

ENTRE CERTITUDE ET VRAISEMBLANCE, LE CRITÈRE DE LA PREUVE EN MATIÈRE CIVILE

par Patrick KINSCH

Avocat, professeur invité à l'Université du Luxembourg

1.— La preuve n'aboutit pas nécessairement à la vérité¹. Tel est bien le constat, désabusé peut-être mais évidemment réaliste, auquel parviennent ceux qui étudient les mécanismes de la preuve en justice (et parfois ceux qui les subissent). Certes, la recherche de la vérité n'est pas étrangère au système de la preuve judiciaire², mais il est généralement reconnu qu'il serait illusoire de comprendre cette notion comme recherche de la vérité absolue ou de la parfaite certitude. Les plus classiques des auteurs — Aubry et Rau — admettent que « la preuve judiciaire, qui, comme toute preuve historique, ne peut conduire à une certitude absolue, a pour objet de convaincre le juge, en cette qualité, de la vérité des faits sur lesquels elle porte »³, et Étienne Bartin, dans une note sous ce passage d'Aubry et Rau, ajoutera

1. G. Wiederkehr, *J.-Cl. civ.*, art. 1315-1316 (1976), n° 3.

2. On peut vouloir contester que la preuve en justice tend à la recherche de la vérité, mais on le fera alors d'un point de vue sociologique (et pessimiste) plutôt que normatif : X. Lagarde, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, LGDJ, 1994; « Vérité et légitimité dans le droit de la preuve », *Droits* 1996, n° 23, p. 31 (le véritable but du système probatoire ne serait pas la découverte de la vérité mais la légitimation de l'activité de l'institution judiciaire); mais pour plus de sympathie apparente pour l'« analyse juridique », et pour le constat que « législateurs et juges peuvent penser que le droit de la preuve dont ils souhaitent l'application tend à la manifestation de la vérité », v. du même auteur « Finalités et principes du droit de la preuve », *JCP* 2005. I. 133, n° 1.

3. C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, 5^e éd., t. XII, Marchal et Billard, 1922, § 749.

que « nous savons que la preuve judiciaire se ramène invariablement à une probabilité plus ou moins grande, à une vraisemblance plus ou moins accusée »⁴. La même idée se retrouve chez les meilleurs auteurs⁵; on ne les contredira pas.

Mais dire qu'en raison des limitations inhérentes à la procédure judiciaire, l'appréciation des preuves en justice consiste toujours, ultimement, à peser des probabilités plutôt qu'à retenir des certitudes géométriques ne répond pas à la question essentielle : de quel degré de probabilité le juge est-il censé se contenter ? Il existe une différence importante, et parfois décisive, entre un système qui n'admet que des preuves qui permettent au juge d'atteindre un degré de conviction qui relève de la (quasi-) certitude, et un système qui partirait au contraire de l'idée que c'est, de la version des faits du demandeur et de celle du défendeur, celle qui est en définitive, toutes preuves considérées, la plus vraisemblable qui doit l'emporter. Car c'est bien d'un système, et d'un système normatif, qu'il s'agit : en tout cas, répondre que « tout est une question d'intime conviction du juge, insusceptible d'un contrôle normatif » ne saurait être satisfaisant. Ce n'est pas à des juges, ou tribunaux, individuels qu'il appartient de résoudre, intimement et secrètement, cette question, question d'ordre juridique qui doit être résolue par des règles préexistantes et prévisibles.

2.— Le problème ainsi défini n'a pas de véritable nom en droit français. Une excursion en droit comparé présente par conséquent un avantage notable, hors toute recherche de l'exotisme juridique : celui de montrer qu'il existe ailleurs des outils conceptuels qui peuvent servir à l'analyse du droit français, puisqu'ils répondent à une question qui n'est en rien propre à certains systèmes juridiques étrangers. En droit anglo-américain, c'est la notion de *standard of proof* qui correspond à cette question ; dans les droits germaniques, il sera question du *Beweismaß*. Traduisons. Littéralement, *standard of proof* donne « standard de preuve » ou « norme de preuve », deux expressions dont nous avouons qu'elles nous semblent bien trop abstraites pour être retenues sans nécessité. *Beweismaß* donne, littéralement, « mesure de la preuve », ce qui pourrait être une traduction

4. *Ibid.*, note 19bis, p. 84.

5. J. Carbonnier, *Droit civil*, PUF, coll. « Quadrige », 2004, vol. I, n° 174 : « Prouver un droit, c'est le faire apparaître sinon comme vrai (car, dans l'univers juridique, on ne prétend pas atteindre à la vérité), du moins comme probable » ; H. Lévy-Bruhl, *La preuve judiciaire*, Librairie Marcel Rivière, 1964, p. 22 ; v. aussi H. Batiffol, « Observations sur la preuve des faits » in C. Perelman et P. Fortiers (dir.), *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 302, 305 et 308.

6. Néanmoins, la première expression est proposée à titre de traduction, ou plutôt d'anglicisme difficilement évitable s'agissant d'une notion qui n'est pas connue du droit français, par A.-L. Sibony et E. Barbier de la Serre, « Charge de la preuve et théorie du contrôle en droit communautaire de la concurrence : pour un changement de perspective », *RTD eur.* 2007. 205-206. La seconde apparaît dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada : v. ainsi les versions anglaise et française de l'arrêt *R. c. Russell* [2000] 2 RCS 731 qui a trait au « sens de la norme de preuve en matière pénale et [à] son application ».

acceptable. Mais la méthode préférable peut-être, en tout cas la plus empirique, s'inspirera de la jurisprudence plurilingue de certaines juridictions nationales⁷ ou internationales. En Suisse, le *Beweismaß* correspond au « degré de la preuve »⁸, ce qui est une excellente traduction. Néanmoins nous emploierons ici la traduction de *standard of proof* par « critère de la preuve », qui se trouve utilisée par deux juridictions internationales qui travaillent en français et en anglais, la Cour internationale de justice et la Cour européenne des droits de l'homme⁹.

Cette question d'ordre linguistique étant réglée, venons-en à ce qui est l'objet proprement dit de cette contribution, la détermination du critère de la preuve en matière civile. Nous verrons que le critère normal de la preuve est, en droit français comme dans la plupart des droits de l'Europe continentale — et en contraste avec les solutions du droit anglo-américain — celui de la certitude (morale) des faits que retient la juridiction (I) ; mais qu'il existe dans un certain nombre de cas, dont celui de la preuve de certains déroulements causaux, des exigences atténuées qui aboutissent à une réduction du critère de la preuve vers une exigence de vraisemblance des faits (II).

