

La preuve scientifique évitée

Inventaire de quelques techniques judiciaires

Anne-Lise SIBONY

Professeur de droit européen

Directrice de l'Institut d'études juridiques européennes (IEJE)
Université de Liège

Parfois, les preuves scientifiques manquent, le décideur qui aimerait en disposer se trouve alors dans l'incertitude et doit se donner des principes de décision taillés pour un univers incertain, comme le principe de précaution¹. À l'inverse, il peut arriver que des preuves scientifiques soient disponibles ou possibles à produire, mais qu'elles ne soient pas demandées. C'est à ce type d'absence de recours aux preuves scientifiques que s'attache la présente contribution, dans le cas particulier où le décideur est un juge.

Plus précisément, l'analyse qui suit s'attache aux règles de droit qui entourent la réception – ou l'absence de réception – des preuves scientifiques, à partir d'exemples empruntés au droit de l'Union européenne². On retiendra ici une acception large du terme « scientifique », incluant des sciences humaines comme l'économie ou la psychologie. Par « preuve scientifique », on désigne ici une preuve qui met en œuvre des méthodes (d'observation, de calcul, de traitement des informations) empruntées à une science.

Devant les juridictions européennes, des preuves scientifiques sont rarement exigées, si l'on en juge par la très faible fréquence des expertises demandées par les juges³. Pourtant, les contentieux techniques abondent en droit européen, qu'il s'agisse de produits chimiques, de vache folle ou du droit de la concurrence. Il y a donc là un paradoxe, qui conduit à se demander quand apparaît une demande judiciaire pour des preuves scientifiques. À défaut de constituer une réponse pleinement satisfaisante à cette interrogation, la thèse qui sera proposée à cet égard est la suivante : même lorsque des preuves scientifiques sont envisageables, les juridictions mettent en œuvre des techniques qui permettent de les éviter.

La preuve scientifique n'est, à proprement parler, « évitée » que lorsque l'objet de preuve est défini de telle sorte qu'elle serait concevable (I). L'évitement, qui peut être plus ou moins complet, peut être réalisé soit par le jeu de règles de fond (II) soit par des règles qui relèvent du droit de la preuve (III).

¹ Ève : n'hésite pas à ajouter ici les références pertinentes à d'autres contributions si tu penses que ce serait judicieux.

² Comme on le verra, il ne s'agit pas uniquement de règles de droit de la preuve, mais aussi de règles de fond. Cf. I. B *infra*.

³ Une étude exhaustive des expertises demandées par les juridictions de l'Union depuis leur création jusqu'au 1^{er} janvier 2008 a permis d'identifier seulement 25 affaires dans lesquelles une expertise a été demandée par la Cour ou par le Tribunal. V. É. BARBIER DE LA SERRE et A.-L. SIBONY, Expert Evidence Before the EC Courts, *CML Rev.*, 2008, pp. 941–985, p. 949. Depuis 2008, aucun changement majeur n'apparaît digne d'être signalé à cet égard. En revanche, les preuves scientifiques fournies spontanément par les parties – sans être exigées par les juges – sont beaucoup plus fréquentes.

I. LE DOMAINE DE L'ÉVITEMENT : L'OBJET DE PREUVE APPELANT UNE PREUVE SCIENTIFIQUE

Les règles juridiques qui entourent la preuve ont trait à différents aspects du phénomène probatoire : certaines précisent ce qui doit être prouvé – c'est ce que l'on nomme ci-après l'« objet de la preuve » –, d'autres précisent comment la preuve doit être rapportée (mode de preuve), d'autres encore indiquent qui doit rapporter la preuve (charge de preuve), enfin on trouve des règles dont l'objet est d'indiquer – fut-ce assez vaguement – à quelle aune la preuve rapportée par les parties doit être appréciée par le juge (c'est ce que l'on appelle en anglais *standard of proof*, expression qui peut se traduire par « standard de preuve », même si l'expression n'est pas commune en français ou « exigences de preuves »⁴).

La définition de l'objet de preuve est le premier aspect à considérer et le seul qui sera examiné ici. À la différence des autres dimensions juridiques de la preuve, qui viennent d'être mentionnées, cette définition ne relève pas à proprement parler du droit de la preuve, mais de l'interprétation des règles de fond. Pour qu'une règle de droit puisse être mise en œuvre sans arbitraire par un juge, il est nécessaire que les objets de preuve soient définis. Certes, il arrive qu'ils le soient sans ambiguïté dans une règle écrite. Tel est par exemple le cas des règles limitant la vitesse de circulation sur une route. La vitesse du véhicule est la seule chose à prouver pour savoir si la règle a ou non été respectée. Cependant, il est fréquent que les objets de preuve ne soient pas aussi clairement définis. En interprétant la règle de droit, les juges définissent ou précisent alors des objets de preuve associés, c'est-à-dire ce qui doit être prouvé pour que la règle de droit trouve à s'appliquer⁵.

Par exemple, en interprétant la règle « tout fait de l'homme qui cause un dommage à autrui oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer », les juges ont précisé qu'il fallait, pour mettre en œuvre la responsabilité délictuelle, établir cumulativement l'existence d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité. On est ici dans l'ordre de la simple précision, car la règle de l'article 1382 du Code civil contient assez clairement chacun de ces trois éléments, ainsi que leur caractère cumulatif. Dans cet exemple simple, on peut déjà remarquer que, parmi les trois éléments à prouver, certains peuvent appeler preuve nécessitant un apport scientifique, ainsi la faute du médecin s'apprécie par rapport à l'état de la science médicale, le lien de causalité peut nécessiter une expertise technique.

