

Recueil Dalloz 2010 p. 1162

La fiction de la causalité alternative

Fondement et perspectives de la jurisprudence « Distilbène »

Christophe Quézel-Ambrunaz, Maître de conférences à l'Université de Grenoble

L'essentiel

Les récents développements jurisprudentiels autour de la responsabilité des laboratoires pharmaceutiques mettent en oeuvre la notion de causalité alternative. La coresponsabilité retenue est plus une fiction qu'une présomption, acceptant de reconnaître, en droit, une relation de cause à effet, là où, en fait, elle n'existe pas comme telle. La portée de ces solutions ordonnant une solidarité pour l'indemnisation est encore incertaine ; elle serait importante si la jurisprudence « Distilbène » devait s'étendre à tous les cas de causalité alternative.

Le juriste français pourrait feindre d'ignorer la notion de causalité alternative. Il connaît pourtant l'hypothèse classique des chasseurs tirant simultanément en direction d'une victime, laquelle n'est atteinte que par un projectile. Il ne peut ignorer l'illustration plus actuelle qu'est celle de la « fille DES » subissant un préjudice du fait de l'administration à sa mère de diéthylstilbestrol, encore appelée Distilbène, mais qui ne parvient pas à prouver duquel des deux laboratoires ayant commercialisé la molécule elle est la victime (1).

Dans ces deux cas, le préjudice est imputable à une seule personne indéterminée, parmi plusieurs déterminées. Cette situation peut être nommée « causalité alternative » (2). Une situation de causalité alternative existe donc lorsque, parmi une pluralité d'activités similaires, chacune étant suffisante pour produire le dommage considéré, une seule (ou quelques-unes, mais non la totalité) est effectivement à l'origine du dommage. La victime est, dans un tel cas, capable de prouver que son dommage provient de l'un des faits générateurs, sans parvenir à déterminer lequel, ce qui interdit *a priori* l'imputation de la responsabilité.

La causalité alternative est à soigneusement distinguer des situations de coaction ou de coresponsabilité, dans lesquelles il est parfaitement prouvé que plusieurs personnes ont joué un rôle dans la genèse du préjudice, qu'elles aient ou non formé un groupe (3). La notion de causalité alternative correspond à une généralisation du problème classique de la faute d'un membre inconnu dans un groupe déterminé ou du rôle dommageable d'une chose indéterminée parmi une pluralité d'objets semblables.

Le problème majeur posé par la causalité alternative est probatoire. La victime se voit opposer les règles *actori incumbit probatio* (4), et *ei incumbit probatio, qui dicit ; non qui negat* (5), traduites, dans le code de procédure civile, aux articles 6 (6) et 9 (7), et, dans une certaine mesure, dans le code civil, à l'article 1315 (8). Le juge se trouve face à une délicate option. La victime étant dans l'incapacité de désigner précisément celui à qui son dommage est imputable, il ne peut que la débouter, alors même qu'il est certain qu'elle a subi un préjudice réparable, ou condamner solidairement les auteurs alternatifs - faisant peu de cas des règles précitées - en sachant pertinemment qu'il fait supporter à quelques-uns la charge d'un préjudice dans la genèse duquel ils ne sont absolument pas impliqués (9). S'il se trouve que les causes alternatives du dommage sont le fait de choses gardées par la même personne ou d'agents engageant la responsabilité du fait d'autrui d'une même personne (10) ou encore qu'un fonds d'indemnisation intervient alors même que le responsable n'est

pas identifié (11), le caractère alternatif de la causalité n'est pas un obstacle à l'indemnisation de la victime. Sinon, « la seule solution juridique consiste à débouter la victime dont les intérêts sont alors sacrifiés au principe de causalité » (12). Cela a été, un temps, la position de la jurisprudence (13) en matière de dommages causés par un agent inconnu au sein d'un groupe déterminé, et celle de la Cour de cassation dans l'affaire du *Distilbène*, jusqu'au récent revirement.

La Cour de cassation a accepté d'assimiler cause alternative et cause juridique, en retenant, à propos de la contamination par le Distilbène, que, dès lors que la victime prouve avoir été exposée *in utero* à la molécule, alors même qu'elle ne peut pas déterminer le laboratoire ayant mis sur le marché le produit à l'origine de son dommage, la responsabilité des laboratoires pharmaceutiques ayant commercialisé la molécule doit être retenue *in solidum*, sauf la possibilité laissée à chacun de prouver qu'il n'est pas à l'origine du dommage. La portée de cette solution n'est pas aisée à établir, le revirement opéré pourrait conduire les hauts magistrats à reconsidérer des solutions antérieures. Ainsi, celle par laquelle une victime a été déboutée, alors qu'elle se plaignait de problèmes auditifs suite à des détonations de « canons artisanaux » produites à l'occasion d'un mariage, par des gestes distincts, sur des dispositifs différents, par trois tireurs, faute d'avoir pu déterminer laquelle des neuf détonations était à l'origine de son préjudice, ce qui est une situation typique de causalité alternative (14). Si la « jurisprudence *Distilbène* » devait s'étendre à d'autres espèces dans lesquelles plusieurs causes sont dans une position alternative, la charge, mais aussi le risque de la preuve, seraient plus légers pour nombre de victimes.

