

Paru in : *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 47, n° 2, 2011, p. XXV-XXVII.

Compte-rendu de lecture

Remme VERKERK, *Fact-Finding in Civil Litigation. A Comparative Perspective*, Antwerp, Oxford, Portland, Intersentia, coll. « Ius Commune Europaeum », vol. 84, 2010, 441 p.

Remme Verkerk présente, dans cet ouvrage issu de sa recherche doctorale, une comparaison du droit de la preuve autrichien, hollandais et américain. Plus précisément, l'ouvrage est consacré au processus de *fact-finding* dans ces trois systèmes juridiques. La formule, qui a acquis droit de cité dans l'espace anglophone (v. W. Twining, *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Northwestern University Press, 1990, spéc. p. 14), pourrait être traduite par « processus de détermination des faits » (dans le procès). Elle recouvre, selon l'auteur, trois étapes procédurales : la collecte des preuves, leur présentation et leur appréciation (p. 1). La formule *fact-finding* se veut donc ici englobante, là où d'autres auteurs prennent soin de distinguer ces différentes étapes (ex. D. Schum, « Probability and the processes of discovery, proof, and choice », *Boston University L. R.*, vol. 66, n° 3-4, 1986, spéc. pp. 830-846). Il n'est pas certain, cependant, que l'auteur donne à son propos l'ampleur qu'il annonce car ce sont surtout *les règles de droit* relatives à la preuve qui retiennent son attention (p. 1) : bien peu est dit de la manière dont les juges ou les jurys apprécient les preuves qui sont présentées devant eux.

L'ouvrage prend place parmi les études de procédure comparée, qui occupent un secteur non négligeable des travaux consacrés à la preuve. L'objectif assigné par l'auteur à la comparaison est avant tout de type heuristique (pp. 2-3) : les traits distinctifs de chaque système juridique devraient ressortir de leur mise en miroir avec d'autres pays. Subsidiairement, les solutions retenues dans chacun d'entre eux pourraient offrir une source d'inspiration pour améliorer ce qui mériterait de l'être, même si l'auteur met en garde avec raison contre la tentation de « transplanter » sans plus de précautions une institution juridique d'un système à un autre.

De notre point de vue, la description du droit positif des pays considérés est la partie la plus riche et la plus convaincante de l'ouvrage. Le lecteur y trouvera une véritable mine de renseignements sur les droits hollandais et autrichien (chap. 2) et sur le droit des États-Unis (chap. 3). Si l'information sur le droit de la preuve américain est assez accessible, du moins en langue anglaise, il n'en va pas de même des droits hollandais et autrichien. Ce travail est d'autant plus précieux que l'auteur prend un soin tout particulier à situer le droit positif dans une perspective historique. On y découvre ainsi les étapes qu'ont parcourues ces systèmes juridiques au cours du temps, les inspirations croisées qu'ils ont pu parfois susciter. Sont particulièrement bien restituées la déformalisation progressive du droit de la preuve sur le Continent, l'émancipation progressive du droit américain de ses racines anglaises, la place acquise par la *discovery* dans la procédure outre-Atlantique. La comparaison conduit l'auteur à souligner trois paramètres qui distinguent ces systèmes juridiques (chap. 4) : la structuration des phases du procès et le moment où les preuves sont présentées (d'utiles schémas illustratifs sont fournis pp. 145-146), le rôle plus ou moins actif des parties et du juge dans la détermination des faits, la durée du procès.

L'auteur se livre également à une exploration plus approfondie de deux institutions juridiques dotées d'une importance toute particulière dans l'administration de la preuve : l'expertise (chap. 5), la *discovery* et la comparution des parties (chap. 6). De ces deux chapitres, on retiendra surtout une intéressante discussion, qui fait écho aux débats français, sur la faculté pour les parties d'intervenir en qualité de témoin dans leur propre cause (pp. 217 et s.) : l'auteur décrit un mouvement né au

Royaume-Uni, suivi par les États-Unis, puis par l'Autriche, qui conduit soit à une abolition pure et simple de l'interdiction pour une partie de témoigner sous serment, soit à un très net allègement de cette règle.

