

## ÉCONOMIE DES PROCÉDURES JUDICIAIRES

**Bruno Deffains *et al.***

**Presses de Sciences Po | *Revue économique***

**2007/6 - Vol. 58  
pages 1265 à 1290**

**ISSN 0035-2764**

Article disponible en ligne à l'adresse:

-----  
<http://www.cairn.info/revue-economique-2007-6-page-1265.htm>  
-----

Pour citer cet article :

-----  
Deffains Bruno *et al.*, « Économie des procédures judiciaires »,  
*Revue économique*, 2007/6 Vol. 58, p. 1265-1290. DOI : 10.3917/reco.586.1265  
-----

Distribution électronique Cairn.info pour Presses de Sciences Po.

© Presses de Sciences Po. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

# Économie des procédures judiciaires

---

Bruno Deffains\*  
Dominique Demougin\*\*  
Claude Fluet\*\*\*

*Nous discutons de l'apport de l'analyse économique du droit pour l'étude des procédures judiciaires, en ce qui concerne notamment le débat entre systèmes inquisitoire et accusatoire et le rôle du juge dans le cours de la procédure. L'article commence par une présentation de la littérature avant de s'intéresser à la matière pénale puis au contentieux civile. Dans les deux cas, la démonstration est apportée que le rôle du juge est susceptible d'être déterminant dans la recherche de l'efficacité du système judiciaire. De ce fait, cet article prend le contre-pied de nombreuses analyses antérieures qui concluent généralement à la supériorité – en termes d'efficacité économique – du système de Common Law caractérisé par un rôle plutôt passif du juge.*

## ECONOMICS OF LEGAL PROCEDURES

*We debate the contribution of the economic analysis of legal procedures, with a special regard for the debate between inquisitorial and accusatory systems and the judge's role in the course of the procedure. The article proposes a presentation of the literature and develops specific models concerning penal as well as civil procedures. In the two cases, the demonstration is brought that the judge's role is susceptible to be determinant in the research of the efficiency of the judicial system. The paper takes the opposite of numerous previous analyses that generally concludes to the superiority –in terms of economic efficiency– of the common law system characterized by a more "passive" role of the judge.*

## INTRODUCTION

« Bien qu'on ne puisse nier l'importance des politiques macroéconomiques, il y a aujourd'hui un consensus de plus en plus large sur le rôle déterminant de la qualité des lois et règlements régissant les affaires et celle des institutions chargées de les appliquer. » Ces propos, issus du premier rapport *Doing Business* produit par la Banque mondiale [2004], illustrent l'impact de la relation établie entre systèmes juridiques et systèmes économiques sur la vie des affaires à la suite des études initiées par La Porta, Lopez-de-Silanes, Shleifer et Vishny. Dans une série de publications [1998, 1999 et 2000], ces auteurs ont

---

\* BETA, CNRS et Université Nancy 2.

\*\* European Business School.

\*\*\* Université du Québec à Montréal et CIRPÉE.

Nous remercions un rapporteur anonyme pour des commentaires et suggestions très utiles.

tenté de mettre en évidence les effets des règles du droit de l'entreprise sur les performances des systèmes financiers dans les pays de l'OCDE. Ils montrent que l'origine du système juridique (anglo-saxon, français, allemand ou scandinave), le contenu des règles et leurs conditions d'application influencent le degré de protection accordée aux investisseurs et, par ce biais, le niveau de développement des marchés financiers. Par extension, c'est le niveau de développement économique qui dépend de la qualité du système juridique (Levine [1999]). La protection des investisseurs dépend, non seulement des droits tels qu'ils sont définis dans le droit, mais aussi de l'existence d'institutions capables de les faire respecter.

Admettre en effet que le droit influence les performances des économies modernes revient à s'interroger sur les canaux de transmission qui fondent cette relation. Si certains auteurs insistent sur l'origine et la nature des systèmes juridiques (en particulier l'opposition entre *Common Law* et tradition romano-germanique), il semble également possible de mesurer cette influence à travers les conditions d'organisation du système judiciaire. Récemment, l'attention s'est portée sur la pratique des procédures de recours et de contentieux en comparaison internationale. L'étude de Djankov *et al.* [2003] est basée sur les réponses de juristes dans 109 pays pour obtenir une estimation des délais de procédure judiciaire dans deux types de litiges portant sur des cas hypothétiques mais détaillés de façon précise : d'une part, la procédure de recouvrement de chèques et, d'autre part, la durée d'une procédure d'expulsion d'un locataire.

La durée moyenne en France de la procédure de recouvrement d'un bien immobilier, telle que reportée par Djankov *et al.* [2003], est de 226 jours. Seuls 43 pays sur 109 ont une durée de procédure excédant celle de la France, qui se place donc au 60<sup>e</sup> percentile en terme de la longueur de la procédure. La moyenne pour l'ensemble des 109 pays est de 254 jours. Le panel de 109 pays est relativement hétérogène du fait de différences importantes de niveau de développement et de l'origine du droit (français, allemand, anglo-saxon, scandinave ou socialiste). Un certain nombre de pays latins mais aussi l'Allemagne et l'Autriche apparaissent avec des durées de procédure excédant la France, parfois largement, alors que les pays nordiques et anglo-saxons, Canada y compris, ont une durée de procédure plus réduite, voire très rapide, de l'ordre de la quarantaine de jours.

Ce type de travaux renforce donc l'opposition apparente entre les pays de *Common Law* et les pays de tradition civiliste inspirée du code Napoléon. Ils se situent toutefois essentiellement sur le terrain empirique, laissant planer des doutes sur les raisons profondes de la « supériorité » d'un système par rapport à l'autre. Il est donc urgent de clarifier certains aspects du débat sur les mécanismes causals de la relation entre système juridique et performance économique. De ce point de vue, la question des procédures<sup>1</sup> semble essentielle dans la mesure où les systèmes juridiques se caractérisent non seulement par le contenu des dispositifs légaux, mais aussi par la manière dont ces derniers sont mis en œuvre. À titre d'illustration, les différences entre les droits de tradition romano-germanique et les droits de *Common Law* sont très nettes en ce qui concerne le

---

1. Nous utilisons ici la notion de procédures dans un sens très large qui recouvre l'ensemble des mécanismes de mise en œuvre du droit.

domaine de la preuve. Comme le remarquait déjà Alexis de Tocqueville dans *De la démocratie en Amérique* : « 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. » L'analyse des règles de preuve s'avère donc indispensable pour aborder la comparaison des systèmes juridiques au plan économique. Outre les méthodes employées pour établir des faits, le débat doit porter également sur la complexité des procédures, sur leurs coûts ou encore sur le rôle du juge.

La littérature s'est particulièrement intéressée à la distinction entre les procédures de type inquisitoire et de type accusatoire<sup>1</sup>. Dans le premier cas, la procédure est dominée par le juge qui détermine les comparutions, convoque les témoins et nomme les experts, interroge ces derniers et détermine le poids à accorder à tous les éléments de preuve. Dans le second cas, le juge ne fait qu'évaluer les preuves des parties, la maîtrise des débats étant laissée aux parties (à leurs avocats) qui seront seules à interroger les témoins. Ces notions de procédures inquisitoire et accusatoire doivent toutefois être maniées avec précaution dans la mesure où elles ne capturent pas parfaitement l'opposition entre système de *Common Law* nord américain et tradition civiliste<sup>2</sup>. Il s'avère en effet impossible de résumer cette dernière à travers la notion de procédure inquisitoire. La distinction entre « juge passif » et « juge actif » semble, en l'occurrence, mieux décrire la principale opposition entre les États-Unis et la France.

Il n'est pas question pour nous d'aborder tous les aspects de la procédure civile ou pénale. Mais il semble important de montrer de quelle manière l'analyse économique peut utilement contribuer au débat. Les règles de procédures sont au cœur du dispositif juridique et méritent de ce fait d'être analysées par les économistes. Nous commencerons donc par dresser un état de l'art concernant l'économie des procédures judiciaires (section 2). Le sujet est relativement nouveau en économie du droit dans la mesure où les auteurs se sont d'abord focalisés sur les questions relevant du droit substantiel. Pourtant, le contenu des règles ne fait pas tout et deux pays adoptant les mêmes principes peuvent diverger sur les aspects processuels. Il apparaît donc indispensable de dresser un rapide état des lieux à travers quelques thématiques majeures comme l'organisation du procès, le droit de la preuve ou encore la capacité d'initiative du juge dans l'établissement des faits. Cette dernière question apparaît centrale dans la mesure où elle focalise l'attention à propos de l'efficacité comparée des systèmes de droit civil et de *Common Law*. Les deux sections suivantes proposent donc une modélisation de deux aspects différents de la capacité d'initiative du juge. La section 3 analyse l'intérêt d'une procédure inquisitoire, en matière pénale, lorsque les parties sont très inégales dans les dépenses qu'elles peuvent consacrer à la présentation de preuves. La section 4 analyse les avantages d'un juge « actif » dans le cadre d'un procès civil, où la présentation de la preuve est fondamentalement l'apanage des parties. Nous montrons que, indépendamment de ses pouvoirs d'enquête, les questions et demandes d'explication du juge peuvent inciter une partie informée à révéler l'information dont elle dispose.

1. Cette distinction est héritée du droit médiéval qui distinguait le processus *per accusationem*, c'est-à-dire l'action par des parties privées et le processus *per inquisitionem*, c'est-à-dire l'action par le système judiciaire sous l'égide du souverain.

2. La procédure inquisitoire ne décrit vraiment que la fonction du juge d'instruction en droit pénal français.

## ÉTAT DE L'ART

Il y a plusieurs temps dans un procès. Pour commencer, le tribunal est saisi d'un litige. Les parties expriment leurs prétentions. Le juge va alors devoir interpréter les faits portés à sa connaissance et tenir compte de ce qui est demandé par les parties pour déterminer la règle applicable. C'est l'interprétation de la règle qui lui permet de définir les objets de preuve, étant donné que sont à prouver les faits pertinents qui sont contestés par les parties. En pratique, les systèmes juridiques pourront différer sur des questions importantes : 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 ?

Les différences culturelles entre les droits de tradition romano-germanique et les droits de *Common Law* sont importantes en ce qui concerne le droit de la preuve. Ainsi en droit français, le juge va plutôt chercher à établir la vérité dans son jugement, alors qu'aux États-Unis le tribunal confronte les versions de chaque partie, afin de faire triompher la plus vraisemblable à l'audience. Dans tous les cas, la production des éléments de preuve repose avant tout sur l'initiative des parties. Mais l'ampleur de cette production peut varier sensiblement selon que celle-ci s'effectue selon les principes d'un droit de *Common Law* (production très complète de tous éléments de preuve, favorables ou défavorables, dont peut disposer une partie selon 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 avocats qui instruisent la cause, définissent les éléments de fait et de droit à soumettre au juge, rassemblent les éléments de preuve et conduisent les auditions des témoins au cours du débat. Le juge a un rôle neutre et passif, chargé de veiller au respect des règles visant à assurer l'équilibre entre les parties. La plupart des pays de tradition romano-germanique ne connaissent pas de procédure tendant à la recherche de preuves, similaire à la *discovery* du *Common Law* et n'obligent pas les parties à produire des preuves avant le début du procès. Ces pays mettent surtout l'accent sur la preuve écrite et sur les règles relatives à l'admissibilité de la preuve, alors que les pays de *Common Law* se focalisent sur le principe de l'oralité. Le *Common Law* se fixe sur les règles de procédure afin que les parties puissent se confronter par des interrogatoires (*examinations*) et des contre-interrogatoires (*cross-examinations*).

