

DROIT & PHILOSOPHIE

Hors-série Numéro 4

La responsabilité face au raisonnement probabiliste

*Regards croisés entre droit
et sociologie*

DIRECTEURS

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas)
Olivier Beaud (Université Panthéon-Assas)
Olivier Jouanjan (Université Panthéon-Assas)
Mélanie Plouviez (Université Côte d'Azur)

DIRECTRICE ADJOINTE

Élodie Djordjevic (Université Panthéon-Assas)

CONSEIL SCIENTIFIQUE

Jean-Pierre Coriat (Université Panthéon-Assas), Quentin Épron (Université Panthéon-Assas), Jean-François Kervégan (Université Panthéon-Sorbonne), Philippe de Lara (Université Panthéon-Assas), Charles Leben † (Université Panthéon-Assas), Pierre-Yves Quiviger (Université Panthéon-Sorbonne), Philippe Raynaud (Université Panthéon-Assas), Marie-France Renoux-Zagamé (Université Panthéon-Sorbonne), François Saint-Bonnet (Université Panthéon-Assas), Philippe Théry (Université Panthéon-Assas), Mikhaïl Xifaras (Sciences Po)

COMITÉ DE RÉDACTION

Manon Altwegg-Boussac (Université Paris-Est Créteil), Gregory Bligh (Université Paris-Est Créteil), Mathieu Carpentier (Université Toulouse I Capitole), Jérôme Couillerot (Université Lyon III), Thibault Desmoulins (Université Panthéon-Assas), Élodie Djordjevic (Université Panthéon-Assas), Charles Girard (Université Lyon III), Marc Goetzmann (Université Côte d'Azur), Gilles Marmasse (Université de Poitiers), Mélanie Plouviez (Université Côte d'Azur), Tristan Pouthier (Université d'Orléans), Themistoklis Raptopoulos (Université de Lorraine), Pierre-Marie Raynal (CY Cergy Paris Université), Céline Roynier (CY Cergy Paris Université), Patrick Savidan (Université Panthéon-Assas), Sabina Tortorella (Université Panthéon-Sorbonne), Mathilde Unger (Université de Strasbourg)

SECRÉTAIRE DE RÉDACTION

Romane Lerenard (Université de Rennes)

ADRESSE DE LA RÉDACTION :

Institut Michel Villey, Université Panthéon-Assas
12, place du Panthéon, 75231 Paris cedex 05
contact@droitphilosophie.com
www.droitphilosophie.com

Des limites du raisonnement statistique en matière de responsabilité civile

Le thème de la rencontre est propice à une réflexion sur l'épistémologie juridique, chemin ouvert en France par le regretté Christian Atias et trop peu emprunté depuis¹.

La question n'est pas si difficile à formuler, car elle est récurrente et même en réalité constante dans les débats contemporains : elle consiste à savoir où le juriste doit puiser son inspiration pour forger les notions juridiques.

Le thème des statistiques concerne alors tout particulièrement l'une des conditions les plus emblématiques de mise en œuvre de la responsabilité civile, à savoir celle du lien de causalité entre le fait générateur et le dommage survenu. C'est au demeurant en ces termes de causalité que la critique, je dirais presque l'accusation, a été formulée.

Cette critique est en réalité ancienne. En matière de causalité plus encore qu'ailleurs, on se précipite pour enjoindre aux juristes de mettre en forme juridique ce qui a été pensé et décidé par d'autres². Il faut dire que les juristes sont complices depuis longtemps de cette décérébration du droit, renvoyant toujours la question des fondements ou même du sens du droit soit à une discipline auxiliaire qui serait quant à elle dotée de scientificité (sciences dites « dures », parmi lesquelles se sont glissés avec habileté d'autres savoirs comme l'économie), soit au contraire à l'infinie diversité des subjectivités individuelles³.

¹ Voir C. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Paris, PUF/Dalloz, 2002 ; *Théorie contre arbitraire*, Paris, PUF, Les voies du droit, 1987 ; *Épistémologie du droit*, Paris, PUF, *Que sais-je ?*, 1994.

² Voir en ce sens F. G'SELL, « Les théories contemporaines de la causalité. Droit et Philosophie », in S. FERREY et F. G'SELL (dir.), *Causalité, responsabilité et contribution à la dette*, Paris, Bruylant, 2018, n° 93 et s., qui cite Henri Deschenaux selon lequel, « en principe, le droit ne peut que “recevoir” des savants la notion de cause » (H. DESCHENEAUX, « Norme et causalité en responsabilité civile », *Recueil offert au Tribunal Fédéral Suisse à l'occasion de son centenaire*, 1975, p. 399, en part. p. 408).

³ Ce qui est le cas notamment de certaines théories radicales de l'interprétation niant qu'un texte juridique puisse avoir, en soi, une quelconque signification : voir en ce sens la subtile critique de O. Beaud, « Réplique à une réponse. Contenu et portée d'une controverse sur la constitutionnalisation du droit de recourir à l'avortement », *Jus Politicum blog*, 1^{er} avril 2023, qui montre l'incohérence juridique des partisans de la théorie réaliste de l'interprétation qui soutiennent que la signification normative d'un texte dépendrait toujours *in fine* de l'interprétation qui en serait donnée ; du même auteur, à propos cette fois-ci de la récente décision du Conseil constitutionnel, « Réforme des retraites : “Le Conseil constitutionnel a raté une occasion historique en ne faisant pas preuve d'audace” », *Le Monde*, 25 avril 2023, où il montre que là encore certains

S'il faut se défendre contre l'accusation formulée et prendre donc la posture de l'avocat, je dirais qu'il est inexact de soutenir que les juristes ne s'intéressent pas aux statistiques et qu'ils ne doivent de toutes les façons pas se laisser dicter la loi par celles-ci. En d'autres termes, le rôle des statistiques en matière de responsabilité civile est nécessairement limité.

Il s'agira ainsi d'examiner d'abord très brièvement la place actuelle des statistiques en droit de la responsabilité civile (I). Quelques remarques épistémologiques sur la causalité (II) seront ensuite nécessaires pour comprendre les limites du pouvoir de justification de l'argument statistique en matière de causalité (III).

I. LA PLACE ACTUELLE DES STATISTIQUES EN DROIT DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

Quelques précisions terminologiques préalables s'imposent. En toute rigueur, il faudrait en effet distinguer entre statistiques et probabilités.

Les probabilités sont une branche des mathématiques dont l'objet est de mesurer le caractère aléatoire de ce qui pourrait se produire. Calculer une probabilité revient à quantifier la possibilité qu'un événement se produise lors d'une expérience qui découle du hasard, par exemple la probabilité qu'un dé lancé en l'air tombe sur le chiffre 5.

Les statistiques correspondent à la science et aux techniques d'analyses quantitatives de données du « réel », pour tenter de les rendre lisibles, le cas échéant pour effectuer des prévisions. Au départ, il s'agissait d'un outil pour la définition des politiques des États⁴.

Ici, la question est plutôt celle de l'utilisation de statistiques, c'est-à-dire d'outils de représentations du réel, avec précisément les biais inhérents à toute représentation. Les juristes de droit de la responsabilité civile utilisent cependant plus volontiers le terme de probabilité, en ne distinguant donc pas vraiment les deux termes.

Quoi qu'il en soit, les statistiques ou probabilités jouent un rôle très important en droit de la responsabilité civile, et ce dans maints domaines et à maints niveaux. Pour rester plutôt dans la théorie générale, je me concentrerai ici sur le lien de causalité entre le fait générateur et le dommage.

Pour faire un très bref rappel, on sait qu'en droit de la responsabilité civile, la Cour de cassation contrôle la notion de lien de causalité, mais qu'elle a toujours refusé d'en donner une définition précise pour garder une marge d'appréciation. Les notions de faute et de dommage sont beaucoup plus précisément définies, et le flou laissé sur le lien de causalité lui permet alors de garder un outil pour régler les cas difficiles et d'en faire ainsi un instrument de politique jurisprudentielle⁵.

juristes ne voient cette institution que comme « une sorte de Bureau Veritas des normes juridiques ».

