

[...]

L'attribution du risque de la preuve consiste à désigner celui qui doit succomber au procès. Il se présente alors, a priori, comme une conséquence de la charge de la preuve. Cette dernière est largement servie par des analyses doctrinales anciennes et contemporaines à tel point qu'il pourrait être tentant de simplement les transposer à la question du risque de la preuve (1). Cependant, ce dernier se déploie au-delà des strictes limites de la charge de la preuve, tant par le raisonnement qui le sous-tend que par l'instrumentalisation dont il est l'objet (2).

La charge de la preuve répond à la question de savoir qui, lors d'un procès, doit prouver ce qu'il allègue. Par une induction amplifiante, l'article 1315 du Code civil a été sacralisé comme le pilier d'un principe général : *actori incumbit probatio* (3). C'est au demandeur de prouver ce qu'il allègue. Résoudre la question de la charge de la preuve par l'invocation de cette seule disposition est une vue de l'esprit qui ne correspond pas à la pratique judiciaire (4).

En effet, qui est ce demandeur au procès sur lequel est censé peser a priori le fardeau de la preuve? Au cours du procès, la qualité de demandeur et de défendeur est alternative, voire cumulative (5). Chaque partie avance en permanence une suite d'allégations et de prétentions tout en contestant « réciproquement » celles de l'adversaire. L'article 10 alinéa 1er du Code civil décrit cette situation « normale » des plaignants (6) : « Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité ». Au vrai, dans un procès, il est plus important de savoir ce qu'il advient de la prétention des parties en cas de doute persistant dans l'esprit d'un juge qu'elles n'ont pas réussi à convaincre de leur bon droit (7). A ce titre, le raisonnement fondé sur le risque de la preuve paraît plus à même de faire la lumière sur le processus décisionnel du juge.

Le risque de la preuve, au sens strict, renvoie à la question de savoir « à qui le juge devra-t-il donner satisfaction lorsque la lumière ne sera pas faite » (8). Il transcende la distinction tripartite du droit français entre objet, charge et mode de preuve (9). Toute règle probatoire tenant à l'objet et aux modes de preuve a une incidence sur les contours du risque de la preuve. Au sens le plus large, le risque de la preuve renvoie aux aléas probatoires du procès et à la nécessité d'en améliorer la gestion.

Le risque de la preuve est la traduction d'un dialogue entre le juge et chacune des parties (10). Ces dernières doivent fournir un effort probatoire afin de convaincre le juge du bien-fondé de leurs prétentions. Réciproquement, le juge doit les convaincre, ainsi que les tiers, de la légitimité de sa décision, au moyen, notamment, d'une motivation suffisante.

L'équilibre de cette relation entre le juge et les parties dépend du type de procès. Lorsqu'il est accusatoire, un rôle prédominant dans l'établissement de la preuve est accordé aux parties. Lorsqu'il est inquisitoire, le rôle du juge est plus actif. Le premier traduirait le système de common law, alors que le second se rapprocherait davantage du modèle romano-germanique (11). Juridiquement, cependant, ce découpage ne sied plus réellement au procès français (12). En augmentant, du moins dans le procès civil, les prérogatives du juge, notamment celles du juge de la mise en état, la répartition des rôles est modifiée et le juge prend une part plus active dans le

débat probatoire (13). Cependant, les parties n'en conservent pas moins un rôle déterminant. Ainsi, dies introduisent l'instance (art. 1 CPC). Elles la conduisent sous les charges qui leur incombent (art 2 CPC). L'article 4 du même Code prévoit que l'objet du litige est déterminé par les parties. En vertu de l'article 5, le juge doit se prononcer sur ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé par les parties. Elles allèguent les faits propres à fonder leurs prétentions (art 6 CPC) et les prouvent (art. 9 CPC). Le juge statue uniquement sur des faits dans le débat (art. 7 CPC). Éclairante énumération qui confirme la place déterminante qu'il revient aux parties dans le procès civil français.

