

LE RÈGNE AMBIVALENT DES FAITS EN DROIT PROBATOIRE

Gwendoline LARDEUX

Agrégée des Facultés de droit, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Résumé: Justice et vérité semblent indéfectiblement liées: pour que le jugement soit facteur de paix civile, il doit être fondé sur une connaissance parfaite des faits de la cause par le juge. Néanmoins, exceptionnellement, le législateur admet que les décisions de justice puissent être fondées non sur la vérité objective mais sur la version des faits présentée par une partie à l'instance – via le serment ou l'aveu – ou par les deux – via leur contrat. Permettant de dépasser le doute persistant ou d'assurer le respect de la parole donnée, il s'agit de choix de politique juridique que le législateur est légitime à opérer. Tel n'est plus le cas lorsque ce sont les juges qui, au nom de l'équité ou d'une approche absolutiste du principe de loyauté probatoire, se permettent d'écarter la vérité au bénéfice d'une version erronée des faits.

Mots-clés: Vérité – preuve – faits – légitimité des jugements

Abstract: *Justice and truth seem to be inseparably linked: for the judgment to be a factor of civil peace, it must be based on a perfect knowledge of the facts of the case by the judge. Nevertheless, exceptionally, the law admits that judicial decisions may be based not on the objective truth but on the version of the facts presented by a party to the proceedings – through confession or oath - or by both – through their contract. These hypotheses make the judgement, either possible when the factual truth is out-of-reach, or acceptable when the parties chose, by a mutual agreement, the facts to be retained. These are political legitimate choices of the law. This is no longer the case when, in name of fairness or of an absolute approach to the principle of evidentiary loyalty, the judges allow themselves to set aside truth in favour of a wrong version of the facts.*

Keywords: *Truth – evidence – facts – legitimacy of judgments*

1. Dans le langage courant, la preuve est « ce qui montre la vérité d'une proposition, la réalité d'un fait »¹. La définition qu'en retient le droit n'est pas différente². En ce domaine, l'association des deux termes « faits » et « preuve » est au demeurant plus évidente encore, les premiers étant l'objet de la seconde. Le terme de « fait » est alors à prendre dans le sens le plus large, par seule opposition au droit, selon le célèbre adage – *Da mihi factum, da tibi jus* – qui répartit la preuve entre les parties et le juge. Ce dernier « donne le droit » qu'il est censé connaître (*jura novit curia*) tandis que « Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention » (C. proc. civ., art. 9). Même si la distinction du fait et du droit n'est pas aussi nette que cette présentation peut le laisser penser – que l'on songe au régime probatoire du droit étranger ou à la nécessité de prouver les usages – il demeure que les faits sont ce qu'une partie doit prouver pour obtenir gain de cause.

2. Que la réalité de ceux-ci doive être au fondement de tout jugement est dès lors autant une nécessité qu'une évidence. En témoignent au demeurant l'évolution du droit probatoire civil depuis de nombreuses années, évolution à l'issue de laquelle l'impératif de vérité factuelle a acquis ses lettres de noblesse. Ainsi, lors de la réforme de la procédure civile au début des années 1970, on sait que la maîtrise des faits par le juge a été très sensiblement accrue afin que ce dernier puisse statuer en pleine connaissance de cause. Les principes directeurs du procès l'illustrent qui prévoient que, « parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions » (C. proc. civ., art. 7 al. 2) et qu'il « peut inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige » (C. proc. civ., art. 8). Par ailleurs, il est fondé à diligenter toute mesure d'instruction qui lui semblerait nécessaire pour établir « les faits dont dépend la solution du litige » (C. proc. civ., art. 143). Plus récemment, a été reconnu par la jurisprudence, européenne³ puis française⁴, le droit à la preuve qui n'est autre qu'un droit à la vérité factuelle. Ainsi, certains obstacles tels que le respect de la vie privée⁵ ou celui du secret bancaire⁶ doivent-ils tomber devant ce qui est devenu un droit de l'Homme, celui d'établir

¹ Littré, *Dictionnaire de la langue française*, V^o Preuve et prouver.

² La preuve est « la démonstration de l'existence d'un fait [...] » : CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., 2022, PUF, coll. « Quadrige ».

³ Cour EDH, 10 oct. 2006, *LL c/ France*, n^o 7508/02 ; *RTD civ.* 2007. 95, J. HAUSER.

⁴ À compter de Cass. civ. 1^{re}, 5 avr. 2012, n^o 11-14.177, *Bull. civ. I*, n^o 85 ; *D.* 2012. 1596, G. LARDEUX ; *ibid.*, 2826, J.-D. BRETZNER ; *D.* 2013. 269, N. FRICERO ; *ibid.*, 457, E. DREYER ; *RTD civ.* 2012. 506, J. HAUSER.

⁵ Cass. civ. 1^{re}, 5 avr. 2012, préc.

⁶ Depuis Cass. com. 29 nov. 2017, n^o 16-22.060, publié au *Bulletin* ; *D.* 2018. 603, C. KLEINER ; *D.* 2018. 966, S. CLAVEL et F. JAULT-SESEKE ; *JCP* 2018. 54, T. BONNEAU ; *LPA* 2018, n^o 32, p. 6, G. LARDEUX ; *JCP* 2018. 1038, J. LASSERRE CAPDEVILLE ; *D.* 2019, 157, J.-D. BRETZNER. Dernièrement, Cass. com., 15 mai 2019, n^o 18-10.491, publié au *Bulletin* ; *D.* 2019, 1595, H. MICHELIN-BRACHET ; *ibid.*, 2009, H. SYNVEIT ; *JCP* 2019, 642, T. BONNEAU.

l'existence des faits allégués au soutien d'une prétention. Dans le même sens, l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (ci-après l'Ordonnance), a formellement édicté le principe de la liberté de la preuve (C. civ., art. 1358), considéré comme le meilleur moyen de révéler la vérité, tous les modes de preuve étant alors admissibles, sous réserve de leur licéité. Les exemples pourraient être multipliés⁷, illustrant le souci, devenu premier, en droit probatoire d'effacer tout décalage entre la réalité factuelle et la vérité judiciaire.

3. Cet impératif est d'autant plus puissant qu'il est fondé sur celui d'assurer la légitimité des jugements. L'objectif ultime du droit probatoire est en effet identique à celui du Droit en général, à savoir permettre la paix civile, ce qui passe par l'acceptation des décisions de justice par les parties à l'instance et le corps social. Et comment mieux atteindre ce but qu'en justifiant celles-ci par la vérité factuelle sur laquelle elles reposent? Le scandale que provoque toute erreur judiciaire illustre au demeurant le lien très étroit qui unit Justice et vérité et ce lien est justement assuré par la preuve des faits allégués.