De nombreux cas sont moins simples encore, en ce sens que la détermination des objets de preuve par le juge exige un apport plus important par rapport à lettre de la règle écrite. C'est particulièrement vrai dans le cas de règles formulées à partir de notions à contenu variable, qui abondent en droit européen⁶. Pour donner un sens à des notions vagues, il est assez naturel de se tourner vers un savoir extérieur au droit, qui peut relever de l'expérience commune ou du bon sens, mais aussi du registre scientifique. Par exemple, dans le cas du droit de la concurrence, où les règles du traité se limitent en substance à interdire les

⁴ Pour un exposé plus détaillé de cette notion, v. les premières pages de A.-L. SIBONY et É. BARBIER DE LA SERRE, « Charge de la preuve et théorie du contrôle en droit communautaire de la concurrence : pour un changement de perspective », RTDeur, 2007, n° 2, pp. 205-252.

⁵ Henri Motulsky a proposé une théorie de ce processus, qui peut sembler excessivement systématique mais a le mérite de la clarté. H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2002 (réimpr.), p. XX.

⁶ Pour une étude approfondie des standards en droit européen, V. E. BERNARD, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruylant, coll. droit de l'Union européenne, 2010.

« restrictions de concurrence »⁷, ce qui, on en conviendra, est assez vague, on a assisté à un assez large mouvement d'emprunt à la science économique pour préciser le contenu de ces règles et, partant, de ce qui devait être prouvé pour les mettre en œuvre⁸.

Lorsqu'un apport scientifique est ainsi intégré à la règle de droit par interprétation et qu'il trouve place dans la définition d'objets de preuve, la preuve requise peut être une preuve scientifique⁹. Cela n'est toutefois pas nécessairement le cas. Il arrive en effet que la définition d'un objet de preuve soit inspirée par un emprunt à une science, sans que la preuve correspondante fasse appel aux méthodes de cette science. Un exemple de ce décalage entre définition scientifique de l'objet de preuve et degré de scientificité de la preuve elle-même peut être emprunté au droit de la concurrence. Il concerne plus précisément la « prédation », qui est une forme d'abus de position dominante par laquelle l'entreprise en position dominante exclut ou neutralise ses concurrents en adoptant une stratégie tarifaire en deux temps : dans un premier temps, elle baisse ses prix à un point tel qu'elle même perd de l'argent, mais – et c'est tout l'intérêt – en fait aussi perdre à ses concurrents, pour lesquels de telles pertes peuvent ne pas être soutenables longtemps. Dans un second temps, une fois les concurrents évincés ou disciplinés, l'entreprise en position dominante relève ses prix jusqu'à un niveau qui lui permet de récupérer ses pertes et au-delà. L'identification de différents types de prédation doit beaucoup à la théorie économique¹⁰. C'est aussi l'analyse économique qui a mis en lumière un fait pertinent – et donc susceptible d'être érigé en objet de preuve – dans le cas d'un type particulier de prédation appelé « prédation financière ». Ce fait pertinent est l'asymétrie dans l'accès au capital. En effet, si la « proie » du « prédateur » a un accès parfait à des sources de financement – par exemple si son banquier comprend qu'elle est victime d'une stratégie de prédation et qu'il suffit de tenir bon, car, au fond, elle est plus compétitive que le prédateur – la prédation échouera. L'asymétrie entre le prédateur et sa proie dans leur accès respectifs aux sources de financement est donc un objet de preuve suggéré par l'analyse économique. Pour autant, si cet objet de preuve est réellement intégré par le juge dans la charge de l'allégation qui pèse sur le demandeur, celui-ci n'aura pas besoin de recourir à des méthodes propres à la science économique. En effet, pour rapporter la preuve qu'un banquier ne suit pas son client lorsque ce dernier perd de l'argent à cause d'un concurrent, une enquête sommaire suffit et il n'est pas besoin d'experts économistes. En ce sens un objet de preuve défini à l'aide d'un apport scientifique (de la science économique dans cet exemple) n'appelle pas nécessairement une preuve elle-même scientifique, au sens de preuve nécessitant la mise en œuvre d'un savoir scientifique. Dans un cas comme celui-ci, il n'y a pas d'évitement de la preuve scientifique, car celle-ci n'est pas nécessaire pour prouver correctement ce qui doit être établi.

⁷ L'article 101 FTUE interdit les accords qui « ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence ». L'article 102 FTUE prohibe les abus de position dominante, qui constituent une autre forme de restriction de concurrence (comportement unilatéral d'une entreprise).

⁸ Ce mouvement est analysé de manière détaillée dans *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2008.

⁹ La distinction ici faite entre l'objet de preuve (élément de la règle de droit) et la preuve est à la fois plus classique et plus claire d'un point de vue terminologique – en anglais qu'en français. On distingue en effet *legal burden of proof* (ce qui doit être prouvé : l'objet de la preuve ou, dans la terminologie de Motulsky, la « charge de l'allégation ») et *evidence* (les éléments de preuve qui permettent – ou non – de rapporter la preuve légalement exigée et qui doivent être apportés par celui sur qui pèse la charge de la preuve).