Remme Verkerk se propose ensuite d'expliquer les inévitables différences qu'il constate entre ces pays. Quels principes fondamentaux sous-tendent les systèmes autrichien et américain et permettent de rendre raison de leurs spécificités ? Les clés de compréhension sont recherchées par l'auteur dans les conceptions de l'État, de ses institutions et de la démocratie qui prévalent dans chacun de ces pays. Schématiquement, il en ressort que l'Autriche a adopté une conception utilitariste du procès civil (chap. 7). Le but du gouvernement dans un État social étant la maximisation du bien-être collectif, celui-ci veille à ce que le droit substantiel soit mis en œuvre avec célérité et à moindre coût. Sur le terrain de la preuve, il en découle la consécration d'un rôle actif du juge dans la recherche de la preuve, la réduction à la portion congrue des règles faisant obstacle à la recevabilité des preuves. Par contraste, le droit américain repose sur deux piliers : le caractère accusatoire de la procédure et la place conférée au jury civil (chap. 8). Les incidences sur le terrain de la preuve sont multiples : mise en place d'une procédure précontentieuse de *discovery*, concentration de la présentation des preuves, mise à l'écart de certaines preuves... Deux figures de l'État se donnent ainsi à voir (chap. 9) : celle de « l'État actif », pour qui la procédure civile est encore un moyen de mener une politique sociale, et celle de « l'État réactif », qui se borne à créer les conditions d'une libre interaction entre les citoyens, y compris dans la sphère judiciaire.

Une analyse de ce type n'est pas rare dans les travaux de procédure comparée (cf. par ex. M. Damaška, *The Faces of Justice and State Authority*, Yale University Press, 1986 ; E. Jeuland, « Preuve judiciaire et culture française », *Droit & Cultures*, n° 50, 2005 ; X. Lagarde, « Brèves réflexions sur les différentes cultures de la preuve », *Gaz. Pal.*, n° 203, 2010, p. 6 ; F. Girard, *Essai sur la preuve dans son environnement culturel*, Thèse Université Grenoble, 2010) et l'auteur n'innove guère à propos du droit américain (rapp. M. Damaška, *Evidence Law Adrift*, Yale University Press, 1997). La comparaison peine pourtant à convaincre pleinement. Sans même évoquer les liens complexes entre normes juridiques et culture qui mériteraient une discussion plus approfondie, l'analyse du droit autrichien prend appui sur les travaux de Franz Klein, le « père intellectuel » du Code de procédure civile de 1895. Outre que ces derniers ne peuvent, par hypothèse, éclairer la place importante acquise par l'exigence de loyauté dans le droit autrichien contemporain (pp. 276-277), on s'interrogera sur la possibilité de tirer des seuls travaux de l'inspirateur d'un code la présence d'un « modèle » (ici utilitariste) dans un système juridique. Que Franz Klein ait eu une conception ferme, cela n'est pas en cause ; qu'elle suffise à la constitution d'un « modèle » de procédure civile, voilà qui nous semble mériter une certaine prudence (rapp., *mutatis mutandis*, à propos de la situation française : L. Cadiet, in *Le Nouveau Code de procédure civile : vingt ans après*, La Documentation française, 1998, spéc. pp. 60 et s.).

La dernière partie de l'ouvrage emmène le lecteur sur un terrain bien différent : celui de l'analyse économique du droit de la procédure civile (chap. 10). Reprenant à son compte la distinction établie par R. Posner entre les coûts engendrés par une erreur (du système judiciaire) et les coûts directs engagés pour l'établissement des faits, l'auteur élabore un modèle permettant de déterminer le niveau optimal de ressources qui devrait être consacré à la résolution des questions factuelles dans le procès : le recherche d'une information additionnelle augmente la précision de la détermination des faits mais accroît, dans le même temps, les coûts directs. Ici comme ailleurs, les rendements marginaux sont décroissants : ainsi, un témoignage supplémentaire finit par apporter moins qu'il ne coûte, ce qui permet de déterminer un seuil optimal (en l'occurrence, 5 ou 6 témoins : p. 334). Prenant appui sur ce modèle, l'auteur conclut qu'un système accusatoire incite les parties et leurs avocats à adopter des comportements contre-productifs et à dépenser plus pour l'établissement des

faits que l'optimum social ne l'exigerait (les excès de la procédure de *discovery* en sont un signe patent). En cela, la procédure accusatoire américaine peut-être vue comme moins efficace que les procédures hollandaise ou autrichienne, qui encouragent les parties à dépenser moins pour l'administration de la preuve (p. 354). Sur un plan plus prescriptif, un législateur soucieux d'optimum, pourrait vouloir – espère l'auteur – contrarier ces biais, par exemple en sanctionnant les comportements abusifs, en favorisant la coopération entre les parties ou encore en renforçant le rôle du juge. L'analyse se rattache sans ambiguïté au courant *Law & Economics*, dont on sait la grande diffusion et sur lequel beaucoup a été dit, dans une perspective aussi bien laudative que critique. Aussi se bornera-t-on à souligner les limites que l'auteur lui-même reconnaît au modèle qu'il propose : « en réalité, il est difficile de calculer les coûts directs et plus encore d'évaluer l'apport d'un élément de preuve supplémentaire à la détermination des faits et les coûts liés à une éventuelle erreur » (p. 334).

Olivier Leclerc
Université Paris Ouest – Nanterre La Défense (IRERP/CNRS)