Rapport Explicatif*, 2.3.4., p. 106 s, plus particulièrement 110-112.

Ce qu'on peut dire c'est que la théorie juridique la plus répandue concernant la causalité, tant en Suisse qu'en Europe, c'est celle de la causalité adéquate.

Cependant, « *Suivant la proposition de la commission d'étude, les auteurs de l'avant-projet ont renoncé à énoncer dans la loi une définition positive de la causalité (...)* »¹⁰.

En un mot, pas une définition ni même un renvoi direct. Ce n'était pas là l'intention des auteurs et la lettre de la loi semble bien traduire cette position.

c) *Projet autrichien*

Le § 1294 (1) consacre très clairement la théorie de la condition *sine qua non*. Mais, mise à part un certain nombre d'exceptions, c'est là partout seulement un point de départ pour l'établissement d'un rapport ou d'un lien de causalité juridique.

La phrase initiale du § 1294 (2) est quelque peu intrigante, mais Franz Bydlinski nous explique qu'on a voulu seulement mettre en évidence le principe que la causalité constitue pour le droit un fondement de l'imputation¹¹.

Toutefois, en lisant le § 1310 (1), on constate que pour la « limitation de l'imputation » il est fait appel (bien que sans caractère d'exclusivité) au critère de la causalité adéquate.

Dans ce projet, il n'existe pas véritablement de définition, mais nous y trouvons un renvoi ouvert vers la théorie de la causalité adéquate¹²

15. - *Conclusion*

Aucun de ces projets n'essaie de formuler une définition générale de la causalité.

Tâche qui à vrai dire serait impossible en termes pratiques et inappropriée en termes théoriques: ce n'est pas au législateur que revient la formulation de théories, c'est là la tâche de la doctrine juridique et son développement et son perfectionnement appartiennent aux tribunaux.

Sur ce point on ne constate donc, selon nous, aucune divergence de fond entre les divers projets.

Les différences sont principalement de style. Tandis que les auteurs de certains projets ont préféré ne rien dire sur le sujet (projet turc), dans le projet français il n'est fait qu'une simple allusion à une problématique qui se pose dans toutes les actions de responsabilité civile, dans l'avant-projet suisse il est fait une allusion à une causalité « juridique »¹³ et dans le projet autrichien on trouve une mention explicite du point de départ de la théorie de la condition *sine qua non*.

⁹ Voir WEITNAUER (H.), "Zur Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang, Versuch einer Ehrenrettung", *Festgabe Oftinger*, Zürich, 1969, 321-346.

¹⁰ *Rapport Explicatif*, 2.3.4.3., p. 111.

¹¹ BYDLINSKI (F.), "Die Verursachung im Entwurf eines neuen Schadenersatzrechts", in GRISS (I./KATHREIN (?)/KOZIOL (H.), *Entwurf (...)*, II n. 5, p. 39: „Abs 2 (...) stellt zunächst im Satz 1 bloß klar, dass die Verursachung für das Recht ein Zurechnungsgrund, also ein Haftungselement ist und nur in dieser Eigenschaft interessiert“.

¹² BYDLINSKI (F.), "Die Verursachung (...)", I, n. 3; v. aussi APATHY (P.), "Begrenzung der Haftung, Art und Umfang des Ersatzes, in GRISS (I./KATHREIN/KOZIOL (H.), *Entwurf (...)*, I.A.1.

¹³ Il est probable que certains juristes auront tendance à voir dans la formulation de l'Art. 47 du projet suisse, à l'évocation de « causalité juridique », une allusion, bien qu'implicite à la théorie de la causalité adéquate. Mais nous avons vu que c'est intentionnellement que les auteurs de l'avant-projet ont parlé de causalité juridique et non pas de causalité adéquate (WIDMER (P.)/ WESSNER (P.), *Rapport explicatif*, p. 110-112).