4. Le règne des faits en droit probatoire semble d'autant plus incontestable aujourd'hui que les preuves scientifiques dominent la matière en de nombreux domaines: ainsi du droit de la filiation, du droit pénal, de la responsabilité médicale ou encore du droit immobilier et, par conséquent, du droit des assurances, etc. Les preuves certaines qu'apportent les sciences et techniques permettent de renforcer le règne des faits puisque, étant « révélés » par la science, ils ne semblent plus pouvoir être dissimulés. Ces gages scientifiques entretiennent alors l'idée que la preuve absolue, la preuve irréfutable est possible, que la vérité sans fard peut être dévoilée, qu'il peut n'exister aucune distorsion entre la réalité des faits, leur preuve et la décision de justice qu'ils vont permettre de fonder.

5. D'où le mépris avec lequel il est convenu de considérer les ordalies, ces « preuves » irrationnelles consistant à déduire une vérité de faits non probants mais considérés, par la société, comme le jugement de Dieu⁸. Ce type de raisonnement est-il pour autant aujourd'hui entièrement banni de notre système juridique? Le droit probatoire contemporain n'aurait-il pas ses propres ordalies? Non qu'il s'agisse de renouer avec un quelconque jugement divin mais en ce sens que les faits qui viennent au soutien d'un jugement peuvent ne pas être les faits bruts mais ceux retenus en définitive par le système juridique et judiciaire, après leur passage à travers le tamis du droit probatoire et de leur analyse par le juge.

⁷ Ainsi, du critère de l'aptitude à la preuve souvent retenu pour la répartition du risque de la preuve entre les parties (G. LARDEUX, *Preuve – droit civil*, Dalloz, 2020, Règles de preuve, n° 186s.) ou de la prohibition de la commune renommée comme mode de preuve, la rumeur publique relevant du commérage et non de la démonstration (*ibid.*, Modes de preuve, n° 264).

⁸ Ainsi du duel judiciaire. À ce propos, E. JAGER, « L'affaire Carrouges, le dernier duel (année 1386) », in B. HERVOUËT (dir.), *L'évolution des modes de preuves*, Pulim, 2014, p. 57.

Le raisonnement ne devrait-il pas alors être renversé : les faits ne seraient pas tant révélés par les preuves que celles-ci ne révéleraient une vérité, celle admise par le corps social et distincte de la réalité pure et simple ? L'impression d'objectivité factuelle, renforcée par l'appui des sciences, pourrait bien, par conséquent, n'être qu'un leurre car, loin de s'en tenir aux faits observables, le droit probatoire ne permet d'en retenir que ce que le système juridique considère comme politiquement utile : à l'instar du raisonnement qui présidait aux ordalies, la vérité retenue est donc toujours celle acceptable par le corps social.

6. En d'autres termes, la question ici posée est de savoir de quels faits l'on parle, s'il s'agit vraiment des faits objectivement observables. Or, même les sciences dures répondent parfois par la négative car tout ce qui est observable, fût-ce un fait naturel, est analysé par l'observateur, qu'il soit scientifique⁹ ou juge. Tout fait est immédiatement passé au crible de son interprétation et il y verra alors une signification allant au-delà des constatations premières. Concernant le juge tout particulièrement, le principe de la liberté de la preuve rappelé plus haut suppose que la force probante des modes de preuve qu'on lui présente soit laissée à son appréciation souveraine. Et si celle-ci n'est évidemment par synonyme d'arbitraire, elle explique la place centrale qui est donnée à l'intime conviction des juges dans l'analyse des preuves et, corollairement, le décalage qui peut exister entre la réalité factuelle et la vérité judiciaire, décalage dû précisément à l'écran de l'appréciation des preuves par le juge. Le système juridique prend alors en considération non pas les faits bruts mais ceux dont il aura ciselé les contours, comme on dit d'un diamant qu'il est taillé.

7. Si « les faits sont sources d'interprétation des normes », les normes sont en effet tout autant sources d'interprétation des faits. Et cette interprétation n'a pas l'objectivité qu'on pourrait d'emblée lui prêter, celle d'une observation neutre de la réalité car faits et droit entretiennent des relations trop étroites. L'interprétation d'un fait est ainsi toujours mâtinée de droit car c'est la règle qui détermine les effets juridiques qu'il convient d'en tirer. C'est donc elle qui les maîtrise plus que les faits ne s'imposent à elle.

8. Plus exceptionnellement mais plus significativement également, au-delà de cette inévitable interprétation des faits, leur maîtrise par le droit se fait domination dans deux hypothèses où le hiatus entre les faits bruts, objets du litige, et les faits retenus, soutiens du jugement, atteint son acmé. La réalité doit alors céder le pas à la seule vision que le système juridique a décidé d'en retenir.

⁹ Il ne faudrait pas croire en effet que l'analyse de ce dernier soit dénuée de toute subjectivité ; elle ne peut qu'emprunter le biais de sa vision du monde.

C'est le cas tout d'abord et logiquement lorsque les faits demeurent hors de portée (I) : le droit doit alors trouver des palliatifs permettant de faire accepter malgré tout la décision rendue par les juges. Ceux-ci en effet doivent dire la vérité même lorsqu'ils ne la connaissent pas : il faut alors que le système juridique rende leur décision possible et, pour ce faire, met à la disposition de ses juges des outils leur permettant de retenir des faits acceptables à défaut d'être prouvés. Plus fondamentalement ensuite, la réalité juridique prend le pas sur les faits lorsque le droit les écarte alors même qu'ils sont connus (II) : leur maîtrise par le droit va alors jusqu'à la négation afin d'atteindre des objectifs de politique juridique jugés supérieurs à la vérité.

I. Les faits hors de portée

9. L'impossibilité d'établir les faits ne dispense pas le juge de statuer. Il ne saurait en effet pas plus arguer de l'insuffisance des preuves que de celle de la loi pour refuser de trancher le litige (C. civ., art. 4). Ce sont alors les règles relatives à la répartition de la charge de la preuve entre les parties qui lui permettent d'exercer son office, la loi prévoyant de débouter le demandeur à l'allégation en cette hypothèse (C. civ., art. 1353 ; C. proc. civ., art. 9). C'est alors le haut degré de preuve exigé par le législateur qui peut être à l'origine du décalage entre vérité factuelle et vérité judiciaire¹⁰.

10. Cette solution de principe est exceptionnellement écartée lorsque l'ignorance persistante des faits ne conduit pas au rejet de la demande mais à la substitution à ceux-ci, comme fondements du jugement, d'un appel à la moralité des parties à l'instance (A) ou du sens de l'équité du juge (B).