### Le procès comme recherche de rentes

Dans le système américain, tous les éléments de preuve présentés au juge sont normalement connus des deux parties avant le début du procès. Elles doivent avoir un égal accès à toutes les informations présentée au tribunal. Pourtant, la procédure accusatoire, au cœur de ce système, ne garantit pas que toutes les informations pertinentes seront révélées lors des débats. En effet, l'incitation est forte pour une partie de ne présenter que les informations clairement à son avantage. Cela d'autant plus que chacun va essayer de susciter des doutes sur les révélations faites par la partie adverse. C'est le principe du contradictoire.

Le procès apparaît donc avant tout comme un moyen d'éprouver la solidité des preuves et la véracité des arguments portés à la connaissance du tribunal.

L'objectif consiste principalement à mesurer le degré de vraisemblance des arguments.

Dans le domaine du droit de la responsabilité, par exemple, la preuve est au centre des débats comme l'a parfaitement exprimé très tôt le droit romain : « *Idem est non esse et non probari*<sup>1</sup>. » Pour obtenir du tribunal qu'il statue en sa faveur, la victime doit d'abord lui apporter la preuve que ses droits ont été transgressés<sup>2</sup>.

Le problème est que la démonstration de la preuve est rarement gratuite. Par exemple, aux États-Unis, les procès sont réputés longs et coûteux en raison du caractère contradictoire de la procédure et de la tradition du jury. Par rapport à un procès devant un juge, le procès devant un jury entraîne un coût direct additionnel. Selon une étude du Rand Institute for Civil Justice citée par Posner [1999], le coût direct additionnel d'un procès devant un jury par rapport à un procès devant un juge unique est de l'ordre de 13 300 \$ en moyenne. Selon cette même étude, la durée moyenne d'un procès fédéral devant un jury est de 5,19 jours, contre 2,34 jours devant un juge.

Le procès est donc une activité coûteuse en temps et en argent que les parties vont devoir mobiliser. La littérature s'est donc concentrée sur le procès comme un jeu de recherche de rentes où les incitations des parties dépendent essentiellement de leurs gains privés. Shavell et Polinsky [1989] démontrent en effet qu'une victime n'engagera un procès que si le montant de dommages et intérêts attendu est supérieur à la somme des coûts supportés lors du procès pour rapporter la preuve de son bon droit. Tullock [1980] propose un modèle dans lequel la probabilité de succès dépend des dépenses des parties et décrit la procédure accusatoire comme un tournoi de recherches de rentes susceptibles d'engendrer des dépenses excessives (cf. *infra*). Katz [1988] reprend à son compte l'approche en termes de dépenses relatives en s'efforçant d'endogénéiser la probabilité de succès du demandeur. L'objectif consiste à identifier le niveau optimal de dépenses (*i.e.* de recherche de preuves) pour chaque partie. Il montre comment les parties choisissent de faire des dépenses dissuasives ou provocatrices en fonction de leur probabilité de gagner le procès. Parisi [2002] analyse également la manière dont les parties vont fournir cet effort pour rechercher des informations et maximiser leur gain attendu. L'incitation à rechercher des preuves est fonction du montant du dommage et du niveau d'effort fourni par la partie adverse pour trouver des éléments de preuve. Dans ce cadre, la décision judiciaire a des conséquences purement redistributives. Cela justifie une modélisation en termes de recherche de rentes ainsi que la dissipation d'une partie de la rente en frais de justice.

Le problème de ce type de modèle est qu'ils restent finalement assez pauvres sur la manière dont les arguments portés à la connaissance du tribunal sont interprétés par le juge. Ils sont également vagues sur la valeur intrinsèque des prétentions des parties de sorte que leur utilité pour analyser les mérites des différentes procédures apparaît limitée. Une première tentative de dépassement a été développée par Froeb et Kobayashi [1996, 2001]. Ces auteurs intègrent une réflexion plus approfondie de la manière dont les tribunaux interprètent les arguments des parties ainsi que la possibilité de voir les éléments de preuve manipulés par

1. Ne pas avoir le droit pour soi ou ne pas pouvoir prouver sont choses équivalentes.  
2. On suppose ici que la responsabilité pour faute est appliquée.

les parties. Même si la représentation du tribunal demeure assez naïve, il s'agit d'une approche plus riche fondée sur une recherche séquentielle des éléments de preuve. Les dépenses ne sont pas prédéterminées et les éléments présentés au juge vont orienter sa décision. Les dépenses des parties deviennent aléatoires. Cette approche a fait l'objet de développements par Farmer et Pecorino [2000] et Daughety et Reinganum [2000].

Une autre approche de la procédure fondée sur les coûts supportés par les parties s'inscrit dans la perspective de la théorie du signal. Dans les analyses du procès pénal de Rubinfeld et Sappington [1987] ou de Sanchirico [2001], la preuve apparaît en effet comme un signal coûteux pour les parties qui permet au juge de différencier les types d'individus, chacun pouvant être coupable ou innocent. Le juge va alors déduire du comportement des parties le type du défendeur. Dans ces analyses, les éléments de preuve n'ont pas de contenu informationnel en eux-mêmes, c'est la différence de coût de production qui révèle le type du défendeur. Il est en effet plus coûteux pour un coupable de rechercher et de falsifier des preuves pour faire croire au juge qu'il est innocent que pour un innocent de rechercher des preuves et de démontrer qu'il est réellement innocent. Comme dans les modèles de procès civil, le caractère coûteux de la production des preuves joue ici un rôle utile car il permet de révéler en partie le type des joueurs. Le grand intérêt est ici de mettre en évidence un arbitrage entre la qualité de la décision judiciaire et les coûts de production des preuves par les parties. Ces travaux conduisent également à aller plus loin dans la compréhension du rôle du juge.

## Juge actif ou juge passif ?

Au début du procès, le juge ne dispose d'aucune information pour prendre une décision. Il est en situation de désavantage informationnel par rapport aux deux parties et doit s'efforcer de rassembler le maximum d'éléments afin de se rapprocher de la décision qui serait prise en situation d'information parfaite. Ainsi, si le juge cherche à minimiser la survenance des erreurs de jugement, il peut se baser sur les éléments que les parties informées mais intéressées vont lui révéler ou il peut rechercher lui-même des informations.

Lorsque la décision du juge est orientée par les révélations des parties, la procédure est dite de type accusatoire, elle oppose deux visions des mêmes faits pour faire triompher la version qui apparaît la plus crédible. Ce type de procédure est ancrée dans la tradition de la *Common Law*. Lorsque le juge recherche lui-même des informations avant de prendre sa décision, la procédure est de type inquisitoire, plus proche des procédures appliquées dans la tradition romano germanique.

Une différence fondamentale opposant ces deux logiques est le rôle joué par le juge lors du procès. Le juge de *Common Law* utilise la procédure accusatoire pour obtenir des informations. Il va se baser sur les témoignages des parties antagonistes pour prendre une décision en mettant en perspective les arguments du demandeur et du défendeur. Avec ce dispositif, le procès est dirigé par les parties. Elles dépensent leurs ressources pour obtenir des informations et les présenter au juge dont le rôle est neutre et passif. Il consiste essentiellement à s'assurer que le débat se déroule « selon les règles ». Chaque partie présente ses témoins afin d'orienter la décision du juge à son avantage. En revanche, le juge de droit civil

est plus actif. Il dirige lui-même les débats, interroge les témoins et, au besoin, désigne des experts pour obtenir les éléments de preuve.

Est-il préférable pour un juge d'avoir deux sources d'information biaisées ou une seule non biaisée ? Pour Posner [1973], le système du débat contradictoire est préférable car il permet aux parties qui supportent les coûts et les bénéfices du procès de diriger la procédure. Cette argumentation est critiquée par Tullock [1980] pour qui la procédure accusatoire incite les parties à faire des dépenses excessives pour rechercher des éléments de preuve et tromper le juge en leur faveur. Selon cet auteur, la procédure inquisitoire serait plus efficace pour réduire les erreurs de jugement car une plus grande partie des ressources est utilisée pour révéler la vérité que sous le régime de la procédure accusatoire. Par exemple, si un juge actif mobilise 80 % des ressources pour mener des investigations alors que chaque partie utilise 10 % chacune pour faire prévaloir son point de vue, il est permis de penser que 90 % des ressources engagées dans le procès servent à dévoiler la vérité. Inversement, si le juge est plus passif ne mobilisant que 10 % des moyens alors que chaque partie utilise 45 % des ressources pour élaborer sa stratégie, alors 55 % des ressources seront utilisées pour dévoiler la vérité et 45 % pour tromper le tribunal. Une procédure de type inquisitoire semble donc plus efficace pour allouer des ressources en vue de révéler la vérité sur les circonstances du conflit opposant les parties. Cette procédure minimiserait les pertes liées aux coûts de procès mais ne garantirait pas pour autant l'obtention d'une information complète par le tribunal.

Dans le cadre de ces réflexions, la littérature s'est efforcée de déterminer la procédure susceptible de minimiser le risque d'erreur de jugement. Les recherches se sont notamment intéressées aux comportements stratégiques du demandeur et du défendeur quand chaque partie cherche à persuader le tribunal de la qualité de son information. Utilisant un jeu de persuasion, Milgrom et Roberts [1986] démontrent que si les parties sont parfaitement informées sur le véritable état du monde, le juge peut obtenir, dans le cadre de la procédure accusatoire, la révélation complète de l'information empêchant ainsi la survenance d'erreurs de jugement. La mise en concurrence des révélations des parties combiné au scepticisme stratégique du juge conduit à ce résultat. En revanche, si l'information des parties est imparfaite, même avec un décideur sophistiqué, le risque de comportement opportuniste existe. Plusieurs auteurs ont analysé des « jeux de persuasion » mettant en lumière les conditions sous lesquelles les parties ne vont présenter au juge qu'une partie des informations obtenues (voir notamment Sobel [1985], Shavell [1989] et Shin [1998]). Dès lors que les parties ont un accès incomplet à l'information sur le véritable état du monde, elles peuvent en effet être en mesure de garder par devers elles les informations défavorables. Ceci tient au fait que, pour prendre sa décision, le juge passif se base uniquement sur les révélations des parties mais ne sait pas dans quelle mesure les parties sont informées, ce qui peut inciter ces dernières à ne pas révéler tout ce qu'elles savent. Le juge peut alors rechercher lui-même des preuves pour prendre sa décision, comme c'est le cas avec la procédure inquisitoire, afin d'obtenir une information non biaisée et ainsi réduire la survenance des erreurs de jugement.