I. — LE CRITÈRE NORMAL DE LA PREUVE : LA CERTITUDE (MORALE)

3.— L'apport du droit comparé à notre discussion reste important : il montrera qu'alors qu'un large consensus existe sur le critère de la preuve en matière pénale, deux ou trois attitudes s'opposent pour la définition du critère de la preuve en matière civile. C'est après avoir pris connaissance des réponses qui peuvent être données en droit comparé qu'on recherchera quelle est exactement l'attitude du droit français.

7. En écartant néanmoins la jurisprudence canadienne et sa « norme de preuve » (v. la note précédente).

8. TF 19 déc. 2006, ATF 133 III 81, 88-89 ; v. aussi, F. Hohl, « Le degré de la preuve », *Festschrift für Oscar Vogel*, Universitätsverlag Freiburg, 1991, p. 125 s., et du même auteur *Procédure civile*, t. I, Berne, Staempfli, 2001, n° 1057 s.

9. CJJ 26 fév. 2007, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, § 202 s., l'arrêt utilise les expressions « critère d'établissement de la preuve » (§ 208) ou « critère [s'appliquant à la preuve] » (§ 209) ; CEDH 28 fév. 2008, *Saadati c. Italie* [GC], n° 37201/98, qui mentionne le « critère de preuve » (§ 122), mais aussi le « niveau de preuve » (§ 140). L'expression « critère de la preuve » apparaît dans l'arrêt de la Cour européenne du 30 juin 2008, *Géffgen c. Allemagne*, n° 22978/05, § 64. — Pour être complet, on relèvera qu'en droit communautaire, la référence au « niveau de preuve » ou « degré de preuve » parait usuelle : CJCE 15 fév. 2005, *Commission c. Tetra Laval*, n° C-12/03P, *Rec. CJCE* I-987, pt 37 respectivement 41 ; v. égal. cons. n° 5 du préambule du Règl. CE n° 1/2003 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux art. 81 et 82 du traité, *JOCE* L 1, 4 janv. 2003.

A. — LES ÉLÉMENTS DE RÉPONSE DU DROIT COMPARÉ

4.— Un vrai consensus n'est observable, en droit comparé, qu'à propos du critère de la preuve en matière pénale. Là, la formule utilisée en droit anglo-américain — l'accusé est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité soit démontrée « au-delà de tout doute raisonnable » (*beyond a reasonable doubt*)¹⁰ — correspond à une idée en substance commune aux différents systèmes juridiques. D'abord quant à sa rationalité profonde. Si dans le cadre du processus probatoire des erreurs sont inévitables, les tribunaux doivent chercher à éviter un type d'erreur plus particulièrement : c'est la condamnation d'un innocent qui, bien plus que l'acquiescement d'un coupable, trouble la confiance et le respect du public à l'égard de l'administration de la justice pénale; et surtout un critère de la preuve moins exigeant méconnaîtrait l'« intérêt transcendant » de l'accusé à sa liberté¹¹. Ensuite, au-delà des différences de formulation dans le droit positif des différents pays, il n'est admis nulle part qu'une personne soit condamnée pénalement par un tribunal qui éprouverait un doute raisonnable sur la culpabilité de l'accusé. Ce principe, qui est aujourd'hui considéré comme faisant partie de la garantie d'un procès pénal équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme¹², vaut évidemment aussi en droit français — même s'il est vrai qu'il y est parfois obscurci par la formulation élégante, mais insuffisante, de l'article 353 du Code de procédure pénale, qui fait appel à l'« intime conviction » des juges, auxquels « la loi ne demande pas compte [...] des moyens par lesquels ils se sont convaincus »¹³. Le critère de la preuve en matière pénale est la certitude des faits sur lesquels porte l'accusation — ou plus précisément, pour employer un terme au charme un peu désuet, leur certitude morale¹⁴.

10. *Cross and Tapper on Evidence*, 11^e éd., Oxford University Press, 2007, p. 169 s.; *McCormick on Evidence*, 6^e éd., St. Paul (Minn.), Thomson West, 2006, vol. II, § 341, p. 490 s.

11. V., dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis, *Speiser v. Randall*, 357 U.S. 513, 525-526 (1958); *In re Winship*, 397 U.S. 358, 364 (1970). Mais l'idée n'a rien de particulièrement américain et elle devrait caractériser, au contraire, la justice pénale dans tous les États de droit. L'idée de base se rencontre même dans un texte (libéral) de droit romain : *Dig.* 48, 19, 5 (Ulpian), « *divus Traianus [...] rescriptit : satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari* ».

12. CEDH 6 déc. 1988, *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne*, Série A n° 146, § 77.

13. L'art. 353 consacre le principe de la liberté des preuves en matière pénale et n'a pas trait au critère de la preuve (v. M. Delmas-Marty, « La preuve pénale », *Droits* 1996, n° 23, p. 53, 59-60). Depuis 2000, l'art. 304 C. pr. pén. prescrit au président de la cour d'assises de rappeler au jury que le doute doit profiter à l'accusé.

14. Ce terme est destiné à désigner le degré de certitude suffisant pour les besoins de la vie pratique, qui ne laisse précisément plus place au doute raisonnable (v. C. Beccaria, *Des délits et des peines* [1764], rééd. Flammarion, 1979, § VII, p. 60-61; F. Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, 2^e éd., Plon, 1866, t. IV, § 1760). Il reste utilisé actuellement, occasionnellement, en droit italien et dans le droit du Massachusetts (*McCormick on Evidence*, *op. cit.* p. 492-493 n. 9).

5.— En matière civile en revanche, des différences profondes, et très éclairantes, existent entre les systèmes juridiques. Il existe des droits — ceux, typiquement, de l'Europe continentale — qui exigent le même haut degré de conviction du juge en matière civile que celui qui correspond au critère de la preuve en matière pénale : seuls des faits établis avec certitude, ou avec ce haut degré de probabilité qu'on appelait naguère la certitude morale, peuvent être retenus par le juge civil. À défaut de preuve certaine ainsi comprise, la partie qui avait la charge de la preuve succombera dans ses prétentions. Telle est, par exemple, la solution généralement admise en droit suisse¹⁵ ou en jurisprudence allemande¹⁶.

6.— Mais il y a, à côté de cette vue du critère de la preuve en matière civile, une autre vue qui est depuis toujours celle du droit anglo-américain. Elle repose sur une autre approche, plus utilitariste que celle qui vient d'être décrite : la différence entre la plupart des procès civils et les procès pénaux tient au fait que l'inconvénient que représente une décision factuellement inexacte pour le défendeur (qui sera condamné bien qu'objectivement la demande ne soit pas fondée en fait) ne sera ni plus ni moins grande que l'inconvénient que peut représenter pour le demandeur un jugement de débouté dans une situation où, objectivement, un tribunal omniscient lui aurait donné gain de cause¹⁷. Par conséquent, en adoptant un critère de la preuve qui se contente de la plus grande vraisemblance de la version des faits du demandeur par rapport aux contestations du défendeur, on aboutira, non pas dans des cas individuels mais statistiquement, à un plus faible nombre total de jugements objectivement erronés qu'en exigeant une preuve au-delà de tout doute raisonnable¹⁸ : on réalise ainsi, dans les procès, le plus grand bonheur pour le plus grand nombre. C'est le critère de la *balance of probabilities* tel qu'il est reçu en droit anglais¹⁹ ou canadien — y

15. TF 17 déc. 1970, ATF 96 II 314, 318 (« avec une certitude pratique, avec une probabilité confinante à la certitude »); 29 janv. 2004, ATF 130 III 321, 324 (« absence de doutes sérieux »); v. aussi F. Hohel, *préc.* Mais le droit suisse connaît aussi, dans certains cas, un « degré de la preuve » atténué, v. *Infra*, n° 12.