A. La moralité des parties

11. Le système probatoire français a instauré une hiérarchie des modes de preuve, distinguant entre ceux qualifiés par la doctrine de parfaits et ceux considérés comme imparfaits. Si la force probante des seconds – indices, témoignages, aveux extrajudiciaires, etc. – est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond, celle des premiers s'impose à eux. En d'autres termes, les juges devront trancher le litige conformément à ce qu'indique la preuve produite, quelle que soit leur intime conviction et sans qu'ils soient autorisés à rechercher, autrement que par une autre preuve parfaite, selon le principe du parallélisme des formes, si elle correspond à la réalité factuelle. Or, tous les modes de preuve parfaits ont en commun d'être subjectifs, en ce sens qu'ils ne font que reproduire le propos d'une ou des deux parties, sans s'appuyer sur de quelconques éléments objectifs. Il s'agit en effet de l'aveu judiciaire, du serment décisoire et de la preuve littérale. Dans chacune de ces hypothèses, la parole – orale ou écrite – est performative, c'est-à-dire qu'elle crée le

¹⁰ G. LARDEUX, préc., Règles de preuve, n° 116s.

fait qu'elle énonce¹¹ : les parties allèguent des faits dont l'existence potentiellement décorrélée du réel s'imposera au juge. Quel pouvoir accordé aux particuliers qui peuvent ainsi façonner la réalité et l'imposer à la Justice ! Ils sont alors maîtres du jeu car maîtres des faits. À l'instar de Dieu créant le monde¹², la parole des sujets de droit se fait démiurgique, faisant advenir les faits, si ce n'est dans la vie réelle, en tout cas en justice, ayant ainsi le pouvoir de les ériger au rang de vérité judiciaire incontestable une fois revêtu de l'autorité de la chose jugée.

12. C'est notamment le cas pour l'aveu judiciaire (C. civ., art. 1383-2) et le serment décisoire (C. civ., art. 1385s.) auxquels il est possible d'avoir subsidiairement recours lorsque la vérité demeure inaccessible¹³. Lorsque le litige est tranché par ces moyens, c'est en effet que, par hypothèse, aucune preuve factuelle et objective n'a pu être présentée au juge qui lui aurait permis de décider en faveur de l'une ou de l'autre partie à l'instance. C'est alors la seule parole de celle à qui le serment est déféré ou de celle qui avoue qui déterminera la solution à retenir¹⁴. Ce ne sont donc pas des faits avérés qui viendront au soutien de la décision de justice mais la seule version – non vérifiable – présentée par l'une des parties. Le décalage possible entre fait réel et fait judiciaire est rendu inéluctable par l'impossibilité d'établir le premier. En définitive, la vérité judiciaire règne seule en cette occurrence.

13. Il est intéressant alors de souligner que c'est l'hypothèse par excellence dans laquelle on avait, autrefois, recours aux ordalies qui revêtaient également un caractère subsidiaire, ne devant permettre de révéler la vérité que lorsque celle-ci restait en balance après la discussion des preuves objectives, s'il en existait. De même, le serment décisoire et l'aveu judiciaire font appel à la conscience de celui qui s'exprime et qui connaît la portée de ses propos : ils seront la vérité venant au soutien d'une décision de justice. Et si la crainte de Dieu est certainement moins répandue aujourd'hui qu'hier, ces « preuves », reprises telles quelles par l'Ordonnance, sont la marque d'une certaine confiance qui est encore faite en l'honnêteté et la moralité de nos concitoyens. Confiance qui n'est cependant pas naïveté, le serment décisoire étant entouré de garde-fous puisque la décision correspondra à une affirmation favorable à la partie qui l'énonce¹⁵ tandis que la Cour de cassation a admis de longue date et *contra legem* (C. civ., art. 1383-2 al. 3) que l'aveu judiciaire complexe qui se révèle en définitive favorable à la partie qui « avoue » – tel celui

¹¹ Sur le caractère performatif du langage juridique, CORNU, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 3^e éd., 2005, p. 38. Ce qu'illustre parfaitement l'expression « Vous avez ma parole » car la parole, à elle seule, engage celui qui la prononce : A. SÉRIAUX, G. LARDEUX, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 5^e éd., 2023, n° 15.

¹² Gn I, 1-31.

¹³ Sur la preuve littérale, cf. *infra*, n° 21s.

¹⁴ L'article 1383-2 du Code civil précise que l'aveu judiciaire « fait foi contre celui qui l'a fait » tandis que l'article 1385-3 al. 2 dispose que « Lorsque le serment déféré ou référé a été fait, l'autre partie n'est pas admise à en prouver la fausseté. »

¹⁵ G. LARDEUX, *préc.*, Modes de preuve, n° 238s.

d'un débiteur reconnaissant sa dette en même temps qu'il affirme l'avoir payée – peut être divisé par la preuve contraire apportée par tous moyens¹⁶. Les juges ont sans doute moins confiance que le législateur lui-même en l'effet prophylactique de la crainte du parjure.

14. Ces hypothèses, dans lesquelles le jugement n'est pas fondé sur des faits objectifs avérés mais sur une réalité partisane invérifiable, sont néanmoins prévues par la loi elle-même. À ces exceptions légales, la Cour de cassation en a ajouté de strictement prétoriennes, fondées sur le sentiment d'équité du juge, ce qui est nettement plus contestable.

B. L'équité du juge

15. Le principe étant celui de la liberté de la preuve (C. civ., art. 1358), nombre de faits peuvent être établis par les présomptions judiciaires de l'article 1382 du Code civil, fondées sur des indices graves, précis et concordants. La décision du juge s'appuie alors sur la probabilité du fait ainsi déduit, appréciée *in concreto*. Statuant au plus près des faits d'espèce, son jugement a de fortes chances d'être fondé sur la réalité factuelle pure et simple ce que nombre d'exemples permettent d'illustrer, que la décision judiciaire repose sur l'analyse des circonstances d'espèce¹⁷ ou sur des expertises scientifiques¹⁸.

16. Il n'en reste pas moins qu'en matière de présomptions judiciaires, le pouvoir d'interprétation du juge est immense : retenant certains indices, en écartant d'autres jugés moins probants, par une appréciation souveraine¹⁹, le juge opère un tri qui le conduit à retenir sa version des faits dont seul le sérieux de sa motivation permettra de penser qu'elle est proche de la réalité. Le constat est également valable dans le domaine des sciences où les certitudes sont loin d'être systématiques. Ainsi en est-il, en matière médicale, de l'existence du lien de causalité entre le préjudice et le fait générateur allégué, soit que des rapports

¹⁶ G. LARDEUX, préc., Modes de preuve, n° 232s.

¹⁷ Permettant par exemple d'établir le caractère professionnel d'un accident : Cass. soc., 9 déc. 1985, n° 84-12734, *Bull. civ. V*, n° 587. 2 juin 1981, n° 80-12655, *Bull. civ. V*, n° 488. 18 juill. 1978, n° 77-12264, *Bull. civ. V*, n° 601. 28 oct. 1975, n° 74-14413, *Bull. civ. V*, n° 494. 29 oct. 1973, n° 72-14669, *Bull. civ. V*, n° 529. Ou l'exécution d'une obligation d'information : Cass. civ. 2^e, 30 mai 2013, n° 12-19075, *Bull. civ. II*, n° 103. Ou la commission d'actes de concurrence déloyale : Cass. civ. 1^e, 23 janv. 2001, n° 98-19432, *Bull. civ. I*, n° 6.