Il est permis de penser que, nonobstant la formulation restrictive adoptée par la Cour de cassation, la question de la causalité alternative ne restera pas cantonnée à des parties de chasse tragiques ou à la responsabilité du fait des produits de santé. Les Principes du droit européen de la responsabilité (15), tout comme le *Draft common frame of reference* (16), prévoient de faire de la causalité alternative une règle générale d'établissement du lien causal. La jurisprudence étrangère a été confrontée à cette question dans des cas de collision automobile, de pollution de l'eau, d'explosion d'installations de gaz défectueuses, de dommages causés à l'occasion de manifestations ou de projection de pierres par des exploitants de carrières (17). La jurisprudence néerlandaise tranche depuis 1992 les questions relatives au Distilbène comme la Cour de cassation vient de le faire, en se référant à la notion de la causalité alternative (18). Le BGB allemand pose en principe que les auteurs alternatifs sont assimilés aux coauteurs ou complices (19), le code civil du Québec prévoit la solidarité des auteurs alternatifs (20). Le projet dit Catala, en son article 1348, adopte l'assimilation de la causalité alternative à la causalité juridique, à la condition qu'un groupe soit déterminé (21) : « 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 » (22). La question est ancienne : le *Digeste* (23) envisage le cas dans lequel plusieurs battent un esclave à mort, et distingue selon que l'on connaît, ou non, celui qui est à l'origine du décès : s'il est anonyme, tous en sont tenus ; s'il est connu, lui seul en subit l'action.

La causalité alternative n'a guère été envisagée comme notion propre par notre droit, qui a préféré justifier des solutions justes et équitables à l'aide d'expédients tels que la faute collective, la garde en commun ou la présomption de causalité. Or, aucune de ces explications n'est véritablement à même de rendre compte de la complexité du mécanisme, et de la position de la jurisprudence. Il est possible de défendre l'idée selon laquelle la causalité alternative appelle la création d'une fiction juridique qui, une fois reconnue, déborde le cadre des hypothèses sur lesquelles la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de se prononcer, et qui doit donc, pour cette raison, être soigneusement délimitée. Les explications traditionnelles de la causalité alternative (I) sont insuffisantes, il faut reconnaître une nouvelle conception de la causalité alternative : la fiction (II).

## I - Les explications traditionnelles de la causalité alternative

Traditionnellement, la causalité alternative est évitée : les concepts utilisés la ramènent soit vers une responsabilité collective, soit vers une responsabilité individuelle. La responsabilité

collective se base sur une activité en commun, faute commune ou garde en commun, qui permet d'engager la responsabilité d'un groupe (A). La responsabilité individuelle est fondée sur une présomption, qui permet de considérer que chaque auteur alternatif est personnellement à l'origine du dommage, sauf pour lui à démontrer qu'il ne peut en être l'auteur (B).

#### A - L'activité en commun

Lorsque le dommage dont se plaint la victime est causé par la faute du membre d'un groupe ou par le fait d'une chose parmi plusieurs choses semblables, et que l'on ne peut déterminer la cause immédiate du dommage, l'un des expédients consiste « à remonter dans le temps la chaîne des causalités pour retrouver un acte qui aurait été fait en commun (et qui soit fautif bien sûr) »  (24) ou à faire un ensemble de choses pour en attribuer la garde à un groupe. La causalité est alors « étirée »  (25) ou la garde élargie.

L'on peut ainsi parcourir la chaîne causale vers l'amont pour « relever que le dommage procède d'une action commune ou d'une pluralité d'actes connexes que la cohérence dans leur conception et leur exécution ne permet pas de séparer »  (26). Si l'on considère que l'origine du dommage est la participation à une partie de chasse qui a été mal organisée ou à un jeu dangereux, alors il y a une coactivité qui permet une responsabilité : par exemple, des adolescents se cachant pour fumer dans un local inoccupé, dans lequel un incendie se déclare, sont solidairement responsables de l'incendie  (27). Ce raisonnement est particulièrement évident dans une espèce dans laquelle une personne ayant participé à une expédition punitive mortelle, mais qui n'avait pas été l'auteur du meurtre, en a néanmoins supporté les conséquences : la Cour de cassation retient que la cour d'appel a pu prononcer une responsabilité *in solidum* parce que « c'était l'enchaînement des comportements fautifs des membres de ce groupe qui avait permis au drame de se réaliser »  (28).

