

Légitimité, opportunité et efficacité de l'analyse économique des procès civils

Marie-Anne FRISON-ROCHE
Professeur des Universités,
Directeur de la *Regulatory Law Review (RLR)*

La présente étude a pour objet de mesurer, en premier lieu, si les procès civils méritent une analyse économique qui leur soit propre, en tant qu'ils sont des procès et non d'autres modes d'expression des droits, où l'on imaginerait par exemple le droit des contrats entrant comme en fureur parce que les parties sont dorénavant hostiles l'une à l'autre ou lorsque sur un mariage fond en divorce. Dans cette conception-là, exprimée parfaitement par Japio¹, affirmant que la procédure n'est que l'ensemble des droits subjectifs substantiels en état de guerre, ce seraient donc directement les droits revendiqués en justice qui devraient être analysés et non leur forme belliqueuse et processuelle, qui n'est jamais qu'une forme parmi d'autres de leur concrétisation².

Au contraire, l'intuition est que le procès existe en tant que tel dans l'ordre juridique et doit être analysé comme une organisation autonome des prérogatives dont il permet la défense. Cela est surtout affirmé par ceux qui étudient la procédure, défense et promotion de territoire oblige, mais il faut en équilibre poser que le procès est aussi teinté par les prérogatives substantielles revendiquées par les parties, comme l'effet obligatoire du contrat ou le principe de réparation intégrale des dommages. Le fait que l'analyse économique ait initialement porté sur la responsabilité civile, celle-là même que les juges ont façonnée procès après procès, que l'on soit en *Common Law* ou en *Civil Law* montre bien ce mixte³.

1. R. JAPIOT, *Délais de procédure et jugements par défaut*, 1923.

2. Cela est proche de la conception de l'ordre juridique qu'avait Henri MOTULSKY et qu'il développa dans sa thèse : *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Sirey, 1948, reprint Dalloz 2002.

3. Sur ce point particulier, v. G. MAÎTRE, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*,

Le droit le plus traditionnel prenait cette imprégnation de la procédure par le droit substantiel pour acquise, par la distinction entre la procédure civile, la procédure pénale et le contentieux administratif, renvoyant aux trois branches du droit, à l'autonomie du droit pénal et à la *summa divisio* du droit public et du droit privé⁴. La notion plus nouvelle de « droit processuel », promue en doctrine par Henri Motulsky⁵ et en jurisprudence principalement par la Cour européenne des droits de l'homme⁶, pose qu'il existerait un « droit du procès », autonome du type de prérogative revendiquée par les acteurs. Il existerait donc un droit du procès, substantiel par lui-même⁷. Les deux se distinguent, ce qui permet de les additionner : ainsi, par exemple, au droit de propriété, premier droit substantiel processuel, s'ajoute le droit de saisir le juge par une demande pour le défendre ou le revendiquer, droit substantiel processuel et première marche d'un procès.

Face à l'engouement pour le droit processuel, par ailleurs légitimes quant aux grands principes fondamentaux du procès⁸, à quoi bon une analyse économique du droit, qui traiterait alors du procès, en distance de l'objet du litige, voire indifféremment de l'objet des demandes des parties ? Pour en avoir une idée, et en gardant à l'esprit ce lien plus ou moins distendu entre la procédure et le droit que la partie revendique, il faut donc se demander si les procès civils se prêtent plus ou moins à l'analyse économique en tant qu'ils sont procès d'une part, et en tant qu'ils sont civils et non pas pénaux ou administratifs d'autre part.

Mais avant d'attaquer le cœur du sujet, il convient de faire des prolégomènes sur le maillage évoqué par le titre de cette étude entre « légitimité », « efficacité » et « opportunité ».

préface H. Muir Watt, coll. Droit et Économie, LGDJ, 2005, et les références visées. D'une façon plus générale, v. M.-A. FRISON-ROCHE, « Le paramètre de la matière litigieuse dans l'analyse économique de la justice », in *De l'économie de la justice*, RID éco., 1999, n° 2, pp. 223-234.

4. Même s'il est vrai qu'il arrive que le juge administratif applique parfois le droit privé, alors même que l'arrêt *Blanco* a historiquement posé en coup d'éclat l'autonomie du droit administratif. On en vient à se demander si la distinction n'est pas la cause de la distinction des procédures mais bien plutôt sa conséquence, pour empêcher le juge judiciaire d'avoir prise sur l'administration considération qui serait la base de tout l'échafaudage de la distinction des branches substantielles de droit. V. dans ce sens, R. DRAGO et M.-A. FRISON-ROCHE, « Mystères et mirages des dualités des ordres de juridictions et de la justice administrative », in *Privé, Public*, Archives de Philosophie du Droit, t. 41, Sirey, 1997, pp. 135-148.