¹⁸ Ainsi le point d'impact entre deux véhicules peut-il être déduit de l'emplacement des bris de verre : Cass. civ. 2^e, 28 oct. 1970, n° 69-12142, *Bull. civ. II*, n° 290 ; le montant de communications téléphoniques établi grâce à des enquêtes techniques : Cass. civ. 1^e, 28 mars 1995, n° 92-16270, inédit ; *JCP* 1995, II, A. BÉNABENT ; *D.* 1995, 517, J. HUET ; *RTD civ.* 1996, 173, J. MESTRE.

¹⁹ Cass. civ. 3^e, 18 avr. 1972, n° 71-10237, *Bull. civ. III*, n° 242 : « L'on ne peut faire grief aux mêmes juges, qui apprécient souverainement la valeur probante des faits allégués comme présomptions, d'avoir dénaturé les éléments du débat, alors qu'ils [...] peuvent écarter certains faits invoqués devant eux comme non susceptibles de mettre à néant les présomptions qu'ils ont retenues ».

d'expertise contradictoires ont été présentés²⁰, soit que les circonstances de la contamination sont discutées²¹. Le pouvoir d'interprétation des juges peut alors être très important, devant trancher entre différentes analyses possibles, son choix étant susceptible d'être infléchi par des considérations autres que probatoires, notamment l'équité.

17. Ainsi en est-il dans le contentieux relatif à la preuve du lien de causalité entre la vaccination contre l'hépatite B et la survenance de la sclérose en plaques. On sait que depuis un revirement de jurisprudence opéré en 2008²², les juges du fond sont autorisés à établir ce lien sur le fondement des indices de l'article 1382 du Code civil²³. Cela n'aurait rien d'étonnant si l'étiologie de la sclérose en plaques n'était pas encore inconnue à ce jour et, par conséquent, si les indices que les juges sont susceptibles de retenir dénués de toute force probante. Leur pertinence scientifique n'étant pas démontrée – ainsi du délai qui s'est écoulé entre la vaccination et la survenance de la maladie, de l'absence d'antécédents familiaux, etc. – leur addition est inapte à établir quoique ce soit²⁴. Certes, le but recherché par cette jurisprudence est vraisemblablement de laisser la porte ouverte à l'indemnisation des victimes, brutalement et systématiquement déboutées sous l'empire de la solution antérieure²⁵ car, si avec le système actuel, elles n'obtiennent pas gain de cause à tout coup, loin s'en faut, tout espoir ne leur est pas retiré. Et on peut comprendre que la Cour de cassation ne se soit pas résolue à la passivité du droit face aux incertitudes de la science dont les juges auraient alors dû attendre patiemment d'hypothétiques avancées – et à quel horizon? –, notamment lorsqu'il s'agit de statuer sur des cas de responsabilité aux conséquences aussi graves.

Il n'en demeure pas moins que les juges sont alors autorisés à retenir la responsabilité d'un médecin ou d'un hôpital dont rien ne permet de savoir s'ils sont réellement à l'origine du dommage. Or, on le répète, lorsque le juge ne peut connaître la vérité, le droit lui commande de débouter le demandeur à l'allégation.

²⁰ Cass. civ. 1^{re}, 9 févr. 2012, n° 11-10016, inédit.

²¹ Cass. civ. 2^e, 2 juin 2005, n° 03-20011, *Bull. civ.* II, n° 146.

²² Cass. civ. 1^{re}, 22 mai 2008, cinq arrêts, n° 06-14.952, *Bull. civ.* I, n° 147; n° 05-20.317, *Bull. civ.* I, n° 148; et n° 06-10.967, *Bull. civ.* I, n° 149; *D.* 2008. 1544, I. GALLMEISTER; *D.* 2008. 2894, P. BRUN et P. JOURDAIN; *RDS* 2008. 578, J. PEIGNÉ; *RTD civ.* 2008. 492, P. JOURDAIN; *RTD com.* 2009. 200, B. BOULOC; *JCP* 2008, II, 10131, L. GRYNBAUM. La jurisprudence est constante depuis.

²³ Qui était l'article 1353 avant l'entrée en vigueur de l'Ordonnance.

²⁴ Cette jurisprudence nous ramène donc peu ou prou au système probatoire dénoncé par les philosophes des Lumières, fondé sur des demi-preuves et autres quarts-de-preuve et qui permettait, par addition d'indices non probants, de retenir la culpabilité d'un suspect.

²⁵ Avant le revirement précité, le lien de causalité n'étant pas établi par les malades car ne pouvant pas l'être, la Cour de cassation exigeait que leur demande d'indemnisation fût systématiquement rejetée: à compter de Cass. civ. 1^{re}, 23 sept. 2003, deux arrêts, n° 01-13.063, *Bull. civ.* I, n° 188; *D.* 2004. 898, et les obs., Y.-M. SERINET et R. MISLAWSKI; *D.* 2003. 2579, chron. L. NEYRET; *D.* 2004. Somm. 1344, D. MAZEAUD; *RTD civ.* 2004. 101, P. JOURDAIN; *JCP* 2003, II, 10179, collectif; *JCP* 2004, I, 101, n° 23, G. VINEY.

À l'inverse, selon la jurisprudence ici évoquée, il est autorisé à affirmer qu'un fait, dont on ne saura jamais s'il a eu lieu, s'est produit. Or cela peut être exact comme faux. Et si le risque d'erreur est de même nature en cas de décision inverse, ne peut-on pas considérer qu'il est pris abusivement lorsqu'il aboutit à condamner une personne sans preuve ?

18. Ce constat de l'indifférence des faits est encore plus évident dans le cadre de la jurisprudence sur le distilbène. La molécule du DES à l'origine de graves pathologies²⁶ était commercialisée par deux laboratoires. La Cour de cassation a alors décidé qu'une fois que la victime avait réussi à établir le lien de causalité entre cette molécule et son préjudice, c'était aux laboratoires qu'il revenait de prouver que leur médicament n'avait pas été prescrit à la mère de celle-ci, sauf à être condamnés *in solidum* à indemnisation²⁷. *Probatio diabolica* évidemment qui a abouti à la condamnation d'un laboratoire – nul ne pouvant savoir lequel – qui n'était pas responsable du dommage. Ce renversement de la charge de la preuve a en effet conduit à retenir la responsabilité des deux défendeurs alors que l'on savait qu'un seul était à l'origine du préjudice. Une telle décision est justifiée par de fortes considérations d'équité, les victimes ayant franchi tous les autres obstacles probatoires tandis que les laboratoires concernés avaient, durant des années, engrangé de substantiels bénéfices en commercialisant un médicament dont ils connaissaient la très forte dangerosité, comportement lourdement fautif.