⁴ Le mot a au demeurant été forgé par l'économiste Gottfried Achenwall à partir de l'italien *statista*, « homme d'État ».

⁵ Pour plus de développements sur cette idée, voir notre ouvrage : *Les obligations*, t. 2. *Responsabilité civile et quasi-contrats*, Paris, PUF, coll. « Thémis droit », 5^e éd., 2021, § 220, p. 246 et s.

Cela n'a pas empêché la doctrine d'analyser cette jurisprudence et de retenir que deux théories peuvent permettre de l'expliquer : la théorie de l'équivalence des conditions et la théorie de la causalité adéquate⁶.

Dans la théorie de l'équivalence des conditions, il s'agit, par un raisonnement contrefactuel, de se demander ce qui se serait produit si la faute n'avait pas été commise. Il y a causalité si, sans la faute, le dommage ne serait pas survenu. Une telle affirmation démontre en effet que la faute a été une condition *sine qua non* du dommage.

Dans la théorie de la causalité adéquate, il s'agit de se demander si tel événement, en particulier telle faute, entraîne, « selon le cours normal des choses », le type de préjudice survenu.

Dans les deux cas, il y a donc en réalité place pour un raisonnement probabiliste⁷, plus précisément pour une idée de probabilité de survenance des événements, au sens où Hume avait insisté sur l'idée de répétition des enchaînements permettant de conclure à une connexion nécessaire⁸.

⁶ Plusieurs auteurs apportent aujourd'hui leur soutien à la théorie de l'empreinte continue du mal soutenue par Dejean de la Batie, qui permet de retenir comme cause « le fait dont le caractère défectueux explique, sans hiatus, même partiellement, la survenance d'un préjudice » (C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2010, préf. P. Brun, § 661). En d'autres termes, « il ne suffit pas que la survenance d'un fait (par hypothèse incorrect) soit de nature à expliquer la survenance du dommage pour qu'on puisse le qualifier de cause, mais encore que ce soit le caractère incorrect (et notamment fautif) de ce fait qui en soit à l'origine » (P. BRUN, préface à la thèse de C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*). La théorie de l'empreinte continue du mal apporte indiscutablement une précision utile mais, s'agissant du point qui nous intéresse ici, elle ne conduirait pas vraiment à une analyse différente.

⁷ Voir en ce sens, F. G'SELL-MACREZ, *Recherches sur la notion de causalité*, thèse, Université Paris 1, 2005, dès le § 6, p. 13 : « Dans les deux théories, nous le verrons, la place du raisonnement contrefactuel et le rôle des probabilités sont essentiels. »

⁸ D. HUME, *Enquête sur l'entendement humain*, Section VII (« De l'idée de connexion nécessaire »), partie 2 : « Lorsqu'un événement particulier a toujours été associé à un autre, nous n'avons aucun scrupule à prédire l'un en fonction de l'apparition de l'autre, et à utiliser ce raisonnement qui peut seul nous assurer d'un fait ou d'une existence. Nous appelons alors l'un des objets la Cause et l'autre l'Effet. Nous supposons qu'il y a une certaine connexion entre eux, un certain pouvoir dans l'un, par lequel il produit infailliblement l'autre, et opère avec la plus grande certitude et la plus forte nécessité. Il apparaît donc que cette idée d'une connexion nécessaire entre les événements découle d'un certain nombre d'exemples similaires de la conjonction constante de ces événements » (« *When one particular species of event has always, in all instances, been conjoined with another, we make no any scruple of foretelling one upon the appearance of the other, and of employing that reasoning, which can alone assure us of any matter of fact or existence. We then call the one object, Cause; the other, Effect. We suppose that there is some connexion between them; some power in the one, by which it infallibly produces the other, and operates with the greatest certainty and strongest necessity. It appears, then, that this idea of a necessary connexion among events arises from a number of similar instances which occur of the constant conjunction of these events* »).

Ainsi, le cours « normal » des choses de la causalité adéquate est le cours *probable* des choses⁹. Même dans l'équivalence des conditions, il s'agit de s'interroger, de façon rétrospective, sur ce qu'aurait été le cours *probable* des choses sans cette faute.

En *Common law*, la définition du lien de causalité est assez similaire. On y utilise notamment le fameux « *but for* » test, qui revient aussi à se demander ce qui serait survenu sans (*but for*) la faute. On admet cependant plus ouvertement que la condition *sine qua non* doit être établie « *on the balance of probabilities* », c'est-à-dire lorsque le dommage avait au moins 50 % de chances de ne pas se produire en l'absence de l'antécédent considéré¹⁰.

En France, on ne donne pas officiellement un chiffre, mais on dit que c'est au demandeur, donc à la victime, de prouver l'existence d'un lien de causalité entre la faute et son dommage. Si en théorie il faut que cette preuve soit établie avec certitude, la formulation contrefactuelle des deux définitions du lien de causalité laisse en réalité une marge d'appréciation, et donc une place aux fortes probabilités, l'essentiel étant de convaincre le juge.

Lorsque le lien de causalité est difficile à établir avec certitude, et même lorsque demeure un doute sur cette causalité, les juges ont officiellement admis qu'ils pouvaient se contenter de probabilités, dès lors que celles-ci sont sérieuses.

Il en a été ainsi dans le fameux débat sur les conséquences de la vaccination contre l'hépatite B, et en particulier du point de savoir si celle-ci peut être la cause de l'apparition d'une sclérose en plaques. Les scientifiques ne reconnaissent pas officiellement ce lien de causalité mais, face à la multiplication des cas où, peu de temps après l'administration d'un tel vaccin, et sans aucune autre cause apparente possible (notamment en l'absence de tout antécédent familial), une sclérose en plaques était survenue, la Cour de cassation a admis, dans un célèbre arrêt du 22 mai 2008¹¹, que le lien de causalité juridique pouvait être établi sur la seule base d'une probabilité.

L'arrêt est d'ailleurs intéressant à examiner de près car la cour d'appel avait débouté la victime de sa demande au motif « que la preuve scientifique absolue est impossible puisque l'étiologie de la sclérose en plaques n'est pas connue, que personne ne peut actuellement expliquer comment cette vaccination pourrait provoquer l'apparition de cette maladie, que cette constatation interdit de considérer qu'il puisse y avoir une quelconque présomption en l'absence d'autre facteur connu de contamination, qu'à défaut de lien scientifique, aucun lien statistique n'a été démontré et qu'il n'y a pas de probabilité suffisante du lien de causalité entre la maladie dont souffre M. X... et la vaccination contre l'hépatite B ».

⁹ Voir F. G'SELL-MACREZ, *Recherches sur la notion de causalité*, *op. cit.*, § 190, p. 197 : « C'est dans l'esprit de ce modèle logique probabiliste que s'insère la théorie de la causalité adéquate, formulée, certes, par des juristes, mais surtout développée par un physiologiste, Von Kries, qui s'intéressait de près à la théorie des probabilités. Dans sa formulation la plus élaborée, la causalité adéquate mesure l'augmentation de probabilité générée par la cause envisagée. Cette augmentation traduit l'adéquation du facteur considéré à l'effet. » L'auteur ajoute même que, « pour plus de clarté », elle suggère « de substituer à l'appellation de "causalité adéquate" celle de "causalité probabiliste", voire de *lien probabiliste* ».

¹⁰ *Ibid.*, § 168, p. 177.

¹¹ Pourvoi n° 05-20.317.

La Cour de cassation censure néanmoins cet arrêt au motif que la preuve du lien de causalité peut résulter de présomptions, pourvu qu'elles soient « graves, précises et concordantes ». Elle reproche dès lors à la cour d'appel de s'être référée « à une approche probabiliste déduite exclusivement de l'absence de lien scientifique et statistique entre vaccination et développement de la maladie », sans rechercher s'il n'y avait pas des présomptions graves, précises et concordantes du caractère défectueux du vaccin litigieux, comme du lien de causalité entre un éventuel défaut et le dommage subi par la victime¹².