5. *Cours de droit processuel*, polycopié, Montchrestien, 1973.

6. V. d'une façon générale, S. GUINCHARD et al., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, Précis Dalloz, 5^e éd., 2009.

7. S. GUINCHARD et al., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, Précis Dalloz, 2009. V. particulièrement G. GUINCHARD, « Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel », in *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue?*, Mélanges Gérard Farjat, 1999, pp. 139-173.

8. Comme le principe du contradictoire (v. par ex. M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, Thèse dact. Paris II, 1988 ; et pour prendre une thèse très fouillée et aboutie sur le sujet, v. L. MINIATO, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2008.).

PROLÉGOMÈNES SUR LÉGITIMITÉ, EFFICACITÉ ET OPPORTUNITÉ

En effet, il s'agit de réfléchir à la question de savoir si les procès civils se prêtent à l'analyse économique. Mais l'expression « se prêter à » est tirée de la langue commune et non de la langue juridique. Précisément, elle guide à la fois vers la légitimité, l'opportunité et l'efficacité du mécanisme dont on use par rapport à l'objet sur lequel on l'applique. En effet, quand quelque chose « se prête » plus ou moins à un instrument, cela désigne tout à la fois la légitimité, l'opportunité et l'efficacité de l'usage de cet outil par rapport à son objet.

Ces trois notions sont à la fois distinctes et articulées entre elles. Tout d'abord, une démarche est légitime si elle peut être soutenue par des justifications hétérogènes. Par exemple, l'élection rend un pouvoir politique légitime, la réussite à un concours rend l'exercice d'une fonction technocratique légitime, la légalité rend la relation de pouvoirs légitime, etc.

Cette légitimité doit être exogène à son objet, et ce d'autant plus lorsqu'elle concerne un pouvoir sur autrui. En effet, si l'exigence fondamentale est celle d'un État de droit, alors la légitimité doit être extérieure à l'objet, et notamment pas se réduire à l'efficacité⁹ : l'efficacité n'exprime pas en elle-même la légitimité, car le droit n'est pas qu'un instrument, la notion d'instrument pouvant quant à elle et à l'inverse se réduire à l'efficacité, c'est-à-dire à la puissance effective¹⁰.

L'opportunité quant à elle vise non plus l'existence en amont d'une justification exogène d'un pouvoir, mais simplement l'utilité d'un mécanisme par rapport à un objectif. La perspective est donc en aval. C'est à travers cela que le souci d'efficacité se glisse et peut se développer s'il ne rencontre pas d'obstacle de légitimité. C'est ainsi qu'un triangle harmonieux peut s'opérer et s'éprouver entre légitimité, efficacité et opportunité.

Ainsi l'analyse économique est opportune si elle éclaire un choix entre plusieurs solutions légitimes¹¹. On pourra dans un premier temps estimer qu'elle est de ce seul fait efficace. Ce serait faire un pas de plus si l'on estimait que l'efficacité de l'analyse postule le souci d'accroître les chances d'atteindre un objectif. Ainsi,

9. C'est pourquoi le droit de la concurrence qui prétend tirer sa légitimité de sa seule efficacité à servir le marché a été très critiqué en cela. Des auteurs y voient, par son caractère endogène au marché, une tyrannie par rapport à toutes les autres branches du droit, notamment les garanties fondamentales de procédure. V. dans cet esprit, *L'ordre concurrentiel, Mélanges Antoine Pirovano*, notamment la contribution de Loïc CADIET, « Ordre concurrentiel et justice », éd. Frison-Roche, 2003, pp. 109-143.

10. C'est pourquoi les organes en charge du droit de la concurrence sont, plus encore que les juridictions répressives, guidés, voire obsédés par l'implantation des règles, au besoin par des mélanges efficaces tels que les programmes de clémence ou les transactions sur les sanctions. V. par ex., A. LOUVARIS, "A brief overview of some conflicts between economic efficiency and effectiveness of the administrative or judicial process in competition law", in *Economic theory and competition law*, J. Drexel, L. Idor and J. Monéger (éd.), EE, publishing, 2009, pp. 218-235.

