



Université Panthéon-Assas

**BANQUE DES MEMOIRES**

**Master de droit privé général**

**Dirigé par Yves Lequette**

**2011**

***Pour une action générale en réparation  
du dommage causé par un membre  
indéterminé d'un groupe déterminé  
fondée sur la responsabilité alternative***

**Quentin Siegrist**

**Sous la direction d'Yves Lequette**

**Université Paris II Panthéon-Assas**

**Master II Droit Privé Général**

Mémoire de Recherche

**Pour une action générale en réparation  
du dommage causé par un membre indéterminé  
d'un groupe déterminé  
fondée sur la responsabilité alternative**

Quentin SIEGRIST

Sous la direction du Professeur Y. LEQUETTE

Année 2010-2011

**Pour une action générale en réparation  
du dommage causé par un membre indéterminé  
d'un groupe déterminé  
fondée sur la responsabilité alternative**

## **Principales abréviations**

A.P. : Cour de cassation, Assemblée plénière

Bull. civ. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles

CA : Cour d'appel

Civ. 1<sup>re</sup> : Première chambre civile de la Cour de cassation

Civ. 2<sup>e</sup> : Deuxième chambre civile de la Cour de cassation

Civ. 3<sup>e</sup> : Troisième chambre civile de la Cour de cassation

Comm. : commentaire

D. : Recueil Dalloz

D.P. : Dalloz périodique

Defrénois : Répertoire du notariat Defrénois

Grands arrêts : Grands arrêts de la jurisprudence civile, 12<sup>e</sup> édition, 2008

Gaz. Pal. : Gazette du Palais

J.-Cl. civil : Juris-Classeur civil

JCP G. : Juris-Classeur périodique, édition générale

Juris-Data : Banque de données juridiques

LPA : Les Petites Affiches

Obs. : Observations

RCA : Responsabilité Civile et Assurances

RDC : Revue des contrats

RLDC : Revue Lamy Droit Civil

RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil

S. : Sirey

T. civ. : Tribunal civil

TGI : Tribunal de grande instance

# Sommaire

## Première partie - Les réponses apportées à l'incertitude entourant le dommage causé par un membre indéterminé d'un groupe déterminé

### Titre I. La nature du lien rattachant le responsable au fait dommageable

Section I. La qualification incertaine du lien de rattachement

Section II. La certitude exigée du lien de rattachement

### Titre II. L'élasticité du lien rattachant le responsable au fait dommageable

Section I. Le contournement de l'incertitude : l'incertitude refoulée

Section II. L'affrontement de l'incertitude : l'incertitude intégrée

## Seconde partie - Pour une consécration législative d'une action en réparation du dommage causé par un membre indéterminé d'un groupe déterminé

### Titre I. Les conditions de l'action en réparation d'un dommage causé par un membre indéterminé d'un groupe déterminé

Section I. L'idée d'une disposition législative

Section II. Les conditions proprement dites

### Titre II. Les effets de l'action en réparation d'un dommage causé par un membre indéterminé d'un groupe déterminé

Section I. L'obligation à la dette

Section II. La contribution à la dette

[...]

- Sire, répond l'Agneau, que votre Majesté

*Ne se mette pas en colère ;*

*Mais plutôt qu'elle considère*

*Que je me vas désaltérant*

*Dans le courant,*

*Plus de vingt pas au-dessous d'Elle,*

*Et que par conséquent, en aucune façon,*

*Je ne puis troubler sa boisson.*

- Tu la troubles, reprit cette bête cruelle,

*Et je sais que de moi tu médis l'an passé.*

- Comment l'aurais-je fait si je n'étais pas né ?

*Reprit l'Agneau, je tette encor ma mère.*

**- Si ce n'est toi, c'est donc ton frère.**

- Je n'en ai point. - C'est donc quelqu'un des tiens [...]

« Fables choisies, mises en vers par Jean de La Fontaine », Livre I, Fable XX, 1668.

## Introduction

Et si le loup avait raison ? Propriétaire du ruisseau, les agneaux du troupeau qui s'abreuvent habituellement dans son ruisseau ont effectivement médité de lui. Les féroces propos de l'un d'entre eux sont d'ailleurs parvenus jusqu'aux oreilles de certaines louves. Sa réputation en est altérée. Ne pouvant identifier précisément l'imprudent auteur de son préjudice, il assigne en justice (la sienne) tous les agneaux du cheptel, dans lequel il est certain que se trouve l'auteur des propos préjudiciables. Par cette assignation collective, le coupable sera nécessairement condamné puisqu'il se trouve au sein de ce bétail : « Si ce n'est toi, c'est donc ton frère ».

L'avocat des agneaux ne manquera pas d'apporter de sérieuses objections. De fait, nous ne nous situons vraisemblablement pas dans une hypothèse où tous les fautifs ont causé un même dommage soit par une faute unique, soit par des fautes distinctes. Il faut en effet bien distinguer l'hypothèse impliquant une pluralité d'auteurs d'un dommage de celle qui nous concerne. Dans notre cas, un seul a causé le dommage, mais son identité reste incertaine en raison de sa présence dans un groupe.

De plus, engager la responsabilité civile d'une personne requiert classiquement trois éléments : une faute ou un fait générateur, un préjudice, et un lien de causalité unissant ces deux premiers. C'est la fonction descriptive, explicative, de la responsabilité civile. Faute de connaître l'auteur du dommage, cette fonction est encore possible. En effet, faute, préjudice, et lien de causalité peuvent être avérés sans pour autant que l'auteur du dommage puisse être identifié. Mais la responsabilité civile a également une fonction attributive<sup>1</sup>. Celle-ci permet de désigner le responsable, et elle se révèle *a priori* impossible en l'absence d'identification de l'auteur de la faute. Le juge ne pourrait que donner raison à un tel avocat. Un dommage a été causé, l'identité de l'auteur est incertaine. Tout ce que sait le loup est que le responsable est membre d'un groupe ? Peu importe. La responsabilité civile est individuelle. A défaut de connaissance de l'identité de l'auteur, il ne peut y avoir de responsabilité. Le loup ne pourra obtenir réparation du dommage causé par un membre indéterminé d'un groupe déterminé.

Toutefois, l'affaire apparaît tout autre si on renverse quelque peu la perspective de la fable. Un agnel sans défense est pourchassé par plusieurs loups, qui tous tentent de le mordre.

---

<sup>1</sup> H. L. A. HART, The Ascription of Responsibility and Rights, Proceedings of the Aristotelian Society, New Series, Vol. 49 (1948 - 1949), p. 171-194.

L'un d'eux le blesse, mais il parvient toutefois à s'échapper. Malheureusement, dans sa fuite effrénée, il n'a pas pris la peine de se retourner afin d'identifier la féroce bête. Cherchant réparation, il assigne en justice l'ensemble de la meute.

Le sentiment de justice et la morale incitent à le laisser obtenir réparation, quitte à prendre quelques libertés avec les rigoureux principes énoncés ci-dessus. Entre rigueur et rigidité, flexibilité et élasticité, la voie est étroite. L'auteur n'a pu être identifié car il était membre d'un groupe. La rigueur appelle l'absence de responsabilité. L'équité appelle une indemnisation de la victime, qui n'y est pour rien dans son impossibilité à prouver l'auteur de son dommage. Il est à cet égard significatif que parmi les premiers auteurs à s'être opposés à l'injustice de laisser une victime dans une telle situation, l'on trouve le doyen Ripert<sup>2</sup>. Nul besoin de rappeler la place faite à la morale chrétienne dans sa réflexion sur le droit<sup>3</sup>.

Cependant, les dangers inhérents à une telle flexibilité des principales conditions de la responsabilité civile sont nombreux et immédiatement perceptibles.

Premièrement, ce sont ceux qui entourent tous les cas de responsabilité collective, que notre droit rejette traditionnellement. Les rédacteurs du Code civil, en rédigeant l'article 1382, avaient moins en vue l'indemnisation des victimes que l'idée de moraliser les conduites, idée d'autant plus effective qu'elle s'adressait à des individus. A l'époque, l'activité économique demeurait principalement artisanale. Les litiges étaient peu complexes et opposaient généralement deux personnes<sup>4</sup>.

Deuxièmement, toute flexibilité des principes induit un risque d'arbitraire de la part du juge. C'est pour mieux mettre en exergue cet inconvénient que dans les deux fables, nous avons changé le rôle de la victime et de l'auteur du trouble. L'impartialité est une délicate vertu qui « souligne la responsabilité du juge qui s'efforce de suspendre ses préjugés pour s'ouvrir au cas singulier à juger »<sup>5</sup>. Et celle-ci est d'autant plus difficile que les parties seront différentes, inégales. Le juge n'est impartial que s'il rend la même décision, qu'elle soit favorable à l'une ou à l'autre des parties au litige, loups ou agneaux<sup>6</sup>. Ce qui paraît juste dans notre deuxième exemple l'est moins si la victime est un féroce loup pourchassé par des agneaux (hypothèse certes peu réaliste, mais le genre littéraire de la fable l'autorise). « Selon

---

<sup>2</sup> CA Orléans, 17 janvier 1949, D. 1949, p. 502, obs. RIPERT.

<sup>3</sup> P. MALAURIE, *Anthologie de la pensée juridique*, Cujas, 1996, p. 255 et s.

<sup>4</sup> G. VINEY, Responsabilité personnelle et répartition des risques, in *La Responsabilité*, APD tome XXII, Sirey, 1977.

<sup>5</sup> A. GARAPON, J. ALLARD, F. GROS, *Les vertus du juge*, Dalloz, 2008, p. 17.

<sup>6</sup> A. KOJEVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Ed. Gallimard, 1982, p. 75-76.



que vous serez puissant ou misérable, les jugements de cour vous rendront blanc ou noir »<sup>7</sup>. Et pourtant, si les conditions sont réunies, la réparation devrait être octroyée.

Néanmoins, les deux dangers ne sont pas absolus.

La responsabilité individuelle est un principe nettement en déclin, du fait du développement des activités collectives et des assurances<sup>8</sup>.

En outre, le danger d'une jurisprudence toujours plus extensive au nom d'une équité faisant appel aux sentiments et non à la raison ne paraît pas complètement pertinent dès lors qu'une consécration législative a lieu pour poser des conditions restrictives.

Favorable à l'équité, la jurisprudence s'est montrée toujours plus encline à une réparation du dommage causé par un membre indéterminé d'un groupe déterminé. Mais nous verrons qu'en répondant si favorablement à ces incertitudes, elle a également entouré d'incertitude sa propre action. Son mode de raisonnement, issu d'une casuistique forgée au cours de l'Histoire, est aujourd'hui épuisé. Nous insisterons à cet égard sur l'évolution de la nature du raisonnement utilisé (**Première partie**).

Face à ce débordement jurisprudentiel, nous proposons de nous inscrire dans le cadre de la réforme du droit de la responsabilité civile à venir. Ainsi, nous proposerons de consacrer une disposition législative contenant un principe général permettant à une victime se trouvant dans la situation de notre mouton d'obtenir réparation, tout en l'entourant de conditions que nous développerons. Nous insisterons alors sur les conditions et effets entourant l'action (**Seconde partie**).

---

<sup>7</sup> J. de la FONTAINE, Les animaux malades de la peste, Livre VII, Fable I, 1668.

<sup>8</sup> G. VINEY, Responsabilité personnelle et répartition des risques, préc.

## **Première partie - Les réponses apportées à l'incertitude entourant le dommage causé par un membre indéterminé d'un groupe déterminé**

Une première analyse du problème est primordiale pour bien appréhender toute l'étendue du problème en cause. Dans l'hypothèse du dommage causé par un membre indéterminé d'un groupe déterminé, le demandeur en réparation ne navigue pas dans l'inconnu. Il peut rapporter la preuve de certains faits dont l'existence d'un dommage et d'un fait générateur causal pris abstraitement (non rattaché au véritable auteur du dommage). C'est entre ces faits et l'auteur du dommage que semble se glisser un lien de droit qui demeure incertain dans cette situation.

Or, toute étude sur un lien de droit implique d'examiner deux aspects. Selon la métaphore du fil, il faut tout d'abord rechercher ce que relie le fil afin de découvrir la nature du lien (Titre I).

De plus, le droit, dans la rigueur de ses principes, ne requiert que des fils tendus, témoins de certitudes. La jurisprudence, confrontée aux faits, admet néanmoins de la souplesse, et il convient également d'examiner l'élasticité du lien en cause (Titre II).

### **Titre I. La nature du lien rattachant le responsable au fait dommageable**

Le lien en cause rattache le fait générateur causant le dommage à son auteur. Après en avoir étudié la qualification (Section I), il conviendra d'examiner l'exigibilité apparente de sa certitude, qui semble s'opposer à toute indemnisation faute de connaissance de l'identité de l'auteur du dommage (Section II).

#### **Section I. La qualification incertaine du lien de rattachement**

Causalité « matérielle » ou « personnelle », voire « juridique » ? La notion d'imputabilité peut également être suivie par ces trois qualificatifs, sans même évoquer la notion « d'ascription ». Les liens de droit sont en nombre limité, mais les dénominations que leur apporte la doctrine semblent elles illimitées. Il existe ainsi souvent une pluralité de noms pour une même notion. Il nous faut donc aborder les lignes qui suivent avec la plus grande prudence, d'autant plus que nous essayerons de raisonner sur chacune de ces notions.

En cherchant à distinguer notre lien étudié d'autres notions proches (A) et plus encore en tentant de lui trouver une qualification et une dénomination propres (B), nous garderons à l'esprit que selon le principe logique du « Rasoir d'Ockham »<sup>9</sup>, une pluralité ne doit pas être posée sans nécessité (*Pluralitas non est ponenda sine necessitate*).

### **A. L'apparente distinction du lien de rattachement d'autres notions proches**

Ce lien de rattachement, qui n'est pas le plus étudié des liens de droit, en raison de la rareté de son apparence et de sa fréquente évidence, semble devoir être distingué du lien de causalité et de l'imputabilité.

#### **1. Le lien de causalité**

Le lien de causalité a pour fonction de mettre en relation le fait générateur et le dommage, selon l'article 1382 du Code civil, qui ne donne pas de définition plus précise. Or, le lien de rattachement étudié relie la personne au fait générateur du dommage. S'il y a une différence de nature entre les deux notions, celles-ci sont fréquemment rapprochées pour une raison majeure : là où la certitude du lien de causalité est souvent discutée, la question de l'identité du lien de rattachement ne se pose pratiquement jamais.

Cependant, force est de constater que les raisonnements sur la causalité n'ont pas d'effet sur le lien de rattachement. Un exemple récent suffit pour s'en convaincre. Dans un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 24 novembre 2009<sup>10</sup>, les juges du fond avaient établi la causalité entre le fait générateur (le maintien fautif en circulation du « Distilbène », hormone de synthèse à destination des femmes enceintes, malgré les effets secondaires observés) et le dommage. Même si la causalité était l'établie se posait tout de même devant la Cour de cassation un problème quant au lien de rattachement entre le fait générateur et l'auteur qui avait distribué le produit ayant causé le dommage, à savoir le laboratoire pharmaceutique.

Nous rejoignons ainsi M. Jourdain lorsqu'il écrit de manière synthétique que « les puristes diront qu'il s'agit là moins d'un lien de causalité que d'imputabilité ou de rattachement

---

<sup>9</sup> G. d'OCKHAM, *Quaestiones et decisiones in quatuor libros Sententiarum cum centilogio theologico*, livre II, 1319. Principe logique déjà énoncé par Aristote mais qu'il est de tradition de rattacher, encore aujourd'hui, à G. d'Ockham.

<sup>10</sup> Cass., Civ. 1<sup>re</sup>, 24 septembre 2009, pourvoi n° 08-16.305, Bull. civ. I, n° 187 (P+B).

du produit au responsable. Ce qui est exact dans la mesure où c'est bien l'identité du responsable - le producteur - qui est recherchée et présumée en cas d'indétermination »<sup>11</sup>.

Il convient ainsi d'examiner, comme le fait M. Jourdain, la qualification d'imputabilité.

## 2. L'imputabilité

Le lien de rattachement de l'auteur au fait dommageable ne semble pas devoir être confondu avec la notion d'imputabilité. Celle-ci relie classiquement le fait commis à la volonté de son auteur plus qu'à son auteur lui-même.

La doctrine est divisée quant à la place de l'imputabilité dans le droit de la responsabilité civile. Des auteurs estiment qu'il s'agit d'un élément constitutif de la faute<sup>12</sup> tandis que d'autres affirment que l'on est en présence d'une condition autonome de la responsabilité civile<sup>13</sup>. Quoi qu'il soit, elle est « une notion à prédominance psychologique ou psychique qui apparaît comme une condition subjective de la responsabilité fondée sur la liberté de l'agent dans l'accomplissement de l'acte dommageable »<sup>14</sup>. Dans sa thèse soutenue en 1982, M. Jourdain fait de cette imputabilité une notion à géométrie variable<sup>15</sup>. Elle se dédouble en une imputabilité physique (correspondant à la liberté de faire) et en une imputabilité morale (correspondant à la liberté de vouloir) et joue un rôle différent selon les régimes de responsabilité en cause.

Cette imputabilité ne semble pas correspondre au lien de rattachement entre l'auteur et le dommage. L'imputabilité est une notion essentiellement subjective, résultant de la liberté de la personne, de son for interne, tandis que le lien que nous essayons de percer semble lui être extérieur. La condition d'imputabilité subjectivement entendue n'est a priori pas requise dans un cas de responsabilité sans faute, car celle-ci dépend de la faute, du moins si l'on retient la première conception sus-énoncée. Le lien de rattachement entre l'auteur du dommage et le fait de la chose, permettant de déterminer le responsable, semble lui être requis dans tous les cas de responsabilité.

---

<sup>11</sup> P. JOURDAIN, Auteur non identifié au sein d'une pluralité d'auteurs possibles : l'extension des présomptions de causalité aux infections nosocomiales, note sous Civ. 1<sup>er</sup>, 17 juin 2010, n° 09-67.011, RTD civ. 2010, p. 567.

<sup>12</sup> F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les Obligations*, Précis Dalloz, 10<sup>e</sup> édition, 2009, § 730 et s.

<sup>13</sup> P. JOURDAIN, Retour sur l'imputabilité, *Mélanges Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 511 et s.

<sup>14</sup> G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité civile*, L.G.D.J., 3<sup>e</sup> édition, 2006, § 333-2.

<sup>15</sup> P. JOURDAIN, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, thèse dactylographiée, 1982.

La proximité de la notion avec d'autres déterminations proches ne rend que plus délicate l'analyse de celle-ci.

## **B. La délicate qualification du lien de rattachement**

Après avoir analysé et identifié ce lien, nous tenterons de le dénommer.

### 1. Identification

Le lien de rattachement entre l'auteur et le fait dommageable semble bien un lien spécial, autonome, vis-à-vis des notions suscitées, la causalité et l'imputabilité. Il est cependant moins étudié, plus obscur puisque plus rare. Dans la plupart des situations, ce lien sera établi, mais il se pourrait toutefois qu'il soit de plus en plus incertain à l'avenir, en raison de l'évolution du droit de la responsabilité. De nombreux auteurs ont ainsi observé une corrélation entre l'émergence des questions relatives à ce lien et celle des nouveaux cas de responsabilité. En effet, dans la responsabilité pour faute, l'auteur a nécessairement eu un rôle actif dans l'action qui a abouti au dommage. La question de son identification ne se posera donc que très rarement<sup>16</sup>. Comme l'énonce M. Leduc, « le fait dommageable porte ici en lui-même la désignation de son sujet d'imputation, tant et si bien que la question de l'imputation du fait dommageable pourrait être éludée »<sup>17</sup>.

Il en va autrement avec les nouveaux cas de responsabilité.

Responsabilités du fait d'autrui et du fait des choses tendent à désigner un responsable qui n'est pas l'acteur direct du dommage, qui sera soit la chose dont il est le gardien, soit la personne dont il répond. Ces nouveaux cas de responsabilité ont opéré un détachement des liens de droit. Un lien supplémentaire est ainsi nécessaire, qui permettra de déterminer l'identité du responsable. Celui-ci peut être vu comme une condition autonome de responsabilité. En 1989, Dejean de la Bâtie écrivait ainsi « qu'il y a quatre conditions de la responsabilité civile. Fait générateur ou faute, préjudice, lien de causalité et une certaine relation entre le fait en question et la personne que l'on entend rendre responsable »<sup>18</sup>.

Le lien étant mieux identifié, reste à le dénommer.

---

<sup>16</sup> N. DEJEAN de la BÂTIE, sur AUBRY et RAU, *Droit civil français, tome VI-2, Responsabilité délictuelle*, Litec, 1989, §443.

<sup>17</sup> F. LEDUC, Causalité et Imputation, *Colloque « les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité civile »*, RLDC n°40, supplément du 07/2007, §7.

<sup>18</sup> N. DEJEAN de la BÂTIE, *op. cit.*, § 443.

## 2. Dénomination

La plupart des auteurs apportent des dénominations différentes à ce lien : « lien de rattachement du fait dommageable au responsable<sup>19</sup> » ; « imputabilité juridique<sup>20</sup> » ; « imputabilité<sup>21</sup> » ; « imputabilité personnelle<sup>22</sup> ».

Ces différentes appellations amènent certaines confusions, les auteurs étant parfois d'accord entre eux sans s'en rendre compte<sup>23</sup>.

La simple notion de « lien de rattachement », si claire soit-elle, souffre de son imprécision. Celle de « lien de rattachement du fait dommageable au responsable » est sans doute la plus exacte, mais elle semble moins concise et analytique.

Le terme « imputabilité » semble être à première vue le plus approprié. Il définit bien le rôle et dispose d'une assise incontestable en droit du fait de la notion d'imputation. L'imputabilité implique en outre un rapport direct avec l'homme, contrairement à la notion de causalité<sup>24</sup>. Le concept de responsabilité est récent, et c'est autour de la notion d'imputation liée à la faute que s'est développé ce droit. Toutefois, l'imputation est dotée d'une forte connotation morale<sup>25</sup> qui ne sied que peu à des cas de responsabilité sans faute liés à la fonction indemnitaire du droit de la responsabilité. De plus, elle semble déjà fort utilisée, et nous l'avons nous-mêmes intuitivement exclue.

Il a été question dans la doctrine américaine de démoraliser cette attribution d'une action à un auteur que constitue l'imputation. Se basant sur les travaux de philosophie analytique de Sir Strawson<sup>26</sup>, le juriste américain Hart a entendu développer la notion de « lien d'ascription »<sup>27</sup>.

---

<sup>19</sup> G. VINEY, P. JOURDAIN, *op. cit.*

<sup>20</sup> P. JOURDAIN, Retour sur l'imputabilité, *op. cit.*

<sup>21</sup> J. FISCHER, Causalité, imputation, imputabilité : les liens de la responsabilité civile, *Mélanges Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 383.

<sup>22</sup> C. RADE, les présomptions d'imputabilité en droit de la responsabilité civile, *Mélanges Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 885 et s. ; F. LEDUC, Causalité et Imputation, *op. cit.*

<sup>23</sup> M. Leduc cite ainsi M. Jourdain comme s'opposant à l'importance de l'imputabilité personnelle, notion au sens large, tandis dans son article précité aux Mélanges Bouloc, celui-ci réfute le rôle de l'imputabilité en droit civil au sens de la notion psychologique.

<sup>24</sup> Il s'agit de la distinction classique que l'on trouve dans la Théorie pure du droit de Hans Kelsen. La causalité règne dans les sciences de la nature, et l'imputation dans les sciences normatives telles que le droit et la morale. P. MALAURIE, Anthologie de la pensée juridique, Cujas, 1996, p. 261 et s.

<sup>25</sup> P. RICŒUR, Le concept de responsabilité, in *Le Juste*, Éd. Esprit, 1995, p. 46.

<sup>26</sup> Sir P. F. STRAWSON, *Individuals: An Essay in Descriptive Metaphysics*. London: Methuen, 1959. Trad. fr. *Les individus*, Paris, Le Seuil, 1973. Cité par P. RICŒUR, *op. cit.*, et par J. A. MAZERES, La responsabilité est-

Cependant, cette démoralisation de la notion d'imputation s'accompagne d'une volonté de l'associer à une « opération prédicative »<sup>28</sup>, visant plus à la prévention qu'à la réparation. Cette notion n'a pas été véritablement reprise par la doctrine juridique française, et attachée à une notion prédicative, il reste préférable de ne pas la dénaturer.

Force est donc de revenir sur la notion d'imputabilité, en l'analysant plus en détail, malgré sa connotation morale. Inhérente à la notion de responsabilité personnelle pour faute<sup>29</sup>, on peut considérer qu'elle s'extériorise dans les cas de responsabilité sans faute. Elle deviendrait alors une condition autonome de rattachement de l'auteur au fait dommageable. Ce serait reprendre l'idée de notion à géométrie variable précitée de cette notion, sans la dénaturer. C'est à ce titre que la notion d'imputabilité personnelle semble la plus proche du lien de rattachement que nous tentons de décrire. Elle prendrait alors la forme de l'imputation telle que nous la connaissons dans le droit de la responsabilité pour faute, et des liens de rattachement plus récents dans le droit de la responsabilité sans faute, comme le lien de garde en matière de responsabilité du fait des choses.

Ce lien d'imputabilité personnelle induit une condition de certitude, comme nombre de liens de droit.

## **Section II : La certitude exigée du lien de rattachement**

Si la responsabilité est individuelle, il faut assurément que l'identité de l'auteur du dommage soit certaine, et ce y compris lorsque celui-ci est membre d'un groupe dont on peut déterminer la composition. L'affirmation d'un caractère certain (A) a pour effet le rejet de la demande en réparation lorsque l'identité de l'auteur du dommage est incertaine (B).

### **A. Le caractère certain**

L'affirmation de l'exigibilité du caractère certain de l'identité de l'auteur ne doit pas masquer l'existence de situations particulières lorsque l'auteur est situé au sein d'un groupe,

---

elle dominée par l'éthique ? Recherche sur les fondements méta-éthiques de la responsabilité, *Actes du colloque : vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique*, Publications du Sénat, 2001.

<sup>27</sup> H. L. A. HART, art. cit.

<sup>28</sup> Selon l'expression employée par P. RICOEUR, *op. cit.*, p. 52.

<sup>29</sup> Et ce malgré les tentatives d'établir une faute objective. Sur cet aspect, V. F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, § 731 et s.

qui rendent impossible cette identification. Nous verrons que malgré l'infinité des faits, ces situations présentent une certaine unité.