La relativité de la distinction entre procès accusatoire et inquisitoire vient également de l'influence du droit au procès équitable de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (14). Cette stipulation conventionnelle façonne un procès mi- accusatoire mi- inquisitoire qui peut être qualifié de « mixte » (15). Cette tendance est renforcée par l'importance des principes de loyauté et de dialogue (16) mis au service d'un principe plus général de « coopération » (17).

Penser la preuve en termes de risques permet, en outre, d'exprimer l'omniprésence du doute dans le procès, celui des parties dans le succès de leurs prétentions, celui du juge dans le prononcé de la « bonne » décision (18). Le risque de la preuve se présente comme un raisonnement par défaut, comme à regret. L'objectif n'est pas d'en étendre le champ d'application mais de réduire la part d'aléa qu'il présuppose. Le risque de la preuve doit rester, comme le doute qui le soutient, subsidiaire et résiduel, ce à quoi s'efforce le droit positif. Pour autant, la vérité n'est pas le but exclusif, ni même dominant, du procès civil et, dans une moindre mesure, du procès pénal (19). Il suffit de faire état, par exemple, de la restorative justice en matière pénale, née aux États-Unis, où le procès a pour fonction d'apaiser le conflit (20). En France, également, dans le procès civil, l'article 21 du Code de procédure civile dispose qu'« il entre dans la mission du juge de concilier les parties ». Dans le même esprit, le dernier Rapport remis au Parlement européen sur le projet de directive relative à la conciliation et à la médiation dans les pays de l'Union européenne témoigne de la faveur qui est accordée aux modes de règlement amiable des conflits (21). En somme, la preuve est à la croisée de deux exigences : trancher définitivement un litige au nom de la paix civile et répondre aux attentes de l'auditoire que le juge doit convaincre (22).

Le risque de la preuve pose, à dire vrai, le débat, non pas en termes de vérité, ni même d'erreur de jugement, mais de responsabilité. Respondere renvoie bien à la question de savoir qui doit répondre de ses actes ou d'une situation, qui doit supporter les risques du doute persistant (23). Le risque de la preuve est une des traductions françaises de ce que les réalistes américains appellent les hard cases, cas difficiles qui invitent le juge à pondérer les intérêts en présence et à faire preuve de pragmatisme (24). Cet état de fait renseigne alors sur la fonction de la preuve : prouver n'est pas en priorité dire la vérité, mais avant tout convaincre (25). La preuve est ainsi « ce qui persuade l'esprit d'une vérité » (26). C'est en ce sens que les « standards de preuve » (27), évoqués par M. Deffains, du droit américain peuvent être utilement adaptés à la réalité de la procédure française. En définitive, « le juge ne recherche pas une vérité absolue; il se borne à relever les indices qui engendreront dans son esprit un sentiment de probabilité » (28).

Enfin, dans sa fonction instrumentale, l'attribution du risque de la preuve est aussi une information adressée aux justiciables et aux sujets de droit. Selon l'attribution et le degré du risque probatoire, les justiciables sont découragés de, ou incités à, agir en justice. Cette fonction incitative permet de renforcer l'effectivité de certaines règles de droit (29). Le risque de la preuve confirme le lien qui doit exister entre les règles de preuve et les règles de fond (30). En définitive, le risque de la preuve est un mode de raisonnement qui amène le juge à prendre en compte les circonstances et les aléas du procès, évinçant ainsi une vision statique de ce dernier et où les rôles seraient attribués dès le départ. Cependant, il ne s'agit pas non plus d'encourager l'improvisation. Il paraît utile d'expliquer de quelle manière le juge raisonne, ou pourrait raisonner, pour régler une question sur laquelle un doute subsiste. À la différence de la charge de la preuve, pour qui les jeux sont faits, le risque de la preuve invite à poser des règles du jeu probatoire.

Lors de son analyse, Bruno Deffains a privilégié trois aspects : le procès comme « jeu de recherche de rentes », le « rôle actif ou passif du juge » et les « standards de preuve ». Ce triptyque répond à deux questions juridiques récurrentes: comment se manifeste le risque de la preuve et quelle est son utilité?