Il est vrai que dans le projet autrichien, dans une disposition qui n'a rien (directement) à voir avec la naissance de la responsabilité mais plutôt avec sa limitation¹⁴, il est expressément fait référence à la théorie de la causalité adéquate. Mais il s'agit là seulement de l'un des critères à considérer parmi bien d'autres, étant donné qu'on y constate aussi une référence à la théorie du but de protection de la norme. Rien, d'après nous, qui puisse être comparé avec une approche du problème juridique de la causalité dans les encadrements d'une théorie donnée.

Ainsi, il semble qu'on peut conclure qu'il n'a pas dans les projets nationaux des « définitions légales » de la causalité.

Ce qu'il y a en commun c'est le point de partie de la condition *sine qua non*. Mais seulement le projet autrichien énonce explicitement cette pensée [(§ 1294 (1))¹⁵].

III. - D'Autres « Définitions »

16. - Comparer quoi ?

Après avoir fait une analyse comparative sur le seuil de l'édifice du lien causal, surgit maintenant la question de savoir quels autres aspects de régime doivent faire l'objet d'une étude, si l'on exclut ceux qui concernent la pluralité des responsables et les causes d'exonération.

La difficulté vient de la grande diversité entre les projets en ce qui concerne la technique de réglementation.

Dans le vaste § 1294 du projet autrichien nous trouvons une réglementation minutieuse des différentes modalités des « causalités complexes ».

Mais dans les autres projets nous ne trouvons pas de réglementation identique.

Faute d'objet, il existe donc une certaine difficulté à poursuivre l'analyse comparative.

Cependant deux situations spéciales réglementées dans l'avant-projet français méritent sans doute notre attention : celle du dommage provoqué par un membre indéterminé d'un groupe (Art. 1348) et celle de l'influence des « prédispositions de la victime » (Art. 1379-2).

Nous commencerons par la deuxième.

A. - « Prédispositions de la Victime »

18. - L'Article 1379-2 de l'avant-projet français

Comme nous l'avons vu précédemment, selon cet article « Le dommage corporel doit être apprécié sans qu'il soit tenu compte d'éventuelles prédispositions de la victime dès lors que celles-ci n'avaient pas déjà eu de conséquences préjudiciables au moment où s'est produit le fait dommageable ».

C'est là un thème sur lequel il semble y avoir un certain consensus en droit comparé.

Dans le droit allemand, l'orientation jurisprudentielle selon laquelle « quiconque agisse illicitement contre un homme dont la santé est affaiblie, n'a en aucun cas le droit d'être

¹⁴ Mais voir BYDLINSKI (F.), "Die Verursachung (...)", I, n. 3.

¹⁵ « Une action, une omission ou tout autre événement c'est la cause d'un dommage quand celui-ci n'aurait pas autrement pu être constaté ». Cf. Art. 3:101. des PETL: « 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 », in European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law, Text and Commentary*, Springer, Wien-New York, 2005 (version française réalisée des PETL sous la direction de MORETEAU (O.), p. 202 s.).

placé dans la même situation que s'il avait offensé un homme sain »¹⁶ date déjà du XIX^{ème} siècle.

Dans le droit français le point de départ c'est également celui du refus d'une exonération partielle du défendeur¹⁷.

Mais, outre les hésitations ponctuelles qui se manifestent même dans des pays où cette tradition existe¹⁸, dans d'autres pays il y a une forte probabilité que la « prédisposition constitutionnelle » soit traitée comme une cause concurrente, encadrement que nous retrouvons dans le manuel classique de Karl Oftinger, bien que cet auteur nous fasse remarquer que le fait que le traitement comme l'une des causes concurrentes du dommage exclue d'emblée qu'elle pourra être tenue comme cause d'interruption du lien causal¹⁹.

C'est pour cela qu'il nous semble important de faire mérite à l'introduction d'une disposition réglementant spécifiquement ce thème dans un projet de réforme moderne du droit de la responsabilité civile.