### 1. Le principe de certitude malgré la présence d'un groupe

L'un des caractères de principe du lien de détermination du responsable est sa certitude. Celui-ci implique la désignation d'une personne responsable et ne peut donc qu'être certain. Dans la plupart des cas, cette imputabilité personnelle ne posera pas de problème. Comme nous l'avons vu précédemment, l'incertitude est surtout liée à l'émergence des nouveaux cas de responsabilité. Cependant, la jurisprudence apprécie souplesment les conditions qui lui permettent de désigner un responsable dans ces nouveaux régimes. Lorsqu'il s'agit par exemple d'apprécier le lien rattachant une chose à son gardien, elle n'hésite pas à recourir à une présomption à l'égard du propriétaire de la chose<sup>30</sup>, voire à découper la notion de garde<sup>31</sup>. Cette souplesse se retrouve également en la responsabilité du fait d'autrui.

Il s'agit d'une appréciation souple, mais elle ne saurait être qualifiée d'exception au principe. Dans ces cas, l'identité de l'auteur du dommage n'est pas à proprement parler incertaine. La certitude, même si elle revêt un aspect artificiel, reste alors officielle.

Toutefois, le caractère certain n'est dans bien des cas pas si facilement établi.

Il existe nombre de situations dans lesquelles le dommage se produit dans une sorte de confusion générale, où l'auteur est dissimulé au sein d'autres personnes qui agissent de la même manière que lui. L'hypothèse de l'accident de chasse est en jurisprudence la plus fréquente. Un groupe de chasseur tire dans une même direction et l'un d'entre eux blesse une personne qui se trouvait à proximité. Tous ont commis un même fait potentiellement générateur du dommage. Cependant, la victime ne peut prouver de quel fusil est sortie la balle qui l'a blessée. Elle ne peut donc prouver la causalité stricto sensu, car celle-ci suppose qu'elle soit individualisée. Cette situation n'est pas cantonnée aux accidents de chasse. Elle concerne également d'autres personnes ou objets lorsqu'on les retrouve en groupe. Ce sera le cas notable des personnes s'adonnant à une activité de loisir, qu'il s'agisse de sportifs<sup>32</sup> ou

---

<sup>30</sup> F. TERRE, Y. LEQUETTE, *Grands arrêts*, Cons. Connot c. Franck, n°200.

<sup>31</sup> *Idem.*, Oxygène Liquide, n°201.

<sup>32</sup> Dans les quelques lignes suivantes, nous nous contenterons d'un exemple illustratif pour chaque situation. En ce qui concerne le sport : CA Poitiers, 25 octobre 1926, D.P. 1927.II.105, mettant en scène un spectateur d'un match de tennis blessé par une balle sans pouvoir déterminer quel joueur l'avait lancé.



d'enfants<sup>33</sup>. On peut également penser à de simples dommages causés dans des lieux publics<sup>34</sup> ou aux animaux lorsqu'on ne peut identifier l'animal qui a causé le dommage<sup>35</sup>. Enfin, il peut notamment s'agir de violences commises en bande<sup>36</sup>.

Malgré la diversité des exemples mentionnés, ceux-ci relèvent d'un problème unique.

## 2. L'unité des situations d'incertitude causées par la présence d'un groupe

Dans chacun des cas précités, la victime peut prouver que c'est bien le fait de telle ou telle personne qui a causé son dommage, mais elle ne peut déterminer laquelle a agi. Elle peut donc prouver une sorte de causalité idéale, non individualisée (c'est bien le fait d'un fusil qui a causé son dommage), mais pas l'imputabilité personnelle à laquelle nous faisons référence (elle ne peut dire que c'est le fait de ce fusil qui était utilisé par untel). On peut ainsi constater une certaine segmentation des liens de droit.

On a évoqué récemment ces situations par l'expression de « causalité alternative »<sup>37</sup>, ce qui permet d'en retranscrire l'unité. L'expression se base sur le fait que si la victime ne peut pas prouver la causalité particulière, elle peut déterminer qu'elle se rattache virtuellement à chacun des membres du groupe, sans pour autant se rattacher à plusieurs d'entre eux. Elle peut prouver que son dommage provient de l'un des faits générateurs sans parvenir à prouver lequel, ce qui rend impossible l'imputabilité. La causalité est alternative en ce qu'elle est susceptible de se rattacher à chacun des membres du groupe alternativement, et non cumulativement. L'expression n'apparaît toutefois pas pleinement satisfaisante eu égard à l'absence de retranscription de ce qui est au centre de la question : l'imputabilité. Elle préfère mettre l'accent sur la causalité.

En outre, cette expression, issue du droit américain, a un autre sens. Hart et Honoré, dans leur ouvrage classique sur la causalité<sup>38</sup>, parlaient déjà d'« alternative causality » pour désigner les cas de figure dans lesquels une seule cause avait produit le dommage alors que plusieurs

---

<sup>33</sup> CA Besançon, 19 mars 1882, D. 1882, II, p. 25, impliquant des jets de pierre sur un train par plusieurs enfants. Une seule pierre avait atteint son but.

<sup>34</sup> CA Seine, 19 novembre 1953, inédit, concernant une dame blessée par un pétard lancé d'un appartement (nous étions le 14 juillet 1953) qu'elle avait pu déterminer, sans pour autant pouvoir préciser qui l'avait lancé.

<sup>35</sup> Civ., 28 février 1939, relatif à des chiens de chasse dont l'un avait bousculé gravement un chasseur.

<sup>36</sup> Gand, 4 avril 1950, RTD civ. 1954, p. 188, qui voit la victime de deux viols successifs demander réparation aux deux criminels pour la survenance de son enfant.

<sup>37</sup> C. QUEZEL-AMBRUNAZ, La fiction de la causalité alternative, Fondement et perspectives de la jurisprudence « Distilbène », D. 2010, p. 1162. Expression reprise par la suite par P. JOURDAIN, RTD civ. 2010 p. 567, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 17 juin 2010 ; et G. VINEY, RDC 2010, n° 4, p. 1247, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 17 juin 2010.

<sup>38</sup> HART, HONORE, *Causation in the Law*, 2<sup>nd</sup> ed., 1985, p. 249 et s.

causes suffisantes pour le provoquer étaient présentes. Toutefois, ils visaient alors la situation dans laquelle le dommage se serait quand même produit en l'absence de l'une des causes. Il y a donc une différence entre les hypothèses visées par la doctrine américaine et notre cas impliquant une seule cause du dommage, qui pourrait être trompeuse.

C'est sans doute vers une autre expression d'origine américaine qu'il faut se tourner, proche de la précédente, et employée parfois dans le même contexte. Nous visons l'expression de « responsabilité alternative » (alternative liability)<sup>39</sup>. La causalité est unique, car un seul a causé un seul dommage, plus qu'elle n'est alternative, et la victime cherche à obtenir réparation d'un seul membre du groupe. Le mot « alternatif » vient exprimer l'idée qu'un seul membre du groupe des défendeurs est l'auteur du dommage, par opposition au cas où l'ensemble du groupe des défendeurs a causé le préjudice. C'est cependant la responsabilité qui est alternative plutôt que la causalité car la victime peut alors rechercher la responsabilité de l'un d'entre eux alternativement.

Causalité alternative, responsabilité alternative ? La jurisprudence, confrontée à des situations de fait qui n'avaient pas encore été systématisées par la doctrine, n'a pas pris en compte l'incertitude de l'auteur due à la présence de membres d'un groupe ayant commis un fait similaire à l'auteur du dommage.

## **B. Les conséquences de l'incertitude**

La certitude du lien implique nécessairement un rejet de toute détermination du responsable lorsque celui-ci ne peut être identifié. Ainsi, faute de connaître l'auteur de la faute, le gardien de la chose précise, ou la personne chargée de l'organisation du mode de vie d'une autre personne, et ce en raison de sa présence dans un groupe, la victime ne pourra pas être indemnisée. Il s'agit d'une solution qui est dans la plus parfaite orthodoxie juridique. Elle est néanmoins sujette à des critiques.

### **1. Le refus de la réparation**

La jurisprudence a refusé toute indemnisation lorsque l'identité de l'auteur du dommage ne peut être connue en raison de sa présence dans un groupe de personnes

---

<sup>39</sup> F. G'SELL MACREZ, *Recherches sur la notion de causalité*, Thèse Paris 1, 2005, sous la direction d'H. MUIR WATT, §561.

déterminées. L'absence d'indemnisation dans un tel cas est une solution classique énoncée au cours de la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle<sup>40</sup>. La plupart des décisions mettent en scène des accidents de chasse dans lesquels une personne a été blessée par une salve de plombs sans pouvoir déterminer lequel des différents chasseurs ayant tiré est le véritable auteur du dommage. On peut recenser plusieurs arrêts consacrant très clairement l'absence de responsabilité.

Le premier, rendu par la Cour d'appel d'Orléans le 17 janvier 1949<sup>41</sup>, implique un enfant ayant l'œil crevé par une salve de plombs alors qu'il se trouvait en forêt. Deux chasseurs ont tiré en même temps, pensant qu'il s'agissait d'une perdrix. La Cour d'appel énonce que « si la victime d'un accident de chasse, blessée alors que deux coups de feu étaient tirés simultanément dans sa direction, est en droit d'invoquer contre les chasseurs la présomption de responsabilité de l'article 1384, sa demande d'indemnité ne peut cependant être accueillie qu'à la condition qu'elle établisse de quel fusil sont partis les plombs qui l'ont atteinte ».

Dans un autre arrêt rendu à la fin de la même année, le 8 novembre 1949<sup>42</sup>, la Cour d'appel de Montpellier a eu à se prononcer sur une question similaire dans une affaire concernant toujours l'œil crevé d'un enfant, mais cette fois-ci par une fléchette et lors d'un jeu avec ses camarades. Il était impossible de déterminer qui avait lancé la fléchette ayant atteint l'œil de l'enfant. La Cour se prononce en faveur de l'absence de responsabilité.

Enfin, la Cour de cassation a consacré cette jurisprudence à au moins deux reprises. Dans un arrêt du 29 septembre 1941<sup>43</sup>, la Cour statue sur renvoi d'un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 13 octobre 1936<sup>44</sup>, qui avait déclaré trois chasseurs solidairement responsables. La Cour casse et annule l'arrêt. Elle estime que la faute des trois chasseurs consistant en la création d'une zone dangereuse est sans relation avec le dommage qui résulte du tir de l'un d'entre eux.

Le second arrêt date du 9 octobre 1957<sup>45</sup>, et se veut très explicite. Faute d'avoir pu démontrer que la blessure était due au fusil d'un des deux chasseurs, la victime ne peut obtenir réparation.

---

<sup>40</sup> Voir, pour les premières décisions sur cette question : T. civ. Lille, 27 novembre 1929, Gaz. Pal., 1930, 1, p. 308 ; CA Douai, 10 octobre 1930, Gaz. Pal., 1930, 2, p. 702 ; CA Paris, 24 janvier 1931, Gaz. Pal., 1931, 1, p. 486.

<sup>41</sup> CA Orléans, 17 janvier 1949, D. 1949, p. 502, obs. RIPERT ; RTD civ. 1950, p. 60, obs. H. et L. MAZEAUD.

<sup>42</sup> CA Montpellier, 8 novembre 1949, JCP 1950, II, 5519, obs. RODIERE ; RTD civ. 1950, p. 191 obs. H. et L. MAZEAUD.

<sup>43</sup> Civ. 29 septembre 1941, Gaz. Pal. 1941, 2, p. 437.

<sup>44</sup> CA Bordeaux, 13 octobre 1936, Gaz. Pal., 1936, 2, p. 834.

<sup>45</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 9 octobre 1957, D. 1957, p. 708 ; S. 1957, p. 416.

Ce rejet a été approuvé par la majeure partie de la doctrine civiliste, et notamment par les arrêtistes les plus influents de l'époque. Ces arrêts reçoivent ainsi des commentaires approbateurs d'Henri et de Léon Mazeaud dans leurs notes à la Revue trimestrielle de droit civil. A propos de l'arrêt de la Cour d'appel d'Orléans est ainsi tout simplement noté que « s'il y a eu deux salves de plomb tirées, l'enfant n'en a reçu qu'une, et il doit prouver laquelle est-ce »<sup>46</sup>.

Relativement à l'affaire de Montpellier, le commentaire se fait plus vif. Est énoncé de manière générale que « les membres d'un groupe ne portent pas la responsabilité collective du dommage causé par l'un d'eux, même si celui-ci peut être parmi eux identifié ». Les auteurs rappellent que l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 15 septembre 1948 (qui a permis de qualifier de coauteur tout membre d'un groupe SS auquel est imputable un crime de guerre), qui a mis en place une sorte de culpabilité collective en matière pénale, a été abrogé dès 1953 suite à des contestations. Ils en concluent que « la punition collective est dans la lignée totalitaire. Elle n'est point dans les traditions françaises. Il y a là une règle d'élémentaire justice »<sup>47</sup>.

Le Doyen Rodière, dans son commentaire au JCP G de 1950<sup>48</sup>, approuve également cette solution. Il énonce que si c'est parfois bien au gardien de se dégager, ce ne peut être qu'en raison de la preuve préalable rapportée par la victime que sa chose a participé à la production du dommage. Or, en l'espèce, la victime a manqué à cette preuve.

Ces solutions, que ces auteurs estiment clairement conformes aux règles juridiques, ont néanmoins fait l'objet de critiques de la part de la doctrine.

## 2. Les critiques de ce refus

Si ces solutions sont en phase avec l'orthodoxie juridique, force est de constater qu'elles vont être assez rapidement contestées, ce dès les années 1950, et avec plus de vigueur lors des années 1970. Les critiques sont assez nombreuses.

On a très tôt mis en avant le caractère immoral de cette solution. Dès son premier commentaire sur cette question, au recueil Dalloz de 1949<sup>49</sup>, le Doyen Ripert avait critiqué vigoureusement la solution de la Cour d'appel d'Orléans. Il fait entendre dès les premières lignes de son commentaire qu'il se place sur le terrain de la morale et non du droit: « Qu'un

---

<sup>46</sup> H. et L. MAZEAUD, RTD civ. 1950, p. 60, obs. sous CA Orléans, 17 janvier 1949.

<sup>47</sup> H. et L. MAZEAUD, RTD civ. 1950, p. 191, obs. sous CA Montpellier, 8 novembre 1949.

<sup>48</sup> RODIERE, JCP 1950, II, 5519, obs. sous CA Montpellier, 8 novembre 1959.

<sup>49</sup> D. 1949, p. 502, RIPERT, note sous CA Orléans, 17 janvier 1949, préc.

raisonnement juridique en apparence impeccable impose une solution contraire à l'équité, c'est le sujet du recueil de Courteline, *l'ami des lois*. Il aurait pu ajouter à son livre l'arrêt rapporté. » Il met en exergue la profonde injustice de la solution : « Est-il raisonnable de demander à une victime criblée de grains de plomb de désigner le chasseur qui lui a lancé le plomb nocif ? Evidemment non. » L'auteur ne croit pas « à l'exactitude des solutions juridiques qui heurtent le bon sens ».

Le fondement moral de la contestation de ces solutions est sans doute le plus important. Alors même que la jurisprudence n'a depuis cessé, comme nous allons le voir, de restreindre le champ de cette jurisprudence, de nombreux auteurs rappellent dans leurs manuels la non-acceptation de ces solutions pourtant juridiquement fondées<sup>50</sup>.

En outre, et il s'agit des autres fondements de la critique, ce refus s'inscrivait dans le cadre d'un affaiblissement des fondements traditionnels de la responsabilité, et au premier d'entre eux l'idée de responsabilité individuelle. L'émergence des activités collectives depuis le milieu du XIXe siècle a conduit au développement de groupes qui déploient leurs activités dans les domaines les plus variés<sup>51</sup>. Le développement des assurances a induit une collectivisation indirecte de la responsabilité, renforçant sa fonction indemnitaire, et a bouleversé les mécanismes classiques du droit de la responsabilité.

Ces deux critiques se posent sur deux ordres différents. La première se situe dans un ordre moral qui se veut immuable, et qui contesterait cette solution que la jurisprudence dispose ou non des moyens d'en adopter une autre. La seconde, plus technique, plus diffuse, car elle témoigne d'une évolution de la société, signale à la Cour de cassation qu'il ne sert à rien de s'arc-bouter sur des principes juridiques qui sont en déclin.

Il est peu dire que les juges ont tenu compte de ces idées.

## **Titre II. L'élasticité du lien rattachant le responsable au fait dommageable**

D'une rigidité caractérisée par le refus d'indemnisation, la jurisprudence est très clairement passée à une élasticité permettant la réparation du dommage causé par un membre indéterminé d'un groupe déterminé. Ce constat des solutions contemporaines conduit à nous

---

<sup>50</sup> V. par exemple, F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, §862 : *Si logique que soit cette solution de principe, elle heurte si fortement l'équité que la Cour de Cassation s'est efforcée d'en réduire la portée chaque fois qu'elle le pouvait...*

<sup>51</sup> G. VINEY, Responsabilité personnelle et répartition des risques, in *La Responsabilité*, APD tome XXII, 1977, Sirey, préc.

interroger sur les étapes de cette métamorphose qui s'inscrit dans un cadre historique d'évolution du droit de la responsabilité. Il nous semble ainsi pertinent d'étudier cette évolution selon une approche généalogiste.

Lorsqu'on fait face à de l'incertitude, il existe deux façons de réagir. D'une part, contourner l'incertitude, ce qui permet de la refouler de son raisonnement (Section I). D'autre part, affronter l'incertitude, en l'intégrant dans sa réflexion (Section II).

## **Section I : Le contournement de l'incertitude : l'incertitude refoulée**

Faute de pouvoir déterminer le responsable de l'auteur du fait générateur du dommage, les juges, sensibles à l'absence d'équité des solutions classiques, ont eu la possibilité de réparer ces dommages en utilisant deux palliatifs. Les premières solutions ont privilégié la détermination d'un responsable externe au groupe (A). Les secondes se sont elles orientées vers la prise en compte de ce groupe en tant que tel, afin d'indemniser la victime par le biais d'une véritable responsabilité collective (B).

### **A. La responsabilité d'un membre externe au groupe**

Il est possible de réparer un dommage causé dans une situation où l'auteur est indéterminé sans prendre en considération le fait que cette indétermination soit le fait de la présence d'un groupe. La victime peut ainsi rechercher la garantie d'un tiers, la responsabilité du fait d'autrui ou encore, en remontant la chaîne de la causalité, une faute antérieure. Nous verrons toutefois que ces solutions ne sont que des palliatifs limités.

#### **1. Le recours en garantie contre un tiers**

Premièrement, la jurisprudence a pu prendre appui sur l'existence d'une garantie commune à l'ensemble des auteurs potentiels du dommage.

C'est tout d'abord le cas de l'assureur commun à l'ensemble du groupe au sein duquel se trouve nécessairement l'auteur du dommage. La Cour de cassation a notamment utilisé cette possibilité dans un arrêt de la Chambre civile du 28 février 1939<sup>52</sup>, à une époque où elle refusait fortement toute idée d'indemnisation. Elle énonce très clairement que cette

---

<sup>52</sup> Civ. 28 février 1939, Gaz. Pal. 1939, I, p. 698. V. aussi : CA Grenoble 16 mai 1962 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 22 juillet 1986, n°84-12.028, Bull. civ. 1986, I, n°215.

« impossibilité [d'identifier l'auteur], établie par les constatations des juges du fond, ne peut être un obstacle prohibitif de l'action directe que la victime est en droit d'exercer contre l'assureur, dès lors que celui-ci a garanti contre les conséquences de leur responsabilité civile, sans les individualiser davantage, tous les sociétaires d'une société de chasse et leurs invités ». Par cette solution, la Cour assouplit les conditions du recours direct contre l'assureur, celui-ci étant censé être appelé lorsque l'assuré est auteur d'un dommage. Comme l'assureur est commun, il s'agit forcément d'un de ses assurés qui a causé le dommage, d'où la solution.

Cette hypothèse concerne également l'existence d'un fonds de garantie pour le dommage concerné, qui indemniser la victime indépendamment de la connaissance de l'auteur exact de la victime. Ceux-ci n'ont cessé de se multiplier ou de voir leur champ d'intervention élargi<sup>53</sup>. La loi du 31 décembre 1951 a créé le fonds de garantie automobile, permettant l'indemnisation des victimes de dommage par des automobilistes inconnus. La loi du 11 juillet 1966 a élargi la compétence de ce fonds de garantie aux accidents de chasse (article 366 ter de l'ancien Code rural). Depuis la loi du 1<sup>er</sup> août 2003, le fonds a été renommé Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages et ses compétences semblent plus générales que jamais. L'article L. 421-1 du Code des Assurances qui en régit la compétence énonce à plusieurs reprises l'absence de connaissance du responsable des dommages dans ses conditions d'intervention<sup>54</sup>.

## 2. La responsabilité du fait d'autrui

Deuxièmement, la responsabilité du fait d'autrui a permis de mieux indemniser les victimes dans ce genre de situation.

Cependant, les cas énoncés à l'article 1384 du Code civil n'ont pas été propices à une telle utilisation. En effet, rare sera le dommage causé par des enfants tous fils ou filles de mêmes parents. Si cette éventualité est fréquente pour un groupe de préposés ayant un seul commettant, cette incertitude sur l'auteur est peu fréquente en cas de responsabilité pour faute (dans laquelle l'identification de l'auteur est généralement sous-jacente) ce qui rend peu envisageable une telle situation puisque la qualité de gardien de la chose (situation dans laquelle l'incertitude sur l'identité de l'auteur du dommage est souvent avérée) est

---

<sup>53</sup> Voir pour l'évolution détaillée du Fonds de garantie automobile devenu le Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages, Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, Dalloz, 12<sup>e</sup> édition, 2005, § 855 et s.

<sup>54</sup> Code des Assurances, Articles L. 421-1-I-1-a et -2-a ; L. 421-1-II-1-a et -2-b.

incompatible avec celle de préposé<sup>55</sup>. On note toutefois quelques applications, tant de la responsabilité des parents du fait de leurs enfants<sup>56</sup> que de celle des commettants du fait de leurs proposés<sup>57</sup>, en cas d'indétermination de l'auteur du dommage.

L'émergence d'une responsabilité générale du fait d'autrui pourrait permettre une nouvelle jeunesse d'une indemnisation sur ce fondement. Les personnes soumises à cette responsabilité peuvent être responsables du fait des choses dont elles ont la garde. Il en sera surtout ainsi dans le dommage causé par un membre indéterminé d'un club sportif. Dans son fameux arrêt d'Assemblée plénière du 29 juin 2007<sup>58</sup>, la Cour de cassation a prévu expressément cette hypothèse en énonçant que « les associations sportives ayant pour mission d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité de leurs membres, sont responsables des dommages qu'ils causent à cette occasion, dès lors qu'une faute caractérisée par une violation des règles du jeu est imputable à un ou plusieurs de leurs membres, même non identifiés » (c'est nous qui soulignons).

Cependant, encore faut-il que les pouvoirs d'organisation, de direction et de contrôle soient caractérisés. La Cour de cassation a justement refusé d'appliquer cette responsabilité aux associations de chasse. Des juges du fond avaient transposé la solution<sup>59</sup>, mais la Cour de cassation a condamné cet élargissement<sup>60</sup>. En effet, les associations de chasse ont surtout un rôle général quant à la régulation de la destruction de la faune au sein des zones de chasse, de la répression du braconnage, mais nullement un contrôle précis sur les chasseurs.

### 3. Le recours à la faute antérieure

Troisièmement, la jurisprudence n'hésite pas à remonter la chaîne de la causalité dans le but de trouver une faute antérieure au dommage causé à la victime, afin d'imputer à l'auteur connu de cette faute l'indemnisation. La Cour de cassation privilégie dans un tel cas la théorie de l'équivalence des conditions afin de mieux indemniser la victime.

---

<sup>55</sup> Civ. 27 avril 1929, D.P. 1929, 1, p. 129, obs. RIPERT.

<sup>56</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 28 avril 1975, Bull civ II, n°122

<sup>57</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 21 avril 1966, Bull. civ II n°454 ; Civ. 2<sup>e</sup>, 11 mars 1971, D. 1971, somm. p. 211.

<sup>58</sup> Cass., A.P., 29 juin 2007 (n°06-18.141), *Grands arrêts*, n°229.

<sup>59</sup> TGI Cusset, 29 févr. 1996, JCP 1997, II, 22849, note J. MOULY. - CA Dijon, 5 sept. 2002, JCP 2003, IV, 1413.

<sup>60</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 11 sept. 2008, n° 07-15.842, JCP 2008, II, 10184, obs. J. MOULY ; RLDC 2009/58, n° 3328, obs. PAULIN (« Qui va à la chasse, perd sa place... au sein de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil »).



Ce sera par exemple la faute de l'organisateur de la chasse dans le cadre de ces accidents<sup>61</sup>. Dans un arrêt rendu par la Chambre des requêtes le 22 juillet 1941, la Cour retient la responsabilité de l'organisateur de la chasse pour n'avoir pas fait décharger les fusils des participants pendant une halte au cours de laquelle trois chasseurs ont tiré derrière une haie et ont blessé une personne, sans que l'on puisse déterminer qui a tiré. Dans leur commentaire, l'on peut remarquer que cet arrêt est approuvé (mais à demi-mot) par les partisans de l'orthodoxie juridique la plus rigoureuse que sont L. et H. Mazeaud.

#### 4. Les limites de ces palliatifs

Ces palliatifs semblent adaptés pour garantir les victimes contre l'impossibilité d'être indemnisé. Ils sont toutefois d'application assez limitée. En effet, ils ne concernent qu'une partie des responsabilités, et dans des situations relativement exceptionnelles : la faute antérieure au dommage dans l'organisation de l'évènement sera rare, de même que la possibilité de recourir à un assureur commun à tous les intervenants, d'autant plus que le nombre de personnes impliquées peut être très conséquent<sup>62</sup>. Comme l'énoncent avec concision Mme Viney et M. Jourdain<sup>63</sup> : « encore faut-il que la personne substituée ait à répondre, à un titre ou à un autre, de l'activité d'autrui [...] ; encore faut-il que la participation matérielle de la chose dont le gardien doit répondre soit établie ».

Pire, en faisant dépendre l'indemnisation des victimes d'un fait relativement éloigné et qui ne les concerne que peu, ces solutions ont pour conséquence de créer une inégalité entre des personnes qui sont placées dans des situations relativement identiques. Le fait que l'assureur soit commun ou qu'il y ait eu une faute antérieure de l'organisation devrait être un plus pour le choix dans le recours du demandeur en réparation, mais celle-ci ne devrait pas totalement en dépendre. La jurisprudence a compris l'insatisfaction de cette seule voie, et s'est ouverte à d'autres solutions.