Il ne s'agit en réalité pas d'opposer l'analyse probabiliste et statistique de la Cour d'appel à une analyse qui ne le serait pas de la Cour de cassation, car si cette dernière estime que le lien de causalité est présumé, c'est-à-dire établi selon des présomptions graves, précises et concordantes, c'est en réalité que le lien de causalité est probable, car la régularité observée entre la vaccination contre l'hépatite B et la survenance d'une sclérose en plaques permet de ne pas exclure totalement l'idée d'une causalité entre les deux, même si les statistiques officielles (c'est-à-dire en réalité les scientifiques) ne le reconnaissent pas¹³.

De même dans une affaire où, après trois injections d'un vaccin ORL, un enfant de six ans avait été atteint d'une affection neurologique caractérisée par des convulsions et une épilepsie sévère évoluant vers une dégradation intellectuelle, la Cour de cassation a censuré l'arrêt qui avait exigé une preuve scientifique certaine de la causalité alors que le rôle causal peut résulter de présomptions graves, précises et concordantes, c'est-à-dire peut être établi en cas de fortes probabilités de causalité¹⁴.

L'existence de présomptions graves, précises et concordantes permettant de retenir que la pathologie était imputable au médicament a encore été retenue dans l'affaire du Mediator¹⁵.

¹² « Attendu que si l'action en responsabilité du fait d'un produit défectueux exige la preuve du dommage, du défaut et du lien de causalité entre le défaut et le dommage, une telle preuve peut résulter de présomptions, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes ; d'où il suit qu'en se déterminant ainsi, en référence à une approche probabiliste déduite exclusivement de l'absence de lien scientifique et statistique entre vaccination et développement de la maladie, sans rechercher si les éléments de preuve qui lui étaient soumis constituaient, ou non, des présomptions graves, précises et concordantes du caractère défectueux du vaccin litigieux, comme du lien de causalité entre un éventuel défaut et le dommage subi par M. X..., la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision. »

¹³ F. LEDUC, « Le lien de causalité », Responsabilité civile et assurances n° 1, janv. 2016, dossier 11.

¹⁴ Civ. 1^{re}, 25 juin 2009, pourvoi n° 08-12.781 ; *RTD civ.* 2009, p. 723, obs. P. Jourdain ; *RTD com.* 2010, p. 181, obs. B. Bouloc : « que pour rejeter l'action dirigée contre ceux-ci, l'arrêt énonce qu'il n'y a pas de preuve formelle d'un lien de causalité direct et certain entre l'injection vaccinale et le déclenchement de la pathologie, tout en constatant que l'absence, dans l'histoire et les antécédents familiaux, d'éléments susceptibles d'évoquer une maladie neurologique milite en faveur d'une causalité probable entre l'injection du vaccin et la pathologie soudaine développée par l'enfant et ce dès lors que les deux collègues d'experts n'avaient pas exclu l'hypothèse d'une stimulation antigénique déclenchante, due au produit vaccinal, corroborée par la nature même du produit et par la chronologie des événements ; Qu'en exigeant une preuve scientifique certaine quand le rôle causal peut résulter de simples présomptions, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes, la cour d'appel a violé les textes susvisés. »

¹⁵ Civ. 1^{re}, 20 septembre 2017, pourvoi n° 16-19.643 ; *D.* 2017, p. 2279, avis J.-P. Sudre, et p. 2284, note G. Viney ; *D.* 2018, p. 35, obs. P. Brun ; *RTD civ.* 2018, p. 143, obs. P. Jourdain ; *RDSS* 2017, p. 1132, obs. J. Peigné ; *JCP G* 2017, n° 1186, note J.-S. Borghetti ; *RCA* 2017, Études 12, L. Bloch :

En présence d'un doute scientifique, la causalité juridique peut donc être retenue si elle apparaît aux juges comme probable dans un cas particulier¹⁶.

La Cour de justice de l'Union européenne a validé le raisonnement de la Cour de cassation (puisque le régime de responsabilité du fait des produits défectueux résulte d'une directive européenne). Dans un arrêt du 21 juin 2017¹⁷, elle a admis que, en cas de doute scientifique sur le lien de causalité entre l'absorption d'un produit de santé et tel type de dommage, les juges pouvaient utiliser des présomptions de fait pour retenir malgré tout un lien de causalité juridique¹⁸. Elle a en revanche refusé que, dans ce cas, soit reconnue officiellement une présomption de droit, à savoir une présomption de causalité irréfragable¹⁹.

« attendu que l'arrêt relève que, si l'expert judiciaire a conclu à une causalité seulement plausible, le collège d'experts, placé auprès de l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales, et chargé d'émettre un avis sur les dommages et les responsabilités en vue d'une indemnisation amiable des victimes du benfluorex, s'est ensuite, à la demande de Mme Y..., prononcé en faveur d'une imputabilité de l'insuffisance aortique à la prise de Mediator, que la connaissance sur les effets nocifs du médicament avait alors progressé, qu'aucune hypothèse faisant appel à une cause étrangère n'a été formulée et qu'aucun élément ne permet de considérer que la pathologie de l'intéressée est antérieure au traitement par le Mediator ; que, sans être tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation ni entacher sa décision de contradiction, dès lors qu'elle s'est bornée à reproduire les constatations médicales sur le grade de l'insuffisance aortique présentée par Mme Y..., la cour d'appel a pu en déduire qu'il existait des présomptions graves, précises et concordantes permettant de retenir que sa pathologie est imputable au Mediator ; que le moyen n'est pas fondé. »

¹⁶ Voir encore, en matière d'écologie, les exemples donnés par J. BÉTAILLE, « L'argument scientifique dans le contentieux de la responsabilité environnementale », *RDP*, mars 2023, p. 350, qui soutient que « l'examen du contentieux de la responsabilité administrative en matière d'environnement montre que le juge, s'il est constamment confronté à l'argument scientifique, maintient une forme d'équilibre en le tenant à une juste distance ».

¹⁷ Affaire C-621/15, *N. W e.a. contre Sanofi Pasteur MSD SNC e.a.*

¹⁸ « L'article 4 de la directive 85/374/CEE du Conseil, du 25 juillet 1985, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à un régime probatoire national tel que celui en cause au principal en vertu duquel, lorsque le juge du fond est saisi d'une action visant à mettre en cause la responsabilité du producteur d'un vaccin du fait d'un défaut allégué de ce dernier, il peut considérer, dans l'exercice du pouvoir d'appréciation dont il se trouve investi à cet égard, que, nonobstant la constatation que la recherche médicale n'établit ni n'infirme l'existence d'un lien entre l'administration du vaccin et la survenance de la maladie dont est atteinte la victime, certains éléments de fait invoqués par le demandeur constituent des indices graves, précis et concordants permettant de conclure à l'existence d'un défaut du vaccin et à celle d'un lien de causalité entre ce défaut et ladite maladie. Les juridictions nationales doivent toutefois veiller à ce que l'application concrète qu'elles font dudit régime probatoire n'aboutisse ni à méconnaître la charge de la preuve instituée par ledit article 4 ni à porter atteinte à l'effectivité du régime de responsabilité institué par cette directive. »

¹⁹ « L'article 4 de la directive 85/374 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à un régime probatoire reposant sur des présomptions selon lequel, lorsque la recherche médicale n'établit ni n'infirme l'existence d'un lien entre l'administration du vaccin et la survenance de la maladie dont est atteinte la victime, l'existence d'un lien de causalité entre le défaut attribué à un vaccin et le dommage subi par la victime serait toujours considérée comme établie lorsque certains indices factuels prédéterminés de causalité sont réunis. »

Il faut dire que, si on prend un peu de recul historique, il apparaît que dans plusieurs domaines les scientifiques ont d'abord nié une causalité avant qu'elle ne soit démontrée de façon implacable. Nombre d'expertises scientifiques ont ainsi fait croire pendant longtemps à l'innocuité du tabagisme notamment passif²⁰, ou encore à l'absence de causalité entre l'absorption de certains aliments ou de certaines boissons gazeuses et l'obésité²¹, et il se pourrait qu'un jour il soit jugé de même pour les conséquences dommageables du vaccin contre la Covid-19²².