La remontée de la chaîne causale jusqu'à une faute imputable à chacun dégage une responsabilité collective : si tous sont en faute, tous n'ont pas néanmoins causé le dommage, tous en portent pourtant les conséquences. Ce serait un retour « à une forme archaïque de responsabilité clanique »  (29). Cette collectivisation de la responsabilité a pu être justifiée par référence à l'idée de personne morale : partant de l'idée que la responsabilité de la personne morale ne pose aucun problème, il a été proposé de donner au groupe la personnalité morale afin que la faute collective soit celle de la personne morale  (30) - il s'agirait d'une société créée de fait  (31). L'on peut pourtant douter que soient présentes les conditions à réunir pour que la personne morale, à la supposer reconnue, soit engagée ; surtout, dans les espèces telles que celle du *Distilbène*, l'on ne peut envisager que les laboratoires pharmaceutiques, ayant une activité concurrente, et non commune, forment un groupe pourvu de la personnalité morale. L'on peut d'ailleurs discuter, à propos de ces espèces, de la consistance de la faute collective  (32) : il a pu être défendu que la poursuite de la commercialisation du produit par chaque laboratoire tend à accréditer l'idée erronée de son innocuité  (33) ; néanmoins, le caractère collectif est ici largement artificiel.

Traiter de la causalité alternative comme d'une activité en commun peut donc se heurter à l'absence de groupe à l'origine du dommage ou gardant les choses ayant causé le dommage. Ainsi, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir débouté une victime d'arthrite septique à la suite de trois infiltrations effectuées par deux médecins différents, qui démontre que son affection est liée à l'une de ces infiltrations, sans parvenir à déterminer laquelle  (34) : les médecins n'avaient pas eu d'activité en commun. L'appartenance à un groupe est déterminante pour mettre en oeuvre l'idée de faute collective ou de garde en commun, mais ne modifie pas les données de la causalité alternative : pour reprendre l'exemple de la victime d'un accident de chasse, qu'importe si les chasseurs ayant tiré simultanément participaient à la même battue ou se sont trouvés au même lieu par hasard.

Bien entendu, si l'activité commune est impeccable, elle ne saurait entraîner de responsabilité collective. L'on pense ainsi à la manifestation légale à laquelle quelques casseurs se mêlent : il est inconcevable de rendre tout le groupe responsable des dégradations  (35). Un rapport sénatorial, par la crainte infondée d'une responsabilité collective dans un tel cas, s'est pour

cette raison prononcé contre la prise en compte de la causalité alternative dans une réforme de la responsabilité civile (36).

La notion d'activité commune, trop restrictive, ne peut donc convenir. Surtout, si l'on accepte de considérer que l'activité commune est la cause du dommage, aucun des participants à cette activité ne devrait être autorisé à s'exonérer par la preuve de son absence de rôle dans la genèse immédiate du dommage. La possibilité de s'exonérer, alors même que l'on a pris part à l'activité commune, démontre que la responsabilité n'est pas collective, d'aucuns estiment qu'elle correspond à la mise en oeuvre d'une présomption.

#### B - La présomption de causalité

De nombreux auteurs (37) estiment que la responsabilité *in solidum* des membres d'un groupe dont l'un seulement a causé le dommage repose sur une présomption simple. Une telle solution pourrait être transposée aux autres cas de causalité alternative dans lesquels les auteurs alternatifs n'ont pas nécessairement constitué un groupe. Il s'agit également de la position du *Draft common frame of reference*. La victime n'aurait qu'à rapporter la preuve « que le fait qui a provoqué son dommage n'a pu être commis que par l'une des personnes qu'il désigne dans les poursuites » (38), et se déduirait la responsabilité de chacune de ces personnes, sauf leur faculté d'apporter la preuve contraire. La présomption en la matière s'autoriserait d'une comparaison avec l'article 102, alinéa 1er, de la loi du 4 mars 2002, qui dispose qu'« 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 » (39). La situation est différente ; s'il est vraisemblable quoique incertain que l'injection considérée a été à l'origine de la pathologie, il est absolument exclu que chacun des auteurs alternatifs soit effectivement à l'origine du dommage.

