

[...]

« Les avocats anglais et américains recherchent ce que les parties ont fait ; l'avocat français recherche ce qu'elles auraient dû faire : le premier système fournit des précédents, le second des motifs ».

Alexis de Tocqueville

« Si c'est de l'utilité sociale que le droit a tiré sa répugnance de principe aux fantaisies de la chance, il s'est réservé du même coup des possibilités de revirement ».

Jean Carbonnier

Le juge, dans sa difficile mission de dire le droit et le juste, peut se tromper. Comment en irait-il autrement, si l'on veut bien considérer que le droit n'est pas une science exacte, que le juge tranche dans le vif?

Une des manifestations les plus évidentes résulte de l'administration de la preuve et du risque de la preuve qui en découle. La preuve incombe en principe au demandeur (article 1315 du Code civil). Celui qui émet une prétention en justice doit prouver les faits nécessaires au succès de sa prétention (article 9 du Code de procédure civile), application de l'adage *actori incumbit probatio*. Le demandeur à la preuve n'est pas forcément le demandeur à l'instance ; c'est celui qui allègue, au soutien d'une prétention, un fait contesté. Par conséquent, s'il ne convainc pas le juge et qu'un doute persiste, il est débouté de sa prétention ; il supporte le risque de la preuve.

Le risque de la preuve a suscité de nombreux débats doctrinaux autour de la charge de la preuve dans la mesure où celui qui supporte le fardeau de la preuve aurait également à supporter le risque en cas de non-succès dans la démonstration de ses allégations. Outre le fait que cette proposition souffre de nombreuses exceptions, les deux parties peuvent alternativement se trouver en position de demandeur, de sorte que cette piste n'est pas forcément la plus éclairante pour aborder le risque de la preuve.

La clef du problème semble plutôt résider dans l'intervention du juge. On ne saurait en effet se contenter de considérer le risque de la preuve à travers le face-à-face entre les parties (en matière de preuve, l'échange a lieu entre le juge et les parties). Le véritable enjeu consiste donc à apprécier les conséquences de la décision du juge quand le doute persiste. Le risque de la preuve invite à comprendre de quelle façon le système judiciaire gère (ou devrait gérer) le doute. Le but est principalement d'expliquer de quelle manière le juge raisonne (ou devrait raisonner) pour régler une question sur laquelle un doute persiste. Par extension, il s'agit de comprendre comment le juge fait face au risque d'erreur de jugement. Ce qui nous renvoie à la définition des règles du jeu probatoire et aux instruments à la disposition du juge pour « contrôler » ce risque. Par exemple, la manière dont le tribunal détermine la responsabilité d'un défendeur dépendra fondamentalement du critère (« standard », diraient les Anglo-saxons) de preuve utilisé. Si ce

critère est très exigeant, il y a peu de risque de déclarer à tort responsable un défendeur innocent, mais on augmente le risque de ne pas déclarer responsable un défendeur « fautif ». Ce sera l'inverse avec ml critère peu exigeant (1).

Ce constat est en réalité assez banal : si dans un examen on décide d'être plus sévère, on recevra moins de mauvais élèves, mais on en recalera plus de bons. Mais c'est bien dans le domaine de la justice que ce problème a fait l'objet d'innombrables débats passionnés entre mathématiciens, philosophes et politiques. Condorcet le premier proposait en 1785 (2) une formule permettant, sous certaines hypothèses, de calculer la probabilité de condamner un innocent. Laplace en 1830 (3), précisant la formule, l'appliquait aux jugements en Cour d'Assises, où les jurys comprenaient douze membres, la condamnation étant prononcée à la majorité (7 voix contre 5). Laplace montrait que le risque d'erreur était alors de 1/4, valeur manifestement intolérable! À l'arrivée des libéraux aux affaires, en 1830, la proportion était reportée à 8 voix contre 4 ; mais même avec cette modification, le risque d'erreur restait encore très élevé, Arago exposait à la Chambre des Députés que « sur 8 hommes qui montent à l'échafaud, il y en a un d'innocent » ! Et de proposer de rabaisser le risque à 1/16 ... Si les multiples débats et les nombreux ouvrages consacrés à la « statistique des jugements » ne sont pas l'ébauche du test statistique, elles partent de ses prémisses : « il est de notre nature, remarquait Condorcet, de ne pouvoir juger que sur des probabilités, il n'est donc pas injuste de condamner un innocent, pourvu que l'on soit assuré qu'il y a une grande probabilité que la décision rendue soit exacte ». C'était bien proposer la politique du risque consenti, avec intervention du calcul des probabilités. Et si l'on considérait comme obligatoire de condamner le plus rarement possible, mais quand même de temps à autre, un innocent, c'est bien qu'on prenait en compte, implicitement sinon explicitement, l'autre risque, celui de relaxer un coupable ...