On pourrait citer encore le domaine des accidents du travail où les statistiques jouent un grand rôle²³. La branche « Risques professionnels » est en effet financée différemment de celle de l'Assurance Maladie dans la mesure où les cotisations sont à la charge exclusive des entreprises (les salariés ne versent ainsi aucune part de leur salaire pour l'assurance accidents du travail et maladies professionnelles). Or il y a une corrélation entre les contributions des entreprises et les risques qu'en-courent leurs salariés²⁴. Le taux de cotisation des employeurs est en effet calculé notamment en fonction de la sinistralité de l'entreprise, c'est-à-dire du coût des accidents du travail et des maladies professionnelles survenus dans l'entreprise pendant la période de référence, souvent trois années. Ce mode de calcul conduit bien sûr les entreprises à vouloir éviter autant que possible cette qualification, avec le soutien, semble-t-il, de l'ordre des médecins²⁵. La qualification de maladie professionnelle est aussi présumée lorsqu'elle figure sur une liste établie par décret et qui tient compte aussi des statistiques²⁶.

Il est impossible de rendre compte ici de tous les cas où les statistiques sont prises en compte par les juges en droit de la responsabilité civile, en dehors même du seul lien de causalité. Le premier mécanisme qui vient à l'esprit est même relatif au dommage : c'est celui de la perte d'une chance (même si les spécialistes de droit de la responsabilité civile savent que la notion est parfois utilisée pour pallier une incertitude sur l'existence d'un lien de causalité). Lorsqu'une personne a été privée de la possibilité de tenter sa chance (un étudiant a été empêché de participer à un concours ou un cheval à une course hippique, ou encore quand un plaideur n'a pu

²⁰ Voir S. FOUCCART, D. LELOUP, « Guerre secrète du tabac : la “French connection” », *Le Monde*, 24 mai 2012, où est décrite « la participation occulte d'un petit groupe de chercheurs français à une vaste campagne de propagande scientifique pour dédouaner le tabagisme passif de ses méfaits ».

²¹ Selon une enquête, Coca Cola payait des scientifiques pour nier les conséquences des boissons à bulles sur l'obésité : A. O'CONNOR, « Coca-Cola Funds Scientists Who Shift Blame for Obesity Away From Bad Diets », *The New York Times*, 9 août 2015 ; voir aussi L. BESSON, « Quand Coca-Cola finance ses propres recherches sur l'obésité », *Le Figaro*, 12 août 2015.

²² Voir notre ouvrage, *L'institution de la liberté*, Paris, PUF, 2^e éd., Quadrige, 2023, préface, p. 10.

²³ Là encore contrairement à l'affirmation de François Vatin selon laquelle « sauf si l'affaire passe au pénal, ce qui est rare, l'objectif lors de l'analyse d'accidents, effectifs ou évités de justice, n'est pas de déterminer des coupables pour les sanctionner ».

²⁴ Voir M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, Paris, Précis Dalloz, 19^e éd., 2019, § 1092 et s.

²⁵ S. DERKAOUÏ, « Des médecins au service des employeurs », *Le Monde diplomatique*, mai 2023, p. 16.

²⁶ Voir l'article L. 461-1 du Code de la sécurité sociale : « Est présumée d'origine professionnelle toute maladie désignée dans un tableau de maladies professionnelles et contractée dans les conditions mentionnées à ce tableau. »

par la faute de son avocat faire un recours dans les temps), le dommage réparable se calcule en effet en multipliant le gain manqué par la probabilité théorique d'obtention de ce gain.

Il est, pour conclure sur ce premier point, fort inexact de dire que la justice n'a que faire de l'efficacité²⁷, et en dehors même de l'analyse économique du droit, dont c'est le principal objectif²⁸, il serait trop long de rendre compte ici des innombrables hypothèses où celle-ci est invoquée par les juristes²⁹.

II. QUELQUES REMARQUES ÉPISTÉMOLOGIQUES SUR LA CAUSALITÉ

La responsabilité civile a pour objet et pour objectif d'imputer à une personne l'obligation de réparer un dommage survenu. Elle suppose la détermination puis l'application d'une règle juridique énonçant selon quels principes une telle imputation peut se faire.

Dans une célèbre analyse, Kelsen³⁰ opposait comme on le sait causalité de la nature (donc causalité scientifique) et causalité juridique, qu'il n'appelait au demeurant pas causalité mais imputation.

Selon lui, toute loi naturelle fait application du principe de causalité : « Ainsi la loi selon laquelle un métal se dilate lorsqu'il est chauffé, établit un rapport de cause à effet entre la chaleur et la dilatation du métal. » Au contraire, disait-il, « d'autres sciences sociales appliquent non pas le principe de causalité, mais celui d'imputation. Elles étudient les comportements des êtres humains non pas tels qu'ils se présentent effectivement dans l'ordre causal de la nature, mais en relation avec des normes prescrivant comment les hommes doivent se comporter. Ce sont donc des sciences normatives, parmi lesquelles nous trouvons l'éthique et la science du droit³¹ ».

²⁷ Pour citer plus précisément ses propos, François Vatin affirme qu'« un tel bilan global relève d'un jugement d'efficacité. La justice n'en a que faire, puisqu'elle ne se penche que sur le respect des règles. Dès lors que, d'un côté, il y a eu dommage (comment pourrait-on le nier en l'occurrence ?) et que, d'un autre côté, des acteurs en situation de responsabilité ont manqué à certaines obligations (c'est à la Justice de le dire), un lien putatif de causalité entre ces manquements et ces dommages peut être établi et conduire à une condamnation, même partielle, comme dans l'affaire du "sang contaminé" ».

²⁸ Pour l'analyse économique en matière de responsabilité civile, voir notre ouvrage : *Les obligations*, t. 2, *Responsabilité civile et quasi-contrats*, op. cit., § 44, p. 58 et s. ; et aussi, en droit des contrats, *Les obligations*, t. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, Paris, PUF, coll. « Thémis droit », 6^e éd., 2021, § 160 et s., p. 141 et s.

²⁹ Voir notamment V. S. BOLLÉE, Y.-M. LAITHIER et C. PÉRÈS (dir.), *L'efficacité économique en droit*, Paris, Economica, Études juridiques, 2010.

³⁰ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, traduit de l'allemand par H. Thévenaz, « Être et penser, cahiers de philosophie », Chêne-Bourg, Éditions de la Baconnière, 1^{re} éd., 1953.

³¹ Adde P. FAUCONNET, *La responsabilité. Étude de sociologie*, présentation et édition de Sacha Levy-Bruhl, Paris, PUF, Quadrige, 2023, p. 303, qui explique qu'il y a « un véritable antagonisme » entre la notion de causalité humaine et la notion scientifique de causalité. En effet dit-il, « la science ne connaît que des causes secondes : toute cause, pour elle, est aussi un effet et l'explication par la cause est une régression qui n'a pas de terme concevable » ; « au contraire

De nombreux juristes affirment aussi aujourd'hui la nécessaire indépendance du lien de causalité juridique par rapport au lien de causalité scientifique³², pour en déduire la nécessité de forger une définition purement juridique de la causalité³³.

Les liens entre causalité juridique et causalité scientifique sont en réalité plus complexes, et il y a un juste milieu à trouver entre les deux pôles que constituent l'identification sans reste de l'une à l'autre ou au contraire la radicale séparation entre les deux. On comprendra alors en particulier pourquoi la règle de droit ne peut pas et ne doit pas être déduite automatiquement de statistiques, même si celles-ci peuvent bien évidemment être utilisées dans la recherche du lien de causalité juridique.

Un auteur est précieux pour essayer d'approcher ce juste milieu. Il s'agit de Paul Fauconnet, dont l'ouvrage classique et magistral sur *La responsabilité* vient d'être remarquablement réédité aux Presses Universitaires de France³⁴.