16. BGH 17 févr. 1970, BGHZ 53, 245, 253-254, sur la notion (sous-jacente au § 286 C. pr. civ.) de *volle richterliche Überzeugung*, pleine conviction du juge quant à la vérité des faits allégués. La majorité de la doctrine allemande est d'accord à considérer que le même haut degré de conviction est exigé en matière civile qu'en matière pénale (G. Walter, *Freie Beweiswürdigung*, Tübingen, J.-C.B. Mohr, 1979; H. Prütting, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, Munich, Beck, 1983, p. 58 s.; du même auteur *Münchener Kommentar zur ZPO*, 3^e éd., Beck, 2008, § 286, n° 35 s.). Une opinion minoritaire, influencée par le droit anglais et américain (v. W. Habscheid, « Beweislast und Beweismaß », *Festschrift für Gottfried Baumgärtel*, Cologne, Carl Heymanns Verlag, 1990, p. 105 et 118), est favorable à la preuve sur base de vraisemblances : v. l'article classique de G. Kegel, « Der Individualanscheinsbeweis und die Verteilung der Beweislast nach überwiegender Wahrscheinlichkeit », *Festschrift für Heinrich Kronstein*, Karlsruhe, C. F. Müller, 1967, p. 321 s.

17. *In re Winship*, 397 U.S. 358, 371-372 (opinion individuelle du juge Harlan).

18. A. Stein, *Foundations of Evidence Law*, Oxford University Press, 2005, p. 14-15 et *passim*.

19. La décision classique est le jugement du juge Denning dans *Miller v. Minister of Pensions* [1947] 2 All E.R. 372, 373-374. Le critère y est expliqué dans les termes suivants : « *if*

compris d'ailleurs en droit québécois, où l'article 2804 du Code civil dispose, sous l'influence ponctuelle de la *Common Law*, que « la preuve qui rend l'existence d'un fait plus probable que son inexistence est suffisante, à moins que la loi n'exige une preuve plus convaincante ». Les règles d'attribution de la charge de la preuve ont, dans ce système, beaucoup moins fréquemment l'occasion de s'avérer décisives que dans le système caractéristique de l'Europe continentale.

Aux États-Unis, le critère de la preuve est celui de la *preponderance of the evidence* qui est interprétée elle aussi, en général, comme se contentant de la plus grande vraisemblance de la thèse du demandeur²⁰. Cependant il y existe ponctuellement, en matière civile, des règles exigeant que la preuve de certains types de faits d'une particulière gravité se fasse selon un troisième critère de la preuve, intermédiaire entre le critère pénal (preuve au-delà de tout doute raisonnable) et le critère civil ordinaire (*preponderance of the evidence*) : l'exigence d'une « preuve claire et convaincante » (*clear and convincing evidence*)²¹. La question de l'existence d'un troisième critère, similaire, en droit anglais est controversée²².

Retenons par conséquent qu'il existe (au moins) deux manières de concevoir le critère de la preuve en matière civile. Les deux ont leur logique et leur cohérence internes mais s'expliquent ultimement par des approches très différentes de la mission des tribunaux dans la détermination des faits de la cause. Où se situe, par rapport à ces deux systèmes, le droit français ?

B. — LES SOLUTIONS DU DROIT FRANÇAIS

7.— C'est à travers la discussion de la charge de la preuve qu'indirectement, la question du critère de la preuve reçoit habituellement une réponse en droit français. On sait que la charge de la preuve relève, en réalité, de l'attribution du *risque* de la preuve : malgré les termes de l'article 1315 du Code

civil il ne s'agit pas à proprement parler d'obliger l'une des parties à rapporter la preuve de ses prétentions, mais de fournir au tribunal la solution pour le cas où, à l'issue du procès, « lumière ne [serait] pas faite »²³.

Dans ce cas, selon la Cour de cassation, « l'incertitude et le doute subsistant à la suite de la production d'une preuve doivent nécessairement être retenus au détriment de celui qui avait la charge de cette preuve »²⁴. C'est dire qu'un jugement ne peut être fondé sur des preuves qui laissent subsister une incertitude : le critère de la preuve serait donc la certitude des faits qui sont à la base du jugement.

8.— Il existe, il est vrai, un courant doctrinal ancien et respectable qui voit les relations entre la charge de la preuve et son critère (ou entre charge de la preuve et appréciation des preuves) différemment. Ce courant doctrinal se veut moins dogmatique et plus proche des réalités judiciaires ; ainsi le traité de Marty et Raynaud, après s'être rallié à l'opinion, fréquemment défendue, selon laquelle « la charge de la preuve [est] mise à la charge de celui qui va à l'encontre du *status quo*, ou d'une situation acquise, ou à l'encontre de l'apparence », poursuit : « En réalité il ne faut point perdre de vue les conditions dans lesquelles se déroule le débat judiciaire, la nécessité d'aboutir à une solution augmentant encore les difficultés inhérentes à la recherche de la vérité, réduisant bien souvent l'appréciation des preuves à une pesée de vraisemblances et de probabilités, au choix de la thèse qui paraît la meilleure. — Dès lors la notion de vraisemblance et de normale sont appelées à jouer un grand rôle dans l'attribution de la charge de la preuve. [...] Ainsi la charge de la preuve passe et repasse de l'une des parties à l'autre selon le jeu des vraisemblances »²⁵. Cette approche — selon laquelle les tribunaux doivent, faute de pouvoir atteindre la vérité, « tenter de trouver le plus probable (*probabilior*) »²⁶ — rapprocherait, si elle correspondait intégralement au droit positif, le droit français du droit anglais ou américain : le juge français serait chargé, lui aussi, de statuer en matière civile sur la base de simples vraisemblances, et la version des faits la plus vraisemblable l'emporterait dans tous les cas.