La production d'information doit-elle être le fait de parties intéressées ou d'un agent impartial ? Shin [1998] compare les probabilités d'erreur de jugement selon que le juge utilise la procédure accusatoire ou inquisitoire. Il se place dans un contexte où ni le juge, ni les parties intéressées ne sont en situation d'information parfaite et pose l'hypothèse que l'information est obtenue sans

coût. Dewatripont et Tirole [1999] et Palumbo [2000] comparent les procédures accusatoire et inquisitoire en termes de coûts pour motiver les parties à produire et partager des informations vérifiables. Froeb et Kobayashi [2001], dans un modèle très différent, discutent également de l'arbitrage entre coûts des procédures et qualité de l'information obtenue.

Emons et Fluet (à paraître) vont poursuivre ce type d'analyse en relâchant l'hypothèse que les parties ne peuvent pêcher que par « omission », en ne dévoilant pas tout ce qu'elles savent. Dans leur modèle, les parties peuvent « falsifier » ou « embellir » en leur faveur les preuves présentées au tribunal. La falsification d'éléments de preuve impose cependant un coût aux parties, un peu à la manière des tournois de recherche de rente discutés précédemment. On retrouve ici une forme d'arbitrage entre coûts des procédures et qualité de l'information. La question est de savoir si un juge soucieux des coûts de procédure, mais aussi de la qualité de sa décision, doit prendre sa décision en écoutant deux, une ou aucune partie intéressée. Cette problématique est à rattacher de celle de Schrag [1999], qui analyse le rôle du juge managérial introduit dans les Cours fédérales américaines pour limiter les excès du *discovery*. Ces notions de juge actif ou managérial sont à rapprocher de celle du juge de la mise en état en droit français et plus généralement au rôle du tribunal de tradition civiliste dans l'établissement des faits (voir Langbein [1985] pour une comparaison avec la *Common Law*). Emons et Fluet (à paraître) montrent également que les incitations à « falsifier » dépendent du déroulement même du procès, selon que les éléments de preuves sont présentés séquentiellement ou simultanément, c'est-à-dire sans que les parties aient l'occasion de répliquer aux allégations de la partie adverse.

## Économie des standards de preuve

Dans le cadre d'un procès de *Common Law*, chaque partie va chercher à démontrer le bien-fondé de ses arguments<sup>1</sup>. Le degré de persuasion du tribunal varie cependant selon le régime de preuve. Dans la majorité des cas, le degré de conviction requis dans un litige civil est celui de la prépondérance de la preuve (*preponderance of evidence*). Un fait est considéré comme prouvé s'il paraît plus vraisemblable que non. Dans certaines circonstances, un niveau de conviction plus élevé peut être requis dans un procès civil, le standard étant qualifié de *clear and convincing evidence*. Enfin, dans un procès pénal, il existe un troisième degré encore plus élevé : la preuve au-delà d'un doute raisonnable (*beyond a reasonable doubt*). Toute sanction qui prive de liberté un individu nécessite le degré de conviction le plus élevé. Les différents standards visent à une répartition équitable des risques entre les parties.

Au terme du procès, le tribunal doit rendre une décision même s'il subsiste encore des doutes sur l'innocence ou la culpabilité du défendeur. Selon Brook [1982], la société est susceptible d'accepter qu'une décision soit prise en dépit du

---

1. Le jury en matière civile est inconnu dans les systèmes de tradition romano-germanique. D'origine anglaise, le droit à être jugé par un jury dans un procès pénal ou civil est aux États-Unis un droit politique, inscrit dans la Constitution. En matière civile, ce droit est reconnu par le VII<sup>e</sup> amendement à la Constitution, si l'on demande des dommages et intérêts (il s'agit d'une séquelle de l'Equity). Le jury fait participer le justiciable au fonctionnement de la justice, les jurés tranchant l'affaire au vu des valeurs de la société.

fait de la persistance d'une incertitude sur le type du défendeur. D'une certaine manière, il existerait des erreurs de jugement inévitables liées au caractère humain et faillible de la décision judiciaire et au comportement opportuniste des parties.

Le standard de preuve le plus fréquemment utilisé dans un procès civil de *Common Law* est donc celui de la prépondérance de la preuve. En application de ce principe, la partie qui a la charge de prouver un fait contesté doit démontrer que la probabilité que le fait soit vrai excède celle qu'il soit faux<sup>1</sup>. Dans une affaire civile, le jury doit être convaincu de la supériorité des preuves du demandeur. Le standard exige donc qu'aucune preuve ne soit admise si sa probabilité ne dépasse pas 50 %. Les thèses des deux parties sont mises en concurrence dans la procédure accusatoire, le demandeur et le défendeur partageant les risques de la décision à 50-50.

Il n'existe pas, à proprement parler, de standard de preuve pour un procès civil dans la tradition romano-germanique. Sur le plan des principes, le standard « implicite » serait identique dans une procédure civile ou pénale et serait proche du degré de certitude le plus exigeant utilisé dans un procès pénal aux États-Unis. Le recours fréquent à la notion d'intime conviction renvoie en effet à une forme d'exigence morale supérieure. Ces différences font qu'un demandeur qui gagne un procès dans le cadre de la *Common Law* aurait pu le perdre dans un pays de droit civil.

Cependant, le système probatoire du Code civil ne fixe pas la recherche de la certitude comme impératif du droit de la preuve. Les textes du Code civil se bornent en effet à énoncer que l'obligation réclamée doit être prouvée sans définir précisément ce qu'on entend par prouver. Or, les articles 1321 et 1322 indiquent que doit être considéré comme prouvé ce qui fait pleine foi. Mais faire pleine foi n'est pas synonyme de certitude. Le recours aux notions de renseignements, d'indices ou de présomptions le démontre clairement. Le statut épistémologique de la preuve est d'autant plus enserré dans la notion de vraisemblance que l'article 1387 du Code civil exige du commencement de la preuve par écrit qu'il rende « vraisemblable le fait allégué ». Certes, cette vraisemblance est insuffisante à elle seule et doit être complétée. Mais le complément apporté n'a pas pour effet de rendre certaine la vérité établie. Son effet est de permettre l'accession à un seuil de vraisemblance probatoire minimum, celui de la vraisemblance probable (Ammar [1993]).

La différence avec le système nord américain de la prépondérance de la preuve réside dans le fait que le seuil n'est pas fixe. Le degré de précision n'est donc pas le même. En d'autres termes, dans chaque système, la recherche du vraisemblable est étroitement lié à l'efficacité du mode de preuve utilisé, c'est-à-dire à sa fiabilité par rapport au risque d'erreur.

De ce point de vue, une justification possible du standard de prépondérance de preuve est qu'il répartit symétriquement les risques d'erreur de jugement entre les deux parties. Les erreurs de type I (condamner un « innocent ») et II (ne pas condamner un « coupable ») ont un poids égal dans cet environnement. De plus, ce standard de preuve contribuerait à la minimisation de la fréquence des erreurs de jugement : une règle de décision qui rejette l'hypothèse la moins vraisemblable minimise les erreurs attendues. Brook [1982] justifie sur cette base le recours au standard de prépondérance de preuve dès lors que l'objectif du système juridique serait de réduire les erreurs de jugement de type I et II, sous l'hypothèse que les erreurs de jugement à l'égard du demandeur et du défendeur

1. La valeur 1/2 est généralement la borne qui permet de décider en faveur de la version des faits qui paraît la plus vraisemblable.

entraînent des coûts symétriques du point de vue de la société. Adoptant cette approche, l'analyse de Davis [1994] cherche à déterminer le standard de preuve optimal lorsque le juge cherche à minimiser la survenance des erreurs de jugement. Il met en avant l'intérêt d'une règle fixe afin de limiter la marge du juge dans le choix du standard de preuve. Il convient toutefois de remarquer que le standard plus exigeant des pays de droit civil se préoccupe plus nettement de réduire la probabilité de survenance des erreurs de jugement à l'encontre du défendeur. Avec un standard d'intime conviction, il est en effet plus difficile pour un demandeur de l'emporter et les risques d'erreur de jugement ne sont plus équitablement réparties entre les deux parties.

Pour étendre la réflexion, la littérature s'est également intéressée aux effets incitatifs des standards de preuve dans le cadre de relations contractuelles ou en matière de prévention des risques d'accidents. Fluet [2003] et Demougin et Fluet [2006] analysent ainsi les conditions de mise en œuvre d'une règle de responsabilité pour faute en situation d'information imparfaite. Ils montrent que la règle de prépondérance de preuve de la *Common Law* est incompatible avec l'objectif de minimisation des erreurs, dès lors que l'on tient compte d'une autre particularité de la procédure de *Common Law*, à savoir les règles d'irrecevabilité (*evidentiary rules*) de certaines informations. En guise d'illustration, si une étude sociologique parvenait à démontrer que les femmes respectent en moyenne plus que les hommes le niveau de prévention défini par le droit, elle ne pourrait toutefois pas influencer la décision du juge selon que les parties impliquées dans le procès seraient de sexe masculin ou féminin. Dès lors que le juge doit se baser uniquement sur l'information « recevable » produite par les parties (ce que prévoit la procédure accusatoire), les croyances ne peuvent pas influencer la décision du juge. Il ne peut pas donc pas utiliser ses *a priori* pour limiter la survenance d'erreurs.

Le standard de la prépondérance de preuve, avec l'hypothèse de neutralité des *a priori* du juge sur les parties, aurait pour effet de maximiser les incitations à exercer le niveau de prévention optimal. La *Common Law* ne pourrait donc pas être décrite comme un système visant à réduire les erreurs de jugement mais plutôt comme un moyen de créer des incitations en faveur d'un niveau de prévention élevé contribuant à minimiser la survenance des dommages et des procès.

En définitive, il existerait un arbitrage entre la réduction des erreurs de jugement et la création d'incitations à la prévention. Demougin et Fluet [2005] montrent comment la manière dont ces objectifs sont poursuivis par un pays peut se refléter dans les caractéristiques de son système juridique. Lorsque fournir des incitations est l'objectif principal, le système juridique adoptera des règles de preuve proches de celles de la *Common Law*. Quand un plus grand poids est accordé à la réduction des erreurs de jugement, un standard de preuve plus contraignant sera requis et se rapprochera des dispositifs du droit romano-germanique.