Les indices en faveur de l'usage d'une présomption simple de causalité existent pourtant : la responsabilité individuelle de chacun des auteurs alternatifs n'est engagée que dans la mesure où il échouera à rapporter la preuve de son absence de participation à la réalisation du fait dommageable. La causalité alternative se limiterait donc à un déplacement de l'*onus probandi* au bénéfice de la victime (40), telle qu'évoqué clairement par le communiqué de la Cour de cassation, à propos de sa jurisprudence *Distilbène* (41). Le visa de l'arrêt de cassation, prenant ensemble les articles 1382 et 1315, semble également en ce sens.

L'on objectera que les présomptions « sont fondées sur ce qui arrive communément et ordinairement, *praesumptio ex eo quod plerumque fit* » (42) ; parce que la présomption est une recherche de vérité (43), elle doit correspondre à une vraisemblance (44). Or, il est certain, dans les cas de causalité alternative, que tous les auteurs alternatifs ne sont pas à l'origine du dommage, donc que la responsabilité individuelle de tous n'est pas engagée ; c'est pourtant ce qu'établit la présomption. L'objection a été combattue : « 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 » (45).

L'explication de la solidarité des auteurs alternatifs par la présomption ne convainc pas une partie de la doctrine : « on ne peut concevoir une présomption de causalité à l'égard d'une chose qu'on ne connaît pas » (46). « Quoiqu'elle en évoque le régime et réponde à une impossibilité probatoire, cette solution ne s'explique pas par une présomption ; elle serait peu rationnelle : un seul ayant commis le dommage, il n'est pas possible de supposer qu'il a été commis par chacun. Il s'agit plutôt d'un cas, exceptionnel, de responsabilité collective » (47).

Surtout, l'on doit convenir que « la présomption doit céder à la lumière de la vérité » et que « si l'on fait jouer la présomption contre une réalité établie, elle devient une fiction » (48). Puisque l'on retient une responsabilité de chacun alors même qu'il est établi que certains ne sont pour rien dans la genèse du préjudice, il faut reconnaître que l'on passe de la

présomption à la fiction, « de la vérité hypothétique à l'erreur manifeste » (49).

## II - Une nouvelle explication de la causalité alternative : la fiction

La causalité alternative, lorsqu'elle engage la responsabilité de tous les auteurs alternatifs, est plus éloignée de la vérité factuelle qu'une présomption : il s'agit d'une véritable fiction. Est assumée une pleine juridicité causale : le droit reconnaît une causalité entre chaque activité et le dommage, alors qu'il ne peut en être ainsi dans la réalité matérielle (A). Pour cette raison, cette fiction doit être soigneusement bornée (B).

### A - La fiction de la causalité alternative

La fiction a une fonction pragmatique et historique, elle est « un mensonge technique consacré par la nécessité. [...] Elle facilite donc le progrès, et le rend possible à une époque où les forces feraient encore défaut à la science pour donner au problème sa véritable solution » (50). La véritable solution à apporter au problème de la causalité alternative reste à inventer, celle dictée par la nécessité de ne pas laisser les victimes sans indemnisation, consistant à retenir fictivement la responsabilité *in solidum* des auteurs alternatifs, n'est qu'un pis-aller.

Cette fiction porte sur la causalité ; elle donne à cette notion un contenu strictement juridique, jusqu'à contredire la causalité matérielle. Il serait erroné de croire que la causalité alternative permet une responsabilité sans causalité : dans le projet dit Catala, le rapprochement des articles 1347 - subordonnant l'existence de la responsabilité à la présence d'un lien causal - et 1348 - introduisant en partie la causalité alternative - le montre : le second, qui d'ailleurs ne se trouve pas, avec raison, parmi les dispositions relatives à la preuve, ne contredit pas le premier, mais le complète.

La question de la légitimité d'une telle fiction pourrait se poser. A quoi il est possible de répondre que le brocard *idem non esse aut non probari* que l'on oppose parfois à la victime dans une situation de causalité alternative est, lui aussi, une fiction, en ce qu'il accepte de retenir dans le champ du droit une vérité qui n'est pas nécessairement celle des faits : l'inexistence de ce qui est allégué... En matière de causalité alternative, débouter la victime n'est donc ni plus, ni moins fictif, que de l'indemniser.

La fiction en matière de causalité alternative peut être créée par la loi (51), mais, dans l'attente, la jurisprudence peut s'en emparer et la généraliser, le mécanisme de la fiction n'est plus désormais considéré comme l'apanage du législateur (52). Il faut remarquer que « *le raisonnement par fiction n'établit pas toujours une hypothèse fautive* » (53) : il est donc envisageable d'appliquer la fiction alors même qu'il n'est pas exclu que toutes les personnes à qui réparation est demandée auraient eu un rôle dans la genèse du dommage.