23. R. Legeais, *Les règles de preuve en droit civil*, LGD, 1955, p. 101 (et v. déjà H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Sirey, 1948, n° 117 : « quand la balance reste en suspens, quand la vérité, même cette vérité restreinte que permet la procédure, n'est pas découverte, c'est alors qu'il importe de déterminer sur qui pèse le fardeau de la preuve »). Cette analyse est aujourd'hui généralement reçue ; v. en particulier J. Ghestin et G. Goubeaux, *Introduction générale au Traité de droit civil*, 4^e éd. (avec le concours de M. Fabre-Magnan), LGDJ, 1994, n° 645.

24. Soc. 31 janv. 1962, *Bull. civ. IV*, n° 105 ; ou encore Soc. 15 oct. 1964, *Bull. civ. IV*, n° 678 (« le doute devant nécessairement préjudicier à celui qui avait la charge de la preuve »).

25. G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, t. 1, 2^e éd., Sirey, 1972, n° 213. V. aussi, M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 1^{er} éd., t. VI (par P. Esmein), 1930, n° 491. La même idée a été exprimée à l'occasion dans la doctrine des deux pays européens dont le droit civil reste le plus proche du droit français : H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, t. III, n° 729 B, 730 et 731 ; G. Ravaiani, *La responsabilité civile*, 2^e éd., Luxembourg, Pasirisie luxembourgeoise, 2006, n° 50 et 907. 26. G. Thuillier, « Probabilisme et art de juger », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1216.

the evidence is such that the tribunal can say : "we think it more probable than not," the burden [of proof] is discharged, but if the probabilities are equal it is not ». — Un critère similaire de la preuve existe d'ailleurs dans certains au moins des systèmes juridiques de l'Europe du Nord (principe de l'*övervikt* pratiqué en droit suédois) ; pour le fonctionnement pratique de cette règle, v. la procédure nationale à la base des arrêts de la CEDH, cités *infra* note 30.

20. V. les références in McCormick on Evidence, *op. cit.*, § 339, p. 485-486.

21. McCormick on Evidence, *op. cit.*, § 340, p. 487-490. Ce critère s'applique à des accusations de fraude et à « miscellaneous types of claims and defenses, [...] where there is thought to be special danger of deception, or where the court considers that the particular type of claim should be disfavored on policy grounds », p. 489.

22. V. Cross and Tapper, *op. cit.*, p. 185-186. Le dernier arrêt de la Chambre des lords retient un seul critère de la preuve fondé sur les vraisemblances respectives des allégations, mais acceptant que des faits graves peuvent être intrinsèquement moins vraisemblables a priori : *In re B. (Children)* [2008] UKHL 35.

Cette vue, dans la mesure du moins où elle se veut normative et non simplement descriptive d'une réalité psychologique ou sociologique de la vie judiciaire, se heurte néanmoins à une objection qui semble dirimante. Elle est incompatible, en tant qu'énoncé général du critère de la preuve, avec la jurisprudence de la Cour de cassation. Celle-ci ne s'est pas bornée à juger à l'occasion, comme nous l'avons vu, que l'incertitude et le doute subsistant à la suite de la production des preuves doivent être retenus contre la partie qui avait la charge de la preuve. Surtout, elle décide de manière constante, dans le cadre du contrôle de la motivation des décisions de justice, qu'il n'est précisément pas suffisant de retenir la vraisemblance d'un fait pour le tenir pour établi²⁷. Pareille *motivation dubitative* équivaut à une absence de motivation et entraînera la cassation de la décision qui la comporte²⁸. Le sens de cette jurisprudence (au-delà des cas dans lesquels la motivation dubitative est due à une rédaction stylistiquement déficiente des jugements) n'est certes pas que le juge ne peut laisser apparaître, au terme de l'administration des preuves, de doute sur le déroulement réel des faits²⁹, mais que ce doute doit amener le tribunal à *rejeter* les prétentions de la partie qui avait la charge de la preuve³⁰. C'est un premier indice important de ce que le critère de la preuve en matière civile ne se distingue pas fondamentalement, en droit français, du critère de la preuve en matière pénale; les deux recherchent la certitude ou du moins l'absence de doute raisonnable.

Il y a un deuxième indice, plus direct et technique : l'autorité de la chose jugée dont bénéficient, devant les juridictions civiles, les décisions pénales. Si le critère de la preuve était différent dans les deux branches — preuve au-delà de tout doute raisonnable en matière pénale, mais preuve selon la plus grande vraisemblance en matière civile —, cette autorité pourrait certes exister en ce qui concerne les jugements de condamnation, mais elle serait illogique pour les jugements de relaxe ou d'acquiescement : ce ne serait pas parce qu'un prévenu ou accusé a été relaxé ou acquitté au bénéfice du doute que la juridiction civile ne pourrait pas le condamner à des réparations civiles, en retenant que les faits qui lui sont reprochés sont établis selon le critère de la plus grande vraisemblance³¹. Or l'autorité

27. J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, 4^e éd., Dalloz, 2008, n° 78.141.

28. Ex. : cassation d'un arrêt qui avait retenu qu'« il est fort probable » que le demandeur a des droits sur une partie d'un bâtiment pour faire droit à sa demande en expulsion d'un occupant, Civ. 3^e, 18 juin 2002, n° 01-03.429.

29. En ce sens pourtant, semble-t-il, X. Lagarde, *op. cit.*, n° 135 s. *Contra*, J.-F. Cesaro, *Le doute en droit privé*, Ed. Panthéon Assas, 2003, n° 157 s.

30. V. la jurisprudence citée par J.-F. Cesaro, *op. cit.*, n° 162-163, et par C. Puigellier, « Vrai, véridique et vraisemblable », *in* C. Puigellier (dir.), *La preuve*, Economica, 2004, p. 195 et 223.

31. Comme l'illustre parfaitement, en droit américain, la cause célèbre *O. J. Simpson* (acquiescement au pénal pour meurtre en 1995, condamnation au civil — 33,5 millions de dollars — pour les mêmes faits en 1997). Le critère de la preuve en matière civile étant similaire en droit anglo-américain et en droit suédois et norvégien, la question du respect de la présomption d'innocence par pareil jugement de condamnation civil, intervenu en

au civil des jugements de relaxe, même au bénéfice du doute, est bien établie³².

9.— Cela dit, la certitude des faits constatés judiciairement reste (comme en matière pénale³³) une certitude morale, raisonnable, humaine. Visiblement la jurisprudence n'exige pas qu'il s'agisse d'une certitude absolue³⁴, simplement d'un si haut degré de probabilité qu'il ne laisse plus de place à un doute raisonnable. On a pu énoncer, à propos de la preuve par présomptions, que « [s]eule une probabilité telle qu'elle ne laisse aucun doute dans l'esprit du magistrat quant au fait en cause justifie que la preuve par présomption soit retenue »³⁵; la formule serait parfaite si elle précisait : aucun doute *raisonnable*. La jurisprudence en matière de recherche de paternité l'illustre bien, dans un domaine où l'appréciation des preuves par les tribunaux (qui est censée faire appel « aux lumières et à la prudence du magistrat », art. 1353 C. civ.) rencontre des données scientifiques, recueillies par expertise et exprimées dans le langage statistique de la science médicale³⁶. Là, on verra les tribunaux assimiler systématiquement des probabilités de paternité (ou de non-paternité) de 99,8 % ou plus³⁷ à la certitude : un examen comparé des sangs aboutissant à une probabilité de paternité de 1 pour 25 000 est une méthode médicale certaine³⁸; une filiation peut être déclarée sur base d'un examen comparé des sangs qui donne 99,999 chances sur 100³⁹; 99,999 chances sur 100, résultat d'une étude des marqueurs génétiques, constituent « une quasi-certitude » en l'état actuel de la science⁴⁰.