L'auteur, qui était un ami proche d'Émile Durkheim et de Marcel Mauss, avait pour ambition d'examiner, en sociologue mais aussi en anthropologue, les divers systèmes de responsabilité, dans le temps et dans l'espace, afin d'identifier s'il est possible d'apercevoir quelques constantes. Il s'agit, comme sociologue, de rechercher comment s'établit le lien entre le crime (Fauconnet ne s'intéresse explicitement qu'au droit pénal, mais ses propos valent en réalité aussi largement pour le droit civil) et celui qui est sanctionné par le système juridique et qu'il appelle le « patient ».

Il remarque d'abord que « toutes les théories connues de la responsabilité s'accordent à soutenir cette opinion de sens commun : que la situation génératrice est toujours, au fond, la relation qui unit l'auteur – responsable – à l'acte sanctionné » et que « cette relation serait un cas particulier du rapport de causalité³⁵ ». Il soutient cependant que cet axiome selon lequel la responsabilité dériverait de la causalité « ne [lui] semble pas avoir l'évidence ni la clarté qu'on lui prête³⁶ ».

la personne conçue comme cause est une cause première ; l'acte disait Aristote, a son commencement en elle » ; « l'attribution de la responsabilité ne saurait, comme l'explication scientifique par la cause, régresser à l'infini ».

³² Voir P. BRUN, « Causalité juridique et causalité scientifique », in *Distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité*, colloque de l'Université de Rennes, 2006, *RLDC* 2007, suppl. au n° 40, p. 15, qui évoque « la vanité des prétentions scientifiques de la causalité juridique » ; F. LEDUC, « Causalité civile et imputation », in *ibid.* ; C. RADÉ, « Causalité juridique et causalité scientifique : de la distinction à la dialectique », *Recueil Dalloz*, 2012, p. 112 et s., qui propose « une lecture dialectique des rapports entretenus entre la causalité scientifique et la causalité juridique ». P. PIERRE, « Les présomptions relatives à la causalité », in *Distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité*, *op. cit.* ; F. CLÉMENTZ, « Causalité, régularité et responsabilité juridique », *RLDC* 2007, suppl. au n° 40 ; E. VERGÈS, « Les liens entre la connaissance scientifique et la responsabilité civile : preuve et conditions de la responsabilité civile », in E. TRUILHE-MARENCO (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique : la preuve à l'épreuve*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 127.

³³ Voir en ce sens, C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*

³⁴ P. FAUCONNET, *La responsabilité. Étude de sociologie*, *op. cit.* L'ouvrage est à l'origine la thèse de l'auteur, soutenue en 1920, et publiée aux éditions Félix Alcan en 1928.

³⁵ *Ibid.*, p. 192.

³⁶ *Ibid.*, p. 202.

Certes, « le responsable soutient toujours avec le fait sanctionné une relation immédiate ou médiata », mais cette relation « est beaucoup plus indéterminée que le lien de cause à effet³⁷ ». En d'autres termes, les différentes formes de responsabilité rencontrées dans le temps mais aussi dans l'espace ne lui semblent pas avoir comme point commun la notion de causalité.

Fauconnet insiste sur le fait que si, dans notre culture, nous sommes incapables de dégager le jugement de responsabilité d'un jugement préalable sur la causalité, il en va différemment dans d'autres cultures où les choses pourraient même être en sens inverse : la causalité ne commanderait pas la responsabilité mais elle pourrait au contraire en résulter³⁸. On voit ainsi des systèmes où, ce n'est qu'après avoir décidé d'imputer par exemple un décès à une personne par des raisonnements qui nous semblent très étrangers, voire très étranges, qu'on admet qu'il est l'auteur du décès, donc qu'il l'a causé.

Au terme de son enquête, Fauconnet conclut alors que le jugement d'imputation n'est pas fondamentalement un jugement de causalité, ou plus exactement qu'il n'est pas universellement un jugement de causalité.

Il y a, en revanche, selon lui, une règle véritablement universelle, qui est que, « pour que la peine soit pleinement efficace, il faut qu'elle soit juste ; elle ne l'est que si elle frappe, à défaut du crime lui-même, les êtres qui symbolisent le mieux le crime³⁹ ».

Ce qui est ainsi partout nécessaire, c'est ce qu'il appelle « *une institution de la responsabilité* » qui explique pourquoi la peine est juste et donc qui la justifie au regard de la collectivité. Toute société repose en effet sur un système de croyances⁴⁰. Il faut ainsi « qu'un corps de règles, explicites ou non, et proprement morales, commande le choix du patient légitime, c'est-à-dire de l'être qui symbolise vraiment le crime au regard de la conscience morale ou juridique⁴¹ ».

Cette conclusion est à rapprocher de la fameuse thèse qu'Herbert Hart soutiendra une vingtaine d'années plus tard sur la double nature, descriptive mais aussi « ascriptive », de la causalité⁴². Comme le résume très bien Florence G'sell-Macrez

³⁷ *Ibid.*, p. 248. Il précise, p. 298-299 : « Son étroite connexion avec l'idée de causalité est indiscutable. Seulement, au lieu d'appauvrir la notion de responsabilité en la réduisant à une représentation, très pauvre elle-même, de la causalité, ne conviendrait-il pas bien plutôt de voir, dans l'idée de responsabilité telle que nous l'avons décrite, l'un des facteurs essentiels de l'idée complexe de causalité ? »

³⁸ *Ibid.*, p. 262.

³⁹ *Ibid.*, p. 323.

⁴⁰ Il écrit ainsi, avec une formulation très similaire avec celle que Pierre Legendre utilisera bien plus tard, « la principale condition de l'existence d'une société donnée est la vitalité du système de croyances qui assure la solidarité de ses membres » : *ibid.*, p. 249.

⁴¹ *Ibid.*, p. 270.

⁴² H. L. A. Hart, « The Ascription of Responsibility and Rights », *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1948-1949, p. 171 ; adde l'ouvrage de H. HART et T. HONORÉ, *Causation in the Law*, Oxford, OUP, 1959, paperback 2^e éd., 1985, et aussi A. HONORÉ, « Causation in the Law », in E. N. ZALTA (dir.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Winter 2010 Edition. Dire qu'un concept juridique est « ascriptif » signifie qu'au-delà de la description des faits, il a pour conséquence l'attribution d'un droit ou d'une obligation ; ainsi, la causalité ne fait pas que restituer une réalité passée, elle opère aussi imputation d'une responsabilité.

dans sa remarquable thèse intitulée *Recherches sur la notion de causalité*, la causalité est « un principe d'imputation » mais aussi « un principe d'explication⁴³ ».

Avec un autre auteur anglais, Tony Honoré, ils ont alors tenté d'identifier, dans leur célèbre ouvrage *Causation in the Law*, « les traits principaux de la notion ordinaire de causalité », c'est-à-dire de la causalité du sens commun (« *common sense notion of causation*⁴⁴ »). L'objectif était double : « identifier, d'une part, les sources d'incertitudes et de confusions qui affectent l'usage du langage causal dans le droit de la responsabilité ; contester, d'autre part, la position sceptique, développée au cours du XX^e siècle par le courant américain du *Legal Realism*, qui fait de la causalité un simple "déguisement" pour faire prévaloir des décisions arbitraires ou fondées sur des considérations de politique jurisprudentielle⁴⁵. »

C'est non seulement la même démarche, mais encore des conclusions très similaires que l'on trouve déjà chez Fauconnet, donc 20 ans avant. Sa thèse est en effet que l'imputation n'est jamais mécanique ; elle est un devoir-être que le droit déduit selon une norme de jugement.

C'est donc surtout le principe d'explication qui l'intéresse, en d'autres termes la question de savoir à quelle condition, à un moment donné et dans un espace donné, le jugement de responsabilité peut être considéré comme légitime⁴⁶. Il s'agit de comprendre « le mécanisme social qui sous-tend une croyance, les conditions dans lesquelles celle-ci cesse d'être bien fondée⁴⁷ ». En chaque lieu et à chaque époque, les justifications dépendent des normes collectives⁴⁸, de la conscience collective, ou encore de l'imaginaire social⁴⁹.