¹⁰ Pour une synthèse, V. le rapport de l'Economic Advisory Group on Competition Policy établi pour la Commission dans le cadre de la « réforme de [l'interprétation] de l'article 82 CE » : P. REY (coord.), *An economic approach to Article 82*, spéc., p.20-21 et 52, disponible sur le site de la DG Concurrence : <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/index.html>

En revanche, lorsqu'un objet de preuve est défini – grâce ou non à un apport scientifique à l'interprétation de la règle de droit – d'une manière telle qu'il appelle raisonnablement une preuve scientifique, il y a évitement chaque fois qu'une preuve non satisfaisante scientifiquement est jugée juridiquement suffisante. Là encore, un exemple peut être emprunté au droit de la concurrence. Dans cette matière, la substituabilité entre deux produits est un objet de preuve lorsqu'il s'agit de définir un marché pertinent. Il est possible d'apprécier la substituabilité de manière plus ou moins scientifique. Un arrêt célèbre de la Cour, rendu dans l'affaire *United Brands*¹¹, illustre une approche impressionniste de la substituabilité : il s'agissait en l'espèce de savoir si la banane était ou non substituable aux autres fruits frais. En faveur de l'absence de substituabilité, la Cour avait retenu que :

« la banane a une apparence, un goût, une consistance moelleuse, une absence de pépins, un maniement facile, un niveau permanent de production qui lui permettent de satisfaire les besoins constants d'une catégorie importante de la population composée d'enfants, de personnes âgées et de malades »¹².

Du point de vue de la science économique, s'arrêter à de telles considérations n'est pas légitime, car il aurait fallu se demander quelle proportion des achats de bananes est destinée à la consommation par cette « catégorie importante de la population » pour laquelle les caractéristiques de la banane décrites par la Cour de manière si évocatrice sont décisives. Postérieurement à cet arrêt, la définition de l'objet de preuve « substituabilité » a été grandement raffinée pour tenir compte de cette critique scientifique notamment¹³. Cette évolution illustre précisément qu'il est possible, pour un même objet de preuve, d'exiger un niveau de scientificité plus ou moins élevé.

Le droit de la concurrence n'est assurément pas le seul domaine dans lequel on trouve des objets de preuve pour lesquels une preuve scientifique est concevable sans être toujours exigée. Que l'on songe par exemple aux règles dont l'application suppose d'évaluer le risque pour la santé présenté par une substance chimique. Il est tout à fait concevable d'exiger de celui sur qui pèse la charge de la preuve qu'il tienne compte de toutes les données disponibles sur les pathologies attribuables à l'exposition à cette substance, des doutes que ces données laissent éventuellement subsister, et ce en ayant égard à des méthodes scientifiquement admises d'évaluation des risques et de traitement des données statistiques. Cela peut être exigé, mais est-ce toujours le cas ?

La possibilité d'une preuve scientifique qui n'est pas exigée définit le domaine de l'évitement. Ce domaine étant circonscrit, il convient de se demander comment l'évitement s'opère. Un premier type d'évitement est réalisé par le jeu d'une règle de fond, c'est-à-dire d'une règle de droit substantiel et non d'une règle de preuve.

II. L'ÉVITEMENT DE LA PREUVE SCIENTIFIQUE PAR UNE RÈGLE DE FOND

L'évitement par une règle de fond peut être plus ou moins radical. Dans ce qu'on peut appeler l'évitement par défaut de pertinence, la preuve scientifique est seulement marginalisée, en ce sens qu'elle demeure autorisée (la preuve est libre), mais n'est pas

¹¹ Arrêt de la Cour du 14 février 1978, *United Brands Company/Commission*, 27/76, Rec. p. 207.

¹² *United Brands*, préc. pt 31.

¹³ V. Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JOUE 1997, C 372, p. 5. Cette communication adopte la méthode d'appréciation de la substituabilité entre deux biens dite du « monopoleur hypothétique », qui est directement issue de l'analyse économique et, parmi beaucoup d'autres arrêts, TPICE, 6 juin 2002, *Airtours/Commission*, T-342/99, Rec. p. II-2585, pt. 42 (prise en considération des consommateurs dits « marginaux » – ce que la Cour n'avait pas fait dans l'arrêt *United Brands*).

décisive (A). La preuve scientifique est en revanche véritablement exclue lorsqu'une présomption irréfragable est érigée en règle de fond (B).

A. La marginalisation de la preuve scientifique par défaut de pertinence

La preuve scientifique peut être marginalisée lorsque, tout en étant autorisée, elle n'est pas décisive, car le juge décide d'accorder davantage de pertinence à d'autres considérations que l'objet de preuve pour lequel la preuve scientifique est rapportée. Un exemple clair de ce phénomène en droit européen concerne l'appréciation des rapports de concurrence entre produits. En droit de la concurrence, comme cela vient d'être évoqué, cet exercice fait l'objet de recommandations précises, qui intègrent dans le processus de décision juridique une méthodologie scientifique (économique)¹⁴. La méthode scientifique d'appréciation de la substituabilité entre produits (ce qui est équivalent à l'existence d'un rapport de concurrence entre eux) n'est pas seulement adoptée par la Commission et par les autorités nationales de concurrence, elle l'est aussi par le juge¹⁵.