11. Ce n'est jamais que la reprise de la distinction wébérienne entre le savant et le politique (M. WÉBER, *Le savant et le politique*, Munich, 1917, reprint coll. Essai, 2002). Le savant mesure la réalité, en offrant une reproduction la plus exacte possible, et le politique, non lié par la mesure, fait les choix. Permettre aux savants d'opérer les choix politiques, ce que l'on observe précisément en matière économique ou d'environnement, est une question à part entière, qui ne sera pas ici examinée.

une quantification, par exemple le pourcentage de recours pour certains types de contentieux, est opportune si l'analyse donne des informations utilisées pour opérer un choix quant à l'ouverture des voies de recours, l'organisation de l'instance ou la gestion des cours d'appel. Cela ne dicte pas nécessairement le choix.

En effet, un choix est nécessairement un appauvrissement puisque, devant l'alternative, une solution potentielle se concrétise tandis que l'autre solution potentielle est anéantie. C'est pourquoi c'est au politique d'opérer le choix qui engage et est affaire de volonté légitime, alors que l'analyse économique est affaire d'observation, comme toute activité scientifique.

Ainsi, si un genre de procès est économiquement mesuré, par exemple les investissements de sécurité pour certains types de procès ou la mobilisation de personnes dans certains autres¹² et que les moyens matériels ne sont pas infinis, la théorie dite des « poches profondes » pour désigner une capacité infinie des États à accroître les dépenses publiques ayant été abandonnée par réalisme, il y aura obligation de choix, donc affrontement d'opportunité.

Cela peut croiser encore, selon le mécanisme de maillage précédemment décrit, soit le critère de l'efficacité (le politique choisit la mesure la plus apte à satisfaire un objectif, par exemple la bonne gestion de l'institution judiciaire selon les critères de la LOLF), soit le critère de la légitimité (le politique choisit la mesure qui exprime les valeurs fondamentales, par exemple l'accès au droit et à la justice, à travers un droit d'appel ou de former un pourvoi sans filtre ni avocat, même si cela oblige l'État à désinvestir d'autres secteurs). Les deux ne sont d'ailleurs en rien incompatibles et l'on peut soutenir qu'il est économiquement efficace et politique légitime d'organiser l'accès groupé des victimes à la justice, à travers l'action de groupe ou *class action*¹³.

Mais, comme les théologiens l'affirment pour Dieu, l'État n'a pas le pouvoir légitime de se contredire¹⁴, par exemple de se ruiner pour mettre en place, au nom de l'accès à la justice, un système s'avérant inefficace car la paralysie concrète des juridictions ne permet pas aux citoyens d'obtenir une décision exécutée dans un délai raisonnable. Résultat condamné par la jurisprudence sanctionnant l'État ayant manqué à son obligation de protection juridictionnelle¹⁵.

L'État exerce alors illégitimement son pouvoir, puisqu'il se contredit en ouvrant, au nom de l'accès de tous au jugement, si largement les portes du prétoire qu'il n'en sort plus aucune décision juridictionnelle. Si l'État veut habiller Paul, par

12. Ce que la Banque mondiale appelle usuellement le « capital humain ».

13. B. DEFFAINS et M. DURIAT-DUBAN, *Économie des actions collectives*, coll. Droit et justice, PUF, 2008.

14. Il en a la force, ce qui est tout à fait différent, et tant que le principe de cohérence ne sera pas pleinement entré dans le système juridique français.

15. Ainsi l'État ne peut arguer de ses difficultés budgétaires pour justifier cette difficulté d'accès (CEDH, 1^{re} section, 7 mai 2002, *Burdov c/ Russie*, D. 2002, somm. Comm. 24472, obs. N. Fricero. V. d'une façon générale L. CADIET, *Réforme de la justice, réforme de l'État*, PUF, 2007. Cette obligation de l'État d'assurer une protection juridictionnelle à chacun, la paralysie des tribunaux induisant donc sa responsabilité est posée à l'identique à l'échelon national (TGI Paris, 5 nov. 1997, D. 1998, p. 9 et s., ce jugement ayant été confirmé par l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 20 janvier 1999 – D. 1999, IR, p. 125.).

exemple la justice des mineurs, il a l'obligation politique de déshabiller Jacques, par exemple l'entretien des prisons. La politique, c'est aussi l'art de gérer son impopularité. Dans cette conception, et le politique jouxte alors le savant, le politique demeure l'art de choix mais le pouvoir politique ne s'exprime plus par la discrétion (choisir tout ce que l'on veut dès l'instant qu'on est élu, par exemple donner plus de droits aux personnes en prison après condamnation pénale qu'aux personnes n'en ayant pas fait l'objet, mais s'exprime par la rationalité (choisir sans se contredire). On peut y voir dans une société organisée un progrès, précisément celui exprimé par l'État par rapport à la horde¹⁶.