Cette solution a par la suite été étendue à l'hypothèse d'une infection nosocomiale ayant entraîné la mort d'un patient qui avait été pris en charge par six cliniques différentes. Deux d'entre elles ayant été attraites en responsabilité, elles furent condamnées toutes les deux alors que, par hypothèse, l'infection n'avait pu être contractée que dans un seul établissement mais il était impossible d'établir lequel²⁸. Une fois encore, afin de ne pas faire obstacle à la réparation du préjudice – le patient était décédé des suites de cette infection – la Cour de cassation a avalisé une condamnation solidaire faisant fi des faits.

19. La volonté du système probatoire de retenir la version des faits qui lui paraît la plus opportune à défaut d'être la plus exacte le conduit parfois, de manière plus radicale encore, à écarter des faits connus.

²⁶ Principalement mais non exclusivement, de graves malformations génitales chez les filles dont la mère avait pris du distilbène pendant la grossesse, ainsi qu'un risque augmenté de cancer du vagin et de troubles de la fertilité.

²⁷ Cass. civ. 1^{re}, 24 sept. 2009, n° 08-16.305, *Bull. civ.* I, n° 187 ; *D.* 2009. 2342, I. GALLMEISTER ; *D.* 2010. 49, P. BRUN et O. GOUT ; *D.* 2010. 395, G. VINEY ; *D.* 2010. 1162, chron. C. QUÉZEL-AMBRUNAZ ; *D.* 2010. 2671, P. DELEBECQUE, J.-D. BRETZNER et I. GELBARD-LE DAUPHIN ; *R.D.S.S.* 2009. 1161, obs. J. PEIGNÉ ; *RTD civ.* 2010. 111, P. JOURDAIN ; *RDC* 2010. 90, J.-B. SEUBE ; *RTD com.* 2010. 415, B. BOULOC ; *JCP* 2009. 381, S. HOCQUET-BERG ; *JCP* 2010. 456, n° 5, P. STOFFEL-MUNCK.

²⁸ Cass. civ. 1^{re}, 17 juin 2010, n° 09-67.011, *Bull. civ.* I, n° 137 ; *D.* 2011. 283, I. GALLMEISTER, C. BONNIN ; *D.* 2010. 2092, chron. N. AUROY et C. CRETON ; *D.* 2011. 35, P. BRUN et O. GOUT ; *RTD civ.* 2010. 567, P. JOURDAIN ; *RDC* 2010. 1247, G. VINEY.

II. Les faits écartés

20. Parce que la vérité n'est pas le seul objectif politique assigné au droit probatoire, d'autres lui sont parfois préférés qui aboutissent à écarter des faits pourtant connus. C'est le cas lorsque le législateur fait primer la sécurité juridique des parties (A) ou lorsque le juge fait prévaloir l'exigence de loyauté dans l'administration de la preuve (B).

A. Le législateur et la sécurité juridique

21. Logiquement, c'est par les règles d'admissibilité que le législateur va contraindre le juge à écarter des preuves qui auraient pu établir la vérité des faits. Partant, même si ceux-ci sont connus, dans la mesure où ils n'ont pas été prouvés par les seuls moyens admis par la loi, ils ne peuvent pas venir au soutien du jugement. Leur sera alors préférée la vérité des contractants.

22. Si l'article 1358 du Code civil pose le principe de la liberté de preuve, l'article 1359 prévoit ainsi une exception classique en matière de preuve des actes juridiques civils dont le montant excède 1 500 euros : ceux-ci doivent être prouvés par écrit, c'est-à-dire par un instrumentum signé par la partie à qui on l'oppose (al. 1^{er}). En d'autres termes, en l'absence de preuve littérale, tout autre mode de preuve – tels que des indices ou des témoignages – seront écartés alors même qu'ils pourraient établir tant l'existence du contrat que son contenu²⁹.

Un arrêt en témoin qui portait sur la preuve de l'existence d'un contrat de fourniture d'aliments pour le bétail³⁰. En l'absence d'instrumentum signé, les juges du fond s'étaient fondés, pour considérer la preuve du contrat comme rapportée, sur un ensemble d'indices graves, précis et concordants, faisant implicitement application de l'article 1353 ancien du Code civil : ainsi, avaient-ils retenu que

« si certains bons de livraison correspondant à la troisième période de fourniture d'aliments indiquée par l'expert Y... n'étaient pas signés par l'éleveur, ils correspondaient à la quantité livrée auparavant, Mme Z... se fournissant uniquement aux établissements Brissieux et les porcs devant bien être nourris pendant cette période, ce qui implique la réalité des livraisons ».

L'arrêt est alors cassé, la pertinence de ces éléments réunis étant jugée indifférente au regard de l'exigence d'un écrit formulé à l'article 1341 ancien du Code civil.

²⁹ Lorsqu'ils sont insuffisants à le faire, leur mise à l'écart ne soulève aucun problème : ainsi de la remise des fonds qui n'est pas suffisante à apporter la preuve de l'obligation de les restituer, c'est-à-dire la preuve du contrat de prêt : ainsi, Cass. civ. 1^{re}, 11 sept. 2013, n° 12-21027, inédit ; ou encore, celle du relevé informatique émanant de la société France Telecom insusceptible d'apporter la preuve du contrat d'abonnement : Cass. civ. 1^{re}, 12 juill. 2005, n° 04-15314, *Bull. civ.* I, n° 328 ; *RDC* 2006, 319, Y.-M. LAITHIER.

³⁰ Cass. civ. 1^{re}, 25 janv. 1989, n° 85-18338, *Bull. civ.* I, n° 41 ; *RTD civ.* 1990, 79, J. MESTRE.

En écartant *a priori* certains modes de preuve, le législateur prive donc délibérément le juge de la possibilité de statuer en connaissance de cause, privilégiant la sécurité juridique sur la vérité factuelle. Au regard des faits de l'espèce rapportée, on comprend pourtant pourquoi les juges du fond ne s'étaient pas résolus à faire échapper l'acheteuse à sa dette dont l'existence était établie avec une très grande vraisemblance.

23. Le constat est le même pour la seconde règle de l'article 1359 du Code civil selon laquelle il est impossible de prouver outre ou contre un écrit autrement que par une autre preuve littérale, conformément au principe du parallélisme des formes qui explique qu'aucun seuil financier ne soit ici exigé (C. civ., art. 1359 al. 2). Partant, alors même que la vérité pourrait être établie, elle peut être délibérément occultée par le paravent que constitue l'écrit. Lorsque, en effet, est affirmée dans l'instrumentum l'existence d'un fait juridique, par hypothèse, cet autre écrit n'existe pas. Ainsi, lorsque la cause d'une obligation y est précisée³¹, lorsqu'il y est affirmé qu'une obligation a été exécutée³² ou que le contrat a été négocié, il devient impossible d'apporter la preuve contraire. Ce faisant, les parties posent des présomptions irréfragables de vérité, la loi interdisant au juge de les écarter, sauf écrit contraire qui ne peut être produit³³. L'affirmation contractuelle, fût-elle mensonge, ne pourra pas être contredite.