En revanche, dans le domaine du marché intérieur, le même objet de preuve – à savoir l'existence d'un rapport de concurrence entre deux produits – n'est pas traité aussi scientifiquement, loin s'en faut. Certes, dans ce cadre, les enjeux ne sont pas les mêmes, mais ils ne sont pas négligeables pour autant. Il peut par exemple s'agir de déterminer si une imposition intérieure (c'est-à-dire nationale) est ou non discriminatoire¹⁶. Elle l'est dans le cas où un produit national est moins taxé qu'un produit concurrent importé d'autres États membres. Dans ce cas en effet, la taxation est protectionniste et, pour cette raison, interdite. La question s'est par exemple posée dans une affaire qui concernait une taxe sur les alcools au Royaume-Uni¹⁷. L'affaire concernait plus précisément la bière et le vin. Le Royaume-Uni ne produisant pas de vin, ce produit est nécessairement importé, tandis qu'il existe une production de bière sur le territoire national. Dans cette affaire, la Cour, qui statuait à titre préjudiciel, a examiné elle-même si la bière et le vin étaient suffisamment substituables pour que la taxe plus élevée sur le vin puisse être considérée comme discriminatoire. Elle n'a pas renvoyé cette appréciation au juge national en indiquant les preuves qu'il serait nécessaire d'examiner pour trancher la question. Toutefois, il est vrai que la Cour avait en l'espèce demandé un supplément d'information aux parties, ce qui est relativement rare¹⁸. La raison pour laquelle cet arrêt intéresse notre propos est que, précisément avoir demandé des informations sur les prix de la bière et du vin et l'évolution de la consommation, données qui auraient pu donner lieu à une analyse scientifique, la Cour en a finalement assez peu tenu compte.

Cette marginalisation de la preuve (un peu) scientifique s'opère du fait que la Cour entoure l'objet de preuve – la substituabilité – de considérations qui en réduisent la

¹⁴ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, préc. Cette communication adopte la méthode d'appréciation de la substituabilité entre deux biens dite du « monopoleur hypothétique », qui est directement issue de l'analyse économique.

¹⁵ V. *Supra* texte à a note 13. Pour un examen détaillé de ce processus d'adoption, v. *Le juge et le raisonnement économique*, cité *supra* note 8, p. 359 et s.

¹⁶ Elle est dans ce cas prohibée par l'article 110 FTUE (ex-article 90 CE).

¹⁷ CJCE, 12 juillet 1983, Commission/Royaume-Uni, 170/78, Rec. p. XX.

¹⁸ Commission/Royaume-Uni, préc., pt 4 : « [La Cour] a demandé aux parties des renseignements supplémentaires en ce qui concerne les prix à la consommation et les prix hors taxe du vin et de la bière, l'un et l'autre de qualité courante, c'est-à-dire appartenant aux types de vin et de bière les plus communément vendus et consommés tant au Royaume-Uni que dans les autres États membres. Elle a, en outre, demandé des informations sur l'évolution de la consommation globale annuelle respective de vin et de bière dans la Communauté ».

pertinence. La Cour juge en substance que, même si la bière et le vin ne sont pas substituables au moment des faits, il importe néanmoins de ne pas décourager par la taxation une évolution des habitudes de consommation. L'objectif général du marché intérieur invite à ce que les consommateurs puissent découvrir sans obstacle les spécialités des autres États membres. Dans ce raisonnement téléologique, qui relève de l'interprétation de la règle de fond et non d'une règle de preuve, peu importe finalement que la bière et le vin soient très substituables, moyennement substituables ou seulement un peu. C'est seulement s'il ne l'étaient pas du tout que l'interdiction de l'article 110 TFUE ne trouverait pas à s'appliquer. Dès lors qu'une substituabilité même très partielle peut être constatée, la Cour considère que les États ne peuvent décourager par voie de taxation une évolution vers une plus grande substituabilité, qui pourrait s'opérer à travers une modification des habitudes de consommation. Si le degré précis de substituabilité importe aussi peu, il importe moins encore qu'il ait été apprécié selon une méthodologie moins scientifique qu'elle n'aurait pu l'être. En ce sens, l'appréciation de la substituabilité actuelle, même si elle avait été faite d'une manière scientifiquement plus rigoureuse, est un objet de preuve marginalisé par des considérations de politique jurisprudentielle. Une approche plus scientifique de la substituabilité dans le contexte de l'article 110 TFUE – sur le modèle de celle qui est retenue en droit de la concurrence – reste possible, mais elle serait vraisemblablement inutile dans la plupart des cas, car une approche de bon sens suffit pour faire la différence entre des produits non substituables ou des produits un peu substituables et susceptibles de devenir davantage. C'est en ce sens que l'on peut qualifier le mécanisme illustré par cet exemple de marginalisation de la preuve scientifique par défaut de pertinence. Un autre mécanisme, plus radical, d'éviction de la preuve scientifique, consiste dans l'admission d'une présomption irréfragable.

B. L'éviction de la preuve scientifique par une présomption irréfragable

Une présomption irréfragable n'est pas une véritable présomption, mais une règle de fond¹⁹. Elle ne facilite pas la preuve, mais l'interdit. En ce sens elle évince toute preuve et non seulement les preuves scientifiques. Quoique non spécifique, ce mécanisme exclut toutefois aussi les preuves scientifiques. Une illustration peut être empruntée à un autre grand arrêt du droit européen : l'arrêt *Keck*²⁰. En deux paragraphes célèbres, la Cour pose une distinction entre deux catégories de réglementations nationales, dont une est présumée – irréfragablement – ne pas entraver la libre circulation des marchandises²¹. Elle dit pour droit que :

« *n'est pas apte à entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce entre les États membres l'application [...] de dispositions nationales qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente [...]*

En effet, [...] l'application de réglementations de ce type à la vente des produits en provenance d'un autre État membre et répondant aux règles édictées par cet État *n'est pas de nature à empêcher leur accès au marché ou à le gêner davantage qu'elle ne gêne celui des produits nationaux* »²²

Les formulations utilisées par la Cour indiquent très clairement qu'il est question de la nature des choses (en l'occurrence des réglementations). La Cour affirme connaître la nature des réglementations relatives aux modalités de vente et assure qu'elle est inoffensive pour la libre circulation des marchandises. Il se trouve que c'est un peu faux²³, ce qui a conduit la

¹⁹ Ref **présomptions irréfragable règles de fond**

²⁰ CJCE, 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, C-267/91 et C-268/91, Rec. p. I-6097.