À cet égard, le risque de la preuve est à la fois un raisonnement judiciaire (Section 1) et un instrument juridique au service d'un but (Section 2). [...]

M. Mekki, Le risque de la preuve, in *Droit et économie du procès civil*, LGDJ, 2010, p. 195 et S., spéc. p. 195-199

(1) Sur les liens entre charge de la preuve et risque de la preuve, v. not. j.-Fr. CÉSARO. *Le doute en droit privé*. Préf. B. Teyssié. Éditions Panthéon-Assas. LGDJ. 2003. spéc. n° 115 et s., p. 180 et s., J. DEVÈZE. *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*. Thèse Toulouse, 1980. spéc. p. 19 et s.; X. LAGARDE. *Réflexion critique sur le droit de la preuve*. Préf. J. Ghestin, Tome 239. LGDJ. 1994. spéc. n° 128 et s., p. 203 et s. ; R. LEGEAIS. *Les règles de preuve en droit civil permanences et transformations*. LGDJ. 1955. spéc. p. 169 : « le problème de la charge de la preuve (...) est double (...) Il s'agit, en effet, non seulement de savoir qui doit réunir les preuves mais surtout qui perdra le procès dans le cas où la lumière ne sera pas faite » ; Fr. BOULANGER, « Réflexions sur le problème de la charge de la preuve », *RTD civ.*, 1966. p. 736 et s., spéc. n° 5.

(2) Sur la réduction de la charge de la preuve à une question de risque de la preuve. J.-Fr. CÉSARO. th. préc., n° 115. p. 180 ; J. GHESTIN. et G. GOUBEUX, *Introduction générale*, LGDJ, 3e éd., 1990, n° 581. p. 537 ; R. LEGEAIS, th. préc., p. 101. Comp. Ph. MALAURIE et P. MORVAN. *Introduction au droit*. Defrénois. 2004, n° 168. p. 123 et n° 171. p. 125.

(3) Sur cette induction. J. GHESTIN et G. GOUBEUX. op. cit., n° 582 et 583. p. 539 et s.

(4) V. J. CHEVALIER, *Cours de droit civil approfondi. La charge de la preuve*. Les cours de droit, 1958/1959, p. 225.