## PROCÉDURE INQUISITOIRE ET PROCÉDURE ACCUSATOIRE DANS UN PROCÈS PÉNAL

Dans cette section, nous comparons les procédures inquisitoire et accusatoire dans le cadre d'un procès pénal. Comme l'a montré la partie précédente, il existe tout un pan de littérature initié notamment avec l'article de Dewatripont

et Tirole [1999], noté désormais DT. La procédure inquisitoire y est identifiée comme une situation où un « enquêteur » unique recherche l'information pour les deux parties au procès, demandeur et défendeur. La procédure accusatoire, quant à elle, représente le cas où les preuves respectives doivent être recherchées par des agents différents. La comparaison des deux systèmes conclut en faveur de la procédure accusatoire en présence d'aléa moral concernant l'effort de la recherche de preuves. Intuitivement, la rente associée à l'alignement de l'effort (compte tenu des deux causes en présence) pour un enquêteur unique est supérieure à la somme des rentes lorsque l'investigation est partagée.

Nous introduisons deux modifications conceptuelles par rapport au cadre d'analyse de DT. D'abord, nous faisons l'hypothèse que la partie qui finance la recherche de preuves peut déterminer le contrat incitatif et ainsi contrôler l'effort réalisé. Dans cette perspective, nous identifions la procédure inquisitoire comme la situation où le contrat de recherche de preuves pour les deux parties est financé par des fonds publics, tandis que, dans le cadre de la procédure accusatoire, l'État contrôle uniquement la forme du contrat pour le ministère public. En deuxième lieu, nous supposons un coût financé par l'impôt. En particulier, payer 1e de fonds publics impose un coût en e de  $(1 + \lambda)$  avec  $\lambda > 0$ .

Par construction, la procédure inquisitoire génère un coût social plus élevé, à niveau d'effort donné dans la recherche de preuves. D'abord, les coûts de défense sont augmentés d'un facteur  $\lambda$  parce qu'ils sont financés par des fonds publics et non privés. Ensuite, en raison de l'aléa moral, l'incitation à la recherche de preuve du côté de la défense implique le paiement d'une rente informationnelle. Dans le cas de la procédure accusatoire, cette rente n'est qu'un transfert entre individus, n'imposant aucun coût social. Avec la procédure inquisitoire, par contre, la société doit financer la rente informationnelle, augmentant ainsi les coûts sociaux non pas à cause du transfert mais à cause du coût supplémentaire associé à l'utilisation de fonds publics.

En dépit des coûts supérieurs pour un même niveau de recherche de preuves, la procédure inquisitoire peut générer un meilleur résultat. Cela est dû au fait que, dans le cadre de la procédure accusatoire, le planificateur social ne contrôle pas les dépenses. En admettant que l'objectif d'une personne accusée d'un crime soit de minimiser la probabilité d'une peine de prison, ses dépenses sont fonction de ses ressources financières. Par conséquent, une personne riche est susceptible d'engager une dépense excessive par rapport à ce que requiert l'efficacité sociale. Au contraire, un accusé avec peu ou pas de ressources financières pourra dépenser moins que l'optimum social. Le comportement inefficace de l'accusé aura aussi un effet sur l'effort de recherche du ministère public. Les deux parties se retrouvent dans le cadre dans lequel l'accusé a une stratégie dominante. Dans les deux cas, les coûts sociaux ne sont pas minimisés.

Nous considérons le cas représentatif suivant. Une personne est accusée d'un crime. Il existe des faits objectifs qui révèlent implicitement les préférences de la société pour ou contre une peine de prison. Nous raisonnons dans un cadre proche de celui de DT. Plus spécifiquement, nous notons  $\theta_D \in \{0, 1\}$  l'information objective pour ou contre la défense, où  $\theta_D = 0$  signifie que le doute raisonnable est justifié et  $\theta_D = 1$  où il ne l'est pas. De même,  $\theta_P \in \{0, 1\}$  reflète l'information objective favorable ou défavorable à la poursuite ; respectivement  $\theta_P = 1$  et  $\theta_P = 0$ . Les préférences de la société sont données par la variable  $\theta = \theta_D \cdot \theta_P \in \{0, 1\}$ .



$\theta = 0$  signifie donc que les preuves présentées par la poursuite ne sont pas convaincantes ou encore qu'il y a un doute raisonnable que l'accusé n'ait pas commis le crime. Dans un cas comme dans l'autre, nous supposons que la société préfère ne pas punir l'individu. En revanche,  $\theta = 1$  signifie que la sanction est le résultat préféré.

La société délègue la décision au tribunal. Ce dernier souhaite toujours suivre les préférences de la société, mais elle doit faire face à la difficulté d'obtenir des informations objectives ( $\theta$  est inconnu). Notons  $\sigma_i \in \{0, 1\}$ ,  $i = D, P$ , l'information du tribunal concernant les preuves respectivement du défendeur et du demandeur, et

$$\sigma = \sigma_D \cdot \sigma_P. \quad (1)$$

La qualité (statistique) de l'information présentée au juge est supposée dépendre des efforts d'investigation. Plus spécifiquement, nous supposons :

$$\Pr[\sigma_P = 1 | \theta_P = 1] = p \quad \text{et} \quad \Pr[\sigma_D = 0 | \theta_D = 0] = d. \quad (2)$$

Dans les deux cas, la probabilité traduit les chances de l'investigateur de trouver des preuves favorables, étant donné que l'information objective est en elle-même favorable. Contrairement à DT, nous supposons qu'il est possible de trouver des informations favorables même si la situation objective ne va pas dans ce sens. Par exemple, nous supposons qu'avec un effort particulier d'investigation la défense pourrait réussir à mettre en évidence des doutes raisonnables même si, objectivement,  $\theta_D = 1$ . Spécifiquement, nous supposons

$$\Pr[\sigma_P = 1 | \theta_P = 0] = \pi p \quad \text{et} \quad \Pr[\sigma_D = 0 | \theta_D = 1] = \delta d, 0 \leq \pi, \delta < 1. \quad (3)$$

L'investigation comporte un coût. Nous notons  $C(d)$  et  $C(p)$  les coûts d'effort respectifs ;  $C(0) = 0$ ,  $C', C'' > 0$ . Enfin, il faut définir la probabilité de  $\theta_i$ ,  $i = D, P$ , et déterminer si les variables aléatoires sont corrélées. Dans notre argumentation, nous supposons que  $\Pr(\theta_i = 0) = \frac{1}{2}$  et que les événements sont indépendants. Par souci de simplicité, nous imposons  $\delta = 0$ , c'est-à-dire que la poursuite ne réussit jamais à convaincre le tribunal de la validité de sa plainte si  $\theta_P = 0$ .

Il existe alors quatre cas de figure. D'abord, on pourrait avoir  $\theta_P = \theta_D = 0$ , ce qui implique  $\theta = 0$ . Avec  $\delta = 0$ , pour tout niveau d'effort  $p$ ,  $\sigma_P = 0$ , d'où  $\sigma = 0$ . Deuxièmement, supposons que  $\theta_P = 0$ ,  $\theta_D = 1$ . Le tribunal observe de nouveau  $\sigma = 0$ . En troisième lieu, avec  $\theta_P = 1$ ,  $\theta_D = 0$ , les préférences de la société sont caractérisées par  $\theta = 0$ . Néanmoins, étant donné que  $\theta_P = 1$ ,  $\theta_D = 0$ , le tribunal perçoit  $\sigma = 1$  avec une probabilité  $(1 - d)p$ . Finalement, avec  $\theta = 1$ , le tribunal observe  $\sigma = 1$  avec la probabilité  $p(1 - \delta d)$ . Nous supposons que le tribunal préfère alors appliquer la sanction  $\sigma = 1$  et ne pas l'appliquer dans les autres cas<sup>1</sup>.

Le tribunal commet une erreur de type I avec la probabilité  $\frac{1}{4}p(1 - d)$ , impliquant la sanction d'un innocent. Un criminel est relâché (erreur de type II) avec la probabilité  $\frac{1}{4}[1 - p(1 - d)]$ . Afin de minimiser les opérations mathématiques, nous supposons dans la suite que l'erreur associée aux deux

1. Deux remarques ici. D'abord, nous pouvons trouver des conditions analytiques qui garantissent ce résultat. Ensuite, la société (la cour de justice) peut toujours ajuster le niveau de sanction en fonction de la probabilité d'erreurs.

types d'erreur juridique est égale et mesurée par  $L$ , ceci afin d'illustrer l'idée. Les coûts sociaux attendus résultant d'erreurs judiciaires deviennent  $\frac{1}{4}[1 - pd(1 - d)]L$ . Les coûts sociaux comprennent les coûts de recherche de preuves et les coûts associés à l'utilisation d'argent public, où ces derniers coûts dépendent de la forme organisationnelle et de la rente revenant à la personne entreprenant les recherches.

## L'alignement des incitations

Contrairement à DT, nous ignorons le problème soulevé par la multiplication des tâches. Spécifiquement, nous supposons que, même dans le cas de la procédure accusatoire, le tribunal pourrait employer deux enquêteurs rapportant leur information directement au juge. Ainsi, l'élément distinctif des différentes procédures est déterminé par la source de financement, fixant ainsi la forme du contrat incitatif.

Nous suivons DT en supposant que le paiement de salaires aux investisseurs est conditionné par le résultat du procès et non pas par l'information  $\sigma_i$ ,  $i = D, P$ <sup>1</sup>. Notons  $C^P(p)$  les coûts pour inciter l'enquêteur à trouver des preuves en faveur de la poursuite.  $w_i$  présente le salaire de l'investigateur si le tribunal conclut  $\sigma = i$ . La probabilité inconditionnelle du résultat  $\sigma = 1$  est de  $\frac{1}{4}[p(1 - d) + p(1 - \delta d)]$ , où la première partie présente la probabilité d'une erreur de type I et la deuxième partie présente la probabilité d'une erreur de type II. Nous avons :

$$C^P(p) = \min_{w_0, w_1} \left( 1 - \frac{p}{4} [2 - d(1 + \delta)] \right) w_0 + \left( \frac{p}{4} [2 - d(1 + \delta)] \right) w_1 \quad (I)$$

$$0 = (w_1 - w_0) \frac{1}{4} [2 - d(1 + \delta)] - C'(p) \quad (IC)$$

$$0 \leq w_0, w_0 + w_1 \quad (NNC)$$

où (IC) présente la contrainte de compatibilité des incitations et (NNC) la condition de non-négativité des salaires, c'est-à-dire que nous supposons la responsabilité limitée de l'investigateur. La substitution de (IC) dans la fonction objectif du principal implique

$$C^P(p) = w_0 + pC'(p). \quad (4)$$

À l'optimum  $w_0 = 0$ . La notation  $C^P(p)$  inclut les coûts d'investigation  $C(p)$  et les surplus de l'investigateur  $R^P(p) = C^P(p) - C(p)$ .  $C(0) = 0$  et la condition de convexité garantissent ensemble que, avec  $p > 0$ , la rente de l'agent est strictement supérieure à zéro. Un résultat similaire est obtenu pour l'activité d'investigation de la défense.