Fauconnet s'intéresse alors plus particulièrement à notre culture, et il décrit le mouvement d'évolution qui a conduit, de plus en plus, à orienter la responsabilité vers un patient individuel. Il explique que la morale sociale a alors été de plus en plus intériorisée, au point, comme le résume de façon très éclairante l'éditeur de cette nouvelle parution, « de produire une illusion, celle d'une moralité intrinsèque à l'individu⁵⁰ ».

Nos contemporains, se concentrant sur cette moralité intrinsèque, en viennent à penser qu'elle vient uniquement d'eux, sans plus voir l'influence des représentations collectives sur leur propre façon de penser dont ils s'estiment, avec vanité, les

⁴³ Ce sont les deux parties de la thèse de F. G'SELL-MACREZ, *Recherches sur la notion de causalité*, *op. cit.* L'auteur explique que « la recherche des causes se fait d'abord dans un souci d'explication. Elle vise, en cela, à répondre à la question du "pourquoi ?". Ce faisant, elle conduit bien souvent à répondre à celle du "comment ?" » (§ 299, p. 309). Elle explique encore que le droit ne décrit pas la réalité pour elle-même, mais afin de légitimer l'application de la règle juridique.

⁴⁴ *Ibid.*, §193, p. 201-202.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Voir en ce sens, Sacha Lévy-Bruhl, présentation de P. FAUCONNET, *La responsabilité. Étude de sociologie*, *op. cit.*, p. XXV : « Pour les durkheimiens, expliquer l'origine sociale d'une institution c'est rendre compte, malgré sa variabilité, de sa légitimité. »

⁴⁷ *Ibid.*, p. XXVI.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 277 : « Il existe des normes collectives pour la recherche des responsables. »

⁴⁹ Au sens de Cornelius Castoriadis, dans *L'institution imaginaire de la société* (Paris, Seuil, 1975).

⁵⁰ Sacha Lévy-Bruhl, présentation de P. FAUCONNET, *La responsabilité. Étude de sociologie*, *op. cit.*, p. XX.

seuls créateurs. C'est sans doute le même mouvement qui, projetant sur le juge une même façon d'être et de penser, aboutit au fantasme de l'arbitraire du juge⁵¹.

Pour résumer, comme tous les autres concepts juridiques, la causalité est une notion construite, qui contient donc une part de fiction, mais qui doit néanmoins avoir un rapport au réel, plus précisément au réel tel qu'il est représenté à un moment donné dans une société donnée.

La recherche des causes est alors typique du « logos » occidental⁵². Dans nos cultures, une justification, c'est-à-dire une explication convaincante et légitime, doit être une explication causale⁵³. Platon déjà relevait que « tout ce qui naît, naît nécessairement par l'action d'une cause » car « il est impossible que quoi que ce soit puisse naître sans cause⁵⁴ ».

Pour être justifiée, la causalité, même juridique, ne peut donc en réalité se détacher complètement de la causalité scientifique. Le « sens commun de la causalité », pour reprendre l'expression de Hart et Honoré, est dans nos cultures lié à la notion scientifique de causalité.

S'agissant plus précisément des statistiques, ce qui compte alors est leur pouvoir de justification.

C'est là que le bât blesse...

⁵¹ Pour une excellente critique sur des bases similaires, v. F. G'SELL-MACREZ, *Recherches sur la notion de causalité*, op. cit., § 538, p. 579, où elle critique l'« excès de technicisme » de certains juristes : « La position de Yan Thomas, pour lequel le droit tout-puissant a toute latitude pour nommer les choses et les personnes à sa guise n'est pas acceptable. Elle est le fruit d'un excès de technicisme de la part de juristes qui, oubliant la fonction sociale de l'activité juridique, ont fini par voir dans les constructions juridiques des réalités autonomes, et même des essences, alors qu'elles ne constituent, au fond, que des outils permettant d'aboutir à des résultats effectifs, souhaitables ou non. »

⁵² Pour une opposition à la pensée orientale, voir le lumineux ouvrage de Y. TOKURYŪ, *Logos et lemme. Pensée occidentale, pensée orientale*, traduit du japonais et commenté par Augustin Berque, Paris, CNRS Éditions, 2020.

⁵³ Voir G. Canselier, selon lequel les « deux approches de la causalité obéissent assurément à un même canevas général et doivent satisfaire à des exigences communes de logique et d'évitement de la circularité, dans lesquelles il ne saurait y avoir d'explication véritablement convaincante » (« De l'explication causale en droit de la responsabilité civile délictuelle », *RTD civ.* 2010, p. 48, n. 11). Adde F. G'SELL-MACREZ, *Recherches sur la notion de causalité*, op. cit., § 629, p. 685 : « Au final, la *causalité juridique* est un jugement de causalité résultant du raisonnement contrefactuel auquel s'ajoutent des éléments propres à la logique d'imputation. Cet aspect ne doit pas mener, toutefois, à des qualifications purement fictives, au sens où seraient qualifiés de « cause juridique » des événements dont le caractère de cause *sine qua non* serait des plus douteux. Si l'on peut parler de *causalité juridique* pour désigner la manière dont le droit choisit de retenir certaines causes, l'interprétation de la causalité doit conserver une certaine proximité avec les *représentations courantes*. Le droit de la responsabilité doit, en effet, pouvoir rester *intelligible*. »

⁵⁴ PLATON, *Timée*, 28a.

III. LES LIMITES DU POUVOIR DE JUSTIFICATION DE L'ARGUMENT STATISTIQUE EN MATIÈRE DE CAUSALITÉ

Les théories probabilistes ou statistiques font partie des principales théories philosophiques contemporaines de la causalité⁵⁵. Plusieurs auteurs ont tenté de définir et de justifier la causalité par des corrélations statistiques⁵⁶, toujours au prétendu motif qu'il s'agirait de la seule conception scientifique possible de la causalité⁵⁷.

Si les statistiques sont, comme nous l'avons vu, prises en compte, plusieurs arguments permettent de voir les limites de leur pouvoir de justification : il y a d'une part des incertitudes inhérentes aux statistiques (A) et d'autre part des illusions sur l'objectivité des statistiques (B).

A. Les incertitudes inhérentes aux statistiques

Comme l'ont récemment rappelé Cristian Calude et Giuseppe Longo, les meilleurs épistémologues des sciences ont établi depuis longtemps qu'une corrélation statistique n'implique pas une causalité et ne renseigne même pas nécessairement sur la cause sous-jacente d'une relation⁵⁸. Ces deux grands mathématiciens ont même démontré que plus il y a de données, en particulier avec le désormais dé-

⁵⁵ F. G'SELL, « Les théories contemporaines de la causalité. Droit et Philosophie », art. cité, n. 93 et s. Les deux autres approches identifiées sont les théories de la causalité fondées sur des régularités (Hume et Mill) et l'analyse contrefactuelle de la causalité (en particulier celle de David Lewis).

⁵⁶ Voir F. G'SELL-MACREZ, *Recherches sur la notion de causalité*, op. cit., § 72 sur « l'approche statistique de la causalité » ; elle cite aussi, § 65, p. 79, Hempel et son « modèle inductif-statistique d'explication » selon lequel « ce qui fait que c compte comme une cause de e, c'est que l'occurrence de c augmente la probabilité objective de l'occurrence de e ».

⁵⁷ Voir F. G'SELL, « Les théories contemporaines de la causalité. Droit et Philosophie », art. cité, § 208, où elle explique que le principal représentant d'une approche pragmatique de la causalité, Charles Sanders Peirce, « affirmait, en citant Hume, que la causalité n'est rien de plus qu'une corrélation établie entre des statistiques réalisées sur des événements observables » et que « toute autre acception ne pourrait qu'être l'expression d'une politique jurisprudentielle et n'aurait aucune valeur scientifique ».