Suède ou en Norvège, a été portée à plusieurs reprises devant la Cour européenne des droits de l'homme; celle-ci a estimé qu'il n'y avait en principe pas de violation (CEDH 11 févr. 2003, *Y. c. Norvège*, n° 56568/00, *Rec. CEDH* 2003-II; Décis. 13 nov. 2003, *Lundkvist c. Suède*, n° 48518/99, *Rec. CEDH* 2003-XI), sauf si la motivation de la décision civile pouvait être comprise comme mettant en doute le bien-fondé de l'acquiescement (CEDH 15 mai 2008, *Ort c. Norvège*, n° 31283/04).

32. G. Wiederkehr, *Rép. pr. civ.*, v° « Chose jugée », n° 422, et la jurisprudence citée.

33. *V. supra*, n° 5.

34. L'exigence d'une « absolue certitude » se retrouve, il est vrai, occasionnellement — mais de manière atypique — en jurisprudence (ex. Colmar 24 juin 1994, *JCP* 1995. II. 22462, 2^e esp., note F. Boulanger, en matière de preuve de l'absence de volonté matrimoniale dans le cadre d'une demande en annulation d'un mariage).

35. J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, n° 716.

36. G. Vial, *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille*, Dalloz, 2008, n° 422 s. parle de l'« appréciation du juge liée par la science ».

37. Sur le sens de ces probabilités (qui ne s'identifient pas purement et simplement à la probabilité que le défendeur est le véritable père), v. P. Mangin, « La preuve de l'engagement : la technique des empreintes génétiques », *in* L. Khaïat (dir.), *Vérité scientifique, vérité psychique et droit de la filiation*, Erès, 1995, p. 133 s.; C. Puigellier, note ss. Civ. 1^{re}, 14 févr. 1995, *JCP* 1996. II. 22569.

38. Civ. 1^{re}, 7 juin 1995, *Bull. civ. I*, n° 239; dans le même sens Civ. 1^{re}, 12 juin 2001, *Bull. civ. I*, n° 169.

39. Civ. 1^{re}, 12 janv. 1994, *D.*, 1994. 449, note J. Massip.

40. Civ. 1^{re}, 25 oct. 2005, n° 04-10.667. Selon deux magistrats de la Cour de cassation, l'examen comparé des ADN aboutit même à « une véritable certitude » : A. Pascal et M. Trapero, « Vérité biologique et filiation dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », *Rapp. Cass.* 2004, p. 101.

Pourtant, même une faible probabilité d'erreur n'équivaut pas à une certitude absolue⁴¹; aussi bien, d'autres arrêts ne se fondent pas uniquement sur le résultat d'une expertise qui donne des probabilités aussi élevées, mais en outre sur les circonstances individuelles de la cause : l'expertise aboutit « à une probabilité écrasante, encore corroborée par sa coïncidence avec les relations avérées, au moment de la conception, entre [le défendeur et la mère de l'enfant] »⁴². Retenons, en tout cas, que seule une quasi-certitude (dans le cas des arrêts qui se fondent le plus étroitement sur ces données biologiques), ou une certitude morale (dans le cas des arrêts cités en dernier lieu) répondent au critère de la preuve en matière de filiation — et, au-delà, au critère normal de la preuve en matière civile.

Ce n'est toutefois pas là l'intégralité du tableau.

II. — LES CAS DE RÉDUCTION DU CRITÈRE DE LA PREUVE VERS UNE EXIGENCE DE VRAISEMBLANCE DES FAITS À PROUVER

10.— Il existe, à côté de l'exigence, normalement applicable, de la certitude des faits retenus comme prouvés, des cas exceptionnels dans lesquels s'appliquent des exigences moindres. Le cas de la preuve du lien de causalité en droit de la responsabilité civile est potentiellement parmi ceux-là; son examen particulier sera précédé d'un essai de catégorisation des cas, assez hétéroclites, dans lesquels les exigences probatoires sont réduites.

A. — DIFFÉRENTES CATÉGORIES DE CAS

11.— Certains de ces cas ne relèvent qu'en apparence d'une réduction du critère de la preuve. Si l'article 1347 du Code civil définit le commencement de preuve par écrit comme un « écrit qui est émané de celui contre

lequel la demande est formée... et qui rend vraisemblable le fait allégué », et si l'article 1677 n'admet, en matière de rescision de la vente immobilière pour lésion, l'expertise qu'à condition que « les faits articulés [soient] assez vraisemblables et assez graves pour faire présumer la lésion », ces deux articles ne font pas de la vraisemblance des faits allégués une preuve suffisante de ceux-ci. Il s'agit au contraire de formuler des conditions préalables qui aboutiront à des mesures d'instruction supplémentaires ou du moins à la considération d'autres preuves; implicitement les articles 1347 et 1677 confirment que la vraisemblance des faits n'est précisément pas suffisante, en elle-même, pour que la preuve en soit rapportée... avec certitude.

12.— Le premier véritable cas de réduction du critère de la preuve est celui des procédures qui ne tendent pas à une décision sur le fond du litige, mais au prononcé de mesures provisoires ou conservatoires. Par hypothèse, ces mesures sont urgentes et ne permettent pas d'attendre l'achèvement d'un processus probatoire complet. D'où la solution de l'article 67 de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, qui subordonne au simple fait que « la créance [paraît] fondée en son principe » l'autorisation judiciaire d'une mesure conservatoire sur les biens du débiteur⁴³. Quant à l'intervention du juge des référés, elle est en partie subordonnée par les textes à des exigences probatoires encore moindres⁴⁴. Mais il s'agit là d'institutions qui relèvent de la technique pure de la procédure civile, ce qui les éloigne des autres situations ici discutées.