- (5) Comp. Fr. TERRÉ, Introduction générale du droit, Dalloz, 7e éd., 2006, n° 590 et s. p. 480 et s., qui, conscient de cette réalité, en parlant notamment de « jeu de raquettes », n'en continue pas moins d'accorder toute sa place au raisonnement fondé sur la charge de la preuve.
- (6) A.-L. SIBONY et E. BARBIER DE LA SERRE, « Charge de la preuve et théorie du contrôle en droit commercial de la concurrence : pour un changement de perspective », RTD eur., 2007, p. 205 et s.
- (7) V. J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, op. cit., LGDJ, n° 581, p. 537 et 538 : « peu importe, au fond, d'où proviennent les éléments de conviction sur lesquels le juge peut fonder sa décision. Lorsque la vérité est connue, il est indifférent de savoir qui était spécialement chargé de la dévoiler. Mais quand aucune preuve n'est suffisante, quand l'incertitude subsiste, le juge ne peut pas refuser de statuer. Obligé de trancher le litige, il le fera à l'encontre du plaideur sur qui pesait le fardeau de la preuve et qui n'a pas réussi à entraîner la conviction ».
- (8) R. LEGEAIS, th. préc., p. 101.
- (9) Sur l'inadéquation de cette distinction, v. not., A.-L. SIBONY et E. BARBIER DE LA SERRE, op. cit., n° 12 et s. Pour une illustration de ce rapprochement de l'objet, de la charge et du mode de preuve en présence de conventions relatives aux modes de preuve, v. Cass. 1re civ., 30 mars 1999, Bull. civ. I, n° 113 ; D., 2000, p. 596, note Ammar ; CCC, 1999, n° 108, obs. L. Leveneur ; JCP (G), 2000, II, 10334, note C. Ghica-Lemarchand ; RTD civ., 1999, p. 642, obs. P.-Y. Gautier.
- (10) La procédure pénale offre une illustration topique de l'importance du dialogue en matière de preuve. Ainsi une preuve procurée en toute déloyauté, voire en toute illégalité par une personne privée, et dans une certaine mesure par une personne publique (v. not. Cass. crim., 13 oct. 2004, Bull. crim., n° 243), est néanmoins recevable dès lors qu'elle est ensuite soumise à l'appréciation du juge dans le cadre d'un débat contradictoire, v. not. J. PRADEL, Procédure pénale, Cujas, 13e éd., 2007, n° 415 et s., p. 371 et s. ; B. BOULOC, Procédure pénale, Dalloz, 20e éd., 2006, spéc. n° 146, p. 114 et s.
- (11) Sur l'inquisitoire et l'accusatoire, v. L. CADIET et E. JEULAND, Droit juridique privé, Litec, 5e éd. 2006, n° 516, p. 328.
- (12) Sur la relativité du principe même de la distinction, v. C. AMBROISE-CASTEROT, Dictionnaire de la justice, PUF, V° Procédure accusatoire/Procédure inquisitoire, p. 1058 et s. qui évoque l'émergence de « procédure(s) mixte(s) ». Adde, L. CADIET et E. JEULAND, Droit juridique privé, Litec, 5e éd., 2006, n° 516, p. 328.
- (13) Art. 10, 11 al. 2, 132 al. 2, 138, 145, 145 al. 1, CPC.
- (14) Sur l'idée selon laquelle le process équitable serait devenu le modèle universel, v. S. GUINCHARD (dir.), Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable, Dalloz, 4e éd., 2007, n° 223 et s., p. 407 et s.
- (15) C. AMBROISE-CASTEROT, op. cit., p. 1061.
- (16) S. GUINCHARD, « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire », in Clés pour le siècle, Droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion, Université Panthéon-Assas (Paris II), Dalloz, 2002, n° 1236 et s., p. 1135 et s., spéc. n° 1290, p. 1189 (sur le principe de dialogue) et n° 1184, p. 1287 (sur le principe de loyauté). Adde, M.-E. BOURSIER, Le principe de loyauté en droit processuel, Préf. S. Guinchard, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des Thèses, vol. 23, 2003.
- (17) Sur ce principe, v. L. CADIET et E. JEULAND, op. cit., spéc. sur la preuve n° 535 et s., p. 342 et s.
- (18) J.-Fr. CESARO, th. préc. n° 69 et s., p. 98 et s. et n° 115 et s., p. 180 et s.

(19) V. not., J. DEVÈZE, th. préc., p., 576 : « Pas plus [...] plus qu'elle ne constitue une finalité première du droit substantiel, la recherche de la vérité ne fournit l'unique clef de sa réalisation judiciaire ». Si la vérité peut être une des finalités du procès, elle n'est que relative. Une partie est ainsi amenée à apporter au juge des « motifs suffisants » de décider que la « charge de la preuve » pèse sur son adversaire, Ch. AUBRY et Ch.-Fr. RAU, Cours de droit civil français, 5e éd., par E. BARTIN, § 749. Les exigences relatives à la légalité et à la loyauté dans l'administration de la preuve confirment le caractère relatif de la vérité dans le procès, sur cette question, v. not. A. LEBORGNE, « L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe », RTD civ., 1996, p. 535 et s. Adde, A.E. CREDEVILLE, « Vérité et loyauté des preuves », in Rapport annuel de la Cour de cassation, 2004, p. 51 et s. V. en matière pénale, P. LEMOINE, « La loyauté de la preuve (à travers quelques arrêts récents de la Chambre criminelle) », in Rapport annuel de la Cour de cassation, 2004, p. 165 et s. Sur les obstacles « extérieurs » au système probatoire, v. J. GHESTIN et G. GOUBEUX, op. cit. n° 592 et s., p. 553 et s.

(20) J.-P. JEAN et G. DEHARO (dir.), « Justice réparatrice », « justice restaurative », in La justice en perspectives, Travaux de l'ENM et du GIP Droit et justice, 2003.