24. Un arrêt témoigne de manière particulièrement significative de la force probante attachée aux assertions d'un écrit. Dans cette affaire, une banque avait délivré une quittance libératoire à des emprunteurs, à la suite d'une erreur de son système informatique. Se fondant sur celle-ci, les clients refusaient de régler le solde de leur prêt. Les juges du fond avaient alors autorisé l'établissement de crédit à établir par tous moyens que tel n'était pas le cas, motif pris notamment qu'au moment de l'envoi de la quittance, les comptes des emprunteurs étaient débiteurs et que ceux-ci faisaient l'objet d'une procédure de surendettement. La cassation est prononcée au visa de l'article 1341 ancien du Code civil : acte juridique, la quittance ne pouvait être contredite que par un autre écrit³⁴. Partant, le fait du non-paiement de leur dette par les emprunteurs était connu des juges – il

³¹ Cass. civ. 1^{re}, 23 févr. 2012, n° 11-11230, *Bull. civ.* I, n° 36; *D.* 2012, 640, Cl. CRETON; *ibid.*, 993, A. DONNETTE; *RDC* 2012, p. 824, J. KLEIN; *RTD civ.* 2012, 315, B. FAGES; *JCP* 2012, 561, spéc. n° 8, J. GHESTIN : « [...] dans les rapports entre les parties, la preuve de la fausseté de la cause exprimée à l'acte doit être administrée par écrit, dans les conditions prévues par l'article 1341 du code civil ».

³² Cass. civ. 1^{re}, 4 nov. 2011, n° 10-27035, *Bull. civ.* I, n° 194; *D.* 2012, 63, note crit. J. FRANÇOIS; *ibid.*, pan., 2826, I. DARRET-COURGEON; *RTD civ.* 2012, p. 118, B. FAGES.

³³ L'article 1103 du Code civil s'oppose également à ce que le juge écarte la volonté des parties d'affirmer vrai tel ou tel fait.

³⁴ Cass. civ. 1^{re}, 4 nov. 2011, préc. Déjà en ce sens, Cass. civ. 3^e, 16 nov. 1977, n° 76-11712, *Bull. civ.* III, n° 393. Dernièrement, la Cour de cassation a eu à rappeler qu'une quittance ne pouvait être écartée sur le fondement d'un aveu extrajudiciaire verbal : Cass. civ. 1^{re}, 9 mai 2019, n° 18-10885, publié au *Bulletin*; *RTD civ.* 2019, 593, H. BARBIER.

avait été prouvé par faisceau d'indices – mais devait néanmoins être écarté au bénéfice de la version privilégiée par la loi, à savoir celle énoncée dans la quittance.

25. C'est donc le mensonge ou l'erreur énoncés dans un acte juridique qui sont hissés au rang de vérité judiciaire, aux dépens de la réalité contraire qui est pourtant connue. À l'instar de ce qui a déjà été souligné à propos des deux autres preuves parfaites, à savoir l'aveu judiciaire et le serment décisoire, c'est alors la parole qui crée le fait; mais à l'inverse de ceux-ci, un tel pouvoir démiurgique est accordé à l'écrit alors même que la vérité est connue³⁵. Les justifications en sont évidemment fortes, au premier rang desquelles se situe la légitimité d'une décision de justice fondée sur la signature de la personne à qui on l'oppose³⁶. On ne peut nier en effet que, même si l'écrit est erroné ou mensonger, il a été signé par celui qui cherche, par la suite, à le contester. Qu'il n'y soit pas autorisé au nom du respect de la parole donnée n'est alors pas illégitime, même si la solution qui en est déduite peut paraître inique³⁷. Comment, en effet, la partie qui perd le procès en application d'une stipulation qu'elle a dûment avalisée pourrait-elle contester le jugement sans se déjuger elle-même? N'exige-t-on pas alors simplement de celui qui s'est engagé de ne pas se dédire? Faire prévaloir la vérité objective des faits sur la version que les parties ont souhaité présenter au juge ne ferait que remplacer un mensonge par une malhonnêteté. Si un contractant a commis une erreur ou s'il a menti, le système juridique considère qu'il doit l'assumer. Ce n'est pas injuste.

De même, il faut souligner que ces présomptions irréfragables de vérité, toutes mensongères qu'elles peuvent être parfois, sont particulièrement utiles: ainsi des clauses fixant une date limite pour émettre des réserves sur le produit livré, au-delà de laquelle celui-ci sera considéré irréfragablement comme réceptionné. Le vendeur ou l'entrepreneur doit en effet se prémunir contre l'absence prolongée de réception de la part d'un client négligent ou malhonnête, d'autant qu'elle déclenche souvent l'exigibilité du solde du prix.

Pourtant, dans toutes les affaires citées, il s'agit d'arrêts de cassation ce qui indique que les juges du fond ne se résolvent pas facilement à sacrifier la vérité factuelle au nom de l'exigence légale d'un écrit, malgré ses solides justifications.

26. Le législateur n'est pas resté insensible à cette considération puisque, récemment, c'est l'exigence de produire un écrit pour contrer un autre écrit qu'il a battue en brèche.

³⁵ On rappelle que le recours à l'aveu ou au serment est subsidiaire, fondé sur l'impossibilité d'établir la réalité factuelle: cf. *supra*, n° 12.

³⁶ Sur l'ensemble des justifications possibles, G. LARDEUX, préc., Modes de preuve, n° 79s.

³⁷ Avec la réserve évidente des clauses insérées dans les contrats d'adhésion, par définition non négociables. L'article 1171 nouveau du Code civil, qui condamne les déséquilibres significatifs dans ce type de convention, permet alors de combattre les mensonges contractuels léonins.

L'article 1356 al. 2 du Code civil, issu de l'Ordonnance, interdit en effet aux parties de poser des présomptions irréfragables. Même si la portée générale de la condamnation de ces clauses est vraisemblablement le fruit d'une erreur³⁸, il n'en demeure pas moins que ce texte permet désormais aux juges d'écarter le fait énoncé dans l'écrit au bénéfice du fait conforme à la réalité. La Cour de cassation, faisant une application anticipée de cette nouvelle interdiction, en a précisé la sanction : la présomption irréfragable devient une présomption simple que les parties sont autorisées à renverser par tous moyens³⁹. La concordance entre le fait contractuel et le fait réel pourra donc désormais être vérifiée.

B. Le juge et la loyauté probatoire

27. Le principe retenu par le Code civil étant celui de la liberté de la preuve (C. civ., art. 1358), seule la loi peut y déroger en durcissant les règles d'admissibilité des modes de preuve. Pourtant, la Cour de cassation a créé, *ex nihilo*, un principe général de loyauté probatoire qui lui permet, au nom de l'exigence de licéité des preuves, d'écarter des faits connus parce qu'ils ont été établis de manière déloyale.