1. Notons que, dans la réalité, les investigateurs ne rapportent pas de variable  $\sigma$ , mais plutôt un vecteur d'information qui peut ou non convaincre la cour. L'information doit être convaincante dans le contexte de la totalité du procès. Il peut s'avérer impossible de rendre le paiement conditionnel au seul  $\sigma_i$  car il peut être impossible de connaître les déterminants de la décision de la cour (par exemple, certains membre du jury peuvent trouver un doute raisonnable, tandis que d'autres ne sont pas convaincus par les preuves fournies par le plaignant).

## Coûts sociaux et procédures

Dans le cas de la procédure accusatoire, les coûts sociaux incluent les coûts associés aux erreurs judiciaires, aux coûts de l'investigation et les coûts supplémentaires liés aux coûts du demandeur. Nous avons :

$$SC^{Ad}(p, d) = \frac{1}{4} \{ [1 - pd(1 - \delta)] \} L + (1 + \lambda)C(p) + \lambda R^p(p) + C(d). \quad (5)$$

Observons que  $SC^{Ad}$  inclut le paiement fait à l'agent investigateur du défendeur, mais non pas les coûts supplémentaires associés au transfert de la rente<sup>1</sup>. En revanche, les coûts sociaux associés à la procédure inquisitoire incluent les coûts supplémentaires liés au financement public pour la défense

$$SC^{In}(d, p) = SC^{Ad}(p, d) + \lambda(R^D(d) + C(d)). \quad (6)$$

Par conséquent, pour un effort d'investigation positif de la défense, nous concluons :

■ PROPOSITION 1. *Pour tout  $d > 0$ ,  $p > 0$ ,  $SC^{In}(d, p) > SC^{Ad}(p, d)$ .*

D'une certaine manière, la conclusion rejoint celle de DT puisque les coûts sociaux associés à une paire d'efforts d'investigation sont toujours plus importants dans le cas de la procédure inquisitoire que dans la procédure accusatoire. Néanmoins, le résultat n'implique pas automatiquement que cette dernière forme organisationnelle soit préférable. **En effet, la procédure inquisitoire comporte un avantage évident en ce que le planificateur social peut directement contrôler les dépenses de la défense.**

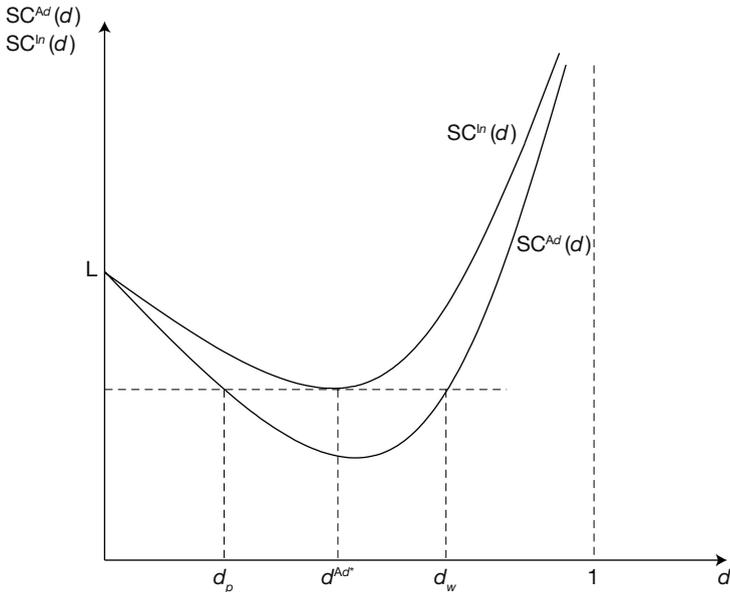
Par contre, dans le cas de la procédure accusatoire, c'est le défendeur qui contrôle le contrat d'incitation et le niveau des dépenses pour la défense. Supposant que l'objectif du défendeur (qu'il soit coupable ou non) est d'éviter une sanction à tout prix, nous pouvons nous attendre à observer un  $d$  supérieur à celui qui serait socialement optimal si le défendeur est riche, et inférieur à l'optimum si le défendeur est pauvre. Afin de permettre un argument géométrique nous définissons :

$$SC^{Ad}(d) = \min_p SC^{Ad}(d, p) \quad \text{et} \quad SC^{In}(d) = \min_p SC^{In}(d, p). \quad (7)$$

Sous des conditions garantissant la convexité en tout point, nous obtenons une fonction de coût social comportant la forme observée sur le graphique. Il est facile de vérifier que pour les deux procédures l'effort d'investigation pour le plaignant réagit positivement à  $d$ . Intuitivement, un accroissement de  $d$  augmente le bénéfice marginal de  $p$  en terme de coûts d'erreur. **Par conséquent, pour un  $d$  peu élevé l'effort d'investigation est trop faible pour les deux parties, et les coûts d'erreur sont élevés.** L'inverse est vrai pour un  $d$  trop important où le planificateur social est amené à générer trop d'effort pour la poursuite.

1. La forme de la fonction (6) impose certaines restrictions de paramètres pour que  $SC^{Ad}(p, d)$  soit toujours convexe. Nous supposons que cette condition est satisfaite.

Figure 1. Coûts sociaux dans les procédures inquisitoire et accusatoire



Le graphique illustre le résultat 1. Il montre aussi que pour les individus qui sont « suffisamment » pauvres ( $d < d_p$ ) nous avons  $SC^{Ad}(d) > \min_d SC^{In}(d)$ . Ce cas de figure est caractérisé par des coûts d’investigation faibles et par des coûts d’erreur élevés. À l’autre extrême de l’échelle de richesse ( $d > d_w$ ), les individus riches dépensent « trop » de ressources d’un point de vue social, induisant le planificateur social à augmenter excessivement l’investigation de la poursuite. Ici, les coûts sociaux sont trop importants en raison des coûts d’investigation.

**PROPOSITION 2.** *Avec des inégalités importantes dans la distribution des richesses, la procédure inquisitoire minimise les coûts sociaux.*

L’analyse soulève un problème supplémentaire de nature morale et éthique concernant la procédure accusatoire en ce qu’elle génère des différences en fonction de la richesse de l’individu<sup>1</sup>. Indépendamment de ces considérations, le modèle proposé permet de mettre en évidence certains avantages du système inquisitoire en présence d’inégalités sociales entre les justiciables. L’analyse se limite toutefois à un domaine particulier, celui du procès pénal. Une analyse plus complète de l’intérêt d’un activisme du juge requiert de s’intéresser également au contentieux civil. Dans un tel contexte, des arguments de nature différente peuvent être mis en avant.

1. Deffains et Demougins (à paraître) développent cette question. Les aspects moraux et éthiques prennent toute leur importance au regard des études empiriques menées aux États-Unis et qui font apparaître un niveau très élevé d’erreurs judiciaires (voir notamment Liebman et Fagan [2000]).

## LE RÔLE DU JUGE DANS LES LITIGES CIVILS

Dans cette section, nous analysons un aspect différent du pouvoir d'initiative du juge, à savoir sa capacité d'encadrer la présentation de la preuve par les parties. Le juge peut inviter les parties à fournir des explications ou les interroger sur des éléments de preuve non présentés mais qui auraient pu l'être. En particulier, il peut indiquer à une partie que la preuve qu'elle a présentée n'est pas suffisante pour un jugement en sa faveur. Le modèle ci-dessous, qui développe un résultat de Demougin et Fluet (à paraître), compare deux procédures. Dans la première, le juge est purement passif et se borne à rendre jugement à la clôture des audiences. Dans la seconde, le juge intervient dans le cours de la présentation de la preuve des parties.

### Le modèle

On considère un litige entre deux parties,  $A$  et  $B$ , dont l'enjeu est une somme d'argent  $D$ . Un élément clé est la détermination d'un fait  $s \in \{a, b\}$ . Si  $s = a$ , le tribunal donne raison à  $A$ , auquel cas  $B$  doit lui verser la somme  $D$ . Si  $s = b$ , c'est  $B$  qui a gain de cause et aucun transfert d'argent n'a lieu. La partie  $A$  prétend que le fait est  $a$ , la partie  $B$  qu'il est  $b$ . Notre analyse porte sur la preuve menant à un jugement en faveur de l'une ou l'autre des parties et sur les stratégies de présentation de la preuve.

Supposons qu'un élément de preuve  $x$  a été soumis au tribunal, par exemple à l'issue d'une première étape d'instruction du dossier. Cet élément de preuve est imparfait en ce qu'il ne permet aucune certitude. Il influence néanmoins la probabilité, aux yeux du tribunal, que le fait contesté soit  $a$  ou  $b$ .

On modélise  $x$  comme un signal prenant ses valeurs dans l'intervalle  $[0, 1]$  avec les densités conditionnelles  $f(x|a)$  et  $f(x|b)$ . Par convention, une valeur élevée de  $x$  est favorable à l'hypothèse  $s = a$ . Le ratio de vraisemblance  $f(x|a)/f(x|b)$  est donc croissant en  $x$ . Pour simplifier, on suppose que  $a$  et  $b$  sont *a priori* équiprobables<sup>1</sup>. En appliquant le théorème de Bayes, la probabilité *a posteriori* de  $s$  est alors :

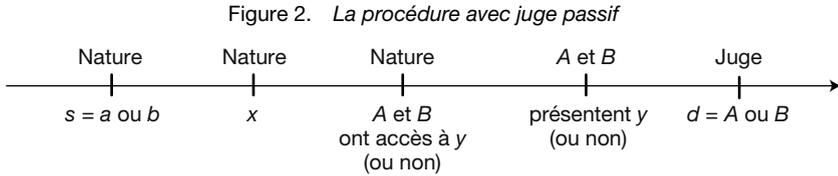
$$p(s|x) = \frac{\left(\frac{1}{2}\right)f(x|s)}{\left(\frac{1}{2}\right)f(x|a) + \left(\frac{1}{2}\right)f(x|b)} = \frac{f(x|s)}{f(x|a) + f(x|b)}, \quad s = a, b. \quad (8)$$

Un tribunal cherchant à minimiser le risque d'erreur dans ses jugements donnerait raison à  $A$  si  $p(a|x) > \frac{1}{2}$  et à  $B$  dans le cas contraire<sup>2</sup>. Sous les hypothèses ci-dessus, on vérifie facilement que  $p(a|x)$  est croissant en  $x$  et qu'il existe une

1. Cette hypothèse ne vise qu'à alléger la notation. L'argument serait le même avec des *a priori* quelconques, sous réserve que  $x$  soit suffisamment informatif lorsque les *a priori* sont très éloignés de  $\frac{1}{2}$ .