Fondamentalement, l'action politique cohérente se doit d'être conditionnée par un certain nombre de contraintes extérieures, principalement les informations, l'argent et le temps. Elle peut alors être cohérente, ce qui est une obligation, mais encore rationnelle, ce qui est une modernité. C'est ce qu'exprime la notion d'opportunité. L'opportunité d'une analyse économique désigne son utilité et sa prise en considération, dans l'usage que les personnes concernées, celles qui exercent un pouvoir, celles qui subissent un pouvoir, ont de connaître ces éléments. L'analyse économique des procès peut donner des mesures pour opérer des choix à ceux qui ont la légitimité de décider.

Il peut s'agir de choix coûteux, par exemple lorsqu'on concentre beaucoup de moyens sur un seul procès et peu sur une série d'autres, car on estime que le premier, par exemple le procès concernant des enfants, le mérite plus que les autres, par exemple ceux concernant des partages de communautés entre époux sans richesses communes effectives. Cela est un choix politique, consistant à préférer les enfants aux biens, cela n'est pas la règle économique en elle-même. L'analyse économique du droit ne s'en mêle pas. C'est parce qu'en France on croit le contraire que celle-ci est très souvent critiquée. Mais c'est le politique qui opère les choix de valeurs, mandaté en cela par le corps social, par exemple dans le coût des garanties fondamentales, notamment les droits de la défense, lorsque ceux-ci ne convergent plus avec l'efficacité du procès¹⁷.

En effet, de telles analyses sont peu fréquentes, pour des raisons d'ordre idéologique, qui jettent l'opprobre plus largement sur l'analyse économique du droit. L'analyse économique du droit est usuellement utilisée dans les mœurs nord-américaines, parce que cela offre aux acteurs, contractants, parties, juges, un regard supplémentaire sur un objet précis, accroissant la palette des choix et la lucidité avec laquelle ceux-ci sont opérés. Cela accroît donc la liberté, c'est pourquoi fondamentalement la démarche est libérale, et ce non pas tant par référence à ce qui serait un modèle de marché s'insinuant en toutes choses, même dans les garanties fondamentales de procédure, comme le principe du contradictoire, mécanisme coûteux mais bien plutôt en ce qu'il éclaire le juge, comme le disait déjà le droit

16. E. ENRIQUEZ, *De la horde à l'État*, coll. Connaissance de l'inconscient, Gallimard, 1988, reprint coll. Folio, 2003.

17. Il ne convient de poser leur poser comme un postulat car par exemple la technique du débat, rattaché au contradictoire, et caractéristique du procès civil est, comme on le développera, un moyen économe d'organiser les procès. Sur cette problématique, v. G. CANIVET, « Économie de la justice et procès équitable », *JCP* 2002, I, 361.

romain et lui permet une décision davantage pesée et donc plus rationnelle, moins ignorante et donc plus libre.

Cela ne reflète pas un système de valeurs, si l'on veut bien s'en tenir à l'analyse économique du droit dite « positive », telle que Richard Posner¹⁸ la travaille, offrant à ces personnes un accès à des informations qu'ils ne peuvent avoir systématiquement par eux-mêmes. Cela aboutit souvent à des procédures contradictoires et accusatoires car le juge est aidé par le désir de chaque partie de battre l'autre en produisant des preuves contre l'adversaire. Si les parties sont d'égale puissance financière, pour payer des avocats et des détectives notamment, la procédure accusatoire est plus économe puisque le travail du juge est préparé par l'agressif débat entre les parties.

Ainsi, le procès civil traditionnel, construit sur le modèle accusatoire, serait le plus conforme à l'analyse économique du droit. Mais un procès postule l'égalité des parties. Dans le droit moderne, de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme et du Code de procédure civile ayant résulté de l'écriture motulskienne de 1972, le droit européen a pris en considération que les parties égales en droit ne le sont pas en fait. Donner pleine force au principe dispositif, c'est lâcher la puissance de fait d'une partie comme un fauve légal sur l'autre, sous le regard d'un juge tenu par sa passivité.