La deuxième catégorie de cas se laisse expliquer à partir de l'exemple de la jurisprudence consacrée à la preuve de la propriété en cas de revendication. Là, il n'est pas exigé du demandeur qu'il prouve la certitude de sa propriété; il suffit de « la preuve d'un droit meilleur ou plus probable que celui du défendeur », de « présomptions meilleures et plus caractérisées » ou d'un « titre meilleur »⁴⁵. L'explication en est que « saisi d'une action en revendication le juge doit trancher le conflit qui oppose deux personnes déterminées, il doit choisir entre le demandeur et le défendeur et, devant la difficulté d'une preuve absolument déterminante, il est raisonnable qu'il se contente de probabilités »⁴⁶ — plutôt que de répondre par un *non liquet* à la question de la propriété du bien. De même, l'article 311-12 du Code

43. Ce critère de l'autorisation judiciaire est évidemment préférable à l'exigence, qui était théoriquement prescrite par l'ancien art. 551 C. pr. civ., de la certitude de la créance cause de la saisie-arrêt; mais sur l'atténuation de cette exigence légale par le dernier état de la jurisprudence antérieure à la réforme des voies d'exécution, qui en était venue à n'exiger plus qu'une « créance certaine dans son principe » pendant la phase conservatoire de la saisie-arrêt, v. M. Donnier, *Voies d'exécution*, 2^e éd., Litec, 1990, n° 617.

44. Art. 808 NCP, mesures « que justifie l'existence d'un différend »; également l'art. 809 al. 1^{er}. En revanche, l'absence de contestation sérieuse (art. 808 et 809 al. 2) correspond, lorsqu'elle est appliquée aux faits de la cause, à une aggravation des exigences probatoires.

45. P. Jourdain, *Les biens*, Dalloz, 1995, n° 222 et 225, et les références jurisprudentielles citées; v. encore J.-L. Bergel, M. Bruschi et S. Cimamonti, *Les biens*, LGDJ, 2000, n° 441.

46. P. Jourdain, *loc. cit.*

41. « On n'empêchera pas le défendeur condamné sur cette base de hurler, jusqu'aux portes des droits de l'homme, que c'était lui le non-père dans le troupeau des dix mille, et qu'il a été victime d'un amalgame » : J. Carbonnier, *Droit civil*, t. II, PUF, 1993, n° 266 (passage supprimé dans la dernière édition de l'ouvrage). — Qu'on ne badine pas avec ces probabilités est illustré dans un autre domaine, de manière un peu effrayante, par la jurisprudence administrative : CAA Paris 20 oct. 1992, *Administration générale de l'Assistance publique de Paris c. X*, *Lebon* 578 : les premiers tests de dépistage du VIH dans les produits sanguins labiles laissaient subsister un risque de contamination de l'ordre de 0,003 %... risque qui s'était réalisé dans le cas de M. X.

42. Civ. 1^{re}, 16 juin 1998, n° 96-21.796; ou encore Paris 4 mars 1994, *D.*, 1995. Somm. 117, obs. F. Granet; Bordeaux 14 janv. 1997, *D.*, 1998. Somm. 29, 5^e esp., obs. Granet (selon la cour, « exiger 100 % de vérité scientifique revient à exiger plus de la science que ce qu'elle ne peut donner », d'où l'utilisation d'un faisceau d'indices, 99,8 % de probabilité scientifique plus la preuve d'une cohabitation entre les parents de l'enfant).

civil prévoyait, à propos des conflits de filiation et jusqu'à son abrogation par l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, que « les tribunaux règlent les conflits de filiation pour lesquels la loi n'a pas fixé d'autre principe, en déterminant par tous les moyens de preuve la filiation la plus vraisemblable » : on considèrerait qu'objectivement il faudrait bien choisir entre les filiations respectivement établies, et le jeu des règles relatives à l'attribution de la charge de la preuve ne permettrait pas, ici, de le faire.

Vient ensuite, en troisième lieu, ce qui est sans doute la catégorie de cas la plus importante de réduction du critère de la preuve. Dans certaines situations, la jurisprudence accepte de tenir compte de la difficulté extraordinaire dans laquelle se trouve un demandeur, sans faute de sa part, pour faire la preuve complète de ses droits. Dans ces situations — bien connues en droit comparé, spécialement en droit suisse⁴⁷ —, les exigences probatoires seront réduites, sans que la réduction aille nécessairement jusqu'au degré de la simple plus grande vraisemblance de la version des faits du demandeur ; ainsi en jurisprudence suisse, il s'agit d'une réduction à ce que la jurisprudence appelle « la vraisemblance prépondérante [qui] suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération »⁴⁸. Cette notion de « vraisemblance prépondérante » représente une exigence atténuée en matière de preuve, mais pas au point de rejoindre la notion de *ponderance of the evidence* telle qu'elle existe en droit américain⁴⁹ : le critère atténué du droit suisse représente plus que les 51 % de vraisemblance qui peuvent suffire en droit américain, et moins que la certitude. Cette solution explicitement formulée en droit suisse a de fortes chances de correspondre aussi, en substance, aux solutions adoptées en droit français lorsqu'il s'agit d'atténuer des exigences probatoires auxquelles une catégorie de demandeurs ne pourrait normalement pas répondre. Un exemple en est, selon une partie au moins de la jurisprudence en matière d'assurance contre le vol, la preuve de la réalité du vol et de la valeur des objets volés ; afin de ne pas rendre illusoire la couverture d'assurance accordée à l'assuré, ces décisions se contenteront d'indices rendant vraisemblable la sincérité de la déclaration de sinistre⁵⁰.

47. V. TF 19 déc. 2006, ATF 133 III 81, 88 : « L'allègement de la preuve est alors justifié par un "état de nécessité en matière de preuve" (*Beweisnot*), qui se rencontre lorsque, par la nature même de l'affaire, une preuve stricte n'est pas possible ou ne peut être raisonnablement exigée, en particulier si les faits allégués par la partie qui supporte le fardeau de la preuve ne peuvent être établis qu'indirectement et par des indices ».

48. TF 19 déc. 2006, préc., p. 89. V. aussi F. Hohl, préc., p. 154-156 (« haute vraisemblance »).

49. V. *supra*, n° 6.

50. V. la jurisprudence analysée par H. Groutel, *J.-Cl. Responsabilité civile et assurances*, fasc. 529, n° 46.

Nous ne prétendons pas que les différentes catégories ci-dessus esquissées épuisent tous les cas de réduction du critère de la preuve⁵¹, mais l'essentiel y est, semble-t-il. Une hypothèse — qui peut relever de la troisième catégorie, celle de l'allègement dans l'intérêt du demandeur qui, autrement, serait confronté à des difficultés probatoires excessives — doit toutefois être examinée plus spécialement.