28. Certaines affaires sont emblématiques à cet égard, ainsi celle par laquelle la Cour de cassation a généralisé l'obligation de loyauté probatoire en droit civil⁴⁰. Une femme avait reçu la somme de 150 000 F d'un de ses voisins et ami qui décéda peu après. Les filles de ce dernier réclamèrent alors le remboursement de ce qu'elles considéraient comme un prêt. À cela, leur fut rétorqué que la somme avait été donnée. Les héritières devaient donc prouver l'existence de l'obligation de remboursement dont elles réclamaient l'exécution. Les juges du fond les autorisèrent à apporter cette preuve par tous moyens eu égard aux relations quasi-filiales qui unissaient les deux voisins⁴¹. Au titre des modes de preuve, les demandresses versèrent alors l'enregistrement d'une conversation téléphonique, effectué par le *de cuius*, à l'insu de son interlocutrice, et dans laquelle celle-ci reconnaissait qu'il s'agissait d'un prêt. La cour d'appel déclara cette preuve recevable, au double motif « que le secret des correspondances émises par la voie des télécommunications était opposable aux tiers mais pas [au prêteur] qui avait pu valablement enregistrer

³⁸ L'article 1357 al. 2 du projet d'ordonnance était en effet ainsi rédigé : « Néanmoins, ils [les contrats] ne peuvent contredire les présomptions irréfragables établies par la loi, ni modifier la foi attachée à l'aveu ou au serment. Ils ne peuvent davantage établir au profit de l'une des parties une présomption irréfragable attachée à ses propres écritures » (nous soulignons). Cette précision, essentielle pour la portée de la prohibition, a disparu de la version finale du texte sans qu'aucune raison n'en ait jamais été donnée.

³⁹ Cass. com. 6 déc. 2017, n° 16-19.615, publié au *Bulletin*; D. 2018. 327, G. LARDEUX; *AJ Contrat* 2018. 37, T. DOUVILLE; *RTD civ.* 2018. 123, H. BARBIER.

⁴⁰ Adoptée initialement en droit du travail – depuis Cass. soc. 20 nov. 1991, n° 88-43.120, *Bull. civ.* V, n° 519; D. 1992. 73, concl. av. gén. Y. CHAUVY; *Dr. soc.* 1992. 28, rapp. P. WAQUET; *RTD civ.* 1992. 365, J. HAUSER; *RTD civ.* 1992. 418, P.-Y. GAUTIER - elle y est restée cantonnée pendant 25 ans.

⁴¹ Il s'agit en effet d'un cas d'impossibilité morale d'établir un écrit (C. civ., art. 1360).

une conversation qu'il avait eue personnellement avec une autre personne, ni à ses héritiers qui sont l'émanation de sa personne » et qu'aucune atteinte à la vie privée de l'emprunteuse ne pouvait être constatée « dès lors qu'aucun fait relevant de la sphère de son intimité n'était révélé, la discussion rapportée portant exclusivement sur le remboursement du prêt ». Malgré tout, la cassation est prononcée au visa des articles 9 du code de procédure civile et 6 de la Convention EDH, car « l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué et conservé à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue »⁴². Les juges qui connaissaient l'existence du prêt sont donc priés de ne pas en tenir compte au motif qu'elle a été révélée de manière illicite.

29. Si une telle jurisprudence peut sembler banale – il s'agit d'un cas, parmi beaucoup d'autres d'irrecevabilité d'un mode de preuve pour illicéité – le problème particulier qu'elle soulève est le caractère absolu que la Cour de cassation a imprimé à ce principe de loyauté probatoire, créé de toute pièce. Autant, en effet, le secret de la vie privée⁴³ ou le secret bancaire⁴⁴ par exemple peuvent tomber sous les assauts du droit à la preuve, autant jusqu'à ce jour, aucune circonstance n'a été jugée suffisamment déterminante pour admettre une preuve déloyale.

Même lorsqu'il est impossible d'établir les faits allégués autrement que de manière clandestine, comme cela peut être le cas lorsqu'il s'agit d'établir des infractions au droit de la concurrence, la Haute juridiction refuse aux juges du fond le droit de statuer en connaissance de cause. Ainsi, dans la célèbre affaire Sony-Philipps, une entente avérée sur les prix n'a pu être sanctionnée malgré l'immense difficulté qu'il y a à prouver ce genre d'infractions particulièrement graves au droit des pratiques anticoncurrentielles⁴⁵. Et alors que l'on pouvait recommander à la Cour de cassation de concilier loyauté probatoire et droit à la preuve en mettant en balance ces deux impératifs lors d'un contrôle *in concreto* de proportionnalité⁴⁶, deux arrêts récents de la Haute juridiction laissent penser que la Chambre commerciale n'y est pas particulièrement favorable⁴⁷. Ainsi, dans

⁴² Cass. civ. 2^e, 7 oct. 2004, n° 03-12.653, *Bull. civ.* II, n° 447; *D.* 2005. 122, P. BONFILS; *D.* 2005. 2643, A. LEPAGE, L. MARINO et C. BIGOT; *AJ pénal* 2005. 30, C. S. ENDERLIN; *RTD civ.* 2005. 135, J. MESTRE et B. FAGES; *RDC* 2005. 472, A. DEBET; *JCP* 2005, II, 10025, LÉGER; *CCE* 2005, comm. 11, P. STOFFEL-MUNCK.

⁴³ Depuis Cass. civ. 1^{re}, 5 avr. 2012, préc.

⁴⁴ Depuis Cass. com. 29 nov. 2017, préc.

⁴⁵ Ass. plén., 7 janv. 2011, n° 09-14.316 et n° 09-14.667, *Bull. Ass. plén.*, n° 1; *D.* 2011. 562, E. CHEVRIER, note F. FOURMENT; *D.* 2011. 618, chron. V. VIGNEAU; *D.* 2011. 2891, P. DELEBEQUE, J.-D. BRETZNER et I. GELBARD-Le DAUPHIN; *RTD civ.* 2011. 127, B. FAGES; *RTD civ.* 2011. 383, P. THÉRY; *RTD eur.* 2012. 526, F. ZAMPINI; *JCP* 2011. 90, M. MALAURIE-VIGNAL; *JCP* 2011. 208, RUY; *JCP* 2011. 666, n° 13, Y.-M. SERINET.

⁴⁶ G. LARDEUX, préc., Règles de preuve, n° 407s.

⁴⁷ Cass. com., 10 nov. 2021, n° 20-14.669 et n° 20-14.670, publiés au *Bulletin*; *JCP* 2021, 1221; *D.* 2021, 2262, C. BELLINO; *D.* 2022, 497, C. GOLHEN; *RTD civ.* 2022, 135, H. BARBIER; au sujet du recours à de faux clients afin de prouver des actes de concurrence déloyale.

l'un d'eux, le pourvoi reprochait à l'arrêt d'appel de ne pas avoir tenu compte de ce qu'« un mode de preuve est légalement admissible dès lors qu'il constitue le seul moyen pour celui qui l'a employé de rapporter la preuve d'un fait et que l'atteinte qu'il porte aux droits des tiers est proportionnée au regard des intérêts en présence », termes qui désignaient clairement le droit à la preuve. La Cour de cassation répond sèchement que la Cour d'appel « n'était pas tenue [...] d'effectuer la recherche invoquée [...], qui ne lui était pas demandée [...] »⁴⁸. On regrette qu'elle n'ait pas saisi l'occasion qui se présentait à elle pour admettre d'infléchir l'exigence de loyauté probatoire lorsque celle-ci est confrontée au droit à la preuve. On ne décèle en effet aucune raison qui justifierait que la loyauté ne doive jamais s'incliner alors que des secrets reconnus et protégés par la loi peuvent tomber devant l'impératif de vérité.