²¹ La jurisprudence ultérieure a atténué cette règle, mais cela n'a pas d'incidence pour notre propos.

²² *Keck*, préc., pt 16 et 17. Nous soulignons.

²³ Pour les raisons exposées notamment par l'avocat général Jacobs dans ses conclusions sous CJCE, 9 février 1995, *Leclerc-Siplec/TF1 et M6*, C-412/93, Rec. 1995 p. I-179 (à propos de l'interdiction de la publicité télévisée, qui est une modalité de vente). V. toutefois la discussion de P. OLIVER, pour qui l'approximation

Cour à nuancer dans sa jurisprudence ultérieure l'approche principielle retenue dans cet arrêt²⁴, mais ce qui importe pour le présent propos est qu'en prenant parti sur la nature des choses, la Cour empêche la preuve contraire. Dans une application stricte de la jurisprudence *Keck*, la preuve – scientifique ou non – de ce que les réglementations relatives aux modalités de ventes *peuvent* entraver les importations ne serait d'aucun secours au plaideur qui la détiendrait.

Une illustration de cette technique générale d'éviction de la preuve au cas particulier de preuves scientifiques peut être trouvée en matière de propriété intellectuelle et, plus précisément, en droit des marques. Pour qu'un signe puisse être déposé à titre de marque, il doit être « distinctif », c'est-à-dire pouvoir être distingué d'autres signes voisins par le consommateur moyen. Dans une affaire qui soulevait la question de savoir si une odeur pouvait être déposée à titre de marque, l'avocat général Colomer se livre à la discussion suivante, qui intéresse notre propos. Il écrit :

« les études sur la perception des odeurs démontrent que la mémoire olfactive est probablement la meilleure dont dispose l'être humain. L'odorat, par sa fonction particulière dans le système nerveux, est intimement lié au système limbique qui intervient dans l'évocation des souvenirs et des émotions. Comme Marcel Proust l'a bien perçu, d'après les dernières découvertes en neurophysiologie, les souvenirs et les émotions vont toujours de pair »²⁵

Ce passage montre, avec une rare transparence, comment des connaissances scientifiques, plus ou moins complètes et éventuellement combinées avec des références plus littéraires, peuvent entrer dans la conception d'une règle de droit (ici la règle selon laquelle les odeurs peuvent ou, au contraire, ne peuvent pas constituer des marques déposées). Une fois cette connaissance incorporée à la règle de droit, elle y est en quelque sorte cristallisée : il n'est plus loisible aux plaideurs de la remettre en cause en rapportant la preuve contraire. Dans l'affaire en cause, cet aspect n'était pas décisif, car la réponse finalement apporté à la question dépendait d'un autre critère exigé par ailleurs pour qu'un signe puisse être déposé comme marque, à savoir son aptitude à être représenté. Comme les odeurs ne satisfont pas ce critère en raison de la difficulté à décrire de manière univoque une odeur, fut-ce par une formule chimique, elles ne peuvent constituer des signes appropriables à titre de marque. Toutefois, le fait que les lectures combinées de neurosciences et de Proust de l'avocat général Colomer n'aient pas été décisives en l'espèce n'affecte pas la description du mécanisme par lequel une connaissance scientifique peut, une fois transcrite – bien ou mal – dans une règle de fond, soustrait un objet à la preuve scientifique. Supposons en effet, pour les besoins de la discussion, que, au moment où le juge statue, on considère comme scientifiquement établi que nos capacités à distinguer des odeurs, à les reconnaître et à les associer soient suffisantes pour que des odeurs soient distinctives au sens du droit des marques. Si cette vérité scientifique est incorporée à la règle de droit à travers l'énoncé « les odeurs peuvent constituer des signes distinctifs », la preuve scientifique contraire n'a plus prise. En effet, supposons, toujours pour les besoins de la discussion, que les progrès des neurosciences conduisent à penser que, en réalité, il n'est pas certains que les odeurs seules puissent être distinguées de manière aussi fine qu'on l'avait cru, il sera impossible de faire valoir cette connaissance à titre de preuve, puisque l'aptitude des odeurs à être distinguées par l'homme n'est précisément plus un objet de preuve en raison de la règle posée (fictivement) ci-dessus. Pour tenir compte juridiquement des avancées de la science, c'est un revirement de jurisprudence (une modification de la règle

retenue pas la Cour dans l'arrêt *Keck* est raisonnable : *Oliver on Free Movement of Goods in the European Union*, Hart Publishing, Oxford, 2010, p. 113 et s.

²⁴ Notamment : CJCE, 8 mars 2001, *Gourmet*, C-405/98, Rec. p. I-1795 ; 23 février 2006, *A-Punkt Schmuckhandel*, C-441/04, Rec. p. I-2093.

²⁵ **Conclusions Colomer, C-273/00, point 29 (notes omises)**

de fond) qu'il faudrait envisager. Par le jeu de cette technique d'incorporation dans la règle de fond d'un énoncé scientifique, la preuve scientifique est donc bien évincée. La preuve contraire à la règle de droit, fut-elle disponible, n'a pas droit de cité.

Il faut à présent évoquer l'évitement de la preuve scientifique par une règle de preuve. Parmi ces règles, la technique de la présomption est assez proche et est presque aussi efficace – en tant que technique d'évitement – que l'exclusion par une règle de fond.