⁵⁸ C. S. CALUDE et G. LONGO, « The Deluge of Spurious Correlations in Big Data », *Foundations of Science*, 2017, 22, p. 595 et s., selon lesquels « it is well known that correlation does not imply causation » ; ils prennent ainsi l'exemple d'une étude réalisée en 1992 à l'Université de l'Illinois et qui interrogeait 56 000 étudiants sur leurs habitudes de consommation d'alcool et leurs notes. Les résultats de l'étude indiquent une corrélation entre ces deux variables : plus un étudiant boit et plus sa moyenne baisse. Cette corrélation ne dit rien selon eux de la causalité. Est-ce que l'alcool rend les gens stupides ? Est-ce que les étudiants qui ont tendance à boire ont tendance à être de moins bons étudiants ? Est-ce que les personnes qui ont la gueule de bois après une beuverie ont tendance à sécher les cours ? Est-ce au contraire les étudiants en difficulté scolaire qui boivent pour noyer leur chagrin ? *Adde*, plus généralement, G. LONGO, *Le cauchemar de Prométhée. Les sciences et leurs limites*, Paris, PUF, 2023, préf. J. Lassègue et postface A. Suptot.

nommé *big data*, et plus les corrélations qui seront mises en évidence seront arbitraires, sans signification et inutiles⁵⁹. Ils concluent ainsi que le slogan ou la « philosophie » déclarant que la corrélation supplante la causalité et la théorisation est mathématiquement erroné⁶⁰.

Il en va ainsi *a fortiori* en droit où, ainsi qu'il a été dit, l'opération d'imputation juridique d'une responsabilité ne s'identifie pas absolument avec la détermination d'une causalité scientifique. Les statistiques peuvent alors jouer comme une présomption, mais ne permettent jamais d'affirmer avec certitude un lien de causalité.

Supposons un produit, par exemple un médicament, qui entraîne des effets secondaires dans un certain pourcentage de cas ; à supposer qu'un tel effet secondaire se produise, quand pourrait-on retenir de façon mécanique la causalité ? Si ces effets secondaires se réalisent dans 100 % des cas ? Dans 60 % ? Dans 20 % ? Même si l'effet secondaire a été observé dans 2 % des cas, ne peut-on pas prouver que, dans le cas particulier, il y a bien un lien de causalité ? À l'inverse, même si les effets secondaires se réalisent dans 70 % des cas, il se peut qu'en l'espèce il ait été causé par autre chose.

De même encore, si les statistiques disent qu'un fumeur a plus de risques de développer un cancer du poumon, cela ne veut ni dire que tout fumeur aura un cancer du poumon ni qu'un non-fumeur ne peut pas mourir d'un cancer du poumon.

Enfin encore, à supposer même⁶¹ que le taux de suicides qui a eu lieu à France Télécom pendant la période mise en cause était le même que dans la population globale, cela n'exonère en rien le chef d'entreprise qui, par des méthodes de management répréhensibles, aurait conduit certains de ses salariés à accomplir ce geste définitif.

Les juges ont pour rôle de trancher les litiges en fonction des seuls faits réels et particuliers survenus dans l'espèce. Ils doivent statuer sur les cas précis qui leur sont soumis et non sur les cas généraux tels qu'appréciés par des statistiques glo-

⁵⁹ Selon eux, « *the more data, the more arbitrary, meaningless and useless (for future action) correlations will be found in them* ».

⁶⁰ C. S. CALUDE et G. LONGO, « The Deluge of Spurious Correlations in Big Data », art. cité, p. 595 et s. : « *The analysis presented in this paper suggests that the slogan or “philosophy” declaring that correlation supersedes causation and theorising is mathematically wrong. Scientists and philosophers have always worried about fallacies one commits by looking at correlations only: Cum hoc ergo propter hoc and the related Post hoc ergo propter hoc fallacies are illustrative. For example, economists are wary of uncritically using correlations: that’s why they perform further statistical tests, e.g. the Granger causality test, knowing well that even this is not enough to yield knowledge of genuine causality. Our work confirms the intuition that the bigger the database which one mines for correlations, the higher is the chance to find recurrent regularities and the higher is the risk of committing such fallacies. We first showed that if the “world” modelled in a big database is somehow law-like in the multi-dimensional universe of events it describes, then the probability that a series of related observable values (regularity) iterates again is non zero, but extremely low: recurrence may occur, but only for immense values of the intended parameters and, thus, an immense database.* »

⁶¹ C'est ce que soutient François Vatin : « Pourtant, le statisticien ne peut manquer de noter que le nombre de suicides qui a eu lieu à France Télécom pendant la période mise en cause était “normal”, c'est-à-dire que le taux de suicide (nombre de suicidés rapportés à la population) était dans la norme de celle de la population générale. »

bales. Dans chaque cas particulier, ils doivent alors essayer de reconstituer l'enchaînement causal le plus probable⁶². Ils doivent pour cela tenir compte de l'état des connaissances scientifiques dont les statistiques sont une représentation, mais les données concrètes du litige doivent conforter ces statistiques et les rendre plausibles dans l'espèce considérée.

C'est ainsi que dans un récent arrêt du 8 février 2023, la Cour de cassation a reproché aux juges du fond d'avoir retenu un lien de causalité en se fondant seulement sur des données statistiques, sans avoir mis en évidence des indices sérieux tirés des données cliniques concrètes et des éléments décrits au cours de l'intervention⁶³.

Les juristes et les sociologues ne parlent donc pas de la même chose, ou plus exactement les juges et les sociologues. Le jugement en matière de responsabilité civile se fonde en effet sur la reconstitution de la causalité réelle telle qu'elle est survenue dans un cas particulier, même si celui-ci a donné à voir un enchaînement causal exceptionnel. En revanche en matière de politiques publiques, le législateur ou le gouvernement s'inspirent bien plus volontiers d'enquêtes sociologiques diverses et donc de statistiques, qui peuvent effectivement donner un éclairage précieux sur les choix législatifs à opérer, même s'ils ne doivent pas davantage se laisser dicter la loi par les faits⁶⁴.

B. Les illusions de l'objectivité des statistiques

Si le recours même à la causalité est, comme l'a montré Fauconnet, typique de nos cultures, l'identification de cette causalité aux statistiques est révélatrice d'une évolution plus contemporaine, marquée par les illusions de ce qu'un auteur a pu appeler la « gouvernance par les nombres⁶⁵ ». Elle est symptomatique d'une époque où l'on rêve d'un monde prétendument objectif⁶⁶ où les *big data* pourraient tenir lieu de politique. Elle est marquée aussi par une certaine idéologie, et

⁶² En cela le lien de causalité illustre très bien le rapport au réel que doit entretenir tout concept juridique, plus précisément la tension entre la fiction et la réalité. Pour plus de développements, voir notre article : « Éléments d'épistémologie juridique », in F.-X. LUCAS et T. REVET (dir.), *Précis de culture juridique*, Paris, Dalloz, 5^e éd., 2023.

⁶³ Civ. 1^{re}, 8 février 2023, pourvoi n^o 22-10.169 : « Après avoir relevé l'existence de manquements imputables au médecin anesthésiste pour prévenir le risque d'hypotension artérielle induit par la rachianesthésie, tenant à l'absence de remplissage vasculaire et de consignation des éléments de surveillance hémodynamique, la cour d'appel, se fondant sur les rapports d'expertise, a retenu que l'hypothèse émise par Mme [X], selon laquelle elle aurait présenté une hypotension artérielle sévère qui serait à l'origine de la survenue de l'anoxo-ischémie de l'enfant n'était pas étayée par les données cliniques et les éléments décrits au cours de l'intervention et qu'en l'absence d'indices sérieux en ce sens, elle ne pouvait être admise en se fondant seulement sur des données statistiques. Ayant ainsi écarté l'éventualité que l'infirmité de l'enfant ait été causée par une hypotension artérielle sévère présentée par sa mère, elle n'a pu qu'en déduire, sans inverser la charge de la preuve, que les manquements du médecin anesthésiste n'avaient pas fait perdre à l'enfant une chance d'éviter l'anoxo-ischémie. »

⁶⁴ Voir le célèbre article de C. ATIAS et D. LINOTTE, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *Recueil Dalloz*, 1977, chron., p. 251, outre bien sûr le constant débat sur la question cruciale de théorie du droit des rapports entre l'être et le devoir-être.