Signalons que le DCFR contient une disposition de ce genre²⁰.

B. - Dommage Causé par un Membre Indéterminé d'un Groupe (causalité alternative et fixation de la réparation d'après le degré de la vraisemblance de la preuve du lien de causalité)

18. - L'Article 1348 de l'avant-projet français

Rappelons-en le contenu : « 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 ».

Selon Geneviève Viney, « Ce texte, qui évoque la jurisprudence bien connue sur les accidents de chasse, pourrait apporter une solution dans bien d'autres situations, en particulier en cas de dommages causés par un produit distribué par quelques entreprises, toutes identifiées, lorsqu'on ne peut établir laquelle d'entre elles a vendu le produit même qui est à l'origine des préjudices subis par les victimes »²¹.

Pour comparer cette solution avec celle du projet autrichien (le seul projet national qui aborde la question), nous pouvons distinguer des questions de « définition » (ou qualification) et de « régime ».

d) Définition de la situation (qualification)

Dans la situation décrite, deux ou plusieurs événements sont susceptibles de causer le dommage dans sa totalité, mais l'on ne sait pas lequel en a été la cause

¹⁶ D'après LANGE (H.)/SCHIAMANN (G.), *Schadenersatz*, 3. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, il s'agit d'une jurisprudence constante depuis RGZ 6, 1 (1881).

¹⁷ VINEY (G.)/JOURDAIN (P.), *Traité de Droit Civil* sous la Direction de Jacques GHESTIN, *Les Conditions de la Responsabilité*, 2^e Édition, L.J.D.J., Paris, 1998, pp. 300-305.

¹⁸ Voir VINEY (G.), « Le droit de la responsabilité dans l'avant-projet Catala », in *La responsabilité civile de demain (...)*, Édité par WINIGER (B.) (n° 1), p. 141-158, 155.

¹⁹ OFTINGER (K.), *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, I. Band, *Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Zürich, 1975, pp. 102-103. Cf. WERRO (F.), *La responsabilité civile*, avec la collaboration de ACHTATI (A.), CHAULMONTET (S.) et HAAS (J.), Staempfli Editions, Berne, 2005 n° 1196 s., en distinguant parmi « prédisposition indépendante » et « prédisposition liée ».

²⁰ *Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition*, Edited by VON BAR (Ch.)/CLIVE (E.) and SCHULTE-NÖLKE (H.), Sellier, Munich, 2009, Art. 4:101 (2): "In cases of personal injury or death the injured person's predisposition with respect to the type or extend of the injury sustained is to be disregarded". V. *Principles of European Law, Study Group on a European Civil Code, Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another (PEL Liab. Dam.)*, prepared by Christian VON BAR, Sellier, Bruylant, Stämpfli, 2009, notes 10 and 18 to Article 4:101 (p. 750 et 754).

²¹ *Rapport Catala*, Art. 1348, note (3), p. 174.

effective²². Il existe une *condition sine qua non* mais l'on ignore quelle est cette cause²³.

Cette situation correspond à l'hypothèse de « causalité alternative », prévue et réglementée dans le n° (2), phrase 3 du § 1294 du projet autrichien.

e) *Régime de la « causalité alternative »*

Si la situation est prévue dans les deux projets, le régime juridique correspondant est différent. L'avant-projet français établit le régime de solidarité²⁴. Le projet autrichien établit lui un régime de responsabilité partagée, « selon le poids des fondements de l'imputation et de la probabilité de la causation »²⁵.

L'approfondissement de la discussion concernant ce point nous semble appartenir déjà au domaine de la « pluralité des responsables », dont nous n'avons pas à traiter.

Signalons-le seulement que le projet autrichien étend cette solution-là aux hypothèses dans lesquelles tient lieu une concurrence alternative entre un fait générateur de responsabilité d'un tiers et une action de la victime elle-même ou d'un cas fortuit se situant dans sa sphère juridique; seront ici applicables les mêmes critères de répartition de la réparation.