(21) Rapports sur la proposition de directive du parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation civile et commerciale (COM(2004)0718 - C6-0154/2004-2004/0251(COD)), 22 mars 2007, par A. McCARTHY.

(22) Sur cette idée, X. LAGARDE, Dictionnaire de la justice, PUF, V° Preuve, p. 1033, spéc. p. 1034.

(23) Compo., X. LAGARDE, Ibid, p. 1035 : « Et l'on comprend que celui qui succombe est celui qui a failli dans une charge procédurale qui lui incombait. On perçoit alors l'habileté du droit français qui déplace quelque peu les responsabilités, à telle enseigne que si la demande de vérité n'est pas satisfaite, les parties devront comprendre qu'elles ont, autant que le juge, sinon plus, leur part dans cet échec ». V. déjà du même auteur, X. LAGARDE, th. préc., n° 135, p. 214 et 215.

(24) Ces « cas difficiles » renvoient aux règles juridiques à texture ouverte avec une large marge d'appréciation qui rend l'application au cas d'espèce difficile, v. par ex. H.L.A. HART, Le concept de droit, Bruxelles, Bruylant, 2e éd., 1980, spéc. p. 159 et s.

(25) V. not. X. LAGARDE, « Vérité et légitimité dans le droit de la preuve », Revue Droits, 1993, n° 23, p. 31 et s. ; Ph. THÉRY, « Les finalités du droit de la preuve en droit privé », Revue Droits, 1996, n° 23, p. 41 et s.

(26) J. DOMAT, Les lois civiles dans leur ordre naturel, Paris, éd. Cavelier, Tome 1, 1771, p. 204.

(27) V. infra.

(28). R. PERROT, note sous Cass. Civ., 29 mai 1951, JCP (G), 1951, II, 6421.

(29) V. not. sur cette idée en droit du travail, D. JACOTOT, « Effectivité des règles de droit, aptitude à la preuve : vers une nouvelle attribution de la charge de la preuve », in Au cœur des combats juridiques. Pensées et témoignages de juristes engagés, sous la dir. E. DOCKÈS, Dalloz, Thèmes et commentaires, Actes, 2007, p. 277 et s.

(30) Sur ce lien, Ph. THÉRY, op. cit., spéc. p. 42 ; J. CHEVALIER, Cours de droit civil approfondi. La charge de la preuve, Les cours de droit, 1958/1959, spéc. p. 227 ; J. DEVÈZE, th. préc., p. 517 et s. Certains articles relatifs au doute sont ainsi à mi-chemin entre la charge de la preuve et une question de fond, v. par ex. art. 1162 C. civ. et art. L. 133-62 C. cons. Par ailleurs, les visas de la Cour de cassation confirment ce lien, l'article 1315 du Code civil étant souvent accolé à un article relatif à une règle de fond, v. par ex. Cass. 1re civ., 13 mars 2007, JCP (G), 2007, II, IV, 1823, qui vise

l'art. 1315 C. civ. et l'art. 53, 9° de la loi du 31 décembre 1971 modifiée ; Cass. 3e civ., 26 janvier 2005, CCC, comm., 82, obs. L. Leveneur, qui vise les articles 1315, 1793 et 2270 C. civ.; Cass. 2e civ., 8 avril 2004, RCA, 2004, comm., 245, H. GROUDEL, qui vise les articles 1315 C. civ. et L. 511-1 C. ass. Les conséquences sont multiples : considérée comme une règle de fond, la règle de preuve n'est pas soumise au principe de l'effet immédiat applicable aux lois nouvelles relatives aux règles de procédure, v. not. Cass. soc., 13 décembre 2007, D., 2007, A.J., p. 162 : les règles relatives à la charge de la preuve ne constituent pas des règles de procédure applicables aux instances en cours mais touchent le fond du droit, de sorte que le harcèlement moral allégué devait en l'espèce être examiné au regard des dispositions de l'article L. 122-52 du Code du travail dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003.