2. Quand  $p(a|x) = p(b|x)$ , il est indifférent que la décision aille dans un sens ou dans l'autre. Dans ce qui suit, on adopte la convention que  $B$  l'emporte dans ce cas ( $A$  doit convaincre le tribunal que sa prétention a plus de « poids »).

valeur critique  $x_0$ , tel que  $p(a|x) > \frac{1}{2}$  si et seulement si  $x > x_0$ , comme l'illustre la figure 2. L'interprétation de  $x$  est qu'il résume toute l'information disponible à ce stade (témoignages, expertises, etc.). Un  $x > x_0$  signifie que, sur la base de cette information,  $a$  apparaît comme plus probable que  $b$ .



Un élément de preuve additionnel, dénoté par  $y$ , pourrait aussi être soumis au tribunal dans une seconde étape. Contrairement à  $x$ , ce nouvel élément élimine toute incertitude et on le note en conséquence  $y \in \{a, b\}$ . Par exemple,  $y$  peut représenter un document établissant le fait sans ambiguïté. Lorsqu'on lui présente  $y = a$ , le tribunal conclut donc que  $a$  est avéré, quelle que soit par ailleurs la valeur du  $x$  qui a été présenté au préalable. Nous faisons trois hypothèses :

(i) Premièrement,  $y$  peut ou non être en possession des parties. Il y a une probabilité  $\theta_A$  que  $A$  l'ait en sa possession et une probabilité  $\theta_B$  que  $B$  l'ait en sa possession, avec  $\theta_A, \theta_B \in (0, 1)$ , ces deux événements étant indépendants.

(ii) Deuxièmement, la possession de  $y$  par l'une ou l'autre des parties est invérifiable. Une partie ne peut démontrer que l'autre partie dispose de l'élément de preuve en question. De même, le tribunal ne sait pas si l'élément est en possession des parties.

(iii) Enfin, la présentation de  $y$  impose un coût  $c < D$  à la partie qui le soumet. Une partie ne présente donc  $y$  que si cela modifie en sa faveur l'issue du procès.

Les stratégies des parties découlent directement de la dernière hypothèse. Il va de soi qu'une partie n'a jamais intérêt à présenter un  $y$  qui lui est défavorable. Comme la présentation de  $y$  est coûteuse, une partie n'a pas non plus intérêt à présenter un  $y$  qui lui est favorable s'il peut anticiper que, de toute façon, le tribunal lui donnera gain de cause sur la base de l'élément  $x$  déjà disponible. En revanche, une partie ayant  $y$  en sa possession le présentera, lorsqu'il lui est favorable, si elle anticipe de perdre la cause sinon. Au terme de la procédure, il est donc possible que  $y$  ne soit pas présenté au tribunal, soit parce qu'il n'était pas en possession des parties soit parce qu'aucune d'elles n'y avait intérêt. On dénote par  $\phi$  la non-présentation de  $y$ .

À l'issue des audiences, la preuve à la disposition du tribunal est donc soit  $(x, y)$  soit  $(x, \phi)$ . Lorsqu'elle est  $(x, y)$ , le tribunal statue en fonction de  $y$  comme on l'a vu ci-dessus, c'est-à-dire qu'il donne raison à  $A$  si  $y = a$  et à  $B$  si  $y = b$ . Lorsque la preuve est  $(x, \phi)$ , le tribunal est dans l'incertitude mais forme une probabilité *a posteriori*  $p(a|x, \phi)$  concernant l'hypothèse  $s = a$ <sup>1</sup>. Un tribunal cherchant à minimiser le risque d'erreur dans ses jugements donne raison à  $A$  si

1. Lorsque la preuve est  $(x, y)$ , on a évidemment  $p(a|x, a) = 1$  et  $p(a|x, b) = 0$ , pour tout  $x$ .

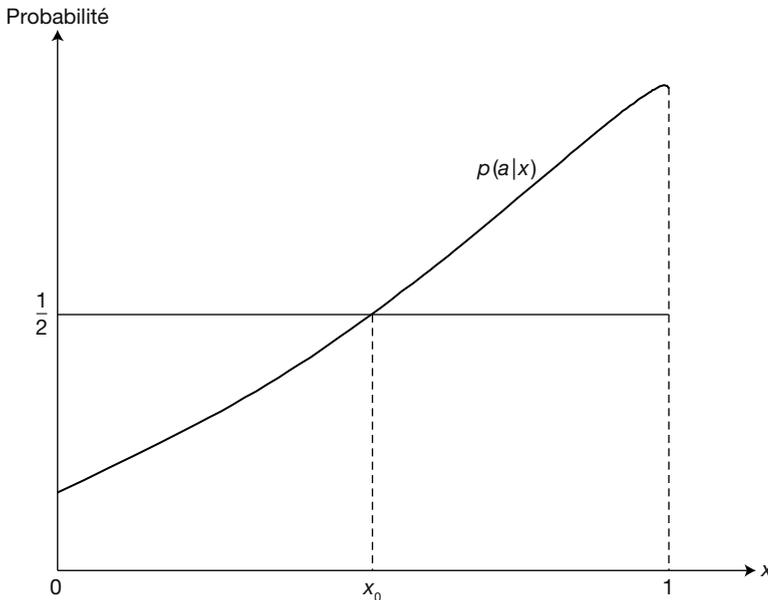
$p(a|x, \phi) > \frac{1}{2}$  et à  $B$  dans le cas contraire. Comme ci-dessus, il y a une valeur critique  $\hat{x}$  telle que  $p(a|x, \phi) > \frac{1}{2}$  si et seulement si  $x > \hat{x}$ .

En général,  $\hat{x}$  diffère de  $x_0$  défini à la figure 2. En fait,  $p(a|x, \phi)$  et par voie de conséquence  $\hat{x}$  dépendent étroitement de l'équilibre du jeu. En effet,  $(x, \phi)$  doit être interprété par le tribunal comme signifiant «  $x$  et non-présentation de  $y$  ». Dans l'inférence qu'il en tire, le tribunal tient donc compte de la possibilité que les parties aient eu accès à  $y$  et de leur intérêt stratégique à le présenter ou non. Cette inférence est résumée par  $p(a|x, \phi)$ . Il s'agit donc ici d'une probabilité à l'équilibre du jeu, qui diffère généralement de  $p(a|x)$ . Nous montrerons en outre que cette probabilité dépend du détail de la procédure, selon que le juge y a un rôle actif ou passif.

### La procédure avec juge passif

Nous analysons d'abord le cas où le rôle du juge est uniquement de rendre jugement, une fois que les parties ont présenté leur preuve. Le déroulement du jeu est représenté à la figure 3. La nature détermine d'abord la réalité du fait, ce que nous considérons comme exogène ici. Dans une seconde étape, la nature choisit  $x$  en fonction d'une distribution de probabilité qui dépend de la réalité du fait. Les parties et le tribunal observent  $x$ . Dans une troisième étape, la nature détermine si les parties ont ou non accès à  $y$  avec les probabilités  $\theta_A$  et  $\theta_B$  définies précédemment. à l'étape qui suit, les parties décident simultanément de présenter ou non  $y$ , lorsqu'elles le peuvent évidemment<sup>1</sup>. Enfin, à la dernière étape, le tribunal ou juge rend sa décision, celle-ci étant dénotée  $d \in \{A, B\}$  selon que le jugement est en faveur de  $A$  ou de  $B$ .

Figure 3. Probabilités conditionnelles



1. La possibilité que les parties présentent la preuve séquentiellement ne modifierait pas les résultats.

Le jugement dépend de la preuve soumise et on écrit donc  $d(x, y)$  et  $d(x, \phi)$ , selon la preuve disponible à l'issue des audiences. On a évidemment  $d(x, a) = A$  et  $d(x, b) = B$ . Pour une valeur donnée de  $x$ ,  $d(x, \phi)$  peut toutefois dépendre de l'équilibre du jeu.

Afin d'identifier les équilibres possibles, il est utile, dans un premier temps, de déterminer ce que seraient les stratégies des parties si la décision du tribunal satisfaisait  $d(x, \phi) = A$  pour tout  $x$  ou si au contraire elle satisfaisait  $d(x, \phi) = B$  pour tout  $x$ . De telles stratégies de la part du tribunal équivalent à imposer à l'une des parties la charge de la preuve, charge dont elle ne peut s'acquitter qu'en présentant la preuve parfaite  $y$ . Précisons d'emblée que ces stratégies de la part du tribunal ne font pas nécessairement partie d'un équilibre, mais que l'on cherche ici uniquement à identifier les stratégies de meilleure réponse dans ces situations hypothétiques.

Le cas  $d(x, \phi) = A$  pour tout  $x$ .

$A$  n'a alors jamais intérêt à présenter  $y$  car cela lui impose un coût sans modifier les chances d'emporter le procès. Par contre, s'il le peut,  $B$  a intérêt à le faire lorsque  $y = b$ . On peut dès lors calculer  $p(a | x, \phi)$ . On dénote cette probabilité par  $p_A(a | x, \phi)$ , c'est-à-dire la probabilité *a posteriori* de  $a$  lorsque le tribunal observe  $(x, \phi)$  et que les stratégies des parties correspondent à la situation où  $A$  a gain de cause à défaut de la présentation de  $y = b$ . On a :

$$\begin{aligned} p_A(a | x, \phi) &= \frac{\left(\frac{1}{2}\right)f(x|a)}{\left(\frac{1}{2}\right)f(x|a) + \left(\frac{1}{2}\right)f(x|b)(1 - \theta_B)} \\ &= \frac{f(x|a)}{f(x|a) + f(x|b)(1 - \theta_B)}. \end{aligned}$$

Le dénominateur de l'expression du centre est la probabilité pour le tribunal d'obtenir la preuve  $(x, \phi)$ . En effet, si  $s = a$ , alors  $y = a$  et  $y$  n'est donc pas présenté au tribunal ; la probabilité conditionnelle d'observer  $(x, \phi)$  est par conséquent  $f(x|a)$ . Si  $s = b$ , alors  $y = b$  et  $B$  présente  $y$  au tribunal lorsqu'il le peut ; la probabilité conditionnelle de  $(x, \phi)$  est alors  $f(x|b)(1 - \theta_B)$ .

Le cas  $d(x, \phi) = B$  pour tout  $x$ .