Un des cas qui pourra être directement résolu moyennement cette règle c'est celui de la « perte d'une chance »²⁶.

f) *Possibilité de fixation de l'extension de la réparation d'après le degré de la vraisemblance de la preuve du lien de causalité ; l'article 56d, al. 2 de l'avant-projet suisse.*

En matière de « Procédure et preuves », à propos du « Fardeau de la preuve et présomption de fait », sans que soit établie aucune liaison avec une concrète hypothèse de responsabilité, l'article 56d, al. 2 de l'avant-projet suisse établit que « Si la preuve ne peut être établie avec certitude ou si on ne peut pas raisonnablement en exiger l'administration de la personne à qui elle incombe, le tribunal pourra se contenter d'une vraisemblance convaincante; **il sera en outre habilité à fixer l'étendue de la réparation d'après le degré de la vraisemblance** »²⁷.

Les difficultés de la preuve concernent les faits constitutifs²⁸ ou le préjudice²⁹. Mais le plus important champ d'application devrait devenir celui de l'incertitude de la preuve du lien de causalité³⁰. Dans cette mesure, comme Ingeborg Schwenzer a mi en relief, il s'agit ici d'un authentique problème du rapport de causalité³¹.

²² KOZIOL (H.), «Die grossen Züge des österreichischen Entwurfs - Dargestellt an Hand der Regelungen betreffend die geschützten Interessen, die Kausalität, die Sorgfaltswidrigkeit und das Verschulden», in *La responsabilité civile de demain (...)*, Éd. par WINIGER (B.), p. 3 s., III. 3. c). p. 15.

²³ SPIER (J.), Comm. 1 2 à l' Art. 3:103 dos PETL, in *Principles of European Tort Law, Text and Commentary*, cit.; European Centre of Tort Law and Insurance, *Unification of Tort law: Causation*, SPIER (J.) (ed.), Kluwer, The Hague - London - Boston, 2000, *passim*.

²⁴ Cf. § 830 I 2 du Code Civil de l'Allemagne (BGB) et l' Art. VI.- 4 :103 DCFR.

²⁵ BYDLINSKI (F.), „Die Verursachung im Entwurf eines neuen Schadenersatzrechts“, IV; KOZIOL (H.), „Die grossen Züge des österreichischen Entwurfs (...)“, III. 3.c. Cf. PETL, Art. 3:103 (1).

²⁶ Franz BYDLINSKI, « Die Verursachung (...) », IV, n. 19 (p. 43).

²⁷ Nous avons introduit le « noir ».

²⁸ WIDMER (P.)/ WESSNER (P.), *Rapport Explicatif*, 2.9.4.3., p. 242.

²⁹ WIDMER (P.)/WESSNER (P.), *Rapport Explicatif*, 2.9.4.3., p. 243.

³⁰ WIDMER (P.)/WESSNER (P.), *Rapport Explicatif*, 2.9.4.3., p. 244.

³¹ SCHWENZER (I.), „Der Schweizerische Entwurf zur Reform des Haftpflichtrechts Eine kritische Stellungnahme“, in *La responsabilité civile de demain (...)*, Édité par Bénédicte WINIGER (n. 1), p. 77-95, 89-91, p. 90.

Selon des auteurs de l'avant-projet, « La règle prévue à l'art.56 al. 2 AP permettra sans aucun doute d'apporter des réponses adéquates aux questions complexes que posent les cas de causalité hypothétique, et singulièrement ceux de causalité alternative »³².

Celle-ci pourra aussi devenir une voie pour l'encadrement des cas classiques de la responsabilité médicale concernant la perte d'une chance³³.