Dans cette conférence, nous entendons réfléchir à la manière dont l'analyse économique peut contribuer à éclairer les conditions de l'intervention du juge en situation de doute. Pour cela, nous chercherons à comprendre comment l'analyse économique s'est efforcée d'appréhender le risque de la preuve. Précisons d'emblée que le sujet fait généralement appel aux développements les plus sophistiqués de la théorie des jeux. Mon ambition n'est donc pas de présenter les modèles dans le détail mais d'en saisir les principales intuitions afin d'apprécier dans quelle mesure l'analyse économique nous renseigne sur le comportement des acteurs face aux règles du procès. Précisons également que ce type de questionnements est relativement récent - donc marginal - dans l'analyse économique du droit dans la mesure où les travaux se sont concentrés sur le droit substantiel. Les procédures, notamment celles relatives à la preuve, ont été peu étudiées, surtout en dehors du système nord américain. Pour cette raison, nous privilégierons une perspective « comparative », confrontant les points de vue des traditions civiliste et de Common Law qui diffèrent sensiblement en la matière.

Commençons par rappeler qu'il y a plusieurs temps dans un procès : le tribunal est saisi d'un litige. Les parties expriment leurs prétentions. Le juge interprète les faits portés à sa connaissance et tient compte de ce qui est demandé par les parties pour déterminer la règle applicable. Si l'on suit Motulsky, c'est en effet l'interprétation de la règle qui permet au juge de définir les objets de preuve, étant donné que sont à prouver les faits pertinents qui sont contestés par les parties.

Ainsi abordé, le droit de la preuve soulève de nombreuses questions : qui doit rapporter les éléments de preuve (juge actif ou juge passif)?, quels moyens peuvent être mobilisés (écrit, oral ...)?, quel standard appliquer pour établir un fait contesté? Que faut-il respecter en termes de vraisemblance?

Sur tous ces points, les différences entre les droits de tradition romano- germanique et les droits de Common Law sont importantes. Ainsi en droit français, même si la question fait débat, il est souvent argumenté que le juge va chercher à établir la « vérité » dans son jugement (4). Aux Etats-Unis en revanche, le principe général veut que le tribunal confronte les versions de chaque partie, afin de faire triompher la plus vraisemblable à l'audience. Vérité contre vraisemblance?

De même, si la production des éléments de preuve repose avant tout sur l'initiative des parties, l'ampleur de la tâche peut varier considérablement selon que celle-ci s'effectue en vertu des principes de Common Law (production très complète de tous les éléments de : preuve, favorables ou défavorables, dont peut disposer une partie suivant la procédure de discovery) ou du droit de tradition civiliste (production des éléments de preuve aptes à soutenir les prétentions des parties). Aux États-Unis, ce sont en effet les parties (i.e. leurs avocats) qui définissent les éléments de fait et de droit à soumettre au juge, qui rassemblent les éléments de preuve et qui conduisent les auditions des témoins au cours du débat. Le rôle du juge est relativement passif. De leur côté, les pays de tradition romano- germanique ne connaissent pas de procédure similaire à la discovery et n'obligent d'ailleurs pas les parties à produire des éléments de preuves avant le procès. Le contradictoire est assuré en cours de procès, au fur et à mesure que des éléments sont communiqués au tribunal, ils le sont aussi à la partie adverse.

Enfin la plupart des pays de tradition civiliste mettent l'accent sur l'écrit alors que les pays de Common Law adoptent le principe de l'oralité. Si les premiers insistent sur les règles relatives à l'admissibilité de la preuve, les seconds se focalisent sur les règles de procédure garantissant que les parties pourront se confronter par des interrogatoires (examinations) et des contre-interrogatoires (cross-examinations).

La manière dont l'analyse économique s'est intéressée à ces dispositifs peut être décomposée en trois axes de réflexion principaux que nous examinerons successivement. Cette décomposition pourra sembler arbitraire au spécialiste du droit de la preuve, mais elle a le mérite d'identifier clairement les points d'ancrage de la théorie économique. [...]

B. Deffains, Le risque de la preuve. Le point de vue de l'économiste, in Droit et économie du procès civil, LGDJ, coll. Droit & Economie, 2010, p. 181 et s.

(1) Nous admettrons par la suite que le terme de « risque » s'applique aux deux situations, même si les conséquences sont différentes et peuvent justifier des traitements spécifiques.

(2) D. SCHWARTZ, « Le test statistique et le jugement de culpabilité », *Pénombre*, n° 8, 1995.

(3) D. SCHWARTZ, « Le test statistique et le jugement de culpabilité », *Pénombre*, n° 8, 1995.

(4) C'est dans ces termes que Jean Domat semble aller lorsqu'il définit la preuve comme étant « ce qui persuade l'esprit d'une vérité ». François GÉNY aborde la preuve de façon assez similaire : « la preuve intervient au stade des fruits, bases d'action du droit, et donc on a besoin qu'ils soient certains ou tenus pour tels », in *Méthodes d'interprétation et sources du droit positif privé*, LDGJ, Paris, 1919. Dans *La Chance et le droit*, Alain BÉNABENT ajoute que cette recherche de la vérité peut « s'aider de la probabilité et celle-ci s'exprimer en présomption ». LGDJ, 1976.