C'est maintenant  $B$  qui n'a jamais intérêt à présenter  $y$ . Lorsqu'il le peut,  $A$  a intérêt à le faire si  $y = a$ . On dénote par  $p_B(a | x, \phi)$  la probabilité *a posteriori* de  $a$  lorsque le tribunal observe  $(x, \phi)$  et que les stratégies des parties correspondent à la situation où  $B$  a gain de cause à défaut de la présentation de  $y = a$ . En appliquant le même raisonnement que ci-dessus,

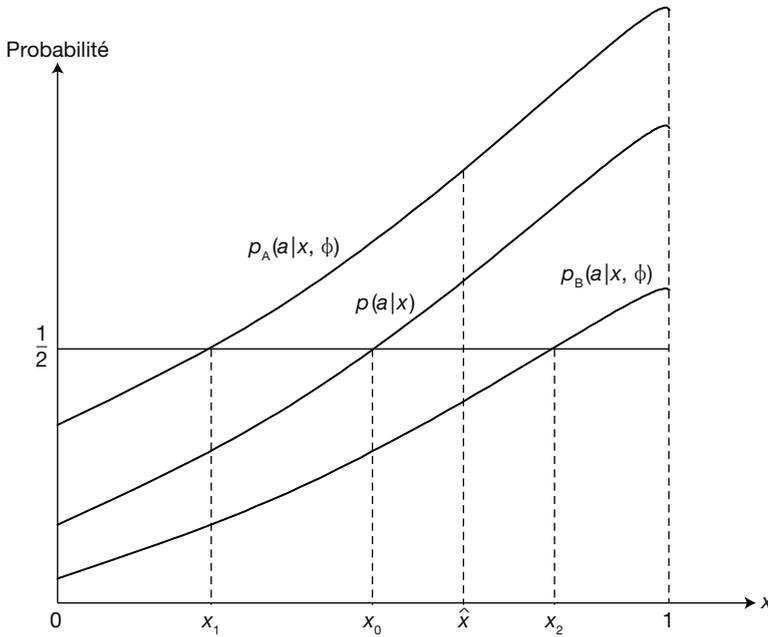
$$\begin{aligned} p_B(a | x, \phi) &= \frac{\left(\frac{1}{2}\right)f(x|a)(1 - \theta_A)}{\left(\frac{1}{2}\right)f(x|a)(1 - \theta_A) + \left(\frac{1}{2}\right)f(x|b)} \\ &= \frac{f(x|a)(1 - \theta_A)}{f(x|a)(1 - \theta_A) + f(x|b)}. \end{aligned}$$

On vérifie facilement que  $p_A(a|x, \phi)$  et  $p_B(a|x, \phi)$  sont croissants en  $x$  et que, pour tout  $x$ ,

$$p_A(a|x, \phi) > p(a|x) > p_B(a|x, \phi).$$

La première inégalité s'explique comme suit. Lorsque  $d(x, \phi) = A$  pour tout  $x$ ,  $A$  n'a jamais intérêt à présenter l'élément de preuve additionnel. Si le tribunal reçoit la preuve  $(x, \phi)$ , elle doit donc en déduire que  $B$  n'a pas pu ou n'a pas voulu présenter  $y$ , ce qui laisse entendre que  $y$  lui était défavorable, d'où  $p_A(a|x, \phi) > p(a|x)$ . La seconde inégalité s'explique de la même façon. Les courbes correspondantes sont illustrées à la figure 4. Ces courbes vont nous servir à déterminer les équilibres du jeu.

Figure 4. Probabilité conditionnelle « corrigées »



Définissons  $x_1$  solution de

$$p_A(a|x, \phi) = \frac{1}{2}.$$

Si cette équation n'a pas de solution, nous écrivons  $x_1 = 0$ . De même, définissons  $x_2$  solution de

$$p_B(a|x, \phi) = \frac{1}{2}.$$

Si cette équation n'a pas de solution, nous écrivons  $x_2 = 1$ . Dans tous les cas,  $x_2 > x_1$  puisque  $p_A(a|x, \phi) > p_B(a|x, \phi)$ .

**PROPOSITION 1.** *La procédure avec juge passif comporte une infinité d'équilibres. Pour tout  $\hat{x} \in [x_1, x_2]$ , il y a un équilibre défini par les stratégies et les croyances suivantes :*

- (i) *A présente  $y$  si et seulement si  $y = a$  et  $x \in (x_1, \hat{x}]$ ;*
- (ii) *B présente  $y$  si et seulement si  $y = b$  et  $x \in (\hat{x}, x_2]$ ;*
- (iii)  *$p(a|x, \phi) > \frac{1}{2}$  si et seulement si  $x > \hat{x}$ ;*
- (iv)  *$d(x, \phi) = A$  si et seulement si  $x > \hat{x}$ .*

La démonstration du résultat est immédiate. Premièrement, une partie ne peut avoir intérêt à présenter  $y$  que si  $x \in (x_1, x_2]$ , c'est-à-dire si  $y$  peut modifier la décision du juge (voir la figure 4). Si, pour  $\hat{x}$  quelconque, la stratégie du juge est telle que décrite en (iv), alors les parties ont intérêt à se comporter tel que décrit en (i) et (ii). Par exemple, lorsque  $x \in (\hat{x}, x_2]$ , c'est  $A$  qui a gain de cause si  $y$  n'est pas présenté, donc  $A$  ne présente pas  $y$  puisqu'il supporterait le coût  $c$  en pure perte.  $B$  a cependant intérêt à le faire s'il le peut et si bien sûr  $y = b$ . Étant donné les stratégies des parties, on a donc

$$p(a|x, \phi) = \begin{cases} p_A(a|x, \phi) & \text{si } x \in (\hat{x}, x_2], \\ p_B(a|x, \phi) & \text{si } x \in (x_1, \hat{x}]. \end{cases}$$

En effet, lorsque par exemple  $x \in (\hat{x}, x_2]$ , le juge interprète  $(x, \phi)$  en prenant pour acquis que seul  $B$  pourrait avoir intérêt à présenter  $y$  (lorsque  $y = b$ ), ce qui correspond bien à la définition de  $p_A(a|x, \phi)$ . Enfin, comme  $\hat{x} \in [x_1, x_2]$ , il s'ensuit que  $p(a|x, \phi) > \frac{1}{2}$  si et seulement si  $x > \hat{x}$ , de sorte que la stratégie du juge décrite en (iv) est séquentiellement rationnelle.

### Comparaison des équilibres dans la procédure avec juge passif

Comme on vient de le voir, la procédure avec juge passif comporte une infinité d'équilibres. Dans chacun d'eux, une fois que les parties ont présenté leur preuve, le juge rend une décision qui, à ses yeux, minimise la probabilité d'erreur. Dans un équilibre, les inférences du juge dépendent des stratégies des parties et ces stratégies dépendent elles-mêmes de l'appréciation que le juge fera de la preuve. Cette interaction a pour conséquence ici une multiplicité d'équilibres possibles.

On peut comparer ces différents équilibres du point de vue de la probabilité moyenne d'erreur dans les jugements du tribunal. Ce calcul se fait *ex ante* en prenant en compte toutes les trajectoires possibles du jeu, dans chacun des équilibres. Pour un équilibre donné, la probabilité d'erreur judiciaire est :

$$L = \left(\frac{1}{2}\right) \Pr[d = B | s = a] + \left(\frac{1}{2}\right) \Pr[d = A | s = b]$$

où  $\Pr[d|s]$ , la probabilité de la décision  $d$  étant donné le fait  $s$ , est une caractéristique de l'équilibre. Pour l'équilibre défini par le seuil  $\hat{x}$ , on a :

$$L = \left(\frac{1}{2}\right)(1 - \theta_A) \int_0^{\hat{x}} f(x|a) dx + \left(\frac{1}{2}\right)(1 - \theta_B) \int_{\hat{x}}^1 f(x|b) dx. \quad (9)$$

Du point de vue de l'erreur judiciaire, le meilleur équilibre est donc celui pour lequel  $\hat{x}$  minimise l'expression (9).

**PROPOSITION 2.** *La probabilité moyenne d'erreur est minimale pour l'équilibre défini par  $\hat{x} = x^*$ , où  $x^*$  satisfait*

$$f(x|a)(1 - \theta_A) - f(x|b)(1 - \theta_B) = 0 \tag{10}$$

*si (10) a une solution. Si l'expression est partout positive,  $x^* = 0$ ; si elle est partout négative,  $x^* = 1$ .*

On peut vérifier que  $x^* \in [x_1, x_2]$ , par conséquent  $\hat{x} = x^*$  correspond bien à l'un des équilibres possibles. En particulier,  $x^* = x_0$  si  $\theta_A = \theta_B$ , c'est-à-dire lorsque les deux parties ont la même probabilité d'être en possession de l'élément de preuve  $y$ . De plus,  $x^* > x_0$  si  $\theta_A > \theta_B$ . Lorsque A a plus de chance que B d'avoir accès à  $y$ , il vaut mieux que le juge soit plus exigeant par rapport aux prétentions de A, d'où un seuil  $x^* > x_0$ .

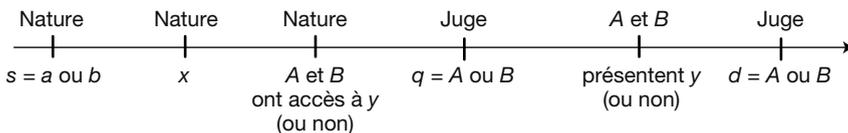
Toutefois, rien dans la procédure décrite ici ne garantit que l'on tombera sur le « bon » équilibre. En fait, comme il y a un continuum d'équilibres possibles, on pourrait conclure que l'erreur judiciaire dans cette procédure est « génériquement » supérieure à celle que définit le seuil  $x^*$ .

### La procédure avec juge actif

Dans la procédure avec juge « passif », le rôle du juge se borne à rendre jugement une fois que les parties ont terminé la présentation de leur preuve. La procédure que nous analysons maintenant attribue au tribunal un rôle plus inquisitoire. Contrairement à l'analyse de la section 2, « inquisitoire » ne renvoie pas ici à la capacité du juge d'ordonner des mesures d'instruction. Il s'agit plutôt d'analyser les effets des interventions du juge dans le cours de la présentation de la preuve par les parties.

Nous supposons maintenant que le juge a la possibilité d'interroger directement les parties au cours des audiences, avant de rendre jugement. Plus précisément, il intervient après la première étape, une fois connu l'élément de preuve  $x$ . Son action consiste alors à indiquer aux parties dans quel sens ira sa décision si aucune preuve additionnelle n'est apportée. L'annonce par le juge que, à défaut de preuve additionnelle, il donnera raison à A équivaut à « interroger » B puisqu'on laisse alors entendre à ce dernier qu'il perdra la cause s'il n'apporte rien de plus. Nous dénoterons cette action du juge par  $q \in \{A, B\}$ , où  $q = A$  indique que le jugement sera en faveur de A à défaut de la présentation de  $y = b$ . De même,  $q = B$  indique que la décision sera en faveur de B à défaut de la présentation de  $y = a$ . L'action  $q$  du juge a ainsi pour effet d'inciter la partie « interrogée » à présenter  $y$ , si elle le peut et si  $y$  lui est favorable. Le déroulement du jeu est tel que représenté à la figure 5.

Figure 5. La procédure avec juge actif



Comme dans la procédure précédente, le juge doit rendre une décision  $d \in \{A, B\}$  au terme du procès. Pour simplifier l'exposé, nous faisons l'hypothèse que l'action  $q$  engage complètement la décision, ce qui équivaut à imposer la contrainte  $d(x, \phi) = q$ . Il serait possible, cependant, de considérer  $q$  comme une simple annonce de ce que sera  $d(x, \phi)$ , sans qu'il y ait valeur d'engagement. On montrerait alors que, à l'équilibre du jeu et s'il croit que ses annonces seront crues, le juge annoncera une décision qu'il voudra en fait respecter au terme du procès. Autrement dit, les annonces du juge ont un caractère auto-exécutoire. Les parties devraient donc les croire et agir en conséquence, de sorte que l'équilibre sera le même que si  $q$  constitue un engagement formel<sup>1</sup>.