C. - Causalité Cumulative, Hypothétique, Minimale et Comportement de Substitution Licite

19. - La prévision

Le projet autrichien prévoit encore les situations de « causalité cumulative » et « causalité hypothétique » - § 1294 (2), phrase 2 -, et aussi de « causalité minimale » (ou « causalité partielle incertaine »), §1294 (4). Un des articles dédiés à la « limitation de l'imputation » règle encore le moyen de défense « comportement de substitution licite » [§ 1310 (2)].

Etant donné qu'il n'existe pas dans les autres projets de « définition » de ces situations, mais tout au plus une réglementation de certains effets de cette pluralité de responsabilités, il n'y a pas lieu de procéder à une comparaison.

20. - Causalité cumulative

On parle de « causalité cumulative » quand deux faits sont propres à causer de dommage simultanément; chacun d'eux l'aurait causé par soi-même, mais tous les deux sont intervenus dans la production du même résultat concret (par exemple, si deux personnes, sans connaissance une de l'autre, jettent une dose mortelle d'arsénique dans le liquide que la victime ira boire).

À la rigueur, il manque ici un lien de conditionnalité, vue qu'en l'absence d'une de ces causes, le dommage se produirait de la même manière.

Et cependant la solution d'imposer une obligation d'indemnisation aux auteurs de ces faits semble indubitablement juste.

A ce propos, M. Bydlinski a écrit qu'il se vérifie une modification dans le rapport de conditionnalité : « (...) il suffit que les divers actes ou événements, en conjoint, constituent une condition *sine qua non* »³⁴.

Pour caractériser cette situation de responsabilité³⁵, un haut degré de propriété à causer de dommage est nécessaire [§ 1294 (2), phrase 2]³⁶.

21. - Causalité hypothétique

On parle de causalité hypothétique quand « un dommage est produit par un événement, étant donné que le même dommage se serait également vérifié postérieurement par la force d'un autre événement »³⁷.

³² WIDMER (P.)/WESSNER (P.), *Rapport Explicatif*, 2.9.4.3., p. 245.

³³ WIDMER (P.)/WESSNER (P.), *Rapport Explicatif*, 2.9.4.3., p. 246.

³⁴ „Die Verursachung im Entwurf eines neuen Schadenersatzrechts“, II, n. 6.

³⁵ Rappelons que selon le § 1294 (3) le régime de la pluralité des responsables c'est celui de la solidarité, dès que l'al. (2) n'impose une autre solution.

³⁶ Une « haute adéquation » (*gesteigerte Adäquität*), selon l'expression de BYDLINSKI („Die Verursachung im Entwurf eines neuen Schadenersatzrechts“, II, n. 6).

³⁷ BYDLINSKI (F.), *Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht*, Ferdinand Enke Verlag, Stuttgart, 1964, VI 2., p. 68 ; KOZIOL (H.), *Österreichisches Haftpflichtrecht*, Band I,

Un fermier se plaint d'un voisin qui a fautivement endommagé une partie de son potager ; mais celui-ci argumente qu'une trombe d'eau aurait quelques jours après détruit le potager³⁸. *A* provoque un petit dommage à l'auto de *B* ; mais peu après *C* en provoque une destruction totale. *A* cause une lésion corporelle à *B*, lui provoquant une incapacité pour le travail ; mais *B* souffre postérieurement d'une autre agression qui aurait elle-même donné naissance à une incapacité pour le travail, ou encore *B* tombe si gravement malade qu'il serait de toute façon devenue incapable pour le travail.

Nous avons ici une cause réelle, opérante ou effective (cause dépassant) et une cause hypothétique, virtuelle ou potentielle (cause dépassée)³⁹. *Prima facie*, on peut se demander si la première est une cause du dommage, vu que celui-ci se serait de toute manière vérifié sans l'intervention de celle-là.

Mais de toute façon, sans approfondir ici la discussion théorique⁴⁰, se posent deux questions pratiques : savoir si l'auteur de la cause réelle aura la possibilité d'invoquer la cause hypothétique pour s'exonérer totalement ou partiellement de l'obligation de réparer le dommage⁴¹ ; si la cause hypothétique est un fait susceptible de constituer son auteur en responsabilité, on peut se demander aussi si celui-ci devra être appelé à répondre.