Ainsi, contrairement à la société civile qui se contente encore d'une égalité en droit, posée par la Déclaration des droits de l'Homme et gardée par le Conseil constitutionnel, le droit exigea plus à travers l'égalité de fait dans le procès. Comme le procès est poreux à la situation économique des parties, et que celui qui peut être conseillé efficacement accroît singulièrement ses chances de gagner, il était efficace de transférer la menée de la procédure sur le juge, y compris dans le procès civil, en déconnexion des droits subjectifs civils dont les parties continuent d'avoir la libre disposition. Ainsi, le procès civil devient inquisitoire, par la volonté politique de le rendre plus juste.

Si les critiques pleuvent en France contre l'analyse économique du droit, en ce qu'elle serait le signe d'un rétrécissement des perspectives et la perte des valeurs, notamment morales ou sociales, qui doivent être reflétées, conservées, promues par le droit¹⁹, cela tient sans doute à ce qu'elles visent l'analyse économique non plus simplement positive mais normative, celle qui prétend poser le droit comme

18. Sur la description de son œuvre, v. par ex. S. HARNAY et A. MARCIANO, *Richard Posner, Droit et économie*, coll. Le bien commun, Michalon, 2003. Cet auteur, juge, n'a pourtant pas en tant que tels étudié les procès, mais plutôt les relations sociales que l'on peut considérer comme justes, comme le fait John Rawls dans sa théorie de la justice. Il utilise certes à cette fin l'analyse économique mais la notion de « justice » est pris dans son sens philosophique et non pas technique (*The economics of Justice*, Harvard University Press, 1981). C'est un ouvrage plus récent qui analyse davantage les processus juridictionnels, à travers notamment les règles procédurales nord-américaines (*How judges think*, Harvard University Press, 2008).

19. V. par ex. le cycle de conférences de philosophie du droit organisé en 2009 par l'Institut des Hautes Études sur la Justice, sous la direction d'Antoine GARAPON et Julien HUBRECHT, *Efficacité, stratégie, sécurité : un modèle de justice néolibérale?* et notamment l'intervention de Jean-Paul JEAN. V. aussi Th. KIRAT et E. SERVERIN, « L'allocation des moyens en fonction de la performance : les limites du modèle de régulation issu de la LOLF pour le financement et l'administration de la justice », in *Annales de la Régulation*, vol. 2, 2009, Institut André Tunc, p. 59-78.

un produit, auquel devrait correspondre efficacement un juste prix et pour laquelle à tout peut correspondre un prix, par exemple un enfant ou un délit²⁰. La référence implicite et nécessaire est alors celle du marché, contrairement à l'analyse économique simplement descriptive qui n'y recourt pas et n'y oblige donc pas le droit pour les branches extérieures au droit du marché, comme l'est le droit des procès.

En effet, l'analyse économique du droit ne doit pas donner les solutions et les observations qu'elle produit par ses mesures, notamment l'effet des contraintes financières sur l'organisation des procès, ne sont pas productives en elles-mêmes de solutions. Il ne convient pas qu'elle se prétende normative, car au nom de quoi pourrait-elle le faire? Sa légitimité ne peut tenir que dans sa modestie, celle-là même qui caractérise le savant. Elle se contente de fournir des mesures, parmi d'autres types de mesures, notamment sociologiques (par exemple la représentation que le législateur et le juge se font de la résolution des conflits dans l'entreprise) ou psychologiques (par exemple la représentation que le juge du divorce se fait de l'intérêt de l'enfant, critère dont la prise en considération est imposée par la loi, ce qui conduisit à l'éventuelle audition de celui-ci, alors même qu'il est techniquement tiers à la procédure), et éclaire des choix faits par d'autres. Max Weber s'est évertué à montrer la différence entre le scientifique et le politique. Ne pourrait-on pas faire ce crédit à l'analyse économique du droit d'être dans le premier monde et non dans le second?

Ce qu'il conviendrait de sortir de notre esprit est cette image de la femme aux yeux bandés comme expression de la justice idéale en ce qu'elle est impartiale. On en déduit par une ellipse trompeuse que la justice doit se fermer aux considérations extérieures, notamment économiques. L'impartialité, cette fermeture volontaire des yeux, ne concerne que le rapport entre le juge et les parties, et l'absence de préjugés particuliers sur les cas particuliers. Cela n'interdit en rien