B. — LE CAS DE LA PREUVE DU LIEN DE CAUSALITÉ DANS LA RESPONSABILITÉ CIVILE

13.— *A priori*, la preuve du lien de causalité dans la responsabilité civile devrait se faire selon les mêmes exigences que la preuve des éléments nécessaires au succès d'une autre prétention ; par application du critère normal de la preuve, le lien de causalité devrait par conséquent être prouvé avec certitude. Tel est effectivement en France l'enseignement classique, relayé par la jurisprudence lorsqu'elle se veut elle-même classique⁵². Pourtant, on observe dans des systèmes juridiques proches du droit français une atténuation des exigences probatoires ; ainsi, pour la jurisprudence suisse, la preuve du lien de causalité, qui serait typiquement trop difficile à effectuer au degré normal de certitude, relève des cas de réduction du critère de la preuve à l'exigence de « vraisemblance prépondérante »⁵³ ; une idée similaire a été formulée en doctrine allemande⁵⁴.

Le droit français n'a pas l'habitude d'utiliser un raisonnement exprimé en termes de variabilité du critère de la preuve. Néanmoins, et spécialement pour certains types de déroulements causaux, la preuve rigoureuse du lien de causalité n'est pas plus facile en France qu'ailleurs. Comme on a pu le relever, « dans de nombreux cas, même si le rapport de nécessité est très probable, il n'est pas absolument certain. Le tribunal doit-il alors systématiquement rejeter la demande au motif que la victime n'a pas apporté la

51. Ainsi l'art. 2445 C. civ. prévoit, de manière sans doute non réductible à l'une des trois catégories définies au texte, que les inscriptions hypothécaires prises d'après l'évaluation par le créancier de créances indéterminées pourront être réduites à la demande du débiteur : « L'excès, dans ce cas, est arbitré par les juges, d'après les circonstances, les probabilités et les présomptions de fait, de manière à concilier les droits du créancier avec l'intérêt du crédit à conserver au débiteur ».

52. V. par ex. P. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 7^e éd., Dalloz, 2008, n° 1773, et les références.

53. Au sens spécifique rappelé ci-dessus (n° 12) : TF 19 déc. 2006, préc. note 47, p. 88 avec une référence à la jurisprudence antérieure.

54. H. Prütting, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, op. cit., p. 108 s. ; *Münchener Kommentar zur ZPO*, op. cit., § 286, n° 47. Mais la doctrine allemande n'est pas unanime (v. spéc. H. Weber, *Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozess*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997), et la jurisprudence ne consacre pas expressément un système d'atténuation des exigences probatoires mais préfère recourir à la preuve *prima facie* (*Anscheinsbeweis*) et à divers cas de renversement de la charge de la preuve.

preuve qui lui incombe? Certains arrêts paraissent en ce sens. Mais beaucoup plus nombreux sont les décisions qui [...] s'efforcent d'alléger, au profit de la victime, le fardeau de la preuve »⁵⁵.

14.- Les exemples les plus frappants de cet allègement objectif du critère de la preuve du lien de causalité existent en matière biologique, spécialement médicale. Là, il est vrai que — selon un rapport d'expertise cité dans la motivation d'un arrêt de la cour d'appel de Versailles de 2004 — « comme c'est toujours le cas dans les sciences du vivant, la démonstration de la causalité ne peut être incontestable »⁵⁶. Le fait qu'en matière biologique, un lien de causalité vraiment certain soit si difficile à établir doit-il signifier qu'en la matière, les défendeurs ont toujours la possibilité de se retrancher derrière le doute sur la causalité? Cette solution n'apparaît pas comme souhaitable sur le plan de la politique jurisprudentielle, et la jurisprudence française ne l'a pas adoptée.

Elle a élaboré, en premier lieu, un système ingénieux de réduction des exigences probatoires, avec réduction corrélatrice de l'indemnisation, en adaptant les principes de l'indemnisation de la perte d'une chance à la matière médicale, sous la forme de la théorie dite de la perte d'une chance de guérison ou de survie⁵⁷. Cette théorie repose tout naturellement sur l'ap-proche statistique qui caractérise la science médicale : en l'absence d'une erreur de diagnostic, ou d'une faute de traitement, la guérison aurait pu être obtenue avec une probabilité de, mettons, 50 % ; le responsable, qui par sa faute a définitivement privé le patient de cette possibilité, devra l'indemniser, mais l'indemnisation sera réduite à 50 % de ce que l'indemnisation aurait été en présence d'un lien de causalité certain. Cette théorie a été certes très critiquée, précisément du point de vue du droit de la preuve⁵⁸ (et elle rencontre un succès incertain en droit comparé⁵⁹), mais elle est une invention majeure de la jurisprudence française, qui tient ainsi compte de ce que certains phénomènes comportent une part actuellement irréductible d'aléatoire et donc d'incertitude causale : « si la statistique révèle que les

55. G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, 3^e éd., LGDJ, 2006, n° 368.

56. Versailles 30 avr. 2004, D. 2004. 2071, note A. Gossement.

57. G. Viney et P. Jourdain, *op. cit.*, n° 370.

58. R. Savatier, « Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé? », D. 1970. 123, qui dénonce ce qui lui semble être une dénaturation de la théorie classique de la perte d'une chance : « Si le juge acquiert la conviction que la faute a causé le dommage, il doit en condamner l'auteur à réparer celui-ci. Mais prononcer une condamnation, même réduite à proportion de ses doutes, ne lui est pas possible s'il n'arrive pas à la conviction personnelle que la faute a été la condition nécessaire du dommage », p. 124.

59. La Cour de cassation de Belgique l'a condamnée : arrêt du 1^{er} avr. 2004, *Pac.* 2004, n° 174, concl. conformes T. Wérquin qui montrent l'influence des critiques de R. Savatier ; v. la critique de B. Dubuisson, « La théorie de la perte d'une chance en question : le droit contre l'aléa? », *JT* 2007. 489, avant de finir, peut-être, par se rallier à la jurisprudence française : Cass. 5 juin 2008, *JT* 2009. 28, note A. Pütz. V. aussi, dans un sens hostile à la théorie française, au Luxembourg, G. Ravarani, *op. cit.*, n° 1012 et 1013.

phénomènes aléatoires sont "maîtrisables", le magistrat ne peut rester insensible à cette réalité scientifique »⁶⁰.

15.- À côté de la théorie, incontestablement originale, de la perte d'une chance, il existe d'autres cas de réduction des exigences probatoires qui prennent plus clairement la forme d'une réduction du critère de la preuve vers la vraisemblance — plus particulièrement, sans doute, vers un assez haut degré de vraisemblance — du lien causal. On remarquera que ces cas ne s'accompagnent pas, quant à eux, d'une réduction du quantum de l'indemnisation⁶¹. Il s'agit d'une réduction tacite des exigences ; la jurisprudence française n'a pas à cet égard la transparence de la jurisprudence suisse, mais le résultat y est, sous couvert d'appréciation souveraine, par les juges du fond, de la valeur des présomptions invoquées à l'appui du lien de causalité. Le raisonnement de base, qui se rencontre en matière de contamination post-transfusionnelle alléguée⁶² ou d'infections nosocomiales⁶³ comme en matière d'effets secondaires de médicaments ou de vaccins⁶⁴, est toujours le même : proximité temporelle entre l'événement peut-être causal et la première manifestation du dommage ; absence d'une autre cause apparente.