Encore convient-il de déterminer la mesure de la dette de réparation mise à la charge des auteurs alternatifs : trois possibilités existent. Selon la première, celui qui a le plus vraisemblablement causé le dommage doit être condamné au tout. Cette solution est la négation même de l'idée de causalité alternative et doit être écartée. Selon la deuxième, les auteurs alternatifs doivent être condamnés de manière divisée, à raison de la probabilité de leur rôle causal - établi par exemple en ayant recours aux parts de marché (54). Du point de vue de l'analyse économique du droit, cette option a une certaine pertinence en ce que, sur un grand nombre d'actions, chaque auteur alternatif aura payé une somme correspondant à l'équivalent des dommages qu'il a effectivement causés. Cette solution a les faveurs des Principes du droit européen de la responsabilité, et est prévue par son article 3 :103 ; son économie interdit que les auteurs alternatifs s'exonèrent de leur responsabilité en prouvant qu'ils ne sont en rien intervenus dans la genèse du dommage. Selon la troisième possibilité, qui a la préférence tant du droit positif que du droit prospectif, tous les auteurs alternatifs doivent être condamnés au tout *in solidum*, à charge pour eux de s'exonérer en montrant qu'ils ne sont pas intervenus dans la genèse du dommage.

## B - Les bornes de la fiction de la causalité alternative

Une objection pourrait être adressée à la fiction de causalité permettant la responsabilité individuelle de chaque auteur alternatif, similaire à celle opposée à la responsabilité collective : pourquoi permettre l'exonération de celui qui prouve n'avoir pas causé le dommage ? La réponse se trouve dans les fonctions de la fiction : elle ne met une distance entre le droit et le réel qu'autant que cela est justifié (55). Toute fiction est cantonnée par le droit, elles n'ont d'effet que dans les cas pour lesquels elles ont été établies, *fictio non operatur ultra casum*. Or, ici, 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.

Il est parfaitement normal que celui qui invoque l'exception (*lato sensu*) lui permettant d'échapper à la fiction ait la charge de prouver les éléments au soutien de sa prétention, *reus in excipiendo fit actor* (56). L'article 1315, au visa de l'arrêt sur le *Distilbène*, doit être compris comme support de cet adage ; les auteurs alternatifs ne cherchent pas à prouver qu'ils sont libérés d'une obligation, mais qu'ils n'en ont jamais été les sujets passifs.

La fiction de la causalité alternative est donc bornée, dans le sens décrit, mais aussi parce qu'elle ne couvre, pour l'instant du moins, qu'un seul aspect de la causalité alternative. En effet, il en existe un autre versant sur l'autre extrémité du lien causal : l'on a étudié le cas de l'auteur indéterminé, mais existe en miroir celui des victimes alternatives (57). Les situations mettant en oeuvre cette notion sont celles dans lesquelles un fait défectueux cause des dommages à certaines personnes, mais que d'autres personnes subissent le même dommage, qui provient d'une autre cause, sans que l'origine de chaque dommage puisse être caractérisée. Par exemple, l'on observe une augmentation statistique du nombre de cancers autour d'une source de pollution de nature à causer ce type d'affection, sans que l'on puisse déterminer, pour chaque victime, la cause de son atteinte. L'alternative est alors soit d'indemniser intégralement chaque victime, mais alors l'on rend responsable un auteur de conséquences dont il n'est pas à l'origine, soit de n'indemniser aucune victime, mais on laisse sans réparation des victimes qui y auraient droit. La transposition des orientations actuelles sur la causalité alternative entraînerait une réparation pour toutes les personnes subissant le préjudice correspondant, à charge pour le défendeur d'apporter la preuve, pour chacune des victimes, qu'il n'est pour rien dans la genèse de son préjudice.

La Cour de cassation refuse pour l'instant d'adopter cette autre fiction qui participe pourtant d'une logique analogue à celle consacrée. Elle suit en cela la position dominante en Europe (58), et celle du *Draft common frame of reference*. Toutefois, les Principes du droit européen de la responsabilité civile consacrent une responsabilité partielle, fondée sur la probabilité du dommage (59). Si la Cour de cassation appliquait le même raisonnement pour les deux aspects de la causalité alternative, elle ordonnerait une réparation intégrale du préjudice de chaque victime, sauf pour le responsable de démontrer, à l'égard de chacune, qu'il n'est pas intervenu dans la réalisation de son préjudice. Dans un tel cas, une victime n'aurait plus à prouver que son affection est à imputer à l'activité du défendeur, il lui suffirait de prouver qu'elle souffre d'un préjudice du type de celui qui a été créé indubitablement chez certaines personnes par l'activité du défendeur. La solution de l'arrêt *Distilbène* (60) ayant refusé l'indemnisation, car la preuve de l'exposition de la victime à la molécule n'était pas rapportée, serait complètement changée, ce qui mettrait fin à ce que certains ont appelé de manière surprenante une « *discrimination* » (61). L'indemnisation, moyennant une double fiction de causalité alternative, serait alors envisageable ; il est certainement plus sage de considérer que fiction sur fiction ne vaut, et doit être enserrée dans des bornes étroites. Reste que la causalité alternative est une véritable boîte de Pandore, la Cour de cassation l'a entrouverte.