III. L'ÉVITEMENT DE LA PREUVE SCIENTIFIQUE PAR UNE RÈGLE DE PREUVE

A. La preuve scientifique rendue superflue par une présomptions

Une présomption n'évince pas toujours l'apport scientifique, parfois elle l'intègre au contraire, comme dans le cas des règles de fond qui vient d'être évoqué. Tel est par exemple le cas d'une présomption admise en droit européen de la concurrence, selon laquelle les concentrations de type « conglomérat », c'est-à-dire entre entreprises qui ne sont pas concurrentes, ne sont en principe pas nocives pour la concurrence²⁶. Cette présomption, qui allège la charge de la preuve des entreprises qui contestent une décision d'interdiction d'une telle concentration, est directement inspirée de l'analyse économique²⁷. Dans un cas comme celui-ci, tout se passe comme si le juge déchargeait la partie qui devrait en principe rapporter la preuve de refaire une démonstration considérée comme acquise. Un résultat scientifique considéré comme fiable et général est alors intégré à la règle de preuve au lieu d'être l'objet d'une exigence probatoire répétée dans chaque affaire particulière. La preuve contraire reste toutefois possible et c'est ce qui distingue une présomption simple d'une règle de fond.

Il peut cependant arriver qu'une présomption ne soit pas ou plus conforme à une approche scientifique pertinente. Il en va ainsi, toujours en droit de la concurrence, de la présomption – implicite – selon laquelle le comportement d'une entreprise dominante nuit aux consommateurs lorsqu'il affecte la structure du marché (c'est-à-dire lorsqu'il tend à évincer un concurrent)²⁸. Cette manière de voir n'est pas en harmonie avec la doctrine économique contemporaine, qui fait valoir que l'éviction d'un concurrent ne nuit réellement aux consommateurs que si le concurrent évincé est au moins aussi efficace que l'entreprise en position dominante²⁹. L'approche économique contemporaine voudrait donc que, pour réprimer une pratique d'éviction venant d'une entreprise en position dominante, on démontrât que celle-ci nuit (ou nuirait si elle continuait d'être mise en œuvre) aux consommateurs. Le présumer dans tous les cas paraît mal fondé. En outre, et c'est ce qui importe surtout ici, cette présomption évince une preuve qui, du point de vue économique, devrait être déterminante : la preuve au cas par cas de l'effet de la pratique en cause sur les consommateurs. Cette preuve est certainement difficile à rapporter, même si les parties s'assurent du concours d'experts

²⁶ TPICE, 25 octobre 2002, Tetra Laval/Commission, T-5/02, Rec. p. II-4381, point 162 : « les effets d'une concentration de type conglomérat [sont] souvent considérés comme neutres, voire bénéfiques, au regard de la concurrence sur les marchés affectés ».

²⁷ Au point 162 de l'arrêt Tetra (cité note 16 *supra*), le Tribunal s'appuie explicitement sur l'autorité de « la doctrine économique ».

²⁸ V. p.e. **British Airways, C-95/04 P, point 106**. Cette présomption est analysée de manière fine par L. LOVDAHL GORMSEN dans sa thèse : *A Principled Approach to Abuse of Dominance in European Competition Law*, Cambridge University Press, Cambridge Antitrust and Competition Law Series, 2010, p. XX; V. aussi l'analyse de E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EC Competition Law*, Hart Publishing, Oxford, 2010, p. X.

²⁹ Cette idée est reprise dans la nouvelle approche des abus-exclusion formulée par la Commission : Communication de la Commission — Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, JOUE 2009 C 45, p. 7, spéc. point 23.

économistes³⁰, mais le discours économique est si influent sur ce point, que la présomption est sérieusement mise sous pression. Au demeurant, et comme dans d'autres domaines, la sincérité scientifique n'est pas la seule force agissante : les économistes ont à la fois de bonnes raisons scientifiques et des intérêts économiques (pour ceux d'entre eux qui conseillent des entreprises) lorsqu'ils plaident pour une approche moins principielle et plus empirique de l'effet des comportements des entreprises sur le bien-être des consommateurs.

Encore une fois, le propos n'est pas ici de porter un jugement de valeur sur l'éviction de la preuve scientifique, mais plutôt de montrer qu'elle a lieu et qu'elle s'opère à travers une présomption. Le cas de figure est différent de celui qui a été examiné plus haut³¹, puisque l'objet de preuve (le bien-être du consommateur) est défini d'une manière satisfaisante d'un point de vue économique. Ce sont les exigences de preuve, sévèrement limitées par une présomption dépourvue de légitimité scientifique, qui créent un écart entre la science et le droit.

L'existence de tels écart est sans doute inévitable, pour au moins deux raisons : d'une part, le droit ne peut évoluer aussi rapidement que la science et, d'autre part, le doute, qui est l'honneur du scientifique, doit être réduit par le droit afin que le juge puisse décider³². Pour autant, il n'est pas satisfaisant que cet écart soit trop grand. Lorsqu'une science produit un discours socialement légitime sur une réalité régie par le droit, le droit perd en légitimité s'il ignore la science. Il faut donc rechercher des compromis. Ceux-ci peuvent prendre la forme d'approximations raisonnables³³ : « approximations » parce qu'il s'agit d'énoncés qui, pour être utilisables par le droit, évincent une part de doute scientifiquement fondé, « raisonnables » en ce que la distance de ces énoncés par rapport à la connaissance scientifique correspondante n'est pas choquante. Il y a dans l'approximation raisonnable une forme de proportionnalité entre l'erreur commise par le droit et l'utilité juridique de l'énoncé scientifiquement approximatif. Les présomptions, lorsqu'elles évincent la science de la preuve en l'incorporant dans le droit, doivent, pour être légitimes, être fondées sur de telles approximations raisonnables.