Le projet autrichien traite ces situations en parité avec les cas de causalité cumulative ; c'est à dire, si le deuxième événement est générateur d'une obligation d'indemnisation, la responsabilité des divers auteurs sera solidaire⁴². A la base de cette solution se trouve l'idée que la causalité hypothétique n'est pas autre chose qu'une causalité cumulative déplacée ou « séparée » dans le temps⁴³.

Cela ne s'applique pas pour les dommages constatés jusqu'au deuxième événement dommageable. Jusqu'à ce moment-là il n'y a pas de doutes concernant la conditionnalité du fait du premier auteur (laquelle doit être sûrement niée pour de deuxième).

D'un autre côté, il constitue une condition de la responsabilité de l'auteur de la cause hypothétique qu'il ait eu un comportement illicite et fautif ou qu'on soit en présence d'un autre fondement pour l'imputation ; c'est à dire que doivent exister toutes les autres conditions de la responsabilité.

Si le premier auteur a détruit le bien juridique objet de l'atteinte, disparaîtront les devoirs de soin du deuxième et il n'y aura pas d'illicéité. Si quelqu'un tire sur une personne

Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Manz Verlag, Wien, 1997, 3/58. Francisco Manuel PEREIRA COELHO, *O Problema da Causa Virtual na Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 1998 (reimpression de l'édition de 1955, avec une note préalable), p. 42 et *passim*. Pour l'état de la question dans le droit portugais, Paulo MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. I, Coimbra Editora, 2008, pp. 614 s.

³⁸ ANTUNES VARELA (J.-M.), *Das Obrigações em geral*, Vol. I, 10.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2000, p. 921.

³⁹ WERRO, *La Responsabilité Civile*, cit., n 181-183, DESCHENAUX (H.)/TERCIER (P.), *La Responsabilité Civile*, Deuxième édition, Staempfli, Berne, 1982, § 4, n. 21 ; cf. NEUNER, "Interesse und Vermögensschaden", *AcP*, Band 133, p. 286 e 311 (überholende/überholte Kausalität).

⁴⁰ En étudiant d'abord cette question en siège du rapport de causalité et après de la théorie du dommage, PEREIRA COELHO, IV, § 1 (pp. 169 s.) et § 2 (pp. 186 s.).

⁴¹ La position dominante au Portugal va dans le sens de ne pas considérer en principe la cause hypothétique. Parfois la loi reconnaît cette défense, mais en des cas où il y a une aggravation de la responsabilité, notamment responsabilité par faute présumée (arts. 491, 492 et 493 du Code Civil, concernant les personnes obligées à la vigilance, la ruine d'édifices ou d'autres œuvres et des dommages causés par des choses, des animaux ou des activités dangereuses) ou une inversion du risque (art. 807, num. 2, pour la responsabilité contractuel). V. la « Note préalable à l'édition du 1998 de la dissertação de PEREIRA COELHO », et Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2010, p. 769-770.

⁴² Pour les cas de « dommage continu », cf. l'art. 3:104 (3) des PETL et les commentaires de SPIER, *Principles (...)*, p. 50-54.

⁴³ BYDLINSKI (F.), *Probleme der Schadensverursachung*, VI 1. (p. 68). Dans la présentation du projet, „Die Verursachung im Entwurf eines neuen Schadenersatzrechts“, il parle d'une *zeitlich gestreckte kumulative Kausalität* (III, n. 10).

qui est déjà morte, il n'agit pas illicitement contre le bien juridique « vie » ; le premier auteur répondra lui seul.

« Seulement quand le deuxième auteur met en mouvement sa chaîne causale à un moment auquel le bien juridique atteinte existait encore et par cette raison pouvait être mis en danger d'une manière illicite devra être affirmée la responsabilité du deuxième auteur »⁴⁴.