### Mots clés :

RESPONSABILITE CIVILE \* Responsabilité du fait des produits défectueux \* Médicament \* Distilbène \* Laboratoire pharmaceutique \* Causalité alternative

(1) Civ. 1re, 24 sept. 2009, n° 08-16.305, JCP G 2009, n° 44, 381, obs. S. Hocquet-Berg ; D. 2009. AJ 2342 📖, obs. I. Gallmeister, et 2010. Pan. 51, obs. P. Brun ; RDSS 2009. 1161, obs. J. Peigné ; RTD civ. 2010. 111 📖, obs. P. Jourdain ; 28 janv. 2010, pourvoi n° 08-18.837, D. 2010. AJ 440 📖. La question de la preuve ne portait pas sur la relation causale générale entre le produit et les affections, car, contrairement au vaccin contre l'hépatite B, la nocivité du Distilbène est avérée.

(2) Un autre sens a pu être donné à l'expression « cause alternative » : il s'agit d'un cas de causalité préemptive, dans lequel un dommage, bien que causé par l'activité du défendeur, se serait malgré tout produit sans cette activité (H. L. A. Hart et T. Honoré, *Causation in the law*, 2nd ed., Clarendon Press, 1985 ; F. G'Sell-Macrez, *Recherches sur la notion de causalité*, thèse, Paris I, 2005, spéc. n° 173), ainsi du cas de celui qui tue par balles un individu venant de boire du poison.

(3) Tel le cas dans lequel une machinerie d'ascenseur est détériorée par une surcharge : le poids de chacun a un rôle causal - la Cour de cassation ayant d'ailleurs validé un arrêt ayant admis une absence de responsabilité des passagers, Civ. 2e, 18 nov. 1987, Bull. civ. II, n° 237 ; mais le raisonnement est fondé avant tout sur l'absence de preuve du rôle causal des usagers. Ou encore des deux centres hospitaliers dont les négligences se sont conjuguées pour aboutir au décès d'un patient, chaque négligence étant suffisante pour entraîner le décès, CAA Lyon 30 juin 2009, n° 05LY01980.

(4) D'après Marcien, *Digeste*, 22, 3, 21. Cf. H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, n° 10.

(5) Paul, *Digeste*, 22, 3, 3.

(6) « A l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder ».

(7) « Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ».

(8) Cette disposition concerne aussi la matière extracontractuelle ; le projet visait « l'exécution d'une convention », les termes ont été changés à dessein (Fenet, XIII, p. 165) ; *adde*, R. J. Pothier, *Traité des obligations*, n° 728 : « Celui qui se prétend créancier de quelqu'un est obligé de prouver le fait ou la convention qui a produit sa créance ».

(9) Une solution alliant rectitude et équité serait de transférer les hypothèses d'une telle responsabilité sur un fonds général de garantie, P. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2008-2009, n° 1721 s., spéc. n° 1731.

(10) A titre d'exemple, Civ. 2e, 22 mai 1995, Bull. civ. II, n° 155 ; D. 1996. Somm. 29 📖, obs. F. Alaphilippe ; RTD civ. 1995. 899 📖, obs. P. Jourdain.

(11) Par exemple, Civ. 2e, 22 oct. 2009, n° 08-19.049. Cela ôte toute importance de la causalité alternative en matière d'accidents de chasse. De même, on pourrait certainement soutenir que, lorsqu'un même assureur garantit de manière similaire les coauteurs alternatifs, il ne devrait pas pouvoir opposer à la victime l'absence d'identification de l'agent du dommage.

(12) P. le Tourneau, *op. cit.*, n° 1722, et la jurisprudence citée. Comp. R. Demogue, *Traité des obligations*, t. IV, n° 548.

(13) Pour des exemples, cf. H. Lalou, *Traité pratique de la responsabilité civile*, 4e éd., Dalloz, 1949, n° 254 ; H. et L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. II, 4e éd., Sirey, 1949, n° 1950.

(14) « La cour d'appel a pu déduire que ces gestes distincts ne caractérisaient nullement des actes connexes et inséparables ayant causé un dommage et qu'en conséquence la responsabilité collective de leurs auteurs ne pouvait, à défaut de toute garde commune, être engagée », Civ. 2e, 4 déc. 2008, n° 07-21.163.