On peut dès lors esquisser une autre relation entre droit et sciences autour de la preuve : il s'agit moins pour le droit d'accueillir des preuves scientifiques que d'éviter la lourdeur de ces preuves d'une manière acceptable à la fois du point de vue du droit et de celui de la science. Autrement dit, il s'agit de fonder scientifiquement les présomptions, comprises en tant que technique d'évitement de la preuve scientifique au cas par cas.

B. Les fondements scientifiques des présomptions

Les présomptions admises sont souvent fondées sur le bon sens ou l'expérience et, dans de nombreux cas, cela semble satisfaisant. Il existe cependant une place pour des présomptions fondées scientifiquement, là où précisément le sens commun fait défaut ou ne permet pas d'envisager spontanément tous les cas de figure pertinents. Les développements

³⁰ Il s'agit d'une preuve contrefactuelle : il faut se demander si, en quoi et dans quel mesure les consommateurs bénéficient de la présence sur le marché du concurrent évincé ou en passe de l'être par la pratique en cause. Pour un exemple de tentative d'approche *in concreto* de cette question, V. la décision de la Commission dans l'affaire *Intel* : C(2009) 3726 final du 13 mai 2009, Intel, aff. COMP/C-37.990, spéc. pts 1604 et s. ; obs. ALS, *Concurrences*, N° 4-2009, p. 108.

³¹ *I supra*.

³² V. J.-Fr. CESARO, *Le doute en droit privé*, Éd. Panthéon-Assas, 2003.

³³ Nous avons proposé cette appellation dans *La porosité du droit : à propos des relations du droit avec d'autres disciplines*, Rev. Fac. Dr. ULg, 2010/2, p. 271-278, p. 278. Elle est aimablement reprise par N. THIRION dans son manuel de *Théorie du droit*, Larcier, 2010, p. [ajouter pagination définitive].

qui précèdent ont illustré que la science remet parfois en cause des présomptions admises. Dès lors, on est amené à se demander par quelles procédures la science nouvelle (non encore intégrée dans le droit) peut être au mieux apportée au processus de décision judiciaire. À cet égard, il paraît nécessaire de distinguer deux phases : celle de la production scientifique adaptée à l'usage juridique et celle de la procédure de transmission de la connaissance scientifique vers le prétoire.

Pour fonder directement une présomption – et *a fortiori* une règle de fond – la connaissance scientifique doit porter sur un objet identique à celui de la règle juridique. Si en revanche les connaissances scientifiques disponibles portent sur un objet seulement voisin, des vérifications peuvent être nécessaires. Un exemple illustrera ce propos. La directive sur les pratiques déloyales à l'égard des consommateurs³⁴ définit des pratiques commerciales qui doivent être interdites par les droits des États membres. La définition générale est vague à souhait :

« une pratique commerciale est déloyale si:

a) elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle,

et

b) elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse »³⁵

Le second critère posé par cette définition, à savoir l'altération substantielle du comportement du consommateur moyen, paraît à première vue très proche de ce que les psychologues appellent l'influence ou encore la manipulation³⁶. Dès lors, on peut être tenté de se tourner vers la psychologie pour savoir quelles pratiques « altèrent ou sont susceptibles d'altérer de manière substantielle le comportement du consommateur moyen », à l'instar des juges furent tentés de se tourner vers la science économique pour savoir quels comportements des entreprises « restreignent la concurrence ».

L'éventail des techniques étudiées par les psychologues est fort vaste et suggère des horizons prometteurs aux interprètes de la directive³⁷. Il ne s'agit pas ici de les énumérer, mais seulement de signaler une difficulté dans l'utilisation juridique des connaissances scientifiques (ici issue de la psychologie sociale). La plupart des techniques étudiées par les psychologues l'ont été dans un contexte non commercial. Dans les expériences des psychologues, le comportement dit cible – c'est-à-dire le comportement volontaire qu'il s'agissait d'obtenir d'un sujet par manipulation – consiste souvent à accepter de participer à une expérience (donner du temps pour une activité pas ou peu rémunérée) ou bien à faire un don à une organisation caritative. Des expériences répétées démontrent parfois de manière tout à fait convaincante l'efficacité de certaines techniques, par exemple celle dite du « pied dans la porte », qui consiste à soumettre d'abord une requête peu coûteuse (par exemple répondre à trois questions), avant de formuler la requête cible, plus coûteuse (par exemple recevoir des enquêteur à domicile pendant une après-midi). Les études montrent que le taux d'acceptation de la seconde requête est bien plus élevé lorsqu'elle est précédée de la première

³⁴ Directive (CE) n° 2005/29 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, J.O. L 149 du 11.6.2005, p. 22–39.

³⁵ Art. 5, paragraphe 2. Cette définition générale est heureusement complétée par deux définitions un peu plus précises (respectivement les pratiques trompeuses, art. 6 et 7 et les pratiques agressives, art. 8 et 9) et par une liste de 31 pratiques réputées déloyales en toutes circonstances (règle de fond), auxquelles il n'est donc pas besoin de faire passer le test de la définition générale pour savoir qu'elles sont déloyales.

³⁶ Pour une introduction aisée à cette partie de la psychologie sociale, V. R.-V. JOULE et J.-L. BEAUVOIS, *Petit traité de manipulation à l'usage des honnêtes gens*, Presses Universitaires de Grenoble, Grenoble, 2nd ed. 2002.