Dans le cas où le deuxième événement est un cas fortuit ou a été provoqué par le lésé, les conséquences respectives devront en principe être supportées par la victime. S'il y a une concurrence avec un fait générateur de responsabilité civile, cela conduira à une répartition du dommage⁴⁵.

Dans son étude basique sur ce sujet, Bydlinski écrit toutefois que « ce résultat est encore très incomplet », nécessitant une limitation importante laquelle conduira à fixer d'une manière plus étroite les limites de la responsabilité.

« Il y a des événements qui ne peuvent être considérés en tant que des cas fortuits, ceux-ci étant au niveau des fondements de la responsabilité, mais qui sont une simple expression du caractère finit et périssable de tous les biens de la personnalité et des valeurs patrimoniales. S'il s'agit d'un événement hypothétique de ce genre, le dommage, lequel en tant que préjudice (*Beeinträchtigung*) présuppose l'existence d'une valeur positive, c'est tout à fait de nier »⁴⁶.

Un exemple. « ...une vache est tuée en un accident de la circulation. S'il est prouvé qu'elle serait morte peu de temps après a cause d'une maladie latente, alors l'auteur ne devra indemniser que le préjudice résultant de l'anticipation (...). Si la vache n'était pas malade mais serait tuée par un incendie de l'étable mise en flammes par une foudre, alors se vérifie en accord avec l'opinion ici soutenue une répartition du dommage »⁴⁷.

La même chose devra être valable en ce qui concerne le dommage aux personnes. « S'il est prouvé que le blessé ou le mort souffrait d'une maladie dont le cours naturel aurait conduit, dans une période temporelle approximativement calculable à la perte de la capacité de travail ou au décès, la responsabilité du défendeur reste dans cette mesure là exclut (...) »

« Différemment s'il est prouvé que le lésé, sans l'occurrence de l'atteinte serait décédé peu de temps après un accident : l'événement hypothétique n'est pas ici du type qui appartient à la sphère du lésé, mais plutôt à un cas fortuit extérieur (*äußerer Zufall*). Le défendeur a ici atteint un bien juridique intact (...) »⁴⁸. Il y aurait ici une répartition du dommage.

22. - Causalité minime ou causalité partielle incertaine

Il s'agit maintenant des situations dans lesquelles un dommage est causé par un grand nombre de personnes, en des portions minimales et qui en outre ne peuvent pas être calculées avec précision.

Ça peut arriver par exemple en matière de préjudices causés par des grèves illicites ou des démonstrations publiques et aussi en ce qui concerne des dommages à l'environnement s'ils sont le résultat d'un grand nombre de très petites émissions.

⁴⁴ BYDLINSKI (F.), "Die Verursachung im Entwurf eines neuen Schadensersatzrechts, III, n. 12. L'auteur souligne qu'au cas de l'incapacité pour le travail, nonobstant la première lésion, le bien juridique « intégrité corporelle » existait tout de même en tant que objet d'attaque.

⁴⁵ KOZIOL (H.), "Die grossen Züge des österreichisches Entwurf", III 3. b), *in fine* (p. 15).

⁴⁶ *Probleme der Schadensverursachung*, VII. 2., p. 98.

⁴⁷ *Probleme der Schadensverursachung*, VII. 2, p. 100; cf. KOZIOL, *Haftpflichtrecht*, 3/80.

⁴⁸ BYDLINSKI (F.), loc. cit, p.101.

Si chaque fait était dans une large mesure propre à causer une partie du dommage, le § 1294 (4) présume que les divers faits ont causé à égale portion le dommage⁴⁹.

23. - *Comportement de substitution licite*

Sous l'angle de la « limitation de l'imputation », le § 1310 (2) du projet autrichien s'occupe du moyen de défense « comportement de substitution licite » (*rechtmäßigen Alternativverhalten*).