(15) PETL, art. 3 :103 (1) « 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 ».

(16) DCFR, VI. - 4:103: *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* ».

(17) Cf. B. Winiger, H. Koziol, B. A. Koch et R. Zimmermann (eds.), 6. *Damage caused by less than all possibly harmful events*, *Digest of European Tort Law*, vol. 1, *Essential Cases on Natural Causation*, Springer, 2007, n° 6a.

(18) Cf. B. Winiger et alii (eds.), *op. cit.*, n° 6a/8.

(19) BGB, § 830, *Mittäter und Beteiligte*, « (1) *Haben mehrere durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung einen Schaden verursacht, so ist jeder für den Schaden verantwortlich. Das Gleiche gilt, wenn sich nicht ermitteln lässt, wer von mehreren Beteiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hat* ».

(20) Art. 1480 : « Lorsque plusieurs personnes [...] ont commis des fautes distinctes dont chacune est susceptible d'avoir causé le préjudice, sans qu'il soit possible [...] de déterminer laquelle l'a effectivement causé, elles sont tenues solidairement à la réparation du préjudice ».

(21) Cette condition semble ressortir des termes du texte. Toutefois, les rédacteurs, en note, prévoient expressément la coresponsabilité, alors même que les auteurs alternatifs ne forment pas un groupe : « 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 ».

(22) Cela permet des solutions « parfaitement équitables », P. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, 2e éd., 2009, n° 261. Approuvant également, J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations*, 2. *Le fait juridique*, Sirey Université, 13e éd., n° 165.

(23) Ulpian, *Digeste* 9, 2, 11, 2.

(24) M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, 2 - *Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, n° 60.

(25) F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, *Précis Dalloz*, 10e éd., n° 862.

(26) N. Dejean de La Batie, *Responsabilité délictuelle*, *in* Aubry et Rau, t. VI-2, *Librairies techniques*, n° 71. *Adde*, R. Savatier, *Traité de la responsabilité civile*, LGDJ, 1951, n° 463.

(27) Chambéry 28 janv. 2003, n° 00/00164.

(28) Civ. 2e, 2 avr. 1997, Bull. civ. II, n° 112 ; D. 1997. IR 105 📖.

(29) P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 4e éd., n° 210. Pour cette raison, « la notion de faute collective doit être maniée avec prudence, et n'être retenue



que dans des cas exceptionnels », P. le Tourneau, *op. cit.*, n° 1724.

(30) H. Aberkane, Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes, RTD civ. 1958. 516, spéc. n° 29. Comp. J. Demarez, L'indemnisation du dommage occasionné par un membre inconnu d'un groupe déterminé, LGDJ, 1967.

(31) J. Carbonnier, Droit civil, PUF, n° 1134.

(32) S. Hocquet-Berg, obs. préc.

(33) B. Parance, Affaire du *Distilbène* : une avancée majeure, RLDC 2010/67, n° 3671.

(34) Civ. 1re, 23 nov. 2004, n° 03-16.865.

(35) En ce sens, V. la décision du *Bundesgerichtshof* allemand, 24 janv. 1984, VI ZR 37/82 (*Digest of European Tort Law*, préc., 6a/2).

(36) Sénat, Rapport d'information relatif à la responsabilité civile, n° 2008-558, Recommandation n° 14.

(37) P. Azard, note D. 1963. Jur. 137 ; N. Dejean de La Batie, note JCP G 1978. II. 18773 ; G. Ripert, note D. 1949. Jur. 502.

(38) G. Viney et P. Jourdain, Les conditions de la responsabilité, LGDJ, 3e éd., n° 380, et les références citées ; P. Brun, Les présomptions dans le droit de la responsabilité civile, thèse, Grenoble, p. 94.

(39) En ce sens, S. Hocquet-Berg, obs. préc.

(40) L'on peut souhaiter « que le problème posé par l'incertitude du lien causal soit résolu en faveur de la victime plutôt qu'au bénéfice de celui ou de ceux à qui le fait en question est imputable », N. Dejean de La Batie, note préc.

(41) Cette question est indépendante de celle de l'établissement de la relation de causalité en cas de doutes sur le lien causal scientifique, par application de l'article 1353 du code civil. S. Hocquet-Berg, obs. préc. ; B. Daille-Duclos, Responsabilité du fait des produits défectueux : la fin justifie-t-elle les moyens ?, JCP E 2009. 2113.

(42) R. J. Pothier (s'appuyant sur Cujas), Traité des obligations, n° 839.

(43) Jaubert, Rapport au Tribunat, Fenet, t. XIII, p. 400.