### **B. La responsabilité du groupe**

La responsabilité du groupe peut tout d'abord s'envisager en tant qu'il est lui-même responsable du dommage lorsqu'il dispose de la personnalité juridique. Cette personne morale

---

<sup>61</sup> Req. 22 juillet 1941, RTD civ., 1942, p. 60, obs. H. et L. MAZEAUD ; Civ. 2<sup>e</sup>, 18 mai 1955, JCP 1955, II, 8793, obs P. ESMEIN ; Civ 1<sup>re</sup>, 20 octobre 1971, RTD civ. 1972, p. 608 et RTD civ. 1975, p. 308, obs. DURRY.

<sup>62</sup> Pas moins de 80 chasseurs un arrêt du 16 juillet 1980.

<sup>63</sup> G. VINEY, P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 375.

pourra engager sa responsabilité à travers un auteur même indéterminé<sup>64</sup>. Ainsi, dans un arrêt du 17 juillet 1967, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a estimé qu'« une personne morale répond des fautes dont elle s'est rendue coupable par ses organes sans qu'il soit nécessaire de mettre en cause, sur le fondement de l'article 1384 alinéa 5, lesdits organes pris comme préposés ». A fortiori, on peut en déduire que s'il est établi qu'un organe a causé un dommage sans qu'on puisse déterminer duquel il s'est agi, la personne morale pourrait tout de même être déclarée responsable.

Cette hypothèse reste relativement rare, et si elle s'attache au groupe, elle ne le concerne qu'indirectement, car c'est finalement un tiers aux membres de ce groupe qui sera responsable : la personne morale en tant que telle. Nous sommes donc aux frontières des deux hypothèses que nous avons énoncées : responsabilité externe au groupe et responsabilité du groupe.

Sous l'impulsion des critiques morales et techniques précitées et l'insatisfaction des palliatifs, les juges du fond n'ont pas tardé à développer une véritable responsabilité collective des membres du groupe, y compris lorsque celui-ci n'a pas la personnalité juridique. Cette extension jurisprudentielle a été approuvée par certains auteurs, qui ont tenté d'affiner la théorie.

### 1. Les solutions jurisprudentielles

La voie principale par laquelle la Cour de cassation a permis l'indemnisation de la victime placée dans une telle situation a consisté dans l'admission d'une responsabilité collective des membres du groupe. La Cour de cassation a utilisé deux techniques : la caractérisation d'une faute collective ou de fautes connexes ; et la théorie de la garde en commun. La jurisprudence a tout naturellement commencé par utiliser ce qu'elle connaissait le mieux : le raisonnement sur les fautes. La théorie de la garde en commun sera dégagée plus tardivement en doctrine et en jurisprudence, de même que son postulat nécessaire, la responsabilité du fait des choses.

---

<sup>64</sup> *Idem.*, n° 854.

### a. Le recours à la faute collective

Une des premières utilisations de la faute collective au cas d'un dommage causé par un membre indéterminé d'un groupe déterminé semble avoir été réalisée par le Tribunal de Pithiviers dans un jugement du 18 décembre 1930<sup>65</sup>. Les faits étaient relativement exceptionnels (et doivent à ce titre être distingué des accidents de chasse classiques sur lesquels les juges ont eu à statuer par la suite). La victime avait été blessée par 63 petits plombs, ce qui ne pouvait s'expliquer que par un ricochet entre deux salves tirées en même temps vers une perdrix par les deux chasseurs. Le tribunal a donc retenu solidairement la responsabilité des deux chasseurs<sup>66</sup>. Nous nous trouvons dans un cas de pluralité d'auteurs, situation connexe mais non identique à celle étudiée. Toutefois, une telle similitude de faits (groupe de chasseurs) a pu avoir une influence sur la jurisprudence postérieure.

Nous trouvons plus tardivement une telle utilisation de la Cour d'appel de Bordeaux dans un arrêt du 13 octobre 1936<sup>67</sup>. Celle-ci a retenu la responsabilité de trois chasseurs qui ont tiré derrière une haie, sans visibilité, et ont blessé une femme qui n'avait reçu qu'une seule salve. Les juges ont retenu une « faute collective » des chasseurs qui ont créé par leur formation, dans des conditions de visibilité insuffisante, une zone dangereuse qui leur était commune. Mais l'arrêt, comme nous l'avons déjà vu, a été cassé par la Cour de cassation dans un arrêt du 29 septembre 1941 (cf. supra).

C'est par un arrêt rendu par la deuxième chambre civile le 18 mai 1955<sup>68</sup> que la cour suprême de l'ordre judiciaire va pour la première fois consacrer la théorie de la faute collective. Celle-ci casse un arrêt d'appel ne retenant pas la responsabilité in solidum de deux chasseurs dont l'un avait blessé un enfant par un coup de fusil. La Cour énonce que les juges du fond auraient dû examiner l'hypothèse d'une faute commune dans la surveillance exercée collectivement par les chasseurs, faute que retiendra la Cour de renvoi<sup>69</sup>.

Dans un arrêt du 5 juin 1957<sup>70</sup>, plus remarqué et commenté que son prédécesseur, la juridiction suprême opte pour la position adoptée vingt ans plus tôt par la Cour d'appel de

---

<sup>65</sup> T. civ. Pithiviers, 18 déc. 1930, Gaz. Pal. 1931.1.319.

<sup>66</sup> Il s'agit à ce titre d'une solution contraire à celle retenue par le Tribunal civil de Cahors dans un jugement du 9 juillet 1900 (Gaz. Pal., Tables Quinquennales 1897-1902, Responsabilité n°62), dans lequel le ricochet avait été considéré comme un cas fortuit.

<sup>67</sup> CA Bordeaux, 13 octobre 1936, préc.

<sup>68</sup> Civ., 18 mai 1955, préc.

<sup>69</sup> CA Bourges, 5 février 1957, D. 1957, p. 330 ; S. 1957, 1, p. 234.

<sup>70</sup> Civ., 5 juin 1957, D. 1957, p. 493, obs. R. SAVATIER ; S. 1957, 1, p. 430 ; JCP, 1957, II, 10205, obs. P. ESMEIN ; RTD civ., 1957, p. 695, obs. H. et L. MAZEAUD.

Bordeaux. Sept chasseurs tirent une salve pour fêter la fin de la chasse, ce qui blesse l'un d'entre eux qui les avait quittés. La Cour énonce que « la cause réelle de l'accident avait résidé dans l'action concertée de sept défenseurs qui avaient participé à un tir ne constituant pas un acte normal de chasse dans des conditions d'imprudence et de maladresse qui leur était imputable à tous ». La jurisprudence ultérieure a été conséquente et s'est diversifiée. La solution a ainsi été appliquée à des parents d'enfants qui avaient participé dans des conditions imprudentes à un jeu ayant provoqué un dommage, ou encore à des actes de violence<sup>71</sup>. Dans ce dernier cas, la Chambre criminelle a admis la responsabilité non seulement civile mais aussi pénale<sup>72</sup> de tous ceux qui ont participé à la scène ou à l'activité illicite d'où le dommage est issu lorsque les conditions ne permettent pas de désigner l'auteur physique. Et cette jurisprudence qui a concerné tout d'abord des infractions volontaires a été étendue aux délits d'imprudence.

La voie de la faute collective ou des fautes connexes n'a pas été la seule explorée par la jurisprudence.

#### b. Le recours à la garde en commun

La seconde technique utilisée par la jurisprudence est la théorie de la garde en commun. Discutée en doctrine<sup>73</sup>, critiquée pour son artificialité, la jurisprudence a eu recours à cette théorie à partir de la fin des années 1950. Cette solution trouve tout particulièrement à s'appliquer dans le domaine du sport. La Cour de cassation considère ainsi qu'« au cours d'un jeu collectif, qu'il soit amical ou pratiqué dans une compétition officielle, tous les joueurs ont l'usage du ballon, mais nul n'en a individuellement le contrôle et la direction »<sup>74</sup>.

Dans un arrêt remarqué du 5 avril 1957, les juges du fond ont retenu que les participants d'une chasse à l'éléphant avaient tous ensemble la garde des fusils, ce qui justifiait l'engagement de leur responsabilité en cas de dommage causé par un tir<sup>75</sup>.

Se recentrant sur les salves, la Cour a également admis que les plombs tirés par les chasseurs formaient une gerbe unique dont tous étaient gardiens lorsqu'un seul des projectiles a atteint

---

<sup>71</sup> CA Riom, 21 avril 1966, Gaz. Pal. 1966, 2, p. 28.

<sup>72</sup> Crim., 7 mars 1968, n°67-90.027, Bull. Crim. 1968, n°81.

<sup>73</sup> D. MAYER, La garde en commun, RTD civ., 1975, p. 197.

<sup>74</sup> Civ. 2°, 13 janvier 2005, RCA n°3, comm. 78.

<sup>75</sup> CA AEF, 5 avril 1957, JCP 1957, II, 10308, obs. SAVATIER ; RTD civ. 1958, p. 88 obs. H. et L. MAZEAUD.

la victime<sup>76</sup>. D'autres applications ont suivi, notamment au cours d'un jeu collectif d'enfants, ou de sports collectifs. Chacun des participants qui manie collectivement la chose est alors responsable in solidum avec les autres.

La jurisprudence pose cependant certaines limites à l'application de la théorie de la garde en commun. Elle doit être écartée lorsque chaque participant garde un pouvoir autonome et alternatif sur la chose dommageable. La Cour de cassation a jugé par exemple que lorsqu'un jeu consiste à envoyer à tour de rôle une balle dans un panier fixé à un mur, l'application de la théorie de la garde en commun était exclue<sup>77</sup>. En outre, il ne suffit pas, pour que la notion de garde en commun soit retenue, que les intéressés aient chacun sur la chose un pouvoir effectif et dépendant de celui des autres participants. Il est encore requis qu'aucun d'entre eux n'exerce sur les autres une fonction de commandement ou un rôle de leadership<sup>78</sup>.

Ces nouvelles solutions ont eu un impact certain sur la doctrine de l'époque.

## 2. L'approbation doctrinale et les affinements proposés

Les fondements de la plupart de ces décisions ont été discutés par une doctrine approuvant majoritairement l'assouplissement jurisprudentiel. Dans un premier temps, mettant pour le moment à l'écart l'étude de Postacioglu publiée en 1954<sup>79</sup>, les explications les plus marquantes ont justifié, à l'instar de la Cour de cassation, ces solutions par des considérations de fond, admettant parfaitement qu'il s'agissait d'un cas de responsabilité collective.

Commentant l'arrêt du 5 juin 1957, le doyen Savatier<sup>80</sup> approuvait pleinement la solution : « Non seulement la faute causale est le fait d'un des membres d'un groupe déterminé, mais elle est le fait de tous, car quel que soit le chasseur dont le plomb a touché la victime, ce plomb ne serait pas sorti du fusil sans l'acte de contagion collective qui a provoqué la salve, et dont tous portent la responsabilité. » Il ajoutait même que « le raisonnement peut se généraliser à tout mouvement collectif né de la psychologie des foules ou des groupes ».

---

<sup>76</sup> Civ. 11 février 1966, D. 1966, p. 228, obs. RODIERE ; RTD civ. 1966, p. 538.

<sup>77</sup> Civ. 2<sup>e</sup>. 21 févr. 1979, n°77-12.878, Bull. civ. II, n°58.

<sup>78</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 8 mars 1995, Bull. civ. 1995, n°83, D. 1998, p. 43, obs. MOULY ; RTD civ. 1995, p. 904, obs. JOURDAIN : pas de garde en commun pour l'équipage d'un voilier dont le skipper dirige et contrôle les manœuvres de ses coéquipiers.

<sup>79</sup> POSTACIOGLU, Les faits simultanés et le problème de la responsabilité collective, RTD. civ. 1954, p. 438 et s.

<sup>80</sup> SAVATIER, D. 1975, p. 493, note sous Civ. 5 juin 1957, préc.

L'étude majeure est celle d'Hussein Aberkane, intitulée « Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes » publiée en 1958<sup>81</sup>. L'auteur part du constat que la notion de « groupe » apparaît assez souple pour permettre de fonder une solution. En effet, constate-t-il, Planiol et Ripert écrivent « [qu'] il est trop commode au groupe de ne pas exister juridiquement »<sup>82</sup>, car chaque membre peut se retrancher derrière l'impossibilité pour la victime de désigner l'auteur individuellement. Le remède doit être approprié à l'obstacle : il consiste à reconnaître précisément à ce groupement la vie juridique qui lui fait défaut. L'étude se base sur le fait que les techniques jurisprudentielles, faute commune d'organisation et garde collective, ne se conçoivent qu'en groupe et impliquent déjà une sorte de personnification du groupe. La question essentielle est donc de savoir quand un groupe est suffisamment cohérent pour restreindre l'individualité de ses membres et accéder lui-même à la scène juridique.

Or, la jurisprudence s'autorise aujourd'hui à retenir la personnalité morale en l'absence de création législative<sup>83</sup> et il existe de nombreux degrés dans la personnalité morale. Les sociétés de personnes impliquent par exemple que la personnalité morale peut ne pas suffire à faire disparaître celle des associés. Si l'organisation doit toujours avoir la personnalité morale pour passer des contrats ou ester en justice, qu'en est-il dans le domaine délictuel ? La volonté, même lorsqu'elle intervient en la matière, n'est jamais la cause directe de l'engagement délictuel. Cette source se trouve dans un simple comportement, un simple fait, et non un acte de volonté. Levasseur note justement, affirme Aberkane, que « la possibilité d'expression de la volonté du groupement paraît indispensable pour lui permettre d'agir dans le domaine contractuel ou judiciaire ; elle est peut-être moins nécessaire dans le domaine délictuel »<sup>84</sup>.

Ainsi, le groupe n'aura pas plus de patrimoine propre que de possibilité d'exprimer une volonté collective. Mais il possédera néanmoins une certaine personnalité. Le mot « groupe » doit s'entendre selon l'auteur dans un sens juridique, celui d'une personne morale atténuée. Il ne possède aucun des traits principaux de la personnalité morale, qui sont l'existence d'un patrimoine distinct d'une part, la possibilité d'exprimer une volonté

---

<sup>81</sup> ABERKANE, Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes, RTD civ. 1958, p. 516 et s.

<sup>82</sup> *Idem.*, cite (§29), PLANIOL-RIPERT, *Droit civil* Tome 2, n°881.

<sup>83</sup> Civ., 2<sup>e</sup> sect., civ., 28 janvier 1954 et ses suites jurisprudentielles mentionnées dans F. TERRE, Y. LEQUETTE, *Grands arrêts*, Tome I, n°18-19, spec. §7 et s.

<sup>84</sup> D. 1954, p. 217.

collective d'autre part. À des conditions moins rigoureuses correspondent logiquement des effets plus modestes<sup>85</sup>.

Cette personnalité atténuée garde la caractéristique d'affirmer la solidarité entre les membres du groupe. Les règles de droit doivent traduire cette réalité affective qui, en unissant les membres les uns aux autres, est le ciment du groupe. Une mentalité communautaire existe entre les membres d'un groupe même techniquement inorganisé. Le comportement de chacun est solidaire de celui des autres. Pour conforter cette idée, Aberkane cite deux auteurs, Carbonnier et Coulombel, qui ont remarqué que les organisations n'étaient jamais plus actives que faute d'organisation, souvent à leurs débuts<sup>86 87</sup>. Dans une étude publiée en 1949, Hamel avait envisagé « des groupements de personnes qui quoique dépourvues en principe de personnalité juridique, possèdent une incontestable vie juridique, que la jurisprudence illustre parfois en étendant la faillite de l'un des membres aux autres membres de l'ensemble »<sup>88</sup>. Aberkane ajoute ainsi qu'il faut reconnaître à ces groupes une autre manifestation : les membres du groupe sont responsables du dommage que l'activité de l'un d'eux a pu causer. Il n'est alors pas nécessaire qu'il existe une organisation de la volonté collective pour que ce phénomène de semi-personnalité se produise. Mais il ne suffit pas d'un ensemble d'individus : il faut un ensemble concerté, intentionnel.

Selon l'auteur, cette théorie produit des résultats très satisfaisants.

Elle permet ainsi une distinction entre les groupes fortuits et ceux intentionnels<sup>89</sup>. La notion de groupe implique un intérêt commun, servi et voulu par une volonté commune, qui, bien qu'inorganisée, n'en devra pas moins exister. Il faut une activité commune délibérément poursuivie et voulue. La notion réclame la réunion de deux éléments : un matériel, qui consiste en l'activité déployée, et un psychologique, subjectif, qui transcende cette activité en réalisant l'objectif commun et voulu par tous. L'élément matériel se retrouve toujours dans les hypothèses concernant la chasse, mais pas nécessairement l'élément psychologique. C'est ce

---

<sup>85</sup> ABERKANE, art. cit., §29.

<sup>86</sup> CARBONNIER, *Droit civil*, tome 1, p. 258 : « Quand on fait état du développement des groupes, on s'attache à leur constitution formaliste, qu'on prend pour argent comptant, plus qu'on apprécie leur vitalité réelle (associations non déclarées par exemple). Il y aurait à faire toute une psychologie de l'association dans la pratique, et elle serait pessimiste (l'association vit souvent plus intensément tant qu'elle n'a pas reçu ses statuts ; une fois munie de statuts, elle végète)... ».

<sup>87</sup> COULOMBEL, *Encyclopédie Dalloz*, personne morale, n°13 : « Il faut se défier d'une tendance à personnaliser toute réalité qui affirme une certaine existence autonome dans la vie juridique, et comprendre qu'entre le néant et la personnalité juridique, il y a des entités manifestant leur présence dans le monde du droit, sans qu'il y ait pourtant lieu de leur conférer la personnalité morale ».

<sup>88</sup> HAMEL, *La personnalité morale et ses limites*, D.1949.141.

<sup>89</sup> ABERKANE, art. cit., §30.

critère qui va être déterminant pour l'engagement (ou non) d'une responsabilité solidaire. La solution varie ainsi selon que le groupe est intentionnel ou fortuit.

Aberkane estime que cette solution va de pair avec l'équité. Si le groupement est intentionnel, ses membres se connaissent et se sont choisis ; ils se surveillent mutuellement ; ils se livrent à une activité d'ensemble qui fait leur plaisir ou leur profite à tous. Si un dommage survient à un tiers, il est normal qu'ils en fassent les frais. C'est en tout cas moins injuste, écrit-il, que de laisser une victime sans réparation.

Il estime que si la jurisprudence n'a pas consacré expressément cette théorie, sa position actuelle n'est pas incompatible avec la thèse. Les arrêts de condamnation invoquent expressément l'intention commune, l'activité concertée. L'appui est donc explicite et certain. Mais au lieu de mettre le caractère intentionnel en relief, les arrêts l'entourent de formules obscures et complexes, dont il semble résulter que le caractère concerté ne suffit pas à lui seul à provoquer cette responsabilité, ou s'il suffit, doit être accompagné d'une intensité particulière. Ainsi dans l'arrêt du 5 juin 1957<sup>90</sup>, elle énonce que : « plusieurs individus, par une action concertée ou même spontanément sous l'effet d'une excitation mutuelle (c'est nous qui soulignons), se livrent à une manifestation dont chacun doit partager la responsabilité des conséquences dommageables, en tant... ». L'auteur milite bien entendu pour une consécration jurisprudentielle de sa thèse, ce qui n'aura toutefois pas lieu.

## **Section II : L'affrontement de l'incertitude : l'incertitude intégrée**

Tout refoulement d'un doute conduit à nier en partie la réalité. Or, le droit tend à se rapprocher d'elle le plus possible lorsqu'il le peut. Ainsi, délaissant les raisonnements fondés sur la collectivité, les juges ont infléchi leur raisonnement pour intégrer la part d'incertitude propre à cette situation, et ce en passant d'une règle de fond à une règle de preuve (A). Cette méthode n'a cessé d'être élargie par les juges, jusqu'à en oublier les conditions qu'ils avaient autrefois fixées (B).

---

<sup>90</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 5 juin 1957, préc.



## A. D'une règle de fond à une règle de preuve

Ce changement de méthode n'a pas été facile. Le recours à la responsabilité collective par la jurisprudence, tel qu'on l'a vu, a été critiqué pour ses effets trop rigoureux. La doctrine ne s'est pas contentée de critiquer aveuglément et ont été dégagées des pistes de raisonnement fondées sur les règles probatoires.

### 1. Les critiques doctrinales de l'utilisation d'une responsabilité collective

Nous verrons tout d'abord les critiques qui ont été faites au recours à la responsabilité collective avant d'analyser les propositions doctrinales en faveur d'une autre méthode fondée non plus sur le fond mais sur la preuve.

#### a. Les critiques du recours à la responsabilité collective

Dans son article, Aberkane pointe lui-même une contradiction qui est interne à sa réflexion : la condamnation de tous les membres du groupe, y compris de ceux qui n'ont pu causer le dommage, n'est pas véritablement satisfaisante et semble excessive<sup>91</sup>. Cependant, il estime cela tolérable, car la condamnation est justement fondée sur l'existence du groupe. Les fautes communes d'organisation sont imputables à tous, même si l'auteur de la faute ayant causé le dommage reste inconnu. Or, en cas de concours de faute, la responsabilité est solidaire. C'est le groupe qui a causé le dommage. Entre les membres du groupe, il ne s'agit plus de l'obligation mais de la contribution à la dette. Ceux qui n'ont pas pu causer le dommage disposent-ils d'un recours à l'encontre des autres ? Aberkane estime qu'il serait souhaitable de laisser supporter définitivement par les membres du groupe qui prouveraient qu'ils n'ont pu causer le dommage une certaine responsabilité, parce que, même entre participants, « l'esprit de solidarité et d'entraide doit jouer un certain rôle [...]. Un chasseur qui ne trouve pas de compagnon renonce bien souvent à sa partie »<sup>92</sup>.

Mais admettre cela implique de partir du postulat que les innocents membres du groupe ne le sont pas tellement puisque la victime se trouve parmi eux, ce qui n'est pas admissible eu égard à la notion même de faute. N'est pas fautif celui qui se trouve avec l'auteur d'un dommage, sauf à ce qu'il soit jugé coauteur.

---

<sup>91</sup> ABERKANE, art. cit., § 36.

<sup>92</sup> *Ibid.*

De plus, cette solution cadre mal avec la subsidiarité du recours à la théorie de la responsabilité collective. En effet, il n'est pas contesté que si l'auteur du dommage est connu, c'est sa responsabilité qui doit être engagée. Dans un tel cas, en effet, les juges se contentent de cette responsabilité et ne s'interrogent même pas sur l'existence d'une faute collective de l'ensemble des membres du groupe. Admettre le contraire, à savoir que même en cas d'identification de l'auteur, la responsabilité du groupe doit être engagée serait remettre trop profondément en cause le fondement individualiste du droit de la responsabilité, qui s'il est jugé sur le déclin, n'en demeure pas le principe<sup>93</sup>.

#### b. Les propositions en faveur d'un simple mécanisme probatoire

Ces critiques ont incité des auteurs à rechercher de nouveaux fondements, notamment sur le terrain de la preuve et non plus sur celui du fond du droit, et ce d'autant plus que par le passé d'autres s'étaient déjà aventurés sur ce terrain.

Dans son article précité<sup>94</sup>, le Doyen Ripert raisonne sur un fondement probatoire pour justifier une solution favorable à la victime. Il propose d'imposer à tous les chasseurs la preuve que l'intervention de leur propre fusil a été passive, car remarque-t-il, « la jurisprudence n'exige pas le caractère actif de l'intervention de la chose. C'est au gardien de démontrer que l'intervention de la chose dans la réalisation du préjudice a été passive ».

Toutefois, la portée trop restreinte ôte une valeur explicative suffisante à la théorie de Ripert car elle se cantonne à la responsabilité du fait des choses et surtout aux accidents de chasse. De plus, la proposition est techniquement délicate puisque si c'est bien au gardien de se dégager parce que la victime a préalablement prouvé que sa chose avait participé à la production du dommage, cette preuve incombe d'abord à la victime<sup>95</sup>. Cette suggestion va toutefois influencer d'autres juristes.

Ainsi, Postacioglu ne tardera pas à écrire un article se prononçant également en faveur d'un mécanisme probatoire<sup>96</sup>. L'auteur cible alors expressément le cas des accidents de chasse. Il estime que la blessure n'est pas le seul préjudice de la victime. Elle souffre également de l'impossibilité de faire la preuve de la causalité qui lui incombe normalement,

---

<sup>93</sup> G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, préf. A. TUNC, Thèse 1965, L.G.D.J.

<sup>94</sup> D. 1949.502, préc.

<sup>95</sup> RODIERE, JCP 1950, II, 5519, note sous CA Montpellier, 8 novembre 1949, qui énonce cela en visant directement la proposition de Ripert.

<sup>96</sup> POSTACIOGLU, Les faits simultanés et le problème de la responsabilité collective, RTD. Civ. 1954, p. 438, préc.

impossibilité causée par les tirs simultanés. Les chasseurs ont ainsi fautivement détruit le moyen de preuve de la victime, car si un seul avait tiré, la victime aurait pu prouver le lien de causalité.

La réparation la plus adéquate consiste, selon l'auteur, dans le renversement de la charge de la preuve, et la victime sera ainsi dispensée de toute autre preuve que celle du tir simultané. De leur côté, les chasseurs pourront à l'inverse renverser cette présomption en montrant qu'ils n'ont pas concouru au dommage. Le mérite de cette thèse est de permettre à chacun de s'exonérer de la responsabilité en prouvant qu'il n'a pas pu causer matériellement le dommage. La solution apparaît ainsi plus adaptée.

Mais cette proposition, non reprise en jurisprudence<sup>97</sup>, n'est pas sans faiblesses.

Elle a notamment été accusée de dénaturer des concepts bien établis : on voit une faute là où il n'y en a pas. En effet, tirer en même temps qu'une autre personne ne peut être vue comme la violation d'une obligation préexistante et ne peut être considéré comme une faute. Ce n'est pas le fait du fusil qui a détruit les moyens de preuve, mais le fait pour le chasseur d'avoir tiré en même temps que les autres ou dans des conditions qui créent un doute sur l'identification de l'auteur du dommage<sup>98</sup>. Aberkane ajoute que ce système peut aboutir en pratique à des solutions contestables : « Au cas où un seul chasseur aurait tiré, sans savoir lequel, où résidera cette faute commune génératrice de l'impossibilité de preuve ? Dira-t-on qu'elle consiste dans la passivité commune ? Ce serait quitter le monde des réalités pour des abstractions bien chimériques »<sup>99</sup>. Si l'on respecte les concepts juridiques, la victime ne peut obtenir réparation que du préjudice résultant de son impossibilité de prouver, ce qui n'est pas nécessairement équivalent à sa blessure.