Il est clair que ni l'un, ni l'autre de ces derniers éléments ne sont suffisants pour caractériser un lien de causalité vraiment certain ; le premier relève potentiellement d'un *post hoc ergo propter hoc* complètement ascientifique, alors que le second a tendance à souffrir de l'extrême difficulté de démontrer de manière complète l'absence d'autres facteurs de risque, étrangers à l'action du défendeur. Et pourtant, les décisions des juges du fond

60. J. Boré, « L'indemnisation pour les chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable », *JCP* 1974. I. 2620, n° 25.

61. Cette différence par rapport à l'application de la théorie d'une perte d'une chance est relevée par A. Dorsner-Dolivet, note ss. Versailles 30 mars 1989, *JCP* 1990. II. 21505 : « Normalement, lorsque la probabilité de réalisation du risque à la suite de la faute médicale est importante, le juge devrait accorder réparation de l'entier dommage, lorsque cette probabilité est plus réduite il ne devrait réparer que la perte d'une chance d'éviter le dommage ».

62. Civ. 1^{re}, 17 févr. 1993, *JCP* 1994. II. 22226, note A. Dorsner-Dolivet ; Civ. 1^{re}, 14 nov. 1995, *Bull. civ.* I, n° 414 ; en jurisprudence administrative CE Ass. 9 avr. 1993, M. D., *Lebon* 110, concl. Legal ; CE Sect. 29 mars 2000, *Assistance publique-Hôpitaux de Paris, Lebon* 147, concl. Chauvaux ; procédant à un aménagement de la charge de la preuve Civ. 1^{re}, 9 mai 2001, D. 2001. 2149, rapp. P. Sargos ; Civ. 1^{re}, 10 juill. 2002, *Bull. civ.* I, n° 198. — Pour une application de la méthode de raisonnement de ces arrêts en dehors du domaine médical proprement dit, v. Civ. 2^e, 2 juin 2005, *Bull. civ.* II, n° 146 (preuve de la contamination par le VIH d'un éboueur suite à l'imprudence d'un chirurgien qui avait jeté dans sa poubelle une seringue usagée). — Depuis la loi du 4 mars 2002 (art. 102), il existe une présomption légale d'imputabilité de la contamination par le VHC aux transfusions subies par le demandeur ; v. C. Radé, « Les présomptions d'imputabilité en droit de la responsabilité civile », in *Mélanges en l'honneur de P. le Tourneau, Dalloz*, 2008, p. 885, 898-899 et CE 19 déc. 2007, M. *Touranchau et autres, Lebon* 512.

63. Caen 30 janv. 2007, D. 2007. 2147, note O. Smallwood.

64. Civ. 1^{re}, 5 avr. 2005, D. 2005. 2256, note très critique A. Gorny ; *RTD civ.* 2005. 607, obs. P. Jourdain ; Civ. 1^{re}, 24 janv. 2006, *Bull. civ.* I, n° 34 ; comp. Civ. 1^{re}, 24 janv. 2006, *Bull. civ.* I, n° 33 ; *LPA* 2 mars 2006, concl. J.-D. Sarcelet. Et v. les arrêts cités *infra*, note 66.

qui assurent l'indemnisation des demandeurs dans pareilles situations sont approuvées par la Cour de cassation ou, s'agissant de la responsabilité administrative, par le Conseil d'État, qui montrent ainsi, en fait, leur approbation d'une réduction tacite du critère normal de la preuve⁶⁵. Dans le dernier état de la jurisprudence — celle consacrée à l'existence ou non d'un lien de causalité entre la vaccination contre l'hépatite B et l'apparition de la sclérose en plaques — il n'a même plus été jugé nécessaire que la corrélation possible entre la vaccination et la maladie soit scientifiquement établie en l'état actuel de la science; les juridictions suprêmes des deux ordres de juridiction ont consenti l'« effort » nécessaire pour admettre un lien de causalité même dans ce cas-là⁶⁶.

* *

*

Il est d'ailleurs remarquable — mais aussi parfaitement logique — que la jurisprudence pénale n'admet, à propos de la répression de l'atteinte involontaire à la vie ou à l'intégrité physique, ni le jeu de la théorie de la perte d'une chance⁶⁷ ni l'atténuation du critère de la preuve du lien causal, qui doit en matière pénale être un lien de causalité certain⁶⁸. Cette différence, atypique, entre l'approche de la justice pénale et celle de la justice civile n'est que le reflet de deux critères de la preuve ponctuellement divergents : la justice pénale, si elle entend rester fidèle au modèle de l'État de droit libéral, ne peut se passer du critère de la certitude morale; la justice civile peut consentir, dans des cas appropriés, à une réduction du critère de la preuve.

65. L'invocation dans ce contexte de la théorie de la *causalité adéquate* nous paraît une explication erronée, même si elle se retrouve fréquemment en doctrine, y compris chez les meilleurs auteurs (par ex. J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations*, II, *Le fait juridique*, 12^e éd., Armand Colin, 2007, n° 164; G. Viney et P. Jourdain, *op. cit.*, n° 347). En effet, la théorie (ou du moins la théorie classique) de la causalité adéquate est destinée à réduire les cas de responsabilité, à supposer prouvé *au préalable* qu'une cause donnée figure bien parmi les conditions *sine quibus non* qui ont produit en l'occurrence le dommage, à celles des conditions qui étaient de nature à le produire selon le cours ordinaire des choses — et non à faciliter la preuve du rôle causal d'un événement donné.

66. V. les conclusions du commissaire du gouvernement T. Olson sur CE 9 mars 2007, 4 esp., *AJDA* 2007. 861. Dans la jurisprudence judiciaire, v. Civ. 1^{re}, 22 mai 2008, *JCP* 2008. II. 10131, note L. Grynbaum; *RTD civ.* 2008. 492, obs. P. Jourdain. La Cour de cassation avait antérieurement jugé qu'en l'absence de lien de corrélation scientifique prouvée, le lien de causalité avait été illégalement constaté par les juges du fond : Civ. 1^{re}, 23 sept. 2003, 2004. 898, note Y.-M. Serinet et R. Mislawski; *RTD civ.* 2004. 101, obs. P. Jourdain.

67. Crim. 20 nov. 1996, *Bull. crim.*, n° 417; 4 mars 2008, *Bull. crim.*, n° 55.

68. Crim. 14 mai 2008, *JCP* 2008. II. 10189, note P. Misretta. Cependant, faute de retenir l'incrimination d'homicide par imprudence, les tribunaux peuvent retenir celle de création d'un risque prévue à l'art. 121-3 al. 4 C. pén. : Crim. 12 sept. 2006, *Bull. crim.*, n° 219.