⁶⁵ A. SUPLOT, *La gouvernance par les nombres*, 1^{re} éd., Paris, Fayard, 2015, Pluriel, 2020.

⁶⁶ La valorisation de l'objectivité elle-même peut au demeurant être historiquement datée. Sur l'histoire de l'idée d'objectivité scientifique, voir L. DASTON et P. GALISON, *Objectivité*, Dijon, Les

c'est ainsi que, comme on a pu le relever, « dans les pays de Common Law, l'approche probabiliste de la causalité juridique est principalement défendue par les économistes du droit⁶⁷ ».

En réalité, loin d'être purement objectives, les statistiques sont une représentation du réel qui n'est évidemment pas neutre et qui charrie avec elle des biais et des idéologies⁶⁸. Elles supposent en effet d'effectuer de nombreuses opérations qualitatives préalables, car « on ne peut quantifier que ce que l'on a d'abord qualifié⁶⁹ ». Le grand spécialiste français de l'histoire des statistiques, Alain Desrosières, a ainsi montré comment se construisent les données et la part nécessaire de conventions dans leur élaboration⁷⁰. Par exemple dans le cas des suicides à France Telecom, par quel calcul est-on arrivé à la conclusion que le taux de suicide serait le même que dans la population globale ? Le calcul peut en effet changer du tout au tout en fonction du choix du quotient, en particulier selon que l'on prend toute l'entreprise ou seulement un service où le management a été particulièrement pathogène. La façon dont les statistiques ont été établies doit ainsi pouvoir être discutée, y compris par les juristes, et il ne s'agit précisément pas de considérer qu'elles énonceraient une vérité absolue devant laquelle tout le monde (y compris les juristes) devrait s'incliner.

Le choix même des statistiques n'est pas anodin. Vouloir exonérer les dirigeants de toute responsabilité à l'égard de la gestion de la crise du Covid-19 au seul motif que les chiffres de perte d'espérance de vie n'ont pas été si dramatiques en France pendant la période⁷¹ ne peut ainsi suffire, dès lors que ces chiffres peuvent être dus à maints autres facteurs, par exemple au fait qu'il y ait eu moins de morts d'autres maladies pendant la période (par exemple de la grippe). Bettino Craxi, ancien président du parti socialiste italien, avait quant à lui invoqué, pour se défendre lors des

presses du réel, 2012, qui la comparent aussi à ses concepts concurrents que sont la vérité d'après nature et le jugement exercé.

⁶⁷ F. G'SELL, « Les théories contemporaines de la causalité. Droit et Philosophie », art. cité, n. 93 et s. Elle explique que, « selon Guido Calabresi, un acte est causalement relié à un dommage s'il augmente la probabilité de sa réalisation ». C'est cette notion de causalité qui doit être utilisée pour identifier the *cheapest cost avoider*. Sur l'analyse économique du droit de la responsabilité civile, voir notamment notre ouvrage : *Les obligations*, t. 2, *Responsabilité civile et quasi-contrats*, *op. cit.*, § 44, p. 58 et s.

⁶⁸ Voir J. BÉTAILLE, « L'argument scientifique dans le contentieux de la responsabilité environnementale », *RDP*, mars 2023, p. 350, qui évoque l'« auxiliaire de l'argument scientifique ».

⁶⁹ A. SUPLOT, *La gouvernance par les nombres*, *op.cit.*, p. 197.

⁷⁰ A. DESROSIÈRES, *La politique des grands nombres. Histoire de la raison statistique*, Paris, La Découverte/Poche, 2000 [1993], avec une postface inédite de l'auteur. Il y relativise « l'idée optimiste qu'une rationalité fondée à la fois sur les mathématiques et les observations empiriques pourra rendre possible une objectivité, et donc une transparence, tout à la fois des descriptions et des décisions » (p. 41).

⁷¹ C'est ce que soutient François Vatin dans son texte : selon les faits mentionnés dans une étude, « non seulement la perte d'espérance de vie a été plus faible en France qu'ailleurs entre 2019 et 2020, mais celle-ci a recommencé à augmenter entre 2020 et 2021 » ; il en déduit qu'« il s'agit seulement de noter le contraste entre ces résultats, quand même exceptionnellement satisfaisants, et la mise en cause des autorités politiques à laquelle on assiste ».

opérations « *Mani pulite* » (ou « *Tangentopoli* »), le caractère systémique de la corruption et le fait que les statistiques ne donnaient pas à voir une augmentation significative durant sa mandature⁷²...

La relativité de la construction des statistiques et donc leur fiabilité se donne à voir en droit du travail en matière de preuve des discriminations indirectes. Il y a discrimination indirecte lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence est susceptible d'entraîner, pour un motif discriminatoire, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes⁷³. Ainsi, un syndicaliste peut démontrer qu'à diplôme égal et à ancienneté égale, il a moins progressé dans la carrière que la moyenne des salariés n'ayant pas eu d'activité syndicale⁷⁴. La question de savoir avec quels salariés il est pertinent de comparer est alors cruciale⁷⁵ mais la Chambre sociale de la Cour de cassation décide pourtant que « la pertinence du panel de comparaison est appréciée souverainement par les juges du fond⁷⁶ ».

En définitive, si les statistiques sont souvent utiles pour les juristes, et à nouveau nous avons vu qu'ils s'en servent fréquemment, elles ne permettent pas de cesser de penser, en particulier de penser le droit de la responsabilité civile, ce dont on ne peut que se réjouir.

Muriel Fabre-Magnan

| Professeure à l'Université de Paris 1 (Panthéon-Sorbonne).

⁷² Voir J.-L. BRIQUET, « Le système des pots-de-vin. Normes et pratiques des échanges corrompus dans l'Italie de Tangentopoli », in *Patronage et corruption politiques dans l'Europe contemporaine*, 2014, p. 229 et s., ajoutant qu'« il s'agit là d'un des registres habituels de justification de la corruption, visant à faire échapper les contrevenants à "l'opprobre public" en "diluant les comportements transgressifs d'un élu dans la généralité des pratiques déviantes et illégales du milieu politique" », et il cite en ce sens P. LASCUMES, *Une démocratie corrompible. Arrangements, favoritisme et conflits d'intérêts*, Paris, Seuil, coll. « La République des Idées », 2011, p. 66.

⁷³ Article 1^{er} alinéa 2 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

⁷⁴ G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Paris, Précis Dalloz, 36^e éd., 2023, § 750, p. 989.

⁷⁵ Voir en ce sens *Ibid.*, note 4, p. 989.

⁷⁶ Soc., 30 septembre 2015, pourvoi n° 14-17.748.

COLOPHON

Ce numéro de *Droit & Philosophie* a été composé à l'aide de deux polices de caractères, Linux Libertine et Alegreya Sans. La première est développée par le « *Libertine Open Fonts Projekt* » sous la direction de Philipp H. Poll, sous licence à sources ouvertes GNU GPL (*GNU General Public License*). La seconde a été développée par Juan Pablo del Peral pour le compte de Huerta Tipográfica, et est disponible sous licence OFL (*SIL Open Font Licence*).

ISSN : 2606-4596

DROIT & PHILOSOPHIE

Droit & Philosophie est la revue française consacrée à l'étude critique des liens entre droit, philosophie, théorie et culture juridiques. Elle se situe à leur intersection et se veut également un lieu de rencontre des doctrines françaises et étrangères dans ces matières. Cette ligne éditoriale ainsi que la qualité de ses publications sont garanties par un comité de lecture et une procédure d'évaluation systématique en double aveugle.

La revue *Droit & Philosophie* publie chaque année un volume numérique puis imprimé aux éditions Dalloz, ainsi que des contenus inédits tout au long de l'année (hors-séries, articles, traductions, recensions, mémoires, etc.).