Le défendeur a agi d'une manière illicite. Mais il fait valoir que le même dommage se serait également produit s'il avait eu un comportement en conformité avec le droit (c'est à dire, licite). *V. g.* si un automobiliste circule avec un léger excès de vitesse et renverse un enfant qui saute inopinément sur la chaussée, si le même dommage s'était également vérifié si l'automobiliste aurait respecté la vitesse maximale⁵⁰.

À la rigueur, nous ne sommes pas en présence d'un problème touchant le rapport de causalité (la cause réelle fut ici une condition *sine qua non* du dommage), mais d'un problème concernant la théorie du but de protection de la norme⁵¹. Mas parce qu'il s'agit d'une question très proche de celle de la causalité hypothétique⁵² il nous semble important d'en faire référence.

La solution proposée par le projet va dans le sens de que la responsabilité civile, soit en ce qui concerne l'existence d'un fondement valable pour la prise en considération soit en ce qui concerne la mesure, se régit selon le poids des fondements de l'imputation. Ce qui conduira bien des fois à une répartition du dommage⁵³.

Et certainement qu'il n'est pas une pure coïncidence que le résultat soit similaire à celui prévu dans le § 1294 (2) pour les cas de causalité hypothétique, quand il y a une concurrence entre un fait générateur de responsabilité civile et un cas fortuit qui lèse la victime. Sur le plan des valeurs en présence, nonobstant les différences, les deux situations sont parallèles⁵⁴.

On doit toutefois remarquer que, surtout quand il y a eu des infractions graves de procédure⁵⁵, le dommage pourra être réparé entièrement, c'est à dire que l'exception de comportement de substitution licite ne sera pas acceptée.

⁴⁹ BYDLINSKI (F.), "Die Verursachung im Entwurf eines neuen Schadensersatzrechts", VI (n. 21) et KOZIOL, "Die grossen Züge des österreichisches Entwurfs", 3 d), p. 16. Cf. L'Art. 3:105 des PETL et les commentaries de SPIER, in *Principles of European Tort Law*, pp. 55-56.

⁵⁰ APATHY (P.), "Begrenzung der Haftung, Art und Umfang des Ersatzes, I A. 2., n. 3, p. 74.

⁵¹ DEUTSCH (E.), *Allgemeines Haftungsrecht*, 2. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1996, n. 188 (p. 124).

⁵² Cependant il y a des différences essentielles. Remarquons surtout que dans le cas causalité hypothétique « deux événement qui en fait ont eu lieu étaient potentiellement dangereux ; dans cette autre situation, au contraire, un événement a causé le dommage et le deuxième ne s'est jamais vérifié, il est purement pensé » (KOZIOL, *Haftpflichtrecht*, n. 8/63 ; DEUTSCH, loc. cit., n. 186, p. 122).

⁵³ APATHY (P.), loc. cit., I A. 2., n. 4 (p. 75).

⁵⁴ APATHY (P.), *ibidem* ; KOZIOL, *Haftpflichtrecht*, n. 8/69.

⁵⁵ Illustrons avec une décision d'un tribunal autrichien, OGH JBl. 82, 259 : un jardinier a été détenu par la police et illégitimement maintenu en prison pendant un trop longue période. Il a exigé une réparation parce que le chauffage d'une étuve a laissé de fonctionner, causant la réfrigération des plantes. L'argument de que le jardinier ne se trouverait pas en meilleure situation si le commandement du poste de police aurait obtenu un mandat d'arrestation du juge ne fut pas reconnu. Son acceptation équivaldrait à permettre de contourner une voie juridique pourvue de diverses garanties de sécurité. Les fonctions préventives et répressives de la réparation apparaissent ici en premier plan. « La norme vise tout à fait empêcher la provocation de dommages moyennement certains moyens de procédure » (KOZIOL, *Haftpflichtrecht*, n. 8/65, *in fine* ; v. aussi DEUTSCH, n. 189 et APATHY, I A. 2., n. 3).