Comme précédemment, nous supposons que le juge cherche à minimiser la probabilité d'erreur dans les jugements. Étant donné  $x$ , la probabilité d'erreur en fonction de  $q$  est :

$$L(q|x) = \begin{cases} p(b|x)(1 - \theta_B) & \text{si } q = A \\ p(a|x)(1 - \theta_A) & \text{si } q = B \end{cases}$$

où  $p(\cdot|x)$  est la probabilité conditionnelle définie en (8). Par exemple, si le juge annonce  $q = A$ , le jugement sera  $d(x, \phi) = A$  sauf si  $y = b$  est présenté à l'étape suivante. Le jugement final sera donc erroné seulement si le fait est véritablement  $b$  et que la partie B n'a pas eu accès à l'élément de preuve  $y = b$ , ce survient avec la probabilité  $1 - \theta_B$ . Étant donné l'information  $x$ , la probabilité d'erreur associée à l'annonce  $q = A$  est donc bien  $p(b|x)(1 - \theta_B)$ .

Comme il cherche à minimiser la probabilité d'erreur, le juge choisira  $q = A$  si et seulement si :

$$p(b|x)(1 - \theta_B) < p(a|x)(1 - \theta_A).$$

En substituant pour les probabilités conditionnelles à partir de (8), cette condition est équivalente à

$$f(x|b)(1 - \theta_B) < f(x|a)(1 - \theta_A).$$

Comparant avec le résultat 2, la stratégie d'équilibre du juge satisfait donc

$$q(x) = \begin{cases} A & \text{si } x > x^*, \\ B & \text{si } x \leq x^*. \end{cases}$$

Les deux propriétés suivantes sont immédiates. Premièrement, quand la preuve se limite à  $(x, \phi)$  au terme des audiences, la probabilité *a posteriori* du fait est :

$$p(a|x, \phi) = \begin{cases} p_A(a|x, \phi) & \text{si } x > x^*, \\ p_B(a|x, \phi) & \text{si } x \leq x^*. \end{cases}$$

Comme  $x^* \in (x_1, x_2)$ , on a donc  $p(a|x, \phi) > \frac{1}{2}$  lorsque le juge a annoncé  $q = A$  et  $p(a|x, \phi) \leq \frac{1}{2}$  lorsqu'il a annoncé  $q = B$ . *Ex post*, un juge cherchant à minimiser l'erreur voudra donc respecter l'annonce qu'il a faite. À l'équilibre, les annonces ont donc bien le caractère auto-exécutoire discuté ci-dessus.

1. Demougin et Fluet (à paraître) montrent que l'annonce du juge a les propriétés dites de *self-signaling* et de *self-committing*, de sorte qu'elles sont *crédibles* (cf. Farrell et Rabin [1996]).

Deuxièmement, on vérifie facilement que le risque moyen d'erreur est :

$$L = \left(\frac{1}{2}\right)(1 - \theta_A) \int_0^{x^*} f(x|a) dx + \left(\frac{1}{2}\right)(1 - \theta_B) \int_{x^*}^1 f(x|b) dx.$$

Cette expression est la même que dans la procédure avec juge passif pour le cas du « bon » équilibre défini par le seuil  $\hat{x} = x^*$ . Ce « bon » équilibre étant non générique, on a par conséquent :

**PROPOSITION 3.** *La procédure avec juge actif a un équilibre unique, dont la probabilité d'erreur est génériquement inférieure à celle de la procédure avec juge passif.*

Pourquoi ce résultat comparativement à la procédure avec juge passif ? L'intuition en est relativement simple. Premièrement, l'action  $q$  du juge dépend de  $p(a|x)$ , une probabilité qui est indépendante des stratégies des parties (et donc de l'équilibre). Deuxièmement, le juge peut anticiper les stratégies de meilleure réponse des parties à l'action  $q$ , ces stratégies étant par ailleurs uniques. La meilleure action  $q$  du juge est donc elle-même unique. Tout se passe comme si la possibilité d'intervention du juge permettait de « coordonner » les parties sur une présentation efficace de la preuve, du point de vue de la minimisation des erreurs de jugement. Dans la procédure avec juge passif, c'est l'équilibre qui détermine les croyances du juge si, à l'issue du procès, la preuve est  $(x, \phi)$ . Dans l'équilibre unique de la procédure avec juge actif, c'est l'action d'« interrogation » du juge qui détermine ce que seront ces croyances, compte tenu des réactions anticipées des parties.

## CONCLUSION

Dans tous les cas, la fonction de la preuve juridique est de faire approuver socialement une vérité composée d'une démonstration et d'une conviction. Bien entendu, la qualité de la conviction doit dépendre de la qualité de la démonstration. Si la vérité arbitraire doit être rejeté par l'ordre juridique, celui-ci ne peut pas non plus se fonder uniquement sur des certitudes. C'est pourquoi entre le certain et l'arbitraire se trouve une large zone réservée au vraisemblable et à l'invraisemblable, au probable et à l'improbable. Dans cette zone, la part d'appréciation du juge est essentielle. Les développements précédents posent la question du degré d'initiative dont doit disposer le juge ou de la mesure dans laquelle ses décisions doivent être encadrées. Les systèmes juridiques répondent différemment à cette question, ce qui n'est pas sans conséquences sur le coût des procédures ou la qualité des décisions de justice. À partir de modèles simples, nous avons montré que, s'agissant du procès civil comme du procès pénal, on peut justifier la présence d'un juge actif. Selon les cas, les arguments sont de nature différente. **En matière pénale, nous avons particulièrement insisté sur la question des niveaux de richesse des justiciables.** En matière civile, c'est surtout la manière dont le juge influence les croyances des parties qui a été mise en avant. Quoi qu'il en soit, aux termes de ces développements il apparaît impossible de conclure à la supériorité – en termes d'efficacité économique – du système de *Common Law* qui privilégie un rôle passif du juge.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- AMMAR D. [1993], « Preuve et vraisemblance : contribution à l'étude de la preuve technologique », *Revue trimestrielle de droit civil*, p. 499-533.
- BLOCK M. K. et PARKER J. S. [2004], « Decision making in the absence of successful fact finding: theory and experimental evidence on adversarial versus inquisitorial systems of adjudication », *International Review of Law and Economics*, 24, p. 89-105.
- BROOK J. [1982], « Inevitable errors: the preponderance of evidence standard in civil litigation », *Tulsa Law Journal*, 18, p. 79-109.
- DAVIS M. L. [1994], « The value of truth and optimal standard of proof in legal disputes », *Journal of Law, Economics and Organization*, 10, p. 343-359.
- DEFFAINS B. et DEMOUGIN D. [à paraître], « The inquisitorial and the adversarial procedure in a criminal court setting », *Journal of Institutional and Theoretical Economics*.
- DEMOUGIN D. et FLUET C. [à paraître], « Rules of proof, courts, and incentives », *RAND Journal of Economics*.
- DEMOUGIN D. et FLUET C. [2006], « Preponderance of evidence », *European Economic Review*, 50, p. 963-976.
- DEMOUGIN D. et FLUET C. [2005], « Deterrence versus judicial error: a comparative view of standards of proof », *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 161 (2), p. 193-206.
- DEWATRIPONT M. et TIROLE J. [1999], « Advocates », *Journal of Political Economy*, 107, p. 1-39.
- DIANKOV S., LA PORTA R., LOPEZ-DE-SILANES F. et SHLEIFER A. [2003], « Courts », *Quarterly Journal of Economics*, 118, p. 453-517.
- EMONS W. et FLUET C. [à paraître], « Accuracy versus falsification costs: the optimal amount of evidence under different procedures », *Journal of Law, Economics, and Organization*.
- FARRELL J. et RABIN M. [1996], « Cheap talk », *Journal of Economic Perspectives*, 10, p. 103-118.
- FLUET C. [2003], « Enforcing contracts: should courts seek the truth? », *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 159, p. 49-69.
- FROEB L. K. et KOBAYASHI B. H. [2001], « Evidence production in inquisitorial vs. adversarial », *Economics Letters*, 66, p. 267-272.
- KATZ A. [1988], « Judicial decisionmaking and litigation expenditure », *International Review of Law and Economics*, 8, p. 127-143.
- LANGBEIN J. H. [1985], « The German advantage in civil procedure », *The University of Chicago Law Review*, 52 (4), p. 823-866.
- LEVINE [1999], « Law, finance, and economic growth », *Journal of Financial Intermediation*, 8, p. 8-35.
- LIEBMAN J. S. et FAGAN G. [2000], « A Broken System: Error Rates in Capital Cases, 1973-1995 », Columbia Law School, Public Law Research No. 15, <http://ssrn.com/abstract=232712>.
- MILGROM P. et ROBERTS J. [1986], « Relying on the information of interested parties », *Rand Journal of Economics*, 17, p. 18-32.
- PALUMBO G. [2001], « Trial procedures and optimal limits on proof-taking », *International Review of Law and Economics*, 21, p. 309-327.
- PARISI F. [2002], « Rent-seeking through litigation: adversarial and inquisitorial systems compared », *International Review of Law and Economics*, 22, p. 193-216.
- POSNER R. A. [1999], « An economic approach to the law of evidence », *Stanford Law Review*, 51, p. 1477-1546.
- POSNER R. A. [1973], « An economic approach to legal procedure and judicial administration », *Journal of Legal Studies*, 2, p. 399-420.
- RUBINFELD D. L. et SAPPINGTON E. M. [1987], « Efficient awards and standards of proof in judicial proceedings », *Rand Journal of Economics*, 18, p. 308-315.

- SANCHIRICO C. W. [2001], « Relying on the information of interested –and potentially dishonest– parties », *American Law and Economics Review*, 3 (2), p. 320-357.
- SCHRAG J. [1999], « Managerial judges: an economic analysis of the judicial management of legal discovery », *Rand Journal of Economics*, 30 (2), p. 305-323.
- SHAVELL S. [1989], « Optimal sanctions and the incentive to provide evidence to a legal tribunal », *International Review of Law and Economics*, 9, p. 3-11.
- SHIN H. S. [1998], « Adversarial and inquisitorial procedures in arbitration », *Rand Journal of Economics*, 29, p. 378-405.
- SOBEL J. [1985], « Disclosure of evidence and resolution of disputes: who should bear the burden of proof? », dans A. E. ROTH (ed.), *Game Theoretic Models of Bargaining*, Cambridge University Press, Cambridge, p. 341-361.
- TULLOCK G. [1980], *Trial on Trials: The Pure Theory of Legal Procedure*, Columbia University Press, New York.