³⁷ Pour un aperçu très accessible, V. N. GUEGUEN, *Psychologie du consommateur : Pour mieux comprendre comment on vous influence*, Dunod, Paris, 2009.

requête que lorsqu'elle est formulée d'emblée³⁸. Les usages commerciaux de cette technique sont à l'évidence possibles. Dès lors, la connaissance scientifiquement établie de son efficacité en tant que technique d'influence paraît pertinente pour l'application de la définition des pratiques commerciales déloyales. Pour autant, il n'est pas certain *a priori* que l'on puisse transposer les résultats obtenus dans un contexte non commercial au contexte commercial exclusivement visé par la directive. Pour cela, il est nécessaire de vérifier si les connaissances acquises sur un objet voisin (la manipulation mais pas celle des consommateurs) est transposable à l'objet régi par la règle de droit (la manipulation des consommateurs)³⁹. Dans un cas comme celui-ci, la science est prometteuse pour le droit, mais les connaissances développées dans une perspective autre que l'usage juridique envisagé appellent des recherches supplémentaires avant de pouvoir valablement fonder une présomption.

Lorsque cette recherche de transposition est faite, de préférence en réunissant des chercheurs issus de la science concernée et des juristes, et si elle s'avère concluante, se pose la question de savoir comment en faire parvenir les résultats aux juges. Dans l'exemple de la directive sur les pratiques déloyales, il s'agirait des juges nationaux de 27 États membres, traitant de litiges souvent de faibles montant entre des consommateurs qui s'estiment trompés et des entreprises à l'origine des pratiques litigieuses. Il ne paraît guère réaliste d'imaginer que des résultats d'une recherche interdisciplinaire comme celle qui apparaît nécessaire pour fonder en raison des présomptions sur des connaissances issues de la psychologie puissent transiter facilement vers de tels destinataires. L'expertise est exclue par hypothèse, puisque l'on envisage précisément ici non une preuve scientifique directe apportée au procès, mais une présomption qui rend cette preuve superflue dans la plupart des cas. On peut songer à l'*amicus curiae*, mais il s'agit d'une institution rare et qui n'existe pas dans les règles de procédure de tous les États membres. Il est certes possible aussi d'envisager des formations pour les juges du fond, mais on aperçoit aisément la lenteur et l'aléa de ce mode de diffusion des connaissances. Il paraît donc clair que les cours régulatrices ont un rôle essentiel à jouer. Lorsqu'il s'agit de textes de droit européen, la Cour de justice se trouve dans une position centrale pour accepter ou refuser des présomptions sur la base de connaissances scientifiques nouvelles. Celles-ci se diffuseront alors par la simple autorité des arrêts de la Cour. Le mécanisme de la question préjudicielle, d'une part, et l'ouverture de la Cour, à travers ses avocats généraux, aux discours scientifiques, d'autre part, sont donc deux ingrédients nécessaires pour que des présomptions mieux fondées scientifiquement accèdent au droit positif.

Conclusion

La preuve scientifique soulève toutes sortes de difficultés, liées notamment à l'expertise et à l'incertitude. Pour ces raisons peut-être, les juridictions cherchent parfois à l'éviter. Il existe pour cela des techniques efficaces. Nous en avons exposé trois : marginaliser la preuve scientifique en faisant primer sur l'objet de preuve correspondant d'autres

³⁸ Ce résultat a d'abord été établi par J. L. FREEDMAN et S. C. FRASER, Compliance without pressure: the foot-in-the-door technique, *Journal of Personality and Social Psychology*, 1966, vol. 4 n° 2, pp. 195-202. Il a depuis été confirmé à de nombreuses reprises dans divers contextes et avec diverses variantes. V. p. e. R. B. CIALDINI, J.E. VINCENT, J. CATALAN, D. WHEELER et B. L. DARBY, Reciprocal concessions procedure for inducing compliance: The door-in-the-face technique, *Journal of Personality and Social Psychology*, 1975, vol. 31, n° 2, 206-215 ; M.G. MILLAR, The effectiveness of the door-in-the-face compliance strategy on friends and stranger, *The Journal of Social Psychology*, 2002, vol. 142, n° 3, pp. 295-304.

³⁹ On peut à cet égard citer : A. PASCUAL et N. GUEGUEN, Door-in-the-face technique and monetary solicitation: an evaluation in a field setting, *Perceptual and Motor Skills*, 2006, pp. 974-978 ; C. EBSTER et B. NEUMAYR, Applying the door in the face compliance technique to retailing, *The International Review of Retail, Distribution and Consumer Research*, 2008, vol. 18, n° 1, 121-128.

considérations, évincer la preuve scientifique en supprimant par une présomption irréfragable l'objet de preuve qui l'aurait appelée et rendre la preuve scientifique superflue dans la plupart des cas au moyen d'une présomption. Pour autant, la science ne se laisse pas facilement évincer du procès, car le discours scientifique participe de la réception des jugements. A trop s'écarter de la vérité scientifique, le juge perd en légitimité. Il faut donc trouver le moyen de rendre juridiquement et scientifiquement acceptables les techniques d'évitement de la preuve scientifique. Une voie possible consiste à s'efforcer de fonder scientifiquement les règles qui écartent la preuve scientifique, spécialement les présomptions, mais cette voie promet plus de recherches que de résultats immédiats. Elle suppose en outre qu'une voie de communication utile soit ouverte entre la recherche et les cours régulatrices.