Enfin, on peut juger que, cantonnée aux cas de responsabilité du fait des choses, elle est trop restrictive pour épouser pleinement une explication du mouvement jurisprudentiel, qui se veut plus vaste<sup>100</sup>. Cependant, cette thèse sera soutenue de manière limitée par quelques auteurs<sup>101</sup>.

Le raisonnement sur la preuve a néanmoins été repris par la suite en doctrine.

---

<sup>97</sup> A l'exception d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Riom, le 5 février 1964, JCP 1964, II, 13640, obs. P. ESMEIN.

<sup>98</sup> G. VINEY, P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 379.

<sup>99</sup> ABERKANE, *préc.*, § 27.

<sup>100</sup> G. VINEY, *op. cit.*, § 453.

<sup>101</sup> Notamment par P. AZARD dans une note sous un arrêt de la Cour d'appel de Grenoble du 16 mai 1962 (qui retient la responsabilité de l'assureur commun aux deux chasseurs en cause). Il cite également une étude québécoise qui abonde dans le même sens (A. MAYRAND, L'énigme des fautes simultanées, *Revue du barreau de la province de Québec*, 1958, p. 1 et s.).

Dans sa thèse publiée en 1965<sup>102</sup>, Mme Viney a tenté de proposer un autre raisonnement après avoir exposé les défauts et les qualités des propositions doctrinales précédentes. Pour l'auteur, le fondement de la jurisprudence consiste en une dispense accordée à la victime de répartir l'imputabilité d'un fait générateur de responsabilité certain entre tous les individus qui en sont les auteurs possibles. Lorsque la preuve de toutes les conditions de la responsabilité est faite contre un membre idéal du groupe, l'identification de l'auteur matériel est une affaire interne à ce groupe. A défaut pour les membres de celui-ci de trancher cette question, ils sont tous considérés comme coauteurs et déclarés solidairement responsables. Cette analyse, qui induit une présomption, justifie le caractère subsidiaire de la condamnation solidaire par rapport à la responsabilité individuelle. Elle est en effet mise en jeu seulement lorsque la preuve n'a pu être répartie entre les auteurs possibles.

En outre, ajoute l'auteur, cette théorie permet de comprendre pourquoi, même en l'absence d'identification, tous les participants à l'activité dommageable qui démontreront n'avoir pas matériellement contribué à la réalisation de l'accident échapperont à toute responsabilité.

On pourrait rétorquer à ce dernier argument que dans un cas de responsabilité collective, la jurisprudence entend se fonder sur le groupe le plus précis possible. Un membre du groupe pourrait ainsi s'exonérer en prouvant qu'il n'a pas tiré dans la même direction que les autres. On passerait ainsi du groupe de ceux qui ont tiré, à celui intégrant ceux qui ont tiré dans telle direction. Il n'en demeure pas moins que cette présentation est plus artificielle que celle fondée sur la présomption.

Mme Viney poursuit en énonçant qu'un tel raisonnement permet de limiter l'application de la dispense de preuve en trois points essentiels<sup>103</sup>.

Tout d'abord, la victime doit établir non seulement la réalité du délit ou du fait de la chose et de son caractère générateur de responsabilité, mais aussi de son imputabilité à l'un des défendeurs qu'elle est seulement dispensée de désigner physiquement.

Ensuite, il est nécessaire d'identifier tous les acteurs de la scène, afin de s'assurer que l'auteur du dommage se trouve dans les personnes assignées. Cela interdit notamment la condamnation solidaire de plusieurs hommes dont une femme prouve qu'ils ont eu des relations avec elle pendant la période légale de conception, car elle ne pourra jamais prouver que les défendeurs sont les seuls pères possibles.

---

<sup>102</sup> G. VINEY, *op. cit.*, § 455.

<sup>103</sup> *Idem.*, § 455 bis.

Enfin, les auteurs possibles doivent tous avoir accompli un acte dommageable. L'unité d'action doit, comme au théâtre, s'accompagner d'une unité de lieu ainsi que d'une unité de temps.

Cette conception doctrinale aura une forte influence, et sera reprise en doctrine peu avant que la Cour de cassation ne change son mode de raisonnement, comme nous allons le voir. C'est ainsi que dans son article sur la garde en commun publié en 1975<sup>104</sup>, Danièle Mayer estime que la garde en commun ne devrait pas s'appliquer dans le cadre du dommage causé par un membre indéterminé d'un groupe déterminé, la jurisprudence devant selon son avis s'engager dans la voie d'une présomption, permettant ainsi aux membres du groupe de prouver qu'ils n'ont pu causer le dommage.

Un autre auteur a par la suite défendu expressément l'utilisation d'une présomption. Il s'agit de Jacques Demarez, dans la seule et unique thèse consacrée en son ensemble à ce point de droit<sup>105</sup>. L'auteur estime qu'il faudrait permettre aux juges d'établir une présomption simple de causalité, entourée de certaines conditions. Cette technique a les faveurs de l'auteur en ce qu'elle permet aux membres du groupe de se dégager de la présomption, par tous moyens, « y compris la simple disculpation à défaut de l'attribution de la responsabilité »<sup>106</sup>. De plus, elle est subsidiaire à la responsabilité de l'auteur lorsqu'il peut être identifié. Enfin, la présomption requiert un cadre technique qu'il appartient au demandeur de prouver. On peut donc l'entourer de conditions<sup>107</sup> (intensité du groupe, activité délictuelle,...). L'auteur se démarque toutefois quelque peu des idées avancées par Mme Viney<sup>108</sup> en ce qu'il estime que la part de celui qui s'est déchargé resterait à la charge de la victime. De fait, en ce qui concerne la solidarité, M. Demarez estime qu'elle ne s'impose pas. Chacun serait condamné pour sa part.

Observons maintenant l'impact de ces critiques et propositions sur la jurisprudence.

---

<sup>104</sup> D. MAYER, La garde en commun, RTD civ., 1975, p. 197 et s.

<sup>105</sup> J. DEMAREZ, *L'indemnisation du dommage occasionné par un membre inconnu d'un groupe déterminé*, thèse 1966, sous la direction de B. Starck.

<sup>106</sup> Ibid., p. 157.

<sup>107</sup> Une des originalités de cette thèse est de poser des conditions d'application à géométrie variable selon que la présomption est conçue comme une peine privée ou comme une garantie de l'intégrité physique.

<sup>108</sup> Les deux thèses sont soutenues à un an d'intervalle, et M. DEMAREZ ne citant pas la thèse de Mme VINEY, on peut en déduire qu'il n'avait pas pu se la procurer à temps, ce qui rend d'autant plus intéressantes les divergences d'approche de la question.

## 2. L'ambiguïté de la prise en compte jurisprudentielle

La jurisprudence s'est clairement inspirée des suggestions doctrinales de l'époque. Cependant, elle a, dans un premier temps, plus infléchi sa solution qu'elle ne l'a complètement refondu. Cette ambiguïté tranche avec la vision de la doctrine contemporaine qui estime à une quasi-unanimité que ces solutions sont aujourd'hui fondées sur le droit de la preuve.

### a. Une consécration jurisprudentielle inaboutie

S'inspirant de ces suggestions, la Cour de cassation va opérer un changement dans la nature de son raisonnement par trois arrêts rendus le 19 mai 1976 par la deuxième chambre civile<sup>109</sup>. L'effet de groupement indique la portée qu'a voulu donner la Cour à ces arrêts. Il convient de revenir précisément sur les faits, d'autant plus que l'espèce donnera lieu à trois pourvois différents.

Après la fin de la chasse, un groupe de 12 chasseurs ouvre le feu sur une biche à proximité. Un autre chasseur se trouvant à proximité reçoit une balle et est blessé. Le chasseur qui a tiré la balle qui a causé le dommage ne peut pas être identifié. La victime porte plainte contre le groupe et la Cour d'appel<sup>110</sup> retient une responsabilité collective à l'encontre des chasseurs.

Dix chasseurs forment ensemble un pourvoi en cassation contestant le principe de la responsabilité collective.

Deux autres chasseurs forment isolément un pourvoi en cassation, car la Cour d'appel avait rejeté les preuves qu'ils apportaient démontrant qu'ils n'avaient pas pu tirer la balle ayant blessé la victime.

La Cour de cassation rejette le pourvoi des dix chasseurs. Elle note que l'arrêt constate que ceux-ci « ont exécuté un tir bien après que le signal d'arrêt de la chasse eût été donné au son de la trompe, qu'ils ont tiré alors qu'ils rejoignaient par un chemin rural le pavillon de rendez-vous et qu'ils se sont livrés à cette action en un lieu où ils ne disposaient d'aucune visibilité ». L'arrêt d'appel a donc bien retenu de lourdes imprudences et des maladroites effectuées collectivement. A la vue de la biche, les chasseurs, sous l'effet d'une émulation

---

<sup>109</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 19 mai 1976 (3 arrêts), D. 1976, p. 629 obs D. MAYER ; RTD civ. 1977, p. 129 obs. DURRY ; JCP 1978, II, 18773, obs. DEJEAN de la BÂTIE.

<sup>110</sup> CA Orléans, 15 octobre 1974, RTD civ. 1975, p. 543, obs. DURRY.

collective et en s'alertant réciproquement, avaient constitué d'eux-mêmes une ligne de tir et s'étaient mis à tirer « presque en même temps » sur l'animal qui progressait rapidement.

L'arrêt énonce en outre qu'ils avaient conscience d'agir ensemble et que l'accident trouvait sa cause dans une action commune procédant d'une pluralité d'actes connexes, lesquels, en raison de leur cohérence dans la conception et dans l'exécution, ne pouvaient être séparés.

Il ajoute que la victime n'avait ressenti une violente douleur qu'aussitôt après que tous les coups eurent été tirés, une quinzaine environ, et ainsi qu'aucun élément ne permettait d'affirmer que certains chasseurs eussent tiré « après le coup malheureux ». La Cour de cassation approuve ainsi très clairement les juges d'appel d'avoir retenu une responsabilité collective des chasseurs incriminés qui ont tous commis des fautes dont les éléments étaient indissociables. Notons au passage que si le fonds de garantie était appelé en la cause, la Cour approuve la juridiction intermédiaire d'avoir écarté celui-ci du litige car il ne peut agir qu'à titre subsidiaire, et la responsabilité des chasseurs qui peut en l'espèce être retenue doit primer sur la garantie.

Concernant les deux autres pourvois, et ce point est très intéressant, la Cour de cassation casse les décisions de la Cour d'appel. Elle reproche à celle-ci de ne pas avoir recherché si ceux-ci pouvaient s'exonérer de la responsabilité collective en prouvant qu'il avait tiré dans la mauvaise direction pour l'un, et qu'il avait utilisé une balle d'un calibre qui n'était pas celle retrouvée pour l'autre. La haute juridiction admet donc qu'il est possible d'échapper à la condamnation en rapportant la preuve que l'on n'a pas commis de faute.

Les arrêts de 1976 vont être diversement reçus par la doctrine. La haute juridiction ne se fonde pas expressément sur une règle de preuve, et elle mentionne même la « responsabilité collective » mais elle introduit dans son raisonnement une inflexion qui indique très clairement qu'elle ne croit elle-même pas à sa théorie de la faute collective. En effet, si elle tenait à l'idée de responsabilité collective, la Cour n'aurait pas dû permettre l'exonération. La faute collective engage la responsabilité de tous. De plus, comme le relève N. Dejean de la Bâtie dans son commentaire, la Cour procède à un infléchissement dans le pourvoi principal des dix chasseurs. Elle note en effet que la victime n'a ressenti la douleur qu'après que tous les coups aient été tirés, ce qui ne permet pas d'exonérer certains chasseurs qui auraient tiré après. Or, si l'on raisonnait véritablement à part de l'idée de l'action collective du groupe, il n'importerait guère que la victime ait été touchée par le premier ou le dernier coup de la salve. La Cour de cassation ne croit manifestement pas en la thèse de l'action commune. Elle ne s'en sert que comme un palliatif.

Dejean de la Bâtie propose ainsi de se baser sur le mécanisme tout simple de la présomption.

Il appartient assurément au demandeur de rapporter, en cas de contestation, la preuve des divers éléments de la responsabilité civile, conformément à l'article 1315 du Code civil.

Mais tout le monde ne peut être que choqué par la solution classique qui laisse la victime sans réparation dans les cas où nonobstant les fautes certaines de ses adversaires, elle ne parvient pas à établir quelle faute a causé son dommage. Le sens commun indique que l'incertitude sur le lien de causalité doit être résolue en faveur de la victime : « Car entre celui dont il est prouvé qu'il a créé une situation dangereuse, et celui qui, au contraire, n'a fait que subir le dommage, les choses ne sont plus égales comme elles pouvaient l'être entre le demandeur et le défendeur abstrait de l'article 1315. »<sup>111</sup>

De plus, c'est aux auteurs du dommage que le doute est imputable. Toutefois, ajoute-t-il, admettre dans un tel cas une présomption, c'est admettre qu'elle ne soit pas conforme au *plerumque fit*, car lorsque les tireurs sont nombreux, chacun d'eux a de fortes chances de n'être pas l'auteur du préjudice. Mais une présomption n'est pas uniquement fondée sur le *plerumque fit*. Dejean de la Bâtie propose un autre fondement : « que chacun doit supporter, sur le plan même de la charge de la preuve, les suites de son fait illicite. »<sup>112</sup>

Enfin, l'auteur évoque le risque du recours à la notion d'action commune. En effet, il suffit d'imaginer le cas où des chasseurs imprudents auraient agi chacun de leur côté. On ne peut pas dire qu'il y a un groupe constitué, aucun dessein cohérent ni actes indissociables. Or, la responsabilité civile semble ici nécessaire puisque non différente des hypothèses similaires.

Par la suite, la Cour de cassation a maintenu son exigence d'une faute résultant des actes de l'ensemble des membres du groupe, et ce tant dans des arrêts refusant la condamnation in solidum que dans des arrêts l'admettant.

Elle a ainsi refusé d'appliquer cette solution aux membres d'un groupe ayant endommagé un ascenseur en raison de la surcharge<sup>113</sup>. Elle a de même refusé de condamner solidairement deux mineurs ayant fumé dans une grange et provoqué un incendie parce que le lien de causalité entre le comportement d'un des deux enfants et l'incendie déclaré dans le hangar où ils jouaient n'était pas établi<sup>114</sup>. Ces arrêts avaient conduit en leur temps certains auteurs dont

---

<sup>111</sup> DEJEAN de la BÂTIE, note sous JCP 1978, II, 18773.

<sup>112</sup> *Ibid.*

<sup>113</sup> Civ 2<sup>e</sup>, 18 novembre 1987, JCP 1988, IV, p. 35.

<sup>114</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 4 mai 1988, RTD civ. 1988, p. 769.



M. Chabas<sup>115</sup> à estimer que la Cour avait entendu revenir sur sa position. Selon Philippe Brun, analysant le mouvement jurisprudentiel dans sa thèse publiée en 1993<sup>116</sup>, la Cour a marqué les limites de sa jurisprudence, mais n'a pas voulu revenir dessus. Dans le premier arrêt, elle exige le fait d'une chose ou une faute. Dans le second, elle exige simplement que celle-ci soit établie pour tous les membres. Il semble bien que l'avenir lui ait donné raison, puisque la Cour de cassation a continué à utiliser cette présomption.

Plus récemment, dans un arrêt du 23 novembre 2004<sup>117</sup>, la Cour de cassation a nettement refusé de prononcer une condamnation solidaire faute de constitution d'un groupe. Il s'agissait dans l'espèce d'une arthrite septique qui s'était révélée à la suite d'infiltrations effectuées concurremment par un généraliste puis par un rhumatologue. La cour d'appel avait débouté la victime de son action contre les deux médecins. La Cour de cassation rejette le pourvoi, énonçant « qu'il était impossible de déterminer si [l'infiltration] qui était à l'origine de l'infection avait été réalisée par l'un ou l'autre des médecins, que par ces seuls motifs [...] et en l'absence de lien entre les praticiens susceptibles de caractériser une entreprise, elle a légalement justifié sa décision ».

Semble ainsi se dégager un principe général impliquant que lorsque le demandeur a prouvé que toutes les conditions de la responsabilité sont réunies contre un « membre idéal »<sup>118</sup> du groupe comprenant celui-ci, l'identification de l'auteur matériel regarde désormais les membres du groupe. Toutefois, la jurisprudence semble continuer à exiger l'existence d'un groupe, même si la plupart de la doctrine contemporaine a adhéré à la théorie de la présomption.

#### b. La vision de la doctrine contemporaine

La plupart des auteurs vont suivre ces positions doctrinales qui tendent à fonder les solutions sur une « présomption de causalité » et les reprendre dans les manuels les plus connus et utilisés<sup>119</sup>. Dans son ouvrage exclusivement consacré à la responsabilité civile

---

<sup>115</sup> Cité par P. BRUN, *Les présomptions dans le droit de la responsabilité civile*, thèse 1993 Grenoble, p. 88 et s.

<sup>116</sup> *Ibid.*

<sup>117</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 23 novembre 2004, n° 03-16.865.

<sup>118</sup> G. VINEY, P. JOURDAIN, *op. cit.*, n°380.

<sup>119</sup> En plus des ouvrages de DEJEAN de la BÂTIE, *op. cit.*, §71 et de Mme VINEY et de M. JOURDAIN, *op. cit.*, n°380, on peut citer : F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, §862 ; P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, 2<sup>e</sup> éd., 2009, § 260 et s. ; MARTY, RAYNAUD, *Droit Civil, les Obligations*, Tome I, 2<sup>e</sup> éd., 1988, § 547 ; M. BACACHE-GIBEILI, *Droit Civil, les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, Economica, 1<sup>re</sup> éd., 2003, §395 et s ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Tome II*,

extracontractuelle, M. Brun tente d'affiner le raisonnement. S'il parle bien de présomption, il note qu'une telle présomption ne fait nullement double emploi avec celle dont peut bénéficier la victime en application de la responsabilité du fait des choses, puisque c'est alors l'intervention de chaque chose dans la réalisation du dommage que la victime est dispensée de prouver grâce à la présomption de causalité, tandis que la présomption de fait actif de la chose agit plus en aval.

Au côté de cette doctrine majoritaire, quelques voix discordantes se font entendre. Ainsi, des auteurs<sup>120</sup> relèvent la contradiction entre le fondement collectif et la possibilité de s'exonérer, mais n'évoquent pas la présomption de causalité. D'autres<sup>121</sup> mentionnent le fondement collectif et la possibilité de s'exonérer, sans relever de contradiction apparente<sup>122</sup>.

Enfin, des juristes réalisent une appréciation nettement critique de cette jurisprudence. On peut trouver un tel exemple dans le manuel de MM. Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck<sup>123</sup>, qui rangent la solution dans un cas de responsabilité collective, semble-t-il pour mieux la critiquer<sup>124</sup>. Les auteurs distinguent bien les deux types d'incertitude en matière de causalité : « A côté de l'incertitude sur la cause du dommage peut en exister une autre sur l'auteur du fait dommageable : le fait causal est identifié, seul un nombre restreint de personnes peuvent l'avoir commis mais on ne sait pas laquelle ». Ils rejettent cependant la technique de la présomption en raison de l'absence de fondement possible sur le *plerumque fit*<sup>125</sup>. Les auteurs notent le fait que malgré l'application apparente d'une présomption de causalité, les juges continuent de restreindre la responsabilité solidaire à des situations mettant en scène un groupe<sup>126</sup>. Ils concluent qu'il ne peut s'agir que d'un cas exceptionnel de responsabilité collective : « une forme archaïque de responsabilité clanique ».

---

*responsabilité civile et quasi-contrats*, 2<sup>e</sup> éd., 2010, p. 175 et s. ; p. 198 et s. ; P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Droit des Obligations*, Litec, 11<sup>e</sup> éd., 2010, §705.

<sup>120</sup> FLOUR, AUBERT, SAVAUX, *Les obligations, Tome II, le fait juridique*, Sirey, 13<sup>e</sup> éd., 2008, § 165.

<sup>121</sup> SERIAUX, *Droit des obligations*, P.U.F., 2<sup>e</sup> éd., 1998, §103 ; BENABENT, *Droit Civil, Les obligations*, Montchrestien, 12<sup>ème</sup> éd., 2010, §561.

<sup>122</sup> Il convient de noter que cette question ne concerne généralement que peu de pages dans les manuels consacrés à une présentation générale du droit des obligations (sur ses aspects contractuels et délictuels), ce qui n'est guère étonnant eu égard à la somme de connaissances plus importantes à présenter (malgré l'utilité pratique de cette présomption).

<sup>123</sup> P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 4<sup>e</sup> éd., 2009.

<sup>124</sup> L'autre opinion critique se trouve dans un manuel moins à jour, celui de Henri, Léon et Jean MAZEAUD mis à jour par Michel de JUGLART puis François CHABAS, *Leçons de droit civil*, Montchrestien, 9<sup>e</sup> édition, 1998, 29<sup>ème</sup> leçon : la Causalité, §560. Les auteurs parlent bien de présomption, mais se réjouissent d'une régression de l'utilisation des diverses techniques pour retenir la responsabilité malgré l'incertitude des liens de droit. Nous insisterons sur la critique mentionnée à la note précédente car les auteurs lui donnent une place plus importante dans leur ouvrage, qui est également plus à jour.

<sup>125</sup> MALAURIE, AYNES, STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, : « un seul ayant commis le dommage, il n'est pas possible de supposer qu'il a été commis par chacun ».

<sup>126</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 23 novembre 2004, préc.

La Cour de cassation, qui a continué de raisonner à partir de la notion de groupe, et dans des hypothèses où les membres du groupe étaient tous fautifs, a récemment élargi les situations d'application de cette jurisprudence, ce qui a entraîné un renouveau des discussions doctrinales.

## **B. L'élargissement des applications**

Cet élargissement auquel a procédé la Cour de cassation s'est réalisé dans deux domaines. Il y a eu fin 2009 une disparition du recours à la notion de groupe qui a entraîné un renouveau des discussions doctrinales sur la nature du raisonnement utilisé par la Cour de cassation. En outre, dans le courant de l'année 2010, les juges du droit ont semble-t-il utilisé la condamnation solidaire en l'absence d'activité positive des défendeurs.

### 1. L'élargissement tempéré

Nous allons tout d'abord examiner en quoi a consisté cette disparition de la notion de groupe et le cadre dans lequel elle s'est effectuée, avant d'analyser le renouveau doctrinal auquel elle a donné lieu.

#### a. La disparition du recours à la notion de groupe

La situation semblait devoir peu évoluer. La jurisprudence était parvenue à une solution satisfaisante (au moins en équité), habillée par un fondement approuvé par une doctrine majoritaire. Il a toutefois suffi d'une étincelle pour remettre la question du dommage causé par un membre indéterminé d'un groupe déterminé. Celle-ci s'est produite par un élargissement de l'application classique à une situation mettant en scène des produits pharmaceutiques, en premier lieu le diéthylstilbestrol.

Le diéthylstilbestrol ou DES est une hormone de synthèse (œstrogène) mise au point en 1938 par un groupe de chercheurs britanniques. Commercialisé aux États-Unis dès 1941 pour traiter certains déséquilibres hormonaux, le DES a obtenu en 1946 l'agrément de la Food and Drug Administration (FDA) américaine afin d'être prescrit à des femmes enceintes en vue de lutter contre les fausses couches.

Ce produit est arrivé en France au début des années 1950. La commercialisation de la molécule sera assurée par deux laboratoires. Les laboratoires UCB PHARMA la mettront en circulation sous le nom de « Distilbène », tandis que les laboratoires BORNE le feront sous le nom de « Stilboestrol Borne » (ces laboratoires ont été rachetés par la société NOVARTIS SANTE FAMILIALE S.A.S., venant en lieu et place des laboratoires BORNE lors des litiges).

Les parts de marché de la première société seront nettement plus importantes (de 80 à 90% selon les sources) si bien que « Distilbène » deviendra très rapidement une appellation assez générique pour désigner la molécule.

Néanmoins, il est progressivement apparu que l'exposition *in utero* au DES pouvait engendrer des effets dommageables pour les filles des femmes auxquelles il avait été prescrit durant leur grossesse. Celles-ci peuvent notamment développer un adénocarcinome, soit une tumeur maligne révélant un cancer de l'utérus ou du vagin pouvant s'étendre rapidement mais dont le pronostic vital est assez favorable<sup>127</sup>. Toutefois, d'autres conséquences nocives sont également imputables au DES, telles des malformations de l'utérus ou des dommages aux tissus vaginaux entraînant, entre autres, une stérilité.

En 1971, la FDA américaine a retiré l'agrément du DES pour la prévention des fausses couches, tout en acceptant l'éventualité d'une prescription pour d'autres objectifs, hors des circonstances de grossesse, comme contraceptif oral, pour traiter les effets de la ménopause, voire les cancers de la prostate. En France, c'est seulement en 1976 que le DES a cessé d'être indiqué comme traitement des « avortements spontanés à répétition ». En 1977, il a été officiellement contre-indiqué pour les femmes enceintes et il reste aujourd'hui utilisé de manière marginale dans d'autres cas.

Il est donc peu dire que la possibilité que le DES puisse avoir des effets négatifs n'est pas contestée. Les fabricants étaient avertis de ceux-ci, et ils ont commis une faute par le fait de n'avoir pris aucune mesure, d'abord face à une incertitude, puis devant les risques connus et identifiés sur le plan scientifique, alors même qu'existaient des résultats discordants quant aux avantages et inconvénients de l'administration de cette hormone.

Aujourd'hui, deux problèmes majeurs se posent dans les affaires liées au Distilbène. D'une part, les troubles cancérogènes provoqués par le DES peuvent résulter d'autres facteurs, si bien que le contentieux autour de cette molécule concerne également des discussions sur

---

<sup>127</sup> Ministère de la Solidarité, de la Santé et de la Protection sociale. Exposition au diéthylstilbestrol (DES) *in utero*, prise en charge par le praticien. *Imprimerie Nationale*. Mars 1989.

l'origine du dommage, qui se résolvent souvent par des recours à des expertises médicales très poussées<sup>128</sup>.