30. On peut déplorer que la loyauté exigée sur le plan probatoire puisse faire triompher, en tout état de cause, une déloyauté sur le fond du droit. D'autant que, si le jugement n'est pas fondé sur la vérité factuelle qu'il est censé consacrer, d'autres justifications particulièrement fortes doivent venir à son soutien. Or, mis à part un appel mécanique à la loyauté probatoire, on n'en décèle aucune dans les arrêts ayant enjoint aux juges du fond d'ignorer des faits pourtant connus et mettant au jour des comportements particulièrement malhonnêtes. On peut dès lors regretter que la Cour de cassation permette si facilement d'escamoter les faits, c'est-à-dire la vérité, sans le fondement d'un texte de loi le prévoyant expressément et qui pourrait alors préciser les conditions requises pour ce faire.

31. Conclusion. La fonction d'une décision de justice est de mettre un terme au litige – ce qui est le sens propre du mot « arrêt ». À cette fin, il importe qu'elle soit acceptée par les parties à l'instance ce qui soulève la question des fondements de sa légitimité. Puisqu'il s'agit d'assurer la paix sociale, la réponse semble être sans équivoque: un jugement est légitime lorsque les juges ont pu statuer en connaissance de cause. Le Droit doit donc impitoyablement combattre le risque d'erreur judiciaire, en exigeant et en permettant que la vérité soit révélée.

Le système probatoire ne peut alors que jouer un rôle primordial pour atteindre cet objectif. Nombre de ses dispositions en témoignent qui ont pour raison d'être de permettre l'établissement des faits tels qu'ils se sont exactement produits: pouvoirs renforcés d'investigation du juge, reconnaissance d'un droit à la preuve au bénéfice des parties à l'instance, critère de l'aptitude à la preuve pour répartir la charge de celle-ci sont autant de manifestations de ce que la connaissance de la vérité factuelle est au cœur des préoccupations du système juridique et judiciaire.

⁴⁸ Pourtant, aux dires du pourvoi, le syndicat professionnel demandeur, « faisait valoir que la méthode dite des “visites mystères” constituait la seule façon de rapporter la preuve des éventuelles fraudes aux mutuelles que pouvaient commettre certains opticiens, et qu'elle avait pour but de constater la commission d'actes illégaux portant atteinte aux intérêts et à la réputation de la profession, et constitutifs d'actes de concurrence déloyale ».

32. Il ne faut néanmoins pas oublier que l'objectif premier demeure l'acceptabilité des jugements ce qui oblige à reconnaître la vérité factuelle pour ce qu'elle : un moyen et non une fin en soi. Certes, elle est et demeurera l'instrument privilégié pour fonder la légitimité des jugements mais il en est d'autres qui justifient que les faits tels qu'ils ont pu se dérouler ne viennent pas au soutien de la décision judiciaire. Cela est évident lorsque ces derniers demeurent hors de portée. Dans cette hypothèse, le législateur permet de leur substituer un appel à la conscience de la partie à l'instance dont les dires emporteront la décision des juges. La légitimité de celle-ci est alors assurée par les conditions strictes auxquelles cette vision – partielle voire partielle – de la réalité est admise par le droit de la preuve. Mais cette mise à l'écart des faits est encore plus significative lorsqu'elle est prévue par le système juridique alors même que la vérité factuelle est connue. Le législateur impose alors au juge de rendre une décision qu'il sait être une erreur ce qui suppose de fortes justifications. C'est l'hypothèse dans laquelle le jugement rejoint la volonté des parties à l'acte juridique litigieux. Sa légitimité est dès lors incontestable puisqu'elle est fondée sur la reconnaissance des faits – pourtant prouvés inexacts ou mensongers – par la partie à laquelle on les oppose. Le Droit n'étant pas la morale – et sous la réserve classique de la fraude – il n'est aucune raison de permettre au juge d'écarter la vérité subjective – si l'on veut bien nous passer cet oxymore – des parties au bénéfice de la vérité objective des faits.

33. Aussi emblématiques que soient ces hypothèses où ce n'est pas la vérité factuelle qui fonde la légitimité du jugement, on rappelle qu'elles ont le statut d'exceptions, dûment prévues et encadrées par le législateur. C'est dire si celui-ci souhaite en principe assurer l'acceptabilité des décisions de justice par la correspondance entre vérité judiciaire et réalité factuelle. C'est pourquoi les hypothèses dans lesquelles c'est le juge qui, *proprio motu*, se permet de telles libertés avec la vérité sont nettement plus contestables. Elles le sont d'autant plus que, si elles paraissent également commandées par l'objectif premier d'assurer l'acceptabilité des décisions de justice, il est douteux que le divorce alors opéré avec les faits permette d'y parvenir.

34. C'est déjà le cas lorsqu'en matière de responsabilité médicale, la Cour de cassation permet aux juges du fond, même exceptionnellement, de condamner une personne dont on n'a pas pu établir qu'elle était responsable du dommage. On comprend la mansuétude de la haute juridiction pour des victimes ayant subi de lourds préjudices corporels, pouvant aller jusqu'à la mort. Mais n'est-ce pas plutôt le rôle du législateur de tenir compte de certaines situations particulièrement graves – ce qu'il a fait d'ailleurs en matière d'infections nosocomiales par exemple – plutôt qu'au juge de substituer au respect des règles probatoires son propre sens de l'équité? Car – sauf l'affaire du distillène où le comportement des laboratoires avait été criminel – comment considérer comme légitime une décision dite de justice qui condamne le défendeur alors que sa responsabilité dans la survenance du dommage n'a pas pu être prouvée?

L'obligation que la Cour de cassation impose également parfois aux juges du fond, sans l'appui d'aucun texte, d'écarter des faits connus est encore plus discutable. C'est pourtant ce à quoi aboutit la jurisprudence lorsque la Chambre commerciale juge inutile de rechercher si la preuve déloyale produite était la seule possible pour établir les faits allégués. La conséquence inévitable est d'imposer aux juges de rendre une décision que toutes les parties prenantes savent être une erreur judiciaire. Comment penser alors que le jugement sera considéré comme légitime, même par celui à qui profite cet aveuglement forcé des juges ?

Par une telle position, la Cour de cassation oublie la fonction essentielle – au sens le plus fort de ce terme – de toute décision qui se veut de justice : assurer la paix civile grâce à un jugement considéré comme acceptable par toutes les parties prenantes.