(44) P. Brun, Les présomptions..., préc., p. 498.

(45) N. Dejean de La Batie, note sous Civ. 2e, 19 mai 1976 (2 espèces), JCP G 1978. II. 18773.

(46) P. Esmein, in Traité de droit civil français par M. Planiol et G. Ripert, t. VI, Les obligations, n° 540, p. 732, note 1.

(47) P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, préc., n° 95.

(48) P. Brun, Les présomptions... préc., respectivement p. 498 et 493.

(49) P. Foriers, Présomptions et fictions, in Les présomptions et les fictions en droit, C. Perelman et P. Foriers, Bruylant, 1974, p. 7.

(50) R. von Ihering, De l'esprit du droit romain, trad. O. Meulenaere, t. IV, Marescq, 1880, § 68. *Addé* sur la notion de fiction, G. Wicker, Les fictions juridiques, LGDJ, Bibliothèque de droit

privé, 1996.

(51) Cf. T. Weir, *International Encyclopedia of comparative law*, vol. XI, Torts, chap. 12, *Complex liabilities, International Association of Legal Science*, 1976, n° 85. L'*actio de effusis et dejectis* (*Digeste* 9, 3, 1), qui aurait pu trouver sa place dans le code civil (Fenet, t. 1, p. 13 et 455) prévoyait une responsabilité solidaire des personnes qui habitent une maison de laquelle provient la chose dommageable, lorsque l'on ne peut savoir qui l'a jetée. Adde la pittoresque responsabilité de l'art. L. 211-2 c. rur., « les propriétaires de chèvres conduites en commun sont solidairement responsables des dommages qu'elles causent » ; l'exonération n'est pas prévue pour celui qui parviendrait à démontrer que ses chèvres n'ont pu causer le dommage : cette preuve semble tellement impossible qu'elle n'est pas réservée.

(52) P. Foriers, *op. cit.*, p. 17 ; J. Issama Vegh, *Les fictions en droit privé*, thèse, Dakar, 1968, n° 143.

(53) J. Issama Vegh, thèse préc.

(54) Sur les parts de marché, cf. H. L. A. Hart et T. Honoré, *op. cit.*, p. 424, et leur description de l'arrêt de la Cour suprême de Californie, *Sindell v. Abbott Laboratories* (1980). Souhaitant l'introduction de ce critère en droit français, F. G'Sell-Macrez, *op. cit.*, n° 563 ; et également, au moins en ce qui concerne le Distilbène, S. Hocquet-Berg, obs. préc. comp. P. Pierre, *Les présomptions relatives à la causalité*, RLDC 2007/40, suppl. n° 2634.




(55) La fiction de la causalité alternative ne tourne donc pas entièrement le dos à la réalité ; peut-être la coresponsabilité des auteurs alternatifs se place-t-elle sur un *continuum* d'une fidélité à une adversité entre le droit et le fait, dont la présomption et la fiction sont deux balises.

(56) Sur cette maxime, H. Roland et L. Boyer, *op. cit.*, n° 403 ; Ulpian, *Digeste*, 44, 1, 1 et 22, 3, 19. Adde, J.-F. Cesaro, *Le doute en droit privé*, éd. Panthéon-Assas, n° 121 s.

(57) Cf. F. G'Sell-Macrez, *op. cit.*, n° 569.

(58) Peu de systèmes juridiques admettent que la victime soit dispensée de rapporter la preuve du caractère certain du lien de causalité, en matière de victime indéterminée, Cf. *Digest of European Tort Law*, préc., n° 6c.

(59) « (2) En cas de victimes multiples, dès lors qu'il n'est pas certain que le dommage subi par une victime particulière a été causé par une activité, alors même qu'il est probable qu'elle n'a pas causé le préjudice de toutes les victimes, cette activité est considérée comme une cause du dommage subi par toutes les victimes en proportion de sa contribution probable au dommage subi par une victime particulière » ; mieux vaudrait employer la terminologie « activités alternatives » et « victimes alternatives ».

(60) Civ. 1re, 24 sept. 2009, n° 08-10.081, D. 2010. Pan. 51, obs. P. Brun  ; RDSS 2009. 1161 , obs. J. Peigné ; RTD civ. 2010. 111 , obs. P. Jourdain.

(61) C. Radé, *Les « filles du Distilbène » victimes de discriminations*, RCA nov. 2009, étude 15. Si l'on rejoint l'auteur dans son souhait d'une réforme d'ampleur, l'on peine à comprendre en quoi les victimes subiraient des discriminations lorsque l'une est indemnisée, et que l'autre ne l'est pas, parce que l'une a pu rapporter une certaine preuve au soutien de ses prétentions, et l'autre non.