D'autre part, les effets liés à la prise de DES sont transgénérationnels. Les principaux concernés seront donc les filles voire les petites-filles<sup>129</sup> des personnes à qui la molécule a été prescrite. Se pose donc un problème de preuve quant à l'identité du laboratoire pharmaceutique qui a fourni le produit absorbé, les dossiers médicaux étant généralement perdu ou détruit.

Dans l'arrêt Pesenti rendu le 24 septembre 2009<sup>130</sup>, le problème relatif à l'origine du dommage n'est pas en cause. En effet, les juges d'appel<sup>131</sup> ont retenu à la suite d'une expertise que les troubles de la fille étaient bien dus au DES pris par sa mère. Cependant, la victime ne pouvait pas prouver que la molécule était celle mise en distribution par le laboratoire UCB PHARMA S.A. ou par NOVARTIS SANTE FAMILIALE S.A.S<sup>132</sup>. Si son dossier médical mentionnait bien du « Distilbène », la Cour d'appel a noté qu'il s'agissait déjà à l'époque d'une appellation générique pour désigner le DES. La victime demandait réparation à titre principal contre la première société, seule à commercialiser le « Distilbène » sous cette dénomination, et à titre subsidiaire contre les deux sociétés. La Cour d'appel a rejeté les deux demandes. En premier lieu, la victime, Mme Pensenti, ne prouvait pas qu'elle avait été exposée au produit « Distilbène » commercialisé par société UCB PHARMA. En second lieu, elle ne pouvait demander réparation aux deux laboratoires car elle ne prouvait pas avoir été

---

<sup>128</sup> Un arrêt rendu le 24 septembre 2009 (pourvoi n° 08-10.081) dans une affaire impliquant le Distilbène refuse d'établir une présomption de causalité classique entre le dommage et le produit, et ne concerne pas l'identité du produit prescrit à la mère de la victime. La jurisprudence se fonde sur une casuistique très poussée, et il n'existe pas de solutions générales quant à l'octroi de présomption de causalité matérielle. Cet arrêt ne doit pas être confondu avec celui rendu le même jour, précité, et qui sera au cœur de nos développements dans la suite du devoir.

<sup>129</sup> H. KLIP., J. VERLOOP et al., Hypospadias in sons of women exposed to diethylstilbestrol in utero: a cohort study, *The Lancet*, mars 2002.

Cette étude américaine a été confirmée très récemment par une étude épidémiologique française publiée le 4 avril 2011 dans la revue *Fertility and Sterility* (P. BENKIMOUN, Distilbène : des effets nocifs sur trois générations, *Le Monde*, édition du 7 avril 2011).

<sup>130</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 24 septembre 2009, *Époux Pesenti et autres contre société Novartis santé familiale, société UCB Pharma et société RAM* ; Pourvoi n° 08-16.305 ; Bulletin 2009, I, n° 187 (P+B), *Juris-Data* n° 2009-049537.

Nous ne mentionnons ici que les principaux commentaires : D. 2010, p. 49, obs. BRUN ; D. 2010, p. 391 obs. VINEY ; RCA n° 11, Novembre 2009, obs. RADE ; RTD civ. 2010, p. 111 obs. JOURDAIN ; JCP G. 2010, 456, obs. STOFFEL-MUNCK.

Voir également la chronique de C. QUEZEL-AMBRUNAZ, La fiction de la causalité alternative, Fondement et perspectives de la jurisprudence « Distilbène », D. 2010 p. 1162.

<sup>131</sup> CA Versailles, 10 avril 2008, R.G. n°07/02482, Numéro *Juris-Data* 2008-009233.

<sup>132</sup> Ni le dossier médical ni le dossier gynécologique ni les ordonnances n'avaient été retrouvés. La fille produisait des témoignages des médecins de sa mère et un dossier de suivi médical, mais la Cour d'appel avait refusé de leur donner valeur probante.

exposée aux deux produits. La Cour d'appel mentionne d'ailleurs expressément l'hypothèse des chasseurs dont elle rejette l'application, en l'absence de « fautes connexes ou indissociables ou de concertation des laboratoires en relation avec le dommage ».

Mme Pesenti forme un pourvoi et la Cour de cassation va casser l'arrêt d'appel pour violation de la loi : « Qu'en se déterminant ainsi, après avoir constaté que le DES avait bien été la cause directe de la pathologie tumorale, partant que Mme Y... avait été exposée in utero à la molécule litigieuse, de sorte qu'il appartenait alors à chacun des laboratoires de prouver que son produit n'était pas à l'origine du dommage, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

Cette solution sera confirmée quelques mois plus tard par un arrêt du 28 janvier 2010<sup>133</sup>, dans une affaire aux faits similaires.

Le fondement est ici clairement probatoire. En plus de reprendre une formule proche de celle des arrêts de 1976, la Cour de cassation adopte pour visa les articles 1382 et 1315, le dernier renvoyant directement aux preuves. En outre, nulle part ne se trouve dans le raisonnement de la Cour de cassation un quelconque recours à la notion de groupe.

#### b. Le recours à une fiction ?

Ces arrêts ont relancé la discussion sur les fondements et l'équité de la jurisprudence. De fait, on peut noter des divergences par rapport aux situations classiques d'application du dommage causé par un membre indéterminé d'un groupe déterminé. Si après l'utilisation implicite de la technique de la présomption, les cas d'application étaient restés similaires, nous avons affaire à une hypothèse qui ne met plus en scène un groupe, ou alors dans un sens très distendu. Les défendeurs sont ici des personnes morales, et leurs intérêts sont tout sauf concordants, mais plutôt opposés par la loi du marché.

C'est à l'occasion de cette extension qu'une nouvelle qualification a été suggérée en doctrine. Dans un article publié au Recueil Dalloz quelques mois après les arrêts « Distilbène », M. Quezel-Ambrunaz a proposé de qualifier cette situation du dommage causé par un membre indéterminé d'un groupe déterminé, qu'il évoque par la locution causalité

---

<sup>133</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 28 janvier 2010, pourvoi n° 08-18.837 ; Bull. civ. I, n° 22 : « Qu'en statuant ainsi, alors qu'en cas d'exposition de la victime à la molécule litigieuse, c'est à chacun des laboratoires qui a mis sur le marché un produit qui la contient qu'il incombe de prouver que celui-ci n'est pas à l'origine du dommage, la cour d'appel a violé les textes susvisés », Gaz. Pal. 69-70, p. 18-19, obs. MEKKI ; D. 2010, p. 35 obs. P. BRUN, O. GOUT.

alternative, de « fiction »<sup>134</sup>. Après avoir écarté la justification par l'activité en commun, il envisage la présomption, qui était jusqu'alors le fondement couramment admis. L'auteur admet que le régime fait penser à celui d'une présomption. Il rejette toutefois ce fondement car il n'y a nulle part de vraisemblance. Tous les auteurs ne sont pas à l'origine du dommage, or ils sont condamnés in solidum. Comme on l'a déjà vu, une telle critique existait déjà dans le manuel de MM. Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, sans être plus approfondie.

Avec quelques décennies de décalage, M. Quezel-Ambrunaz entend répondre à la prévention qu'avait déjà adressée Dejean de la Bâtie dans son commentaire au Jurisclasseur, à savoir que « c'est une vue trop élémentaire des choses que de croire que le *plerumque fit* peut seul justifier une présomption. Celle que nous suggérons repose sur un fondement tout différent, particulier à la responsabilité civile : que chacun doit supporter, sur le plan même de la charge de la preuve, les suites de son fait illicite »<sup>135</sup>. M. Quezel-Ambrunaz estime quant à lui, citant M. Brun, que « si l'on fait jouer la présomption contre une réalité établie, elle devient une fiction ».

Il est souvent dit qu'une fiction est irréfragable. S'il s'agissait d'une fiction, il ne serait pas possible de permettre à une personne de se disculper de sa participation en démontrant qu'il n'a pas commis de faute. L'auteur répond que la fiction ne se justifie qu'autant qu'elle est justifiée : « la finalité de la fiction est de ne pas laisser la victime d'auteurs alternatifs sans réparation, et non de tous les sanctionner. Lorsque l'un de ces auteurs alternatifs se dégage de sa responsabilité, il laisse opérer la fiction à l'égard des autres, jusqu'à ce que, éventuellement, le véritable auteur soit désigné ».

Cette conception doit recevoir à notre avis une approbation nuancée.

La principale question quant à la nature du raisonnement de la Cour de cassation est donc aujourd'hui centrée sur son aspect présomptif ou son aspect fictif. Malgré l'emprise toujours plus considérable des présomptions dans notre droit, que l'on peut voir dans la suggestion de Dejean de la Bâtie de proposer une présomption non fondée sur le *plerumque fit* mais sur l'équité, nous estimons au contraire que le seul moyen de distinguer véritablement fiction et présomption réside dans un cantonnement strict des notions. Comme le rappelle le Doyen Cornu<sup>136</sup> : « le fondement de toute présomption est la vraisemblance qu'un fait établi communique au fait à prouver », tandis que la fiction est « l'opération par laquelle le

---

<sup>134</sup> C. QUEZEL-AMBRUNAZ, La fiction de la causalité alternative, art. cit.

<sup>135</sup> JCP 1978, II, 18773, obs. précité, DEJEAN de la BÂTIE.

<sup>136</sup> CORNU, *Droit Civil, Introduction au droit*, Montchrestien, 13<sup>e</sup> éd., 2007, § 199 et s.

législateur admet l'existence d'un fait qui est, pourtant, démenti par la réalité ». Il s'agit également de l'opinion exprimée dans la plupart des manuels d'introduction au droit des obligations<sup>137</sup>.

Or, force est de constater qu'en l'état actuel des choses, l'utilisation que fait la Cour de cassation ne peut être qu'une fiction. Sur le plan de l'obligation à la dette, elle condamne plusieurs personnes d'un dommage qu'un seul a commis, sauf à pouvoir rapporter la preuve contraire, ce qui devrait être rare. Il s'agit d'une condamnation irréaliste, sans qu'elle doive pour autant être désapprouvée.

Toutefois, des nuances doivent toutefois être introduites dans ces distinctions. Fictions et présomptions peuvent se rejoindre. Comme le note MM. Aubert et Savaux<sup>138</sup>, « la présomption peut avoir, parfois, pour résultat de contredire la réalité, faute pour celui à qui elle s'applique de pouvoir en démontrer la fausseté ; la fiction, quant à elle, tourne délibérément le dos à cette réalité : elle consiste à affirmer un fait contraire à celle-ci ». Cependant, il n'en demeure pas moins que toute présomption s'appuie sur une vraisemblance, ce qui n'est (on n'ose dire vraisemblablement) pas le cas en l'espèce.

Si la qualification de fiction doit être envisagée et retenue, il faut rappeler que les fictions sont traditionnellement l'apanage des lois. Si cette prérogative n'est plus véritablement d'actualité<sup>139</sup>, il n'en demeure pas moins que seule une loi pourrait aujourd'hui permettre de fixer la jurisprudence.

Dans un article publié fin 2010, Mme G'ssell-Macrez a répondu à M. Quezel-Ambrunaz que la Cour de cassation « a consacré une présomption de droit justifiée par le fait que chaque défendeur a des chances d'être l'auteur effectif du dommage. Ces chances sont attestées par la preuve que la victime doit son dommage à la molécule considérée. Il est peut-être excessif de voir dans ce mécanisme une fiction »<sup>140</sup>.

---

<sup>137</sup> F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., 2009, § 474 et s. ; MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 12<sup>e</sup> éd., 2008, §53 ; CARBONNIER, *Droit Civil Introduction*, P.U.F., 27<sup>e</sup> édition refondue, 2002, §175 et s ; ROLAND, BOYER, *Traité Jurisclasseur, Introduction au droit*, 2002.

<sup>138</sup> AUBERT, SAVAUX, *Introduction au droit*, Sirey, 13<sup>e</sup> édition, 2010, §72.

<sup>139</sup> Les fictions seraient aussi dans l'application du droit, voire même dans la doctrine, selon la thèse de G. WICKER, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, thèse Perpignan 1994, L.G.D.J. 1997. Voir également son article « Fiction » dans le *Dictionnaire de la culture juridique*, élaboré sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS.

<sup>140</sup> F. G'SSELL-MACREZ, La preuve du lien de causalité, comparaisons franco-américaines à propos des arrêts Distillbène LPA, 29 octobre 2010 n° 216, p. 6.



De son côté, Mme Viney estime que la démonstration de M. Quezel-Ambrunaz est « convaincante »<sup>141</sup>.

M. Jourdain, mentionnant l'analyse, énonce que « ce ne serait pas la première fois qu'une présomption s'appuie sur une fiction, ni plus généralement qu'une règle de droit met en œuvre une fiction »<sup>142</sup>. Cette remarque semble intéressante puisqu'il est également possible d'envisager, avec quelque artifice de pensée, que nous nous trouvons dans le cadre d'une fiction sur le fond du droit (un a causé le dommage, mais la victime peut agir contre tous), et une présomption sur le terrain probatoire (tous doivent prouver qu'ils n'ont pu causer le dommage). La présomption serait alors fondée sur la vraisemblance, rendue possible par la fiction. Toutefois, nous sommes ici bien loin du réel auquel tente pourtant de se rattacher la technique de la présomption, et que l'on entrevoit déjà le ciel des concepts (Begriffshimmel) qu'a tourné en dérision Jhering<sup>143</sup>.

Quoi qu'il en soit, s'il s'agit d'une présomption, quelle est sa nature ?

L'article 1349 du Code civil distingue les présomptions légales et présomptions du fait de l'homme. Les présomptions du fait de l'homme « sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes », comme l'énonce l'article 1353 du même code.

La présomption légale est l'œuvre du législateur. Il la généralise et systématise, de telle sorte que, postérieurement, le fait inconnu doit être tiré du fait connu par le juge, sur ordre de la loi. Classiquement, la doctrine dominante retient que les présomptions du fait de l'homme sont un mode d'administration de la preuve, tandis que les présomptions légales sont une dispense de preuve. Or, de nombreux auteurs estiment qu'avec l'émergence d'une procédure civile de plus en plus inquisitoriale, la tentation est grande pour le juge de confondre les notions<sup>144</sup>. De plus, les deux mécanismes ont tendance à se fonder sur des mécanismes logiques analogues.

Indépendamment de ce rapprochement, on a entendu créer une troisième catégorie de présomption : celles « quasi-légales »<sup>145</sup>.

---

<sup>141</sup> G. VINEY, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 17 juin 2010, RDC 2010 n° 4, p. 1247.

<sup>142</sup> P. JOURDAIN, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, RTD civ. 2010, p. 567.

<sup>143</sup> Dans son ouvrage *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum* (Satire et sérieux dans la jurisprudence, un cadeau de Noël pour le public juridique) publié en 1884, JHERING attaque avec une ironie mordante le ciel des concepts et imagine Savigny et Puchta discuter entre eux des concepts purs, les concepts appliqués étant trop déjà trop souillés...

<sup>144</sup> J. DUPICHOT, D. GUEVEL, J.-Cl. civil, *Code civil, Art. 1349 à 1353*, Fascicule 10, Présomptions - Notions générales, §18.

<sup>145</sup> P. MINIM, Les présomptions quasi-légales, JCP G 1946.I.578.

Selon Pierre Mimin, ces présomptions sont plus fortes que les présomptions de fait ou présomption de l'homme, qui ne sont pas toujours admissibles et qui, en cas d'admissibilité, se pèsent librement. Elles ressemblent aux présomptions légales, ont la même énergie mais ne sont pas issues de la loi. Le juge, au-delà de son pouvoir d'appréciation des indices, au-delà du raisonnement inductif qu'il peut faire dans chaque espèce, a été en effet tenté de généraliser certaines situations. On peut voir dans ces présomptions la nécessité qu'a le juge, qui est censé raisonner sur une pure casuistique, de toujours repasser par un principe. Nous n'entendons pas ici trancher le débat sur la nature du raisonnement d'une présomption (inductif ou déductif, ou les deux), mais celle qui nous intéresse semble être une pierre dans le jardin des partisans du double mécanisme. Jhering avait vu cela : « la présomption ne se meut pas en ligne droite allant du connu vers l'inconnu ; sciemment ou non, elle fait un détour par le principe »<sup>146</sup>.

Or, il est certain que « les présomptions jurisprudentielles constituent fréquemment un banc d'essai en vue d'une réforme législative »<sup>147</sup>. Il existe un certain nombre de présomptions jurisprudentielles quasi-légales ayant été consacrées par le législateur, au besoin avec quelques modifications : présomption de qualité de commerçant, présomption légale de durée de la gestation, présomption « omni meliore momento »,...

On retrouve cet aspect tout au long de l'histoire de la présomption, puisque déjà à Rome, l'empereur n'hésitait pas à consacrer des présomptions dégagées judiciairement<sup>148</sup>.

Ainsi, même si cette présomption est quasi-légale, une intervention législative n'est pas inenvisageable pour la consacrer, voire pour l'encadrer.

Fiction ou présomption ? Il ne s'agit que de moyens juridiques, qui ne devraient pas avoir trop d'influence sur les conditions et les effets de la jurisprudence. De plus, comme nous l'avons vu, ces deux notions trouvent ou aboutissent à une même source : celle de la loi. Cette intervention du législateur apparaît d'autant plus nécessaire que nous assistons à la suite des « arrêts Distilbène » à un certain débordement jurisprudentiel.

---

<sup>146</sup> Le rôle de la volonté sur la possession, p. 125. Cité dans la thèse de P. BRUN, *op. cit.*

<sup>147</sup> J. DUPICHOT, D. GUEVEL, *op. cit.*, §133.

<sup>148</sup> *Idem.*, §20.

## 2. L'élargissement absolu

Dans un arrêt du 17 juin 2010<sup>149</sup>, la Cour de cassation n'a pas hésité à appliquer la solution classique à un cas où un des deux défendeurs n'avait commis aucun fait actif, et alors que tous les membres du prétendu « groupe » des auteurs potentiels n'étaient pas assignés.

Les faits de l'arrêt sont malheureusement assez simples. Une personne décède d'une infection nosocomiale après avoir reçu des soins ou subi des examens dans six établissements. Ses proches assignent en réparation deux des six cliniques dans lesquelles elle a séjourné<sup>150</sup>. La Cour d'appel rejette la demande, estimant qu'il était impossible de déterminer lequel des deux établissements était à l'origine de cette infection<sup>151</sup>. La Cour de cassation va censurer l'arrêt pour violation des articles 1147 et 1315 du Code civil : « Qu'en statuant ainsi, alors que, lorsque la preuve d'une infection nosocomiale est apportée mais que celle-ci est susceptible d'avoir été contractée dans plusieurs établissements de santé, il appartient à chacun de ceux dont la responsabilité est recherchée d'établir qu'il n'est pas à l'origine de cette infection ».

On peut tirer quelques conclusions de cette jurisprudence.

Il s'agit avant tout d'une nouvelle application du principe à des personnes morales, ce qui donne l'impression d'une désincarnation de la notion de groupe. L'existence de plusieurs cliniques, pas plus que l'existence de plusieurs laboratoires, ne semble impliquer une véritable impossibilité probatoire, ou du moins pas aussi importante que celle que l'on retrouverait au sein d'un groupe de personnes physiques.

Surtout, il s'agit d'une application dans laquelle un seul des défendeurs a commis semble-t-il une faute. Là où les chasseurs tiraient tous dans une direction sans visibilité, là où les laboratoires pharmaceutiques laissaient dans le commerce un produit dangereux et violaient leur obligation de vigilance, cinq des six cliniques n'ont manifestement commis aucun manquement à leur obligation concernant les infections nosocomiales. La seule justification de cette jurisprudence laisse à penser qu'elle s'inscrit dans un contexte particulier lié à la lutte contre ces infections<sup>152</sup>, mais il s'agit tout de même d'une nette extension.

---

<sup>149</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 17 juin 2010, pourvoi n°09-67.011, note RCA n° 10, comm. 259, obs. RADE ; RTD civ. 2010, p. 567, obs. JOURDAIN ; D. 2011, p. 35, obs. BRUN ; JCP G n°41, 1015, §5, obs. BLOCH ; RDC n° 4, p. 1247, obs. VINEY, préc.

<sup>150</sup> Les quatre autres cliniques seront appelées en la cause par l'assureur d'une des cliniques assignées.

<sup>151</sup> CA Aix-en-Provence, 4 mars 2009, n°2009/109, Juris-Data : 2009-02075.

<sup>152</sup> Les cliniques sont débitrices d'une obligation légale de résultat depuis la loi du 4 mars 2002.

De plus, on peut noter que la Cour de cassation admet que le demandeur ne semble pas obligé d'assigner l'intégralité des auteurs potentiels du dommage. Il s'agit d'une manifestation allant à l'encontre des prévisions de Mme Viney, et ouvrant considérablement le champ d'application de la jurisprudence. Il n'est pas certain que l'auteur du dommage se trouve parmi les personnes assignées.

Enfin, la Cour de cassation en fait ici une application en matière de responsabilité contractuelle, et l'arrêt est d'ailleurs rendu aux vises des articles 1147 et 1135. La jurisprudence avait eu l'occasion de ne l'appliquer qu'en l'absence de contrat<sup>153</sup>. Récemment, la 1<sup>ère</sup> chambre civile s'était même montrée réticente à appliquer une telle dispense de preuve dans des situations contractuelles<sup>154</sup>.

## **Conclusion de la première partie**

De l'étude des réponses apportées à l'incertitude entourant l'identité de l'auteur d'un dommage causé par le membre d'un groupe déterminé, nous nous retrouvons dans l'incertitude des nouvelles réponses.

Face à une telle évolution et à quelques débordements, nous nous prononçons pour une fixation législative du principe. Seule une loi semble à même de poser des conditions d'application strictes et indiscutables tout en garantissant l'équité de la solution. Présomptions et fictions sont avant tout des moyens de mise en œuvre de règles qui les dépassent, et comme nous l'avons vu, trouvent leur source ou leur aboutissement dans la loi. Celle-ci ferait de plus l'impasse quant à la nature de sa solution. Les débats actuels sur la nature du raisonnement ne sont pas sans perturber la réflexion quant aux conditions de mise en œuvre.

---

<sup>153</sup> En vertu de la loi du 4 mars 2002, une telle situation obéirait aujourd'hui à l'article L.1142-1-II qui prévoit une indemnisation par la solidarité nationale.

<sup>154</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 mars 2000, Bull. civ. 2000, I, n° 108, JCPG 2000, I, 241, n° 8, obs. G. VINEY ; RTD civ. 2000, p. 577, obs. P. JOURDAIN ; Civ., 1<sup>ère</sup>, 23 nov. 2004, n° 03-16.865, préc.

## **Seconde partie - Pour une consécration législative d'une action en réparation du dommage causé par un membre indéterminé d'un groupe déterminé**

La coupe remplie peu à peu par la jurisprudence a débordé. Il semble aujourd'hui nécessaire de créer une action législative. Nous nous proposons dans cette partie de notre étude d'entamer une réflexion globale sur ce que serait une telle action. A cette fin, nous écartons de cette partie les réflexions sur la nature du raisonnement induit par l'action en réparation, afin de nous concentrer exclusivement sur les conditions et effets.

Classiquement, le régime d'une action suppose à la fois des conditions (Titre I) et des effets (Titre II).

### **Titre I. Les conditions de l'action en réparation d'un dommage causé par un membre indéterminé d'un groupe déterminé**

Avant d'envisager une réflexion sur les conditions d'une telle action (Section II), nous aimerions exposer les raisons d'une consécration législative, qui est somme toute la condition nécessaire pour pouvoir poser des conditions hors de toute casuistique (Section I).

#### **Section I. L'idée d'une disposition législative**

Une telle intégration pourrait s'inscrire dans le cadre de la réforme à venir du Code civil en ce qui concerne sa partie consacrée à la responsabilité civile. Quelque peu caché par son pendant contractuel, il n'en demeure pas moins que des discussions sont en cours et ont même donné lieu à une proposition de loi issue du Sénat<sup>155</sup>.

La pertinence d'une consécration législative ne doit pas se juger hâtivement<sup>156</sup>. Elle nécessite une profonde réflexion, qui impose tout d'abord de se demander pourquoi une action générale (voire des actions particulières) n'existe-t-elle déjà pas dans notre droit : il s'agit alors d'observer le passé (A).

---

<sup>155</sup> Proposition de loi du 9 juillet 2010 portant réforme de la responsabilité civile, présentée Par M. Laurent BETEILLE, faisant suite à « Responsabilité civile : des évolutions nécessaires », rapport d'information n° 558 (2008-2009) de MM. Alain ANZIANI et Laurent BETEILLE au nom du groupe de travail sur la responsabilité civile, créé au sein de la commission des lois.

<sup>156</sup> Le législateur doit avoir la *main tremblante*, selon l'expression de Montesquieu.

Il faut ensuite rechercher si des dispositions proches existent, et pour quelles raisons : il s'agit alors d'analyser le présent (B).

Enfin, comme nous nous inscrivons dans le cadre d'une réforme plus globale du Code civil, il nous faut tenter d'examiner les propositions de ceux qui tentent de deviner l'avenir (C).

Ces réflexions faites, nous pourrions nous prononcer sur la pertinence de la consécration d'un principe législatif (D).

### **A. Le passé : le droit historique**

Le principe général de réparation du dommage causé par un membre indéterminé au sein d'un groupe déterminé pourrait se prévaloir d'une histoire. Cette règle d'indemnisation n'est pas totalement inconnue au droit français, et ne doit son absence dans le Code civil qu'à un débat au sein du Conseil d'Etat.

Il convient tout d'abord de rappeler que selon les anthropologues, la responsabilité est historiquement collective et s'attache au groupe, ce qui résulte du caractère holiste des sociétés premières. Il est donc normal de voir à Rome des exemples de responsabilité collective, au titre desquels on trouve « l'actio de effusis vel dejectis »<sup>157</sup>, un des très rares quasi-délits identifiés clairement à l'époque romaine. Elle trouve son origine dans l'étroitesse des rues de Rome où il arrivait fréquemment qu'un passant reçoive des ordures jetées d'une fenêtre (il était alors impossible de déterminer l'auteur du jet). L'exercice de l'action était interdit lorsque le dommage survenait la nuit, ce qui permettait à chacun de jeter librement ses ordures qui étaient ramassées par un service avant le début de la journée. Si l'auteur était connu, seule sa responsabilité civile était alors engagée sur le fondement de la « lex aquilia ». Mais si l'immeuble était habité par plusieurs personnes, elles étaient toutes tenues solidairement et la victime pouvait solliciter réparation de l'occupant de son choix<sup>158</sup>.

Plus tard, le Digeste énoncera que si plusieurs personnes battent un esclave à mort et si l'on ne connaît pas l'identité de celui qui a porté le coup mortel, tous sont tenus de la réparation<sup>159</sup>.

---

<sup>157</sup> A ce système s'ajoutait parfois une responsabilité du fait d'autrui malgré l'anonymat de l'auteur du dommage. Ainsi, le prêteur pouvait conférer une action « in factum » en cas de vol ou de dommage commis sur un bateau, dans une auberge ou une écurie sans que l'auteur ou préposé ait pu être identifié. L'entrepreneur est alors responsable de ses préposés et soumis à une condamnation au double.

<sup>158</sup> J. DEMAREZ, *op. cit.*, p. 40.

<sup>159</sup> ULPIEN, *Digeste*, 9, 2, 11, 2

Au Moyen-âge, un édit de Clotaire de 595 groupe toutes les familles en centuries et en décennies responsables des vols commis sur leur territoire. Vestige de la responsabilité collective du clan, le chef répondait, dans les communautés, des délits de toute sa « ménie », indépendamment de la connaissance de l'auteur du dommage. Il s'agit d'une responsabilité collective répondant à l'insuffisance de l'appareil juridique et politique. Parallèlement, l'action « de effusis vel dejectis » survit au moyen-âge et se réanime lors de la renaissance urbaine du XIème siècle.

En droit moderne, Domat publie au XVIIème siècle un essai de construction des relations juridiques nées de la faute anonyme.

Il construit un système général de responsabilité civile contractuelle pour autrui. Il permet de désigner à la victime un garant d'une faute perpétrée par l'une des personnes inconnues dont il répond. Le locataire répond du fait de ses domestiques, parents, hôtes. Dans ce cas, il y a toujours une faute : soit un mauvais choix car le débiteur a choisi celui qui s'est substitué à ses obligations, soit une mauvaise surveillance ou une irrégularité de la substitution.

En outre, il reprend également « l'actio de effusis vel dejectis »<sup>160</sup>.

Lors de la période de codification, le cas de « l'actio de effusis vel dejectis » est envisagé. Le premier projet présenté par les rédacteurs du Code civil comporte une telle action. Il se présente ainsi<sup>161</sup> :

« Section II. Des quasi-délits.

16. Article 1382 : Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer, encore que la faute ne soit point de la nature de celles qui exposent à des peines de police simples ou correctionnelles.

17. Après-1382 : S'il est jeté sur un passant, de l'eau ou quelque chose qui produise un dommage, d'une maison habitée par plusieurs personnes, c'est celui seul qui habite l'appartement d'où l'on a jeté, qui est tenu du dommage. S'il l'on a vu celui qui a jeté, il en est seul tenu ; si on l'ignore, tous sont solidairement responsables.

18. *ibid.* : Les hôtes qui n'habitent qu'en passant dans la maison d'où la chose a été jetée, ne sont point tenus du dommage, à moins qu'il ne soit prouvé que ce sont eux qui ont jeté ; mais celui qui les loge en est garant.

---

<sup>160</sup> DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Livre II, Titre VIII, Section 1 et suivantes, 1689. Cité par J. DEMAREZ, *op. cit.*, p. 42

<sup>161</sup> FENET, *Travaux préparatoires du Code civil*, Tome II, p. 202-203.

[Le paragraphe 19 reprend ensuite l'article 1383, dans une rédaction quasi-similaire à sa version finale, et puis les autres articles dans l'ordre qui sera finalement adopté par le Code civil]. »

On peut ainsi observer que l'action « de effusis » devait être intégrée dans le Code civil, et comportait une obligation solidaire. L'article n'est alors pas des plus clairs et semble envisager la responsabilité de l'ensemble de la maison pour le dommage causé par un jet venant d'un seul appartement.

Le projet est ensuite présenté devant le Tribunal de cassation. Celle-ci ne trouve rien à redire à la présence de l'action, mais remarque le problème de rédaction<sup>162</sup>. Elle entreprend une nouvelle version, plus heureuse: « S'il est jeté sur un passant de l'eau ou quelque chose qui produise un dommage, d'une maison habitée par plusieurs personnes, ceux qui habitent l'appartement d'où l'on a jeté, sont tous solidairement responsables ; à moins que celui qui a jeté ne soit connu, auquel cas il doit seul la réparation du dommage. »<sup>163</sup>

Enfin, le projet est présenté devant le Conseil d'Etat par Bigot de Préamaneu. Il propose alors au Conseil l'article en adoptant la rédaction du Tribunal de cassation. C'est au cours de la séance du 2 frimaire an XII (24 novembre 1803) que le sort de l'article est joué<sup>164</sup>. L'article 1382 est adopté, mais ses deux successeurs sont discutés. André-François Miot de Mérito énonce lapidairement que « l'énonciation du principe suffit ; que les exemples doivent être retranchés ».

Ce sera chose faite et les articles disparaîtront.

On peut tirer quelques informations intéressantes de ce parcours. L'action « de effusis », illustration particulière du dommage causé par un membre indéterminé d'un groupe déterminé, n'a certes pas été reprise dans le Code civil, mais il ne s'agit pas d'un rejet. On estimait simplement qu'elle était surabondante et contenue dans l'article 1382 du Code civil. Pourtant, la condamnation solidaire prévue par le paragraphe 17 du projet ne semblait pas pouvoir être prononcée par le juge au titre des principes généraux des articles 1382 et 1383. Manifestement, il s'agissait toutefois de la volonté du législateur.

---

<sup>162</sup> *Idem.*, Tome II, p. 604. Le tribunal de Cassation note (reproduit en ancien français) : « Tous les habitans d'une maison peuvent-ils être solidairement responsables du dommage causé par l'eau jetée d'un des appartemens ? Pour que cela fût juste, il faudrait que les propriétaires fussent tenus, en louant chaque appartement, de prendre l'agrément des autres locataires. »

<sup>163</sup> *Ibid.*

<sup>164</sup> *Idem.*, p. 450.



Le regard tourné vers le passé permet de mieux éclairer le présent.

## **B. Le présent : le droit positif**

Le présent doit désormais s'examiner sur plusieurs ordres. En droit interne, mais également en droit comparé, et ce d'autant plus que notre problème de base de l'identification de l'auteur se situant au sein d'un groupe est universel.

### 1. Droit interne : des dispositions éparses

L'absence de l'action « de effusis » n'a pas impliqué une absence de dispositions particulières impliquant la même logique au sein de notre droit. Celles-ci sont toutefois rares, mais existent.

Il s'agit tout d'abord du cas de l'incendie déclaré dans un immeuble.

L'article 1733 du Code civil énonce que le preneur « répond de l'incendie, à moins qu'il ne prouve :

Que l'incendie est arrivé par cas fortuit ou force majeure, ou par vice de construction.

Ou que le feu a été communiqué par une maison voisine ».

L'origine de ce texte remonte à Pothier qui estimait que tout incendie procédait d'une faute cachée par celui-ci. Il fallait donc présumer la faute. Mais il rejetait cette présomption en cas de colocation<sup>165</sup>. Merlin avait quant à lui défendu l'idée d'une présomption collective dans cette dernière situation. Après une consécration de sa thèse par le Parlement de Paris le 7 août 1777, la solution sera reprise dans le Code civil.

L'article 1734 énonce alors: « S'il y a plusieurs locataires, tous sont solidairement responsables ;

A moins qu'ils ne prouvent que l'incendie a commencé dans l'habitation de l'un d'eux, auquel cas celui-là seul en est tenu ;

Ou que quelques-uns ne prouvent que l'incendie n'a pu commencer chez eux, auquel cas ceux-là n'en sont pas tenus ».

L'idée est à la fois basée sur une garantie octroyée au bailleur et sur l'idée de faute dans la surveillance mutuelle que doivent exercer les locataires.

---

<sup>165</sup> J. DEMAREZ, *op. cit.*, p.84.

Cette thèse sera contestée par les juges du fond lors des consultations de 1804 en raison des risques qu'il fait peser sur les locataires. Le Sénat va modifier l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1734 qui pose la condamnation solidaire par une loi du 5 janvier 1883. Celui-ci devient alors : « S'il y a plusieurs locataires, tous sont responsables de l'incendie, proportionnellement à la valeur locative de la partie de l'immeuble qu'ils occupent ».

Cet article est très intéressant puisqu'il est le premier à avoir consacré une obligation proportionnelle à une variable, et non une obligation solidaire. C'est un point que nous retrouverons bientôt quant à la discussion sur les effets de l'action législative que nous envisageons. Les raisons de cette modification visent à amoindrir les risques qui peuvent être très importants pour le locataire qui serait pécuniairement tenu pour le tout. Les logiques de telles actions peuvent diverger, et il faut d'ores et déjà noter qu'un principe général consacrant une obligation in solidum n'aboutirait pas nécessairement à la remise en cause de ces petits principes. Toujours est-il qu'il s'agit bien d'un cas de responsabilité en présence de l'auteur indéterminé d'un groupe déterminé.

L'article 102 de la loi du 4 mars 2002 semble avoir posé une disposition faisant application du dommage causé par un membre indéterminé d'un groupe déterminé. En effet, cet article énonce qu'« en cas de contestation relative à l'imputabilité d'une contamination par le virus de l'hépatite C antérieure à la date d'entrée en vigueur de la présente loi, le demandeur apporte des éléments qui permettent de présumer que cette contamination a pour origine une transfusion de produits sanguins labiles ou une injection de médicaments dérivés du sang. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que cette transfusion ou cette injection n'est pas à l'origine de la contamination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Le doute profite au demandeur ».

Cet article, une fois encore, ne concerne pas une simple application particulière de ce serait un principe général, mais est un cas particulier, adopté dans le cadre de la lutte contre les infections nosocomiales, reposant également depuis cette même loi sur un principe de solidarité nationale.

On trouve à côté des dispositions législatives précitées d'autres à la portée plus réduite. Ainsi, la loi des 4 et 6 avril 1889 pose une responsabilité particulière indépendante de

la connaissance du gardien de l'animal qui a causé un dommage<sup>166</sup> : « Lorsque des animaux non gardés ou dont le gardien est inconnu ont causé du dommage, le propriétaire lésé a le droit de les conduire sans retard au lieu de dépôt désigné par le maire, qui, s'il connaît la personne responsable du dommage aux termes de l'article 1385 du Code civil, lui en donne immédiatement avis.

Si les animaux ne sont pas réclamés, et si le dommage n'est pas réparé dans la huitaine du jour où il a été commis, il est procédé à la vente sur ordonnance du juge compétent de l'ordre judiciaire qui évalue les dommages ».

## 2. Droit comparé : des principes généraux

Quel a été le choix des droits étrangers ? Certains comportent des dispositions générales régissant ces cas. Nous les énoncerons intégralement, puis nous reprendrons éventuellement les conditions qu'ils mentionnent lors des discussions sur les conditions, à titre de comparaison.

Le paragraphe 830 du Bürgerliches Gesetzbuch comporte notamment une telle disposition : « Lorsque plusieurs personnes ont causé un dommage par un fait illicite réalisé en commun, chacune d'elles en est responsable. Il en est de même lorsqu'il est impossible de déterminer laquelle de plusieurs personnes impliquées à causé le dommage par son fait. »<sup>167</sup>

L'article 719 du Code civil japonais énonce que « lorsque plusieurs personnes ont causé un dommage à une autre par un acte illicite commis en commun, elles sont tenues solidairement à la réparation du dommage. Il en est de même lorsqu'il est impossible de reconnaître lequel des coauteurs de l'acte a causé le dommage ».

L'article 137 du Code des Obligations de Pologne dispose quant à lui que « lorsque le dommage a été causé par plusieurs personnes, elles en sont responsables solidairement, à moins qu'elles n'établissent laquelle d'entre elles, et dans quelle mesure, a contribué à causer le dommage ».

Le Code civil du Québec prévoit en son article 1480 que « lorsque plusieurs personnes ont participé à un fait collectif fautif qui entraîne un préjudice ou qu'elles ont commis des fautes distinctes dont chacune est susceptible d'avoir causé le préjudice, sans qu'il soit

---

<sup>166</sup> Après avoir longtemps figuré à l'article 401 de l'ancien Code rural, cette disposition se trouve désormais à l'article L. 211-1 du Code rural et de la pêche.

<sup>167</sup> BGB, § 830, Mittäter und Beteiligte, « 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 ».

possible, dans l'un ou l'autre cas, de déterminer laquelle l'a effectivement causé, elles sont tenues solidairement à la réparation du préjudice ».

Enfin, en ce qui concerne le droit américain, si celui-ci ne contient aucune disposition proprement légale, certains traités très influents ayant valeur de « persuasive authority » en comprennent. C'est notamment le cas du § 433B(3) du « Second Restatement of Torts » de 1965 qui énonce que « lorsqu'un ou plusieurs agents ont eu un comportement illicite, et qu'il est prouvé qu'un dommage a été causé au demandeur par un seul d'entre eux, dont l'identité est incertaine, la charge de la preuve repose sur chaque agent, qui doit établir qu'il n'a pas causé le dommage ».

Le droit européen à destination de la pratique n'est pas non plus en reste.

Les Principes du droit européen de la responsabilité énoncent qu'« en cas d'activités multiples, dès lors que chacune d'elles prise isolément aurait été suffisante pour causer le dommage, mais que celle ayant effectivement conduit à sa réalisation reste incertaine, chaque activité est considérée comme une cause, en proportion de sa contribution probable au dommage subi par la victime »<sup>168</sup>.

Le Draft common frame of reference évoque les « Alternative causes » : « Where legally relevant damage may have been caused by any one or more of a number of occurrences for which different persons are accountable and it is established that the damage was caused by one of these occurrences but not which one, each person who is accountable for any of the occurrences is rebuttably presumed to have caused that damage. »<sup>169</sup>

Tous ces articles ont leurs spécificités propres. Ainsi, l'article 137 du Code des obligations de Pologne conserve une certaine spécificité de rédaction, car il n'envisage l'hypothèse qui nous concerne qu'implicitement, en l'englobant dans le cas de la pluralité d'auteurs du dommage. De même certains droits n'envisagent notre problème qu'en conséquence du cas de la pluralité d'auteurs du dommage. Les conditions varient subtilement entre tous les articles. Concernant les effets, la plupart des droits retiennent une solidarité au stade de l'obligation à la dette. Viennent faire exception les principes du droit européen de la responsabilité qui posent une obligation proportionnelle à la contribution probable. Nous retrouverons ces débats lors des discussions sur les conditions proprement dites et les effets.

---

<sup>168</sup> PETL, art. 3 :103.

<sup>169</sup> DCFR, VI. - 4:103

C'est au regard de ces dispositions existantes dans notre entourage que se sont inscrits les divers projets de réforme de notre droit interne de la responsabilité civile.

### **C. L'avenir : le droit prospectif**

Les projets internes de réforme de la responsabilité civile se sont intéressés à ce point.

Le premier à l'avoir fait est l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription<sup>170</sup>, dont la partie relative à la responsabilité civile fut pilotée G. Viney et G. Durry, accompagnés de six autres universitaires.

Ce projet consacre deux articles à la question du lien de causalité (le choix a été fait de ne pas définir ce lien par une formule générale, jugée illusoire). Les articles 1347 et 1348 énoncent ainsi : « 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 ».

Par ailleurs, l'article 1348 du projet contient une note de bas de page qui indique : « 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 ». Il est donc peu dire que cette disposition a pu influencer la Cour de cassation dans son arrêt du 24 septembre 2009.

Cette généralisation du principe a suscité des réserves de la part des rapports d'étude de la Cour de cassation<sup>171</sup> et du Sénat<sup>172</sup>.

Le rapport de la Cour de cassation reproche notamment à l'article sa généralité, qui pourrait conduire à une extension inconsidérée de la solution classique, incompatible notamment en matière de responsabilité du fait des produits défectueux. Cette position semble

---

<sup>170</sup> *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, dit « Projet CATALA », Rapport à Monsieur Pascal CLEMENT, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 Septembre 2005.

<sup>171</sup> *Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, sous la direction de P. SARGOS, 15 juin 2007, §80.

<sup>172</sup> Rapport d'information n° 558 précité, Recommandation n° 14.

résonner dans le vide eu égard à la considérable extension à laquelle a procédé la Cour de cassation, sans pour autant que l'article ait été voté.

Le rapport du Sénat estimait à l'époque de sa rédaction que les hypothèses d'application avaient été suffisamment circonscrites par la jurisprudence. Ce rapport a procédé à des auditions afin de rassembler le plus d'avis possible sur l'article 1348 du Projet Catala. Ainsi, la proposition a reçu l'assentiment de l'Institut national d'aide aux victimes et de médiation (INAVEM) et de la Confédération de la consommation, du logement et du cadre de vie (CLCV). Toutefois, une majorité des personnes entendues s'y sont opposées. La Chambre de commerce et d'industrie de Paris (CCIP) a dénoncé les dangers d'une telle ouverture, les conditions étant jugées trop larges. Le Mouvement des entreprises de France (MEDEF) a jugé de même. Le rapport du Sénat a finalement rejeté la proposition.

Le projet Terré (dans sa partie sur la responsabilité civile) a lui choisi de consacrer une telle disposition<sup>173</sup>. L'article 12 énonce que « Lorsqu'un dommage est causé par un membre indéterminé d'un groupe de personnes agissant de concert, chacun en répond pour le tout, sauf à démontrer qu'elle ne peut l'avoir causé ». Le texte se veut plus restrictif que la « formulation adoptée par le projet Catala-Viney, qui est très large et a paru pouvoir se prêter à des applications malheureuses ».

Passé, présent, futur, il nous fait maintenant conjuguer tous ces temps.

#### **D. Pour une disposition législative générale**

Aujourd'hui, seule une disposition législative semble possible pour tempérer les élargissements auxquels a procédé la Cour de cassation et pour poser un cadre incontesté à cette solution qui devrait s'appliquer à de plus en plus de situations.

Après avoir eu à trancher une affaire similaire dans le fameux arrêt Fairchild, Lord Hoffman, un des doyens de la Chambre des Lords, a écrit : « Nous décidons, ce qui est une question de règle juridique, quel est le lien de causalité exigé par le droit puis nous décidons, comme question de fait, si le demandeur a satisfait ou non aux conditions imposées par le droit. Il n'y a rien d'autre à ajouter, à mon avis<sup>174</sup>. » C'est la politique juridique, qui est souvent dictée par

---

<sup>173</sup> *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, sous la direction de F. TERRE, Dalloz, Mars 2011.

L'exposé de la question qui nous concerne a été réalisé par M. Borghetti.

<sup>174</sup> Hoffmann L., Causation, *Law Quarterly Review* 2005, 121, 592, 603.

des notions de moralité (comme l'énonce lui-même Lord Hoffman), mais aussi par d'autres raisons pratiques, qui détermine la causalité en droit anglais. Le résultat est souvent le produit d'un effort du juge qui doit concilier droits subjectifs et intérêts en conflit.

Si cette conception est viable dans le domaine de la Common Law, elle l'est moins en droit continental, et d'autant moins que le juge a, nous semble-t-il, fait déborder le vase sur cette question.

Une telle consécration permettrait en outre de faire l'économie des discussions sur la nature de l'action qui seraient reléguées à un second plan et qui ne détermineraient pas les solutions à venir. De fait, présomptions et fictions ne sont que des techniques juridiques qui mettent en jeu un intérêt supérieur, ici celui de ne pas laisser sans indemnité une victime qui n'est pour rien sans son incapacité à rapporter la preuve de l'auteur du dommage. De plus, la solution de l'obligation in solidum serait indiscutable puisqu'elle laisserait la place à une solidarité prévue par la loi. Or, on sait que les fondements de celle-ci sont discutés.

Une telle consécration ne serait pas contraire à l'esprit qui a prévalu lors de la rédaction du Code civil en 1804, comme nous l'avons observé grâce aux travaux préparatoires publiés par M. Fenet. L'action spéciale connue à l'époque a en effet été rejetée car elle semblait incluse au sein de l'article 1382 du Code.

En ce qui concerne les craintes exprimées par le Sénat et les entreprises, ce n'est pas une telle généralisation du principe qui est en elle-même contestée mais les conditions de son exercice. Il conviendra d'en tenir compte par la suite. Même parmi les raisonnements mettant en exergue l'économie, certains auteurs estiment qu'une généralisation est possible, en raison de l'idée de prévention du dommage à laquelle elle participe<sup>175</sup>.

La condition aux conditions, qui est la volonté de créer un principe général, ayant été résolue de manière positive, il nous faut maintenant étudier celles-ci.

---

Cité par S. BANAKAS (Professeur à l'Université d'East Anglia, Norwich), Réflexions sur quelques développements récents en droit anglais, *Colloque « les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité civile »*, RLDC n°40, supplément du 07/2007.

<sup>175</sup> E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 2008, n°1222.

## **Section II. Les conditions proprement dites**

On peut envisager une pluralité de conditions afin de restreindre la portée de l'action générale. Nous pouvons distinguer deux types de conditions quant à la situation en cause. Celles qui s'attachent au demandeur (A) et celles qui s'attachent aux défendeurs (B). Cette présentation n'est pas sans le mérite de la clarté en ce qui concerne les principales conditions, mais elle est paraît quelque peu artificielle sur certains points qui relie le demandeur et les défendeurs. Nous avons alors rattaché ces points aux principaux intéressés.

### **A. Les conditions liées au demandeur**

Quatre types de conditions doivent être envisagés : le dommage de la victime, la preuve de la causalité matérielle, l'impossibilité probatoire et enfin la nature de la responsabilité.

#### **1. Le dommage de la victime**

Il nous faut tout d'abord évoquer la condition du dommage causé à la victime, pour la raison particulière qu'existe une théorie qui prétendrait faire de celui-ci la seule condition d'une telle action en responsabilité in solidum, fondée sur l'adage « res ipsa loquitur », que l'on peut traduire par : « La chose parle pour elle-même »<sup>176</sup>. La victime n'aurait en effet qu'à rapporter la preuve de son dommage pour pouvoir agir. Le dommage n'aurait pas pu se produire en l'absence d'une faute du défendeur, mais on ignore ce qu'il a fait. L'évidence de la faute conduit à renverser la charge de la preuve. Ce postulat a servi dans certains droits pour sanctionner les silences coupables<sup>177</sup> gardés par des membres d'un groupe au sein duquel se trouve l'auteur de la faute, notamment des équipes médicales. Dans un arrêt Ybarra versus Spangard de la Cour Suprême de Californie<sup>178</sup>, cette théorie a été admise à propos d'un dommage causé par une équipe médicale à un patient inconscient.

La maxime « res ipsa loquitur » n'a pas été reprise en droit français, y compris quand elle intervient dans le cadre d'un groupe avec une conspiration du silence. Dans un arrêt du 27 mai 1998, la Cour de cassation a notamment refusé d'appliquer cet axiome en droit médical,

---

<sup>176</sup> H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, Paris, Litec, 1992, n° 378, p. 798.

<sup>177</sup> Le droit américain évoque la « conspiration du silence » (« Silence of conspiracy »).

<sup>178</sup> Ybarra v. Spangard, 27 décembre 1944 ; 25 Cal.2d 486, 154 P.2d 687 (Cal.1944).



ce qu'avait fait la Cour d'appel. C'est à raison selon nous que cette théorie ne devrait pas être reprise pour fonder une action générale, car en l'appliquant, on fait en sorte que le fait prouve tout, et prouve trop. Le fait ne doit pas par principe faire le droit<sup>179</sup>. Le dommage ne saurait donc être la seule condition.

On peut également envisager une condition liée à la nature du dommage telle que l'existence d'un dommage corporel. La quasi-totalité des hypothèses jurisprudentielles concernent des dommages corporels. Une limitation n'aurait donc vraisemblablement que peu d'effets. Parmi les « trois axes de restriction » que M. Stoffel-Munck a proposés à cette condamnation in solidum, figure notamment le caractère corporel du dommage<sup>180</sup>. Mais il n'existe à notre avis aucune raison d'imposer une telle limitation, et ce d'autant plus qu'elle n'aurait que peu d'effets puisqu'il s'agit de la plupart des hypothèses concernées. La totalité des dispositions étrangères n'imposent d'ailleurs pas une limitation de l'application à l'existence d'un dommage corporel.

## 2. La preuve de l'origine du dommage

Une autre condition peut être la technique de preuve du lien de causalité. En effet, on a vu que dans le cas du dommage causé par un membre indéterminé d'un groupe déterminé, la jurisprudence procède à une sorte de segmentation du lien de causalité, exigeant simplement de la victime qu'elle prouve les conditions générales de la responsabilité contre un membre idéal du groupe. Mais peut-on admettre que cette preuve, et notamment celle du lien de causalité matérielle, résulte elle-même d'une présomption ? Ce serait dispenser la victime de prouver un lien de causalité idéal, et un lien de rattachement à l'auteur du dommage. Selon nous, cependant, il ne convient pas ici d'imposer une limite au raisonnement.

Les présomptions relatives au lien de causalité matérielle ne dispensent généralement pas la victime de toute preuve, il s'agit simplement de prouver d'autres faits connus que le juge tirera au fait inconnu. De plus, la causalité est un domaine sensible, à propos duquel on

---

<sup>179</sup> « Il est rationnellement exclu que des faits la norme puisse se déduire, car elle implique un jugement de valeur porté sur eux », J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, P.U.F., 1994, p. 286. Cité par Franck HEAS, La maxime res ipsa loquitur : a propos d'une application censurée en matière de responsabilité médicale, LPA, n° 131, p. 8.

<sup>180</sup> Ph. STOFFEL-MUNCK, obs. préc. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 24 sept. 2009.

peut estimer que rien n'est jamais certain et pour lequel on ne peut que procéder par présomption, du fait de son immatérialité<sup>181</sup>.

### 3. L'impossibilité probatoire

L'impossibilité probatoire est une notion essentielle. C'est elle qui fait la spécificité de l'action. Celle-ci doit absolument être conditionnée par l'impossibilité pour la victime de rapporter la preuve de l'auteur du dommage, qui résulte de l'incertitude sur l'identité de l'auteur. Cette action doit avoir un caractère subsidiaire vis-à-vis de la responsabilité individuelle. Une option octroyée à la victime prendrait trop en compte ses intérêts et porterait une trop forte atteinte au principe de la responsabilité individuelle.

Cette impossibilité probatoire résultera manifestement le plus souvent du caractère fongible de ce qui a causé le dommage.

### 4. Responsabilité contractuelle et délictuelle

On a vu que la jurisprudence<sup>182</sup> était réticente à étendre cette action aux cas de responsabilité contractuelle, ce que la Cour de cassation a finalement admis dans son arrêt du 17 juin 2010. Il nous semble à nos yeux que l'application d'un principe général ne devrait pas être remise en cause selon la nature de la responsabilité. Une telle limitation serait de plus de nature à entraîner des débats sur la nature de la responsabilité, dont les frontières sont parfois assez floues, notamment en ce qui concerne la matière médicale<sup>183</sup>.

## **B. Les conditions liées aux défendeurs**

En ce qui concerne les défendeurs, c'est autour de la notion de groupe que semblent se concentrer les difficultés. Quelle doit être l'intensité de ce groupe ? Doit-on même la conserver ?

---

<sup>181</sup> V. en ce sens les critiques classiques de D. Hume sur le lien de causalité, et leurs conséquences juridiques tirées par les auteurs estimant que le juge ne peut trancher la question de la causalité que par sentiment.

<sup>182</sup> Il faut cependant préciser que les deux arrêts précités semblant refuser l'extension à des situations contractuelles sont très délicats à interpréter, l'aspect contractuel n'étant pas mis en relief.

<sup>183</sup> On pense notamment aux récents revirements de jurisprudence de la Cour de cassation sur la nature de la responsabilité du médecin : Civ. 1<sup>re</sup>, 28 janv. 2010, n° 09-10.992 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juin 2010, n° 09-13.591. Sur ces deux arrêts, V. les observations de P. SARGOS, D. 2010, p. 1522.

## 1. Le rejet de l'utilisation de la notion de groupe

Il semble important que les membres du groupe aient une action cohérente.

H. Aberkane avait proposé de fonder cette cohérence sur l'intention : « Les membres du groupe de chasse se connaissent, se sont choisis ; ils sur surveillent ; ils se livrent à une activité d'ensemble qu'il fait leur plaisir ou profit »<sup>184</sup>.

Le projet Terré parle à ce titre de « de personnes agissant de concert », en réaction au projet Catala qui ne prévoit pas de telle condition. Dans ses explications, M. Borghetti explique qu'exiger une « unité d'action » permettrait d'éviter des abus, telle l'action dirigée contre une assemblée quelconque dans laquelle un vol est commis. Si l'idée nous semble bienvenue, il est toutefois permis de ne pas être convaincu par la formulation adoptée. En effet, l'auteur ajoute aussitôt que si une telle unité fait défaut dans les arrêts *Distilbène*, la jurisprudence pourrait tout de même prononcer la condamnation solidaire, en raison « des circonstances particulières et du faible nombre de responsables potentiels concernés ». On pose un critère pour immédiatement le détruire, ce qui nuit la clarté de l'article. La formulation semble ainsi trop stricte. Il n'en demeure pas moins qu'une telle unité nous paraît essentielle.

Dans sa thèse, Mme Viney évoquait les règles du théâtre classique « d'unité d'action doit s'accompagner d'une unité de lieu ainsi que d'une unité de temps »<sup>185</sup>. Étaient alors ciblées les situations de chasse, mais cette trilogie ne semble en tout pas aujourd'hui dépassée, bien qu'elle se soit élargie. Le temps de l'action se déroule pendant des générations, et le lieu de l'action englobe tout un pays dans lequel ont été commercialisés les produits pharmaceutiques. La notion de groupe, tel qu'entendu classiquement ne rend plus bien compte des situations fondées sur cet élargissement.

En vérité, il ne nous paraît pas utile de conserver la notion de groupe en tant que condition de l'action, contrairement à ce que font les projets Catala et Terré. La notion rappelle trop les fondements initiaux de la jurisprudence qui retenait une véritable responsabilité collective. Elle y était alors pleinement justifiée. Lorsque la jurisprudence s'est engagée sur le terrain de la présomption, la notion était encore justifiée car elle témoignait de l'impossibilité probatoire de la victime. C'est le groupe qui rendait incertaine l'identité de l'auteur du dommage. Mais dès lors que des fautes ou des faits de la chose similaires ont pu rendre également incertaine cette identité alors qu'elles se situent à une échelle différente, il

---

<sup>184</sup> ABERKANE, art. cit., §36.

<sup>185</sup> G. VINEY, *op. cit.*, §455 bis.

nous semble que le recours à la notion de groupe ne se justifie plus, si l'on conditionne l'action par l'impossibilité probatoire de l'identité de l'auteur du dommage causé par les fautes ou faits (si l'on est dans le cadre d'une responsabilité sans faute). C'est de cela que la notion de « groupe » a toujours témoigné. Il est d'ailleurs significatif qu'on retrouve chez l'auteur ayant le plus affirmé la nature présomptive du raisonnement l'idée qu'aucune condition exigeant « un groupe concerté poursuivant une véritable activité collective ne s'impose »<sup>186</sup>.

Une telle approche semble répondre au moins partiellement aux critiques formulées par la Chambre de commerce et d'industrie de Paris qui mettait en avant l'imprécision de la notion de groupe<sup>187</sup>. Mieux, elle permet même d'écarter la notion.

De plus, il ne convient pas non plus d'adopter la condition d'un seul auteur du dommage. On peut en effet parfaitement envisager que la victime ait subi deux dommages causés par deux personnes masquées par un groupe plus nombreux (la situation est à notre connaissance inédite en jurisprudence). La situation est la même et la victime devrait pouvoir engager l'action.

La notion de groupe ayant été rejetée en tant que telle, elle doit cependant être remplacée par autre chose, alliant souplesse et rigueur.

## 2. La cohérence de l'action traduite par l'idée de fautes ou faits similaires

Plutôt qu'un groupe, il doit donc y avoir une pluralité de personnes. En ce qui concerne l'unité d'action, il nous semble nécessaire d'exiger que chacun des auteurs possibles du dommage ait commis une faute, ou un fait générateur rendant possible le dommage si l'on est dans un cadre d'une responsabilité indirecte.

On éviterait ainsi l'hypothèse de l'arrêt du 17 juin 2010 où l'un des centres médicaux n'est pas en tort. Par fait générateur, nous entendons ici celui causant le dommage dont souffre la victime, et non le dommage résultant de l'impossibilité probatoire de la victime. La théorie de Postacioglu, importante sur le plan historique, apparaît trop artificielle.

Nous nous rapprochons ainsi d'une rédaction proche du *Second Restatement of Torts* de 1965 sur ce point précis<sup>188</sup>.

---

<sup>186</sup> G. VINEY, P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 381.

<sup>187</sup> Rapport du Sénat, préc.

### 3. La nature des personnes

S'il s'agit de personnes physiques, dès lors qu'une personne morale est constituée, celle-ci doit prendre le pas sur le groupe. Le but est ici moins de sanctionner la conduite des personnes en cause (la fonction préventive de la responsabilité civile est d'autant plus efficace qu'elle est individuelle) que de pouvoir indemniser la victime. Or, peu importe à celle-ci que cette indemnisation soit le fait des personnes physiques ou le fait d'une personne morale qu'ils ont constituée.

Dans le même esprit, il ne semble pas convenir de limiter l'action à la condition que les débiteurs soient des personnes physiques. La fonction indemnitaire semble contraire à une telle distinction. Toutefois, la nature des personnes composant le groupe devrait être prise en compte au titre de l'impossibilité probatoire, qui semble plus délicate à apporter lorsque le groupement est constitué de personnes morales. La présence de chasseurs tirant en même temps que celui causant le dommage a sur l'impossibilité probatoire une incidence bien plus forte qu'un laboratoire pharmaceutique commercialisant un produit similaire (mais au nom différent) en même temps qu'un autre. Il conviendrait ainsi de se montrer un peu plus restrictif dans ce genre de cas. En outre, l'absence de limitation à un certain type de personne permet d'évacuer la question du groupe constitué par des personnes de nature différente.

### 4. L'identification des auteurs potentiels du dommage

Une condition souvent envisagée est celle consistant en la faculté d'identifier tous les membres du groupe, souvent assortie de l'obligation faite à la victime d'assigner toutes les personnes composant celui-ci. L'arrêt du 17 juin 2010 ne semble pas reprendre cette condition. Cette condition a été soutenue à plusieurs reprises par Mme Viney<sup>189</sup>. De son côté, le projet Catala et le projet Terré ne la reprennent pas, ni les droits étrangers cités. Imposer une telle condition n'est pas sans une influence certaine.

Eu égard au développement des activités de groupe, cette condition pourrait être de nature à limiter drastiquement la possibilité d'une action. La victime qui subit un dommage causé par une personne au sein d'un groupe de cent personnes serait traitée plus durement qu'une autre, ce qui n'est pas véritablement cohérent.

---

<sup>188</sup> « Lorsqu'un ou plusieurs agents ont eu un comportement illicite... »

<sup>189</sup> G. VINEY, P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 381 ; G. VINEY, *op. cit.*, §455 bis.

Néanmoins, cette condition nous semble nécessaire, pour plusieurs raisons.

Si tous les auteurs susceptibles d'avoir causé le dommage ne sont pas appelés directement en la cause, il n'est pas certain que l'auteur du dommage se trouve parmi eux. Or, admettre une action dans un tel cas reviendrait à lui faire perdre sa cohérence. Comme le note très justement G. Viney, on passerait « d'une causalité alternative » à une « causalité possible »<sup>190</sup>, et ce d'autant plus que le recours en contribution à la dette contre les auteurs non appelés ne paraît pas possible.

Après avoir déroulé ces nombreuses conditions envisageables, il nous est possible de nous prononcer sur les effets que pourraient avoir une telle action en réparation.

## **Titre II. Les effets de l'action en réparation d'un dommage causé par un membre indéterminé d'un groupe déterminé**

Nous analyserons traditionnellement ces effets quant à l'obligation à la dette (Section I) puis quant à la contribution à la dette (Section II), selon les hypothèses retenues.

### **Section I. L'obligation à la dette**

Lorsque l'action est possible, le principe doit être la condamnation solidaire (au sens large) de tous les membres du groupe. Il s'agit de l'intérêt de l'action, ce pour quoi elle a été développée (A). Tout indique même que le moyen ne fut qu'un prétexte à cette fin.

Toutefois, qu'il faille nécessairement retenir celle-ci ne doit pas nous empêcher de nous interroger sur sa pertinence, voire d'envisager d'autres possibilités (B).

#### **A. L'obligation solidaire**

L'obligation solidaire au sens large se dédouble en une obligation solidaire *stricto sensu* et une obligation in solidum d'origine jurisprudentielle. Ayant vu laquelle des deux semble la plus pertinente, il nous faut envisager la possibilité qu'ont les auteurs du dommage de se dégager de leur responsabilité.

---

<sup>190</sup> G. VINEY, note préc. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 17 juin 2010 ; RDC n° 4, p. 1247.

## 1. Obligation in solidum ou solidarité ?

L'obligation in solidum est l'obligation qu'a chacun des débiteurs de payer la totalité de la dette, sauf recours contre les autres<sup>191</sup>.

On distingue classiquement deux fondements majeurs de cette solidarité : l'indivisibilité de la causalité et la garantie. La première ne marche assurément pas dans notre situation, puisque chaque membre du groupe n'est qu'un auteur potentiel et n'a pas causé le dommage. On ne peut appliquer la fameuse formule de Chabas : « chaque auteur est tenu au tout parce qu'il a causé le tout »<sup>192</sup>. L'autre fondement est la garantie, le souci de protéger la victime « en lui évitant la gêne et les aléas d'une division des poursuites entre plusieurs coauteurs dont certains peuvent être insolvables ou difficiles à atteindre »<sup>193</sup>. Si cette idée est déjà plus dans notre optique, elle s'en écarte néanmoins en ce qu'il ne s'agit pas de protéger la victime contre des gênes et des aléas, mais contre une impossibilité d'action en vue d'obtenir réparation de son dommage. Toutefois, force est d'admettre que l'obligation in solidum est, plus que les différents fondements, ce qui rapproche le plus les hypothèses dans lesquelles elle est appliquée. Comme l'écrit Marc Mignot : « L'obligation au total réside dans la qualification qui leur est assignée : l'obligation in solidum. Pour le reste, elles sont spécifiques dans leurs conditions de formation, leurs buts ou leurs structures obligatoires<sup>194</sup>. »

La disposition légale que nous appelons de nos vœux semble induire une pleine solidarité et non une simple condamnation in solidum. Cette dernière a en effet été forgée par la jurisprudence et ne produit pas tous les effets de la solidarité passive, et notamment pas les effets dits « secondaires »<sup>195</sup>. On parle à ce titre de solidarité imparfaite. Il existe cependant quelques obligations in solidum qui résultent de la loi : l'article 11 de la loi du 12 novembre 1965 qui, en matière de responsabilité des exploitants de navires nucléaires, édicte les effets essentiels de ce régime. De même, des auteurs estiment que la solidarité cambiaire s'apparente incontestablement plus à l'obligation in solidum qu'à la solidarité passive parfaite du Code civil<sup>196</sup>. En outre, les effets secondaires sont traditionnellement justifiés par l'idée de

---

<sup>191</sup> G. CORNU et association Henri CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, Quadrige, 8<sup>ème</sup> éd., 2009.

<sup>192</sup> CHABAS, *L'influence de la pluralité de cause sur le droit à réparation*, thèse Paris, éd. 1967, n°16, p.21. Cité dans : F. TERRE, Y. LEQUETTE, *Grands arrêts*, Tome II, n° 256, §3.

<sup>193</sup> G. VINEY, P. JOURDAIN, *op. cit.*, n°409.

<sup>194</sup> M. MIGNOT, J.-Cl. civil, *Code Civil > Art. 1197 à 1216*, Fasc. 20 Solidarité passive, §168.

M. MIGNOT est également auteur d'une thèse sur le sujet : *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, thèse Dijon, 2002.

<sup>195</sup> F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, § 1263.

<sup>196</sup> M. MIGNOT, *op. cit.*, Fasc. 30 Obligation in solidum, §20.

« représentation mutuelle » qui cadre mal à notre situation où les débiteurs ne représentent pas véritablement une communauté d'intérêts. Le fondement est déjà critiqué en ce qui concerne les obligations solidaires *stricto sensu*, si bien que des auteurs proposent de fonder le mécanisme sur l'unité d'objet de la dette<sup>197</sup> qui serait plus en propos avec notre situation, ou sur une idée de « représentation objective »<sup>198</sup> qui l'est moins.

Quoi qu'il en soit, le choix de la condamnation solidaire (au sens large) est le choix le plus logique pour une action générale fondée sur l'idée de causalité alternative. Il s'agit du choix des projets de révision de notre droit et des droits étrangers. Lorsqu'elle a eu à statuer sur des hypothèses particulières, la jurisprudence française a toujours prononcé des condamnations solidaires. Il en est allé de même avec la plus forte partie de la jurisprudence étrangère, que cela concerne l'hypothèse des accidents de chasse<sup>199</sup> ou celle plus récente des maladies<sup>200</sup> et médicaments<sup>201</sup> (à une exception très notable près, comme nous allons le voir).

## 2. La possibilité de s'exonérer

Il faut bien entendu convenir de la possibilité de s'exonérer pour les membres du groupe, et ce dès le stade de l'obligation à la dette. Nous avons vu qu'il s'agissait d'une des pierres angulaires du dommage causé par un membre indéterminé d'un groupe déterminé, tant dans sa construction historique qu'en droit prospectif. Les droits étrangers ne contiennent pas forcément cette possibilité, qui nous semble indispensable et inhérente à une action fondée sur l'incertitude. Toutefois, elle est parfois l'œuvre de la jurisprudence.

Tout ce qui peut rapprocher la situation de la régularité, de la vérité, doit être rendu possible. On pourrait objecter que si la personne prouve qu'elle n'a pas pu commettre le dommage, elle n'en a pas moins contribué au risque de dommage en tant que membre du groupe. Certes, mais moins le groupe contient de personnes, plus on affine celui-ci et sa cohérence. Pour reprendre l'exemple des arrêts de 1976, on passe d'un groupe « tous les chasseurs ont tiré » à un groupe « tous les chasseurs ont tiré dans la direction et de la victime

---

<sup>197</sup> M. MIGNOT, *op. cit.*, Fasc. 20 Solidarité passive, §277.

<sup>198</sup> Thèse de P. DIDIER, *De la représentation*, thèse Paris II, éd. 2000. Cité dans F. TERRE, Y. LEQUETTE, *Grands arrêts*, Tome II, n° 256, §3.

<sup>199</sup> Cour suprême de Californie, *Summers v. Tice* [1948] 33 Cal.2d 80, 199 P.2d 1.

<sup>200</sup> *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd* [2002]. Les trois demandeurs avaient contracté un mésothéliome (sorte de cancer des poumons) après avoir occupé plusieurs emplois dans des entreprises différentes où ils avaient été exposés à de l'amiante. On ne pouvait établir quand ils avaient contracté la maladie, mais la Chambre des Lords a déclaré tous les employeurs responsables *in solidum*, parce qu'ils avaient augmenté matériellement le risque de la maladie.

<sup>201</sup> Arrêt de la Haute Cour de Justice des Pays-Bas de 1992. Cité dans C. QUEZEL-AMBRUNAZ, La fiction de la causalité alternative, note préc.



et avec le type de cartouche l'ayant blessé ». Nous sommes donc bien plus proches de la vérité recherchée. De plus, comme nous l'avons déjà mentionné, raisonner sur ce point précis à partir de la notion de groupe implique une certaine artificialité. C'est à ce titre que l'article que nous proposerons trouvera clairement sa source dans la technique probatoire.

Tout débiteur éventuel pourrait ainsi s'exonérer en prouvant qu'il n'a pas commis le dommage. En raison de l'unicité de la dette, les autres membres du groupe resteraient débiteurs de la totalité du préjudice réparable.

Nous pensons qu'il est plus pertinent eu égard à la nature de l'action de permettre à une personne de s'exonérer en prouvant qu'elle n'a pas pu commettre le dommage, plutôt qu'en lui imposant de déterminer qui est le responsable. L'inverse serait illusoire, puisque dans la quasi-totalité des cas, les membres du groupe ignorent eux-mêmes qui est le véritable auteur du dommage. On voit par ailleurs qu'un tel système incite à ce que chacun mette son concours à apporter la preuve de l'auteur du dommage s'il est connu, et permet de lutter contre la conspiration du silence.

En pratique, il est fort probable que cette possibilité reste un vœu pieu, notamment dans les hypothèses récentes qui ont élargi un peu artificiellement la notion de groupe pour compenser l'impossibilité probatoire due au temps passé, comme dans les arrêts DES. Dans une telle situation, si la victime n'a pu rapporter la preuve de l'auteur du dommage, il est fort peu probable que les sociétés le puissent elles-mêmes. Nous ferions ainsi face à une « présomption irréfragable qui n'ose dire son nom »<sup>202</sup>.

A défaut d'être solidaire, l'obligation à la dette peut être proportionnelle à un facteur.

## **B. L'obligation proportionnelle à un facteur**

Après avoir présenté la théorie, nous examinerons la pertinence d'en faire le principe dans l'action en réparation que nous envisageons.

### 1. Présentation de la théorie

---

<sup>202</sup> C. RADE, Les « filles du Distilbène » victimes de discriminations, art. cit.

L'obligation peut également être proportionnelle à un facteur déterminé. Nous avons déjà rencontré une telle hypothèse avec l'article 1734 du Code civil qui impose une responsabilité proportionnelle à la valeur locative de la part louée de l'immeuble lorsqu'un incendie ravage celui-ci sans qu'on puisse en déterminer l'origine.

Il est possible d'envisager des exemples en matière de maladie et de médicaments. Après l'arrêt Fairchild précité, qui concernait le cancer des poumons dû à l'amiante, la Chambre des Lords a opéré un revirement de jurisprudence imposant une obligation à la dette proportionnelle au temps passé par chacun des salariés dans les entreprises successives<sup>203</sup>. Le *Civil Liability Act* de 2006<sup>204</sup> a renversé cette solution et rétabli la responsabilité solidaire de chaque employeur. Est sous-jacente à cette théorie la contribution au risque.

L'utilisation la plus notable d'une obligation proportionnelle à un facteur reste la « market share liability theory », ou responsabilité à hauteur des parts de marché. C'est un arrêt de la Cour suprême de Californie, rendu à propos du DES qui a fait pour la première fois application de cette théorie. Dans l'arrêt *Sindell v. Abbott Laboratories* rendu en 1980<sup>205</sup>, la Cour suprême de Californie a eu à trancher un litige dans lequel la victime avait poursuivi six fabricants de DES (sur une centaine présents sur le marché californien) à l'époque où sa mère était enceinte. Faute d'avoir assigné la totalité des laboratoires, ce qu'elle estimait impossible, la victime mentionnait que 90 % du marché du DES était détenu par ces six laboratoires. La Cour ne va pas retenir la responsabilité solidaire pour une raison principale : le producteur ayant véritablement causé le dommage n'était pas nécessairement dans le groupe assigné.

En revanche, elle prononce la responsabilité de chacun des laboratoires poursuivis selon une proportionnalité à leurs parts de marché. La Cour a tout de même présenté son arrêt selon un mécanisme de renversement de la charge de la preuve, et permet aux producteurs de prouver qu'ils étaient pour rien dans la commission du dommage.

Cet arrêt a été accueilli avec beaucoup de réserves. Adopté à une voix de majorité, un des juges accusa d'ailleurs ses collègues « d'activisme judiciaire » dans une opinion dissidente. Cette solution ne fut adoptée que par quelques autres Cours Suprêmes des Etats fédérés. Certaines ont poussé plus loin la logique et ont refusé la possibilité de s'exonérer,

---

<sup>203</sup> *Barker v Corus (UK) plc* [2006]

<sup>204</sup> Compensation Act 2006, Chapter 29, Part One, 3 (2) (a) : The responsible person shall be liable in respect of the whole of the damage caused to the victim by the disease and (...) jointly and severally with any other responsible person.

<sup>205</sup> *Sindell v. Abbott Laboratories*, 26 Cal. 3d 588 (1980). Rappelons eu égard à la date de l'arrêt que le DES fut commercialisé aux Etats-Unis bien plus tôt qu'en Europe.

prononçant une véritable responsabilité pour création de risque<sup>206</sup>. Certaines ont remplacé le critère des parts de marché par celui de la contribution au risque, prenant en compte non seulement des parts de marché, mais aussi la gravité de la conduite.

## 2. Rejet de la théorie au sein du principe général

Il nous semble que l'utilisation d'une obligation proportionnelle ne peut être utile que dans des cas particuliers. Seuls les Principes du droit européen de la responsabilité en ont d'ailleurs fait un principe général (cf. *supra*). La règle de l'obligation proportionnée nous paraît simplement utile dans deux cas. Le premier est lorsque la victime n'a pu identifier tous les auteurs du dommage. Mais nous avons fait de cette identification une condition de l'action du mécanisme, car admettre l'inverse consiste selon à nier la cohérence de l'action.

Le second est constitué dans le cas où il existe un risque notable que l'obligation solidaire nuise trop fortement au débiteur le plus solvable, vers lequel la victime se tournera. C'est notamment le cas de l'article 1734 du Code civil qui pose une telle règle pour éviter qu'un preneur ait à réparer les dommages causés à un appartement luxueux qui ne lui appartiendrait pas.

Il convient également de rappeler que ces arrêts sont propres à un système juridique en tous ses aspects. Il ne convient pas d'importer une règle sans analyser ce qui la sous-tend.

Il en va ainsi avec les arrêts américains où les entreprises sont potentiellement exposées à une combinaison de cette solution avec des « class actions » impliquant des milliers de victimes qui pourraient agir contre une seule entreprise n'ayant pourtant pas causé tous les dommages. C'est d'ailleurs dans le seul cas d'un grand nombre de requérants que s'établira une véritable correspondance entre les parts de marchés et les parts de victimes probables concernées<sup>207</sup>. On pourrait résumer le fait ainsi : plus les victimes sont en nombre à demander réparation, plus on se rapproche de la vraisemblance.

En outre, ces solutions sont également dues au système probatoire de la Common Law, fondé sur la « balance of probabilities ». Dans un exemple devenu classique dans la scolastique

---

<sup>206</sup> Existe plusieurs arrêts cités par F. G'SELL MACREZ, La preuve du lien de causalité : comparaisons franco-américaines à propos des arrêts Distilbène, préc. : Dans l'État de New York : Hymowitz v. Eli Lilly Co. 539, N.E.2d, 1069 (NY 1989) ; du Wisconsin : Collins v. Eli Lilly Co. 352 N.W.2d 37 ; 50-51 (Wis., 1984) ; de Floride : Conley v. Boyle Drug Co. 570 So.2d 275 (Fla., 1990) ; de Washington : Martin v. Abbott Laboratories, 102 Wash.2d 581 (Wash, 1984).

<sup>207</sup> F. G'SELL MACREZ, *op. cit.*, § 563.

américaine<sup>208</sup>, une personne est renversée par un bus. Les faits sont établis mais on ne peut déterminer la compagnie de bus responsable. Or, la ville comprend deux compagnies, avec des répartitions d'autobus de 80% et de 20% d'autobus. Ces probabilités sont jugées suffisantes pour établir un lien de causalité dans un système fondé sur la « balance of probabilities ». Il y a causalité si la proposition « A a causé B » a plus de chance d'être vraie que celle « A n'a pas causé B ». Donc une compagnie, dans l'exemple, ne sera jamais responsable et l'autre le sera toujours.

Nous estimons donc préférable, en ce qui concerne le droit français, de conserver l'obligation solidaire en tant qu'effet de l'action générale, et ce d'autant plus que nous avons fait de l'identification des agissants. Le législateur reste bien entendu libre de poser une règle particulière pour certains types de dommage, comme il l'a fait pour l'article 1734.

L'obligation solidaire étant posée au stade de l'obligation à la dette, cela rend d'autant plus importante la phase de la contribution à la dette.

## **Section II : La contribution à la dette**

Cette hypothèse a toujours été tranchée selon les règles classiques (A) de la contribution à la dette. Avec les récents arrêts Distilbène, la pertinence d'adopter un autre fondement a été discutée en doctrine (B).

### **A. L'application classique**

Comme l'énonce très justement Mme Viney dans son commentaire de l'arrêt DES du 24 septembre 2009<sup>209</sup> : « Le point le plus délicat, qui n'est pas résolu par l'arrêt du 24 septembre 2009, concerne la méthode à employer pour régler la contribution à la dette de réparation. »

En ce qui concerne les rapports entre débiteurs, il faudrait ainsi appliquer les articles 1213 et 1214 du Code civil qui énoncent que « l'obligation contractée solidairement envers le

---

<sup>208</sup> Exemple tiré de Richard W Wright « Causation in Tort Law », 73, California Law Review 1985, p. 1735. Cité par F. G'SELL MACREZ, Thèse préc., § 562.

<sup>209</sup> G. VINEY, La responsabilité des fabricants de médicaments et de vaccins : les affaires de la preuve, préc.

créancier se divise de plein droit entre les débiteurs, qui n'en sont tenus entre eux que chacun pour sa part et portion ».

« Le codébiteur d'une dette solidaire, qui l'a payée en entier, ne peut répéter contre les autres que les parts et portions de chacun d'eux.

Si l'un d'eux se trouve insolvable, la perte qu'occasionne son insolvabilité se répartit, par contribution, entre tous les autres codébiteurs solvables et celui qui a fait le paiement. »

Entre coauteurs tenus *in solidum* vis-à-vis de la victime, la contribution à la dette se fait en principe en fonction de la gravité des fautes commises. Ce principe est tempéré par une hiérarchie : si certains sont responsables pour faute alors que d'autres le sont sur la base d'une responsabilité sans faute, seuls les premiers contribuent. Lors que les coauteurs sont responsables sans faute, la répartition se fait arithmétiquement, par « parts viriles »<sup>210</sup>.

Toutefois, les règles ne sont pas transposables à notre situation. Il n'y a pas de coauteur, et un seul a commis le dommage.

La logique implique de poser une contribution par parts viriles dans les cas de dommage causé par un membre indéterminé d'un groupe déterminé. A défaut de connaître l'auteur du dommage, les fautes et leur rôle causal sont semblables, et le partage par parts égales semble s'imposer. Plus que s'imposer, il est même dans de nombreux cas la seule solution envisageable. Pour l'exemple classique du groupe de chasseur, il n'existe aucune variable par laquelle on pourrait faire en sorte de rapprocher la réparation de la réalité. Une seule victime est blessée, et tous y ont contribué de la même façon dès lors qu'on ne sait qui a causé le dommage.

## **B. Une contribution proportionnelle ?**

A la suite des arrêts DES, de nombreux auteurs<sup>211</sup> ont imaginé l'application éventuelle de la contribution selon les parts de marché au stade de la contribution à la dette. Cette idée part du constat que la contribution selon les parts viriles n'apparaît pas équitable lorsque le marché du produit est très inégalement partagé entre les producteurs. Or, en France, le marché

---

<sup>210</sup> F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, § 1263.

<sup>211</sup> G. VINEY, La responsabilité des fabricants de médicaments et de vaccins : les affaires de la preuve, D. 2010, p. 391 ; P. JOURDAIN, Une nouvelle présomption de causalité, au profit cette fois des victimes du DES ou Distilbène, RTD civ. 2010, p. 111.

du DES a eu une telle répartition puisque la société UCB PHARMA a bénéficié de 80 à 90% (selon les sources) des parts de marché de ce médicament.

La théorie des parts de marché a alors le grand avantage de rapprocher le plus possible la réparation individuelle des probabilités des dommages causés à la masse des victimes. Cette possibilité reviendrait à calculer la contribution selon la possibilité réelle d'être l'auteur du dommage. Ce serait introduire une véritable nouveauté en droit français, peu habitué aux raisonnements fondés sur la probabilité. Appliqué de manière systématique à l'ensemble des plaintes, un tel critère permettrait de s'approcher au plus près d'une condamnation des défendeurs pour les dommages qu'ils ont effectivement causés. On arriverait à la justesse de la responsabilité selon les parts de marché, tout en conservant une faveur pour les victimes au stade de l'obligation à la dette en maintenant la solidarité.

Il nous semble toutefois préférable de nous en tenir à une contribution aux parts viriles, et de faire éventuellement exception à ce principe dans le cadre des dommages de masse dont le droit reste encore à construire. Cette approche au plus près de la réalité est en outre déjà permise par la possibilité de s'exonérer en rapportant la preuve que l'on n'est pas l'auteur du dommage.

La « ratio legis » étant posée, il convient toutefois, à notre avis, de s'abstenir de la graver dans le marbre de la loi, faute de véritable droit des dommages de masse et d'actions de groupe effectives en droit français, dans le but de laisser au juge de la souplesse dans ce stade si compliqué qu'est celui de la contribution à la dette. Celle-ci est par ailleurs bien comprise par la Cour de cassation, qui laisse les juges du fond souverain en ce domaine<sup>212</sup>.

## **Conclusion de la seconde partie**

Compte tenu de toutes les remarques qui précèdent, il nous semble bien qu'un tel article intégrant une action générale devrait être rédigé ainsi :

« Lorsqu'une ou plusieurs personnes ont chacune commis une faute ou un fait similaire rendant incertaine l'identité de l'auteur du dommage, la victime a la possibilité de rapporter la seule preuve que son dommage a été causé par la faute ou le fait indépendamment de leur imputabilité.

---

<sup>212</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 3 mars 1998, n° 95-20637 : Bull. civ. 1998, I, n° 92, p. 62 – Civ. 2<sup>e</sup>, 13 juill. 2000, n° 98-21530 : Bull. civ. 2000, II, n° 126, p. 87.

Les personnes en sont alors responsables solidairement, à moins qu'elles ne prouvent qu'elles n'ont pu causer le dommage.

Pour bénéficier de la présomption énoncée à l'alinéa 1<sup>er</sup>, la victime est tenue d'assigner toutes les personnes ayant par leur faute ou fait, potentiellement causé le dommage. »

Malgré sa longueur, l'article nous semble doté d'un mécanisme explicatif utilisé par la jurisprudence, à savoir une segmentation entre la causalité matérielle devenant dépersonnalisée et l'imputabilité. Elle propose aussi des conditions qui se veulent des remèdes aux débordements jurisprudentiels, tout en refusant de sacrifier à la pureté des principes une victime sans réparation placée dans une situation pire qu'une victime confrontée à un seul auteur de son malheur. Par l'action consacrée, il nous semble qu'est illustrée ainsi la tendance moderne du droit à non pas rechercher « la vérité dans la connaissance, mais la justice dans l'action », selon l'heureuse formule de Pierre Hébraud<sup>213</sup>.

---

<sup>213</sup> Rapport introductif aux travaux du Ve colloque des IEJs, in *La logique judiciaire*.

## Conclusion du devoir

Au seuil de cette étude, il nous faut constater de manière plus générale que le thème abordé semble bien illustrer la mécanique de construction que peut parfois revêtir notre droit. La jurisprudence réagit à une injustice, la doctrine s'empare du thème, le débat, le discute, et le législateur in fine vient fixer dans le marbre de la loi le résultat de la discussion. Le droit se nourrit assurément de ce pluralisme. « Le droit de la responsabilité civile est autant prétorien que doctrinal »<sup>214</sup>.

Il nous semble également qu'en posant des conditions précises et en laissant les juges assez libres quant aux effets à lui octroyer, le choix fait est celui d'une volonté de pérennité. Raisonement sur des probabilités causales, contentieux de masse, sont autant d'idées venues des Etats-Unis qui ne tarderont pas à influencer la jurisprudence, et qui sait, notre législateur dans d'autres domaines.

Le débat rebondira donc nécessairement sur cette question, et même très bientôt lorsque sera rendue la très attendue<sup>215</sup> décision de la Cour d'appel de Paris sur renvoi de l'arrêt DES de la Cour de cassation du 24 septembre 2009.

---

<sup>214</sup> P. le TOURNEAU, La responsabilité civile, droit prétorien ou droit doctrinal, *Colloque « La part de la doctrine dans la création du droit privé »*, Revue de Droit d'Assas, n°3, p. 44.

<sup>215</sup> Au moins par l'auteur de ces lignes.



## Bibliographie

### I. Ouvrages généraux, traités, cours et manuels

- D. ALLAND, S. RIALS et al., *Dictionnaire de la culture juridique*, P.U.F., 2003
- J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Introduction au droit*, Sirey, 13<sup>e</sup> édition, 2010
- A. BENABENT, *Droit Civil, Les obligations*, Montchrestien, 12<sup>ème</sup> édition, 2010
- P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, 2<sup>e</sup> édition, 2009
- M. BACACHE-GIBEILI, *Droit Civil, les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, Economica, 1<sup>re</sup> édition, 2003
- CARBONNIER, *Droit Civil, Introduction*, P.U.F., 27<sup>e</sup> édition refondue, 2002
- CORNU et association Henri CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, Quadrige, 8<sup>ème</sup> édition, 2009.
- CORNU, *Droit Civil, Introduction au droit*, Montchrestien, 13<sup>e</sup> édition, 2007
- DEJEAN de la BATIE, sur AUBRY et RAU, *Droit civil français, tome VI-2, Responsabilité délictuelle*, Litec, 1989
- M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Tome II, responsabilité civile et quasi-contrats*, 2<sup>e</sup> édition, 2010
- FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations, Tome II, le fait juridique*, Sirey, 13<sup>e</sup> édition, 2008
- Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, Dalloz, 12<sup>e</sup> édition, 2005
- P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 4<sup>e</sup> édition, 2009
- P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 12<sup>e</sup> édition, 2008
- P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Droit des Obligations*, Litec, 11<sup>e</sup> édition, 2010
- MARTY et RAYNAUD, *Droit Civil, les Obligations*, Tome I, 2<sup>e</sup> édition, 1988
- H., L. et J. MAZEAUD, M. de JUGLART, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, Montchrestien, 9<sup>e</sup> édition, 1998
- ROLAND, BOYER, *Traité Jurisclasseur, Introduction au droit*, 2002
- ROLAND, BOYER, *Adages du droit français*, Paris, Litec, 1992
- SERIAUX, *Droit des obligations*, P.U.F., 2<sup>e</sup> édition, 1998
- F. TERRE, *Introduction générale au droit, Précis Dalloz*, 8<sup>e</sup> édition, 2009

F. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 12<sup>e</sup> édition, 2008

F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les Obligations*, Précis Dalloz, 10<sup>e</sup> édition, 2009

G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité civile*, L.G.D.J., 3<sup>e</sup> édition, 2006

## II. Ouvrages spéciaux, thèses, monographies

P. BRUN, *Les présomptions dans le droit de la responsabilité civile*, thèse Grenoble II, 1993

J. DEMAREZ, *L'indemnisation du dommage occasionné par un membre inconnu d'un groupe déterminé*, sous la direction de B. Starck, L.G.D.J., Thèse 1966

J. DUPICHOT, D. GUEVEL, J.-Cl. civil *Code civil, Art. 1349 à 1353*, LexisNexis, 2009

FENET, *Travaux préparatoires du Code civil*

A. GARAPON, J. ALLARD, F. GROS, *Les vertus du juge*, Dalloz, 2008

F. G'SELL MACREZ, *Recherches sur la notion de causalité*, Thèse Paris 1, 2005, sous la direction de H. MUIR WATT

HART, HONORE, *Causation in the Law*, 2<sup>nd</sup> ed., 1985

P. JOURDAIN, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, thèse dactylographiée, 1982

A. KOJEVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Editions Gallimard, 1982

E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 2008

P. MALAURIE, *Anthologie de la pensée juridique*, Cujas, 1996

M. MIGNOT, J.-Cl. civil *Civil Code, Art. 1197 à 1216*, LexisNexis, 2007

G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, préf. André Tunc, L.G.D.J, Thèse 1965

G. WICKER, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, thèse Perpignan 1994, L.G.D.J. 1997

## III. Articles, chroniques, et rapports

ABERKANE, *Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes*, RTD civ. 1958, p. 516 et s.

- S. BANAKAS, Réflexions sur quelques développements récents en droit anglais, *Colloque « les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité civile »*, RLDC n°40, supplément du 07/2007
- P. BENKIMOUN, Distilbène : des effets nocifs sur trois générations, *Le Monde*, édition du 7 avril 2011
- L. BETEILLE, A. ANZIANI, « Responsabilité civile : des évolutions nécessaires », rapport d'information n° 558 (2008-2009)
- J. FISCHER, Causalité, imputation, imputabilité : les liens de la responsabilité civile, *Mélanges LE TOURNEAU*, Dalloz, 2008
- F. G'SELL-MACREZ, La preuve du lien de causalité, comparaisons franco-américaines à propos des arrêts Distilbène LPA, 29 octobre 2010 n° 216, p. 6
- F. LEDUC, Causalité et Imputation, *Colloque « les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité civile »*, RLDC n°40, supplément du 07/2007
- P. le TOURNEAU, La responsabilité civile, droit prétorien ou droit doctrinal, *Colloque « La part de la doctrine dans la création du droit privé »*, *Revue de Droit d'Assas*, n°3
- H.L.A. HART, The Ascription of Responsibility and Rights, *Proceedings of the Aristotelian Society, New Series*, Vol. 49 (1948 - 1949), p. 171-194
- F. HEAS, La maxime res ipsa loquitur : a propos d'une application censurée en matière de responsabilité médicale, LPA, n° 131, p. 8
- P. JOURDAIN, Retour sur l'imputabilité, *Mélanges Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 511 et s.
- H. KLIP., J. VERLOOP et al., Hypospadias in sons of women exposed to diethylstilbestrol in utero: a cohort study, *The Lancet*, mars 2002
- J. A. MAZERES, La responsabilité est-elle dominée par l'éthique ? Recherche sur les fondements méta-éthiques de la responsabilité, *Actes du colloque : vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique*, Publications du Sénat, 2001
- D. MAYER, La garde en commun, *RTD civ.*, 1975, p. 197
- P. MINIM, Les présomptions quasi-légales, *JCP G.* 1946.I.578
- POSTACIOGLU, Les faits simultanés et le problème de la responsabilité collective, *RTD. civ.* 1954, p. 438 et s.
- C. QUEZEL-AMBRUNAZ, La fiction de la causalité alternative, Fondement et perspectives de la jurisprudence « Distilbène », *D.* 2010 p. 1162
- C. RADE, les présomptions d'imputabilité en droit de la responsabilité civile, *Mélanges Le Tourneau*, Dalloz, 2008
- P. RICŒUR, Le concept de responsabilité, *Le Juste*, Éd. Esprit, 1995

G. VINEY, Responsabilité personnelle et répartition des risques, in *La Responsabilité*, APD tome XXII, Sirey, 1977

#### IV. Projets.

L. BETEILLE, *Proposition de loi du 9 juillet 2010 portant réforme de la responsabilité civile*

P. CATALA, sous la dir. de, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, Rapport à Monsieur Pascal CLEMENT, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 Septembre 2005

P. SARGOS, sous la dir. de, *Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, 15 juin 2007

F. TERRE, sous la dir. de, *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, Mars 2011.

#### V. Jurisprudence.

##### A. Jurisprudence nationale.

CA Besançon, 19 mars 1882, D. 1882, II, p. 25

T. civ. Cahors, 9 juillet 1900, Gaz. Pal., Table Quinquennale, 1897-1902, Responsabilité civile, n°62

CA Poitiers, 25 octobre 1926, D.P. 1927, II, p. 105

Civ. 27 avril 1929, D.P. 1929, 1 p. 129, obs. RIPERT

T. civ. Lille, 27 novembre 1929, Gaz. Pal., 1930, 1, p. 308

CA Douai, 10 octobre 1930, Gaz. Pal., 1930, 2, p. 702

T. civ. Pithiviers, 18 déc. 1930, Gaz. Pal. 1931, 1, p. 319

CA Paris, 24 janvier 1931, Gaz. Pal., 1931, 1, p. 486

CA Bordeaux, 13 octobre 1936, Gaz. Pal., 1936, 2, p. 834

Civ. 28 février 1939, Gaz. Pal. 1939, 1, p. 698

Req. 22 juillet 1941, RTD civ., 1942, p. 60, obs. MAZEAUD

Civ. 29 septembre 1941, Gaz. Pal. 1941, 2, p. 437

CA Orléans, 17 janvier 1949, D. 1949, p. 502, obs. RIPERT ; RTD civ. 1950, p. 60, obs. MAZEAUD

CA Montpellier, 8 novembre 1949, JCP 1950, II, 5519, obs. RODIERE ; RTD civ. 1950, p. 191 obs. MAZEAUD  
Gand, 4 avril 1950, RTD civ. 1954, p. 188  
CA Seine, 19 novembre 1953, inédit  
Civ. 2<sup>e</sup>, 18 mai 1955, JCP 1955, II, 8793, obs. P. ESMEIN  
CA Bourges, 5 février 1957, D. 1957, p. 330 ; S. 1957, 1, p. 234  
CA AEF, 5 avril 1957, JCP 1957, II, 10308, obs. SAVATIER ; RTD civ. 1958, p. 88 obs. H. et L MAZEAUD  
Civ., 5 juin 1957, D. 1957, p. 493, obs. R. SAVATIER ; S. 1957, 1, p. 430 ; JCP, 1957, II, 10205, obs. ESMEIN ; RTD civ. 1957, p. 695, obs. H. et L. MAZEAUD  
Civ 2<sup>e</sup>, 9 octobre 1957, D.1957, p. 708 ; S.1957, p. 416  
CA Grenoble, 16 mai 1962  
CA Riom, 5 février 1964, JCP 1964, II, 13640, obs. P. ESMEIN  
Civ. 11 février 1966, D. 1966, p. 228, obs., RODIERE ; RTD civ., 1966, p. 538  
CA Riom, 21 avril 1966, Gaz. Pal., 1966, 2, p. 28  
Civ. 2<sup>e</sup>, 21 avril 1966, Bull. civ II n°454  
Crim., 7 mars 1968, n°67-90.027, Bull. Crim., n°81  
Civ. 2<sup>e</sup>, 11 mars 1971, D. 1971, somm. p. 211  
Civ. 1<sup>re</sup>, 20 octobre 1971, RTD civ. 1972, p. 608 et RTD civ. 1975, p. 308, obs. DURRY  
CA Orléans, 15 octobre 1974, RTD civ. 1975, p. 543, obs. DURRY  
Civ. 2<sup>e</sup>, 28 avril 1975, Bull civ. II, n°122  
Civ. 2<sup>e</sup>, 19 mai 1976 (3 arrêts), D. 1976, p. 629 obs. Mayer ; RTD civ. 1977, p. 129 obs. DURRY ; JCP 1978, II, 18773, obs. DEJEAN de la BÂTIE.  
Civ. 2<sup>e</sup>, 21 février 1979, n°77-12.878, Bull. civ. II, n°58  
Civ. 1<sup>re</sup>, 22 juillet 1986, n°84-12.028, Bull. civ. I, n°215  
Civ. 2<sup>e</sup>, 4 mai 1988, RTD civ. 1988, p. 769  
Civ. 2<sup>e</sup>, 8 mars 1995, Bull. civ. 1995 II, n°83 ; D. 1998, p. 43, obs. MOULY ; RTD civ. 1995, p. 904, obs. JOURDAIN  
TGI Cusset, 29 févr. 1996, JCP 1997, II, 22849, obs. MOULY  
Civ. 1<sup>re</sup>, 3 mars 1998, n° 95-20637 : Bull. civ. 1998, I, n° 92, p. 62  
Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mars 2000, Bull. civ. 2000, I, n° 108, JCP G 2000, I, 241, n° 8, obs. G. VINEY ; RTD civ. 2000, p. 577, obs. P. JOURDAIN  
Civ. 2<sup>e</sup>, 13 juill. 2000, no 98-21530 : Bull. civ. 2000, II, n°126, p. 87.  
CA Dijon, 5 sept. 2002, JCP 2003, IV, 1413

Civ., 1<sup>re</sup>, 23 nov. 2004, n° 03-16865, inédit.  
Civ. 2<sup>e</sup>, 13 janvier 2005, RCA n°3, comm. 78  
Cass., A.P., 29 juin 2007, *Grands arrêts*, n°229  
CA Versailles, 10 avril 2008, R.G. n°07/02482, Numéro Juris-Data 2008-009233  
Civ. 2<sup>e</sup>, 11 sept. 2008, n° 07-15.842, JCP 2008, II, 10184, obs. MOULY ; RLDC 2009/58, n° 3328 obs. PAULIN  
CA Aix-en-Provence, 4 mars 2009, n°2009/109, Numéro Juris-Data : 2009-02075.  
Civ., 1<sup>re</sup>, 24 septembre 2009, n° 08-10.081  
Civ., 1<sup>re</sup>, 24 septembre 2009, n° 08-16.305, Bull. civ. 2009, I, n° 187 (P+B), D. 2010, p. 49, obs. BRUN ; D. 2010, p. 391 obs. VINEY ; RCA n° 11, Novembre 2009, obs. RADE ; RTD civ. 2010, p. 111 obs. JOURDAIN ; JCP G. 2010, 456, obs. STOFFEL-MUNCK  
Civ. 1<sup>re</sup>, 28 janvier 2010, n° 08-18.837 ; Bull. civ. 2010, I, n° 22, Gaz. Pal. 69-70, p. 18-19, obs. MEKKI ; D. 2010, p. 35 obs. P. BRUN, O. GOUT  
Civ. 1<sup>re</sup>, 28 janv. 2010, 09-10.992  
Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juin 2010, n° 09-13.591  
Civ., 1<sup>re</sup>, 17 juin 2010, n°09-67.011, note RCA n° 10, comm. 259, obs. RADE ; RTD civ. 2010, p. 567, obs. JOURDAIN ; D. 2011, p. 35, obs. BRUN ; JCP G n°41, 1015, §5, obs. BLOCH ; RDC n° 4, p. 1247, obs. VINEY, préc.

## B. Jurisprudence étrangère.

Cour suprême de Californie, *Ybarra v. Spangard*, 27 décembre 1944 ; 25 Cal.2d 486, 154 P.2d 687 (Cal.1944)  
Cour suprême de Californie, *Summers v. Tice* 17 novembre 1948, 33 Cal.2d 80, 199 P.2d 1  
Cour suprême de Californie, *Sindell v. Abbott Laboratories*, 26 Cal. 3d 588 (1980)  
Cour suprême du Wisconsin, *Collins v. Eli Lilly Co.* 352 N.W.2d 37 ; 50-51 (1984)  
Cour suprême de Washington, *Martin v. Abbott Laboratories*, 102 Wash.2d 581 (1984)  
Cour suprême de New York, *Hymowitz v. Eli Lilly Co.* 539, N.E.2d, 1069 (1989)  
Cour suprême de Floride, *Conley v. Boyle Drug Co.* 570 So.2d 275 (1990)  
Chambre des Lords, *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd* (2002)  
Chambre des Lords, *Barker v Corus (UK) plc* (2006)

# Table des matières

<b><u>Sommaire</u></b>	4
<b><u>Introduction</u></b>	6
<b><u>Première partie - Les réponses apportées à l'incertitude entourant le dommage causé par un membre indéterminé d'un groupe déterminé</u></b>	9
<b><u>Titre I. La nature du lien rattachant le responsable au fait dommageable</u></b>	9
<u>Section I. La qualification incertaine du lien de rattachement</u>	9
A. L'apparente distinction du lien de rattachement d'autres notions proches	10
1. Le lien de causalité	10
2. L'imputabilité	11
B. La délicate qualification du lien de rattachement	12
1. Identification	12
2. Dénomination	13
<u>Section II. La certitude exigée du lien du lien de rattachement</u>	14
A. Le caractère certain	14
1. Le principe de certitude malgré la présence d'un groupe	15
2. L'unité des situations d'incertitude causées par la présence d'un groupe	16
B. Les conséquences de l'incertitude	17
1. Le refus de la réparation	17

2. Les critiques de ce refus	19
<b><u>Titre II. L'élasticité du lien rattachant le responsable au fait dommageable</u></b>	<b>20</b>
<u>Section I. Le contournement de l'incertitude : l'incertitude refoulée</u>	21
A. La responsabilité d'un membre externe au groupe	21
1. Le recours en garantie contre un tiers	21
2. La responsabilité du fait d'autrui	22
3. La faute antérieure	23
4. Les limites de ces palliatifs	24
B. La responsabilité du groupe	24
1. Les solutions jurisprudentielles	25
a. Le recours à la faute collective	26
b. Le recours à la garde en commun	27
2. L'approbation doctrinale et les affinements proposés	28
<u>Section II. L'affrontement de l'incertitude : l'incertitude intégrée</u>	31
A. D'une règle de fond à une règle de preuve	32
1. Les critiques doctrinales de l'utilisation d'une responsabilité collective	32
a. Les critiques du recours à la responsabilité collective	32
b. Les propositions en faveur d'un simple mécanisme probatoire	33
2. L'ambiguïté de la prise en compte jurisprudentielle	37
a. Une consécration jurisprudentielle inaboutie	37
b. La vision de la doctrine contemporaine	40
B. L'élargissement des applications	42



1. L'élargissement tempéré	42
a. La disparition du recours à la notion de groupe	42
b. Le recours à une fiction ?	45
2. L'élargissement absolu	50
<b><u>Seconde partie - Pour une consécration législative d'une action en réparation du</u></b>	<b>52</b>
<b><u>dommage causé par un membre indéterminé d'un groupe déterminé</u></b>	
<b><u>Titre I. Les conditions de l'action en réparation d'un dommage causé par un membre</u></b>	<b>52</b>
<b><u>indéterminé d'un groupe déterminé</u></b>	
<u>Section I. L'idée d'une disposition législative</u>	52
A. Le passé : le droit historique	53
B. Le présent : le droit positif	56
1. Droit interne : des dispositions éparses	56
2. Droit comparé : des principes généraux	58
C. L'avenir : le droit prospectif	60
D. Pour une disposition législative générale	61
<u>Section II. Les conditions proprement dites</u>	63
A. Les conditions liées au demandeur	63
1. Le dommage de la victime.	63
2. La preuve de l'origine du dommage	64
3. L'impossibilité probatoire	65
4. Responsabilité contractuelle et délictuelle	65

B. Les conditions liées aux défendeurs	65
1. Le rejet de l'utilisation de la notion de groupe	66
2. La cohérence de l'action traduite par l'idée de fautes ou faits similaires	67
3. La nature des personnes	68
4. L'identification des auteurs potentiels du dommage	68
<b><u>Titre II. Les effets de l'action en réparation d'un dommage causé par un membre indéterminé d'un groupe déterminé</u></b>	69
<u>Section I. L'obligation à la dette</u>	69
A. L'obligation solidaire	69
1. Obligation in solidum ou solidarité ?	70
2. La possibilité de s'exonérer	71
B. L'obligation proportionnelle à un facteur	72
1. Présentation de la théorie	73
2. Rejet de la théorie au sein du principe général	74
<u>Section II. La contribution à la dette</u>	75
A. L'application classique	75
B. Une contribution proportionnelle ?	76
<b><u>Conclusion</u></b>	79
<b><u>Bibliographie</u></b>	80
<b><u>Table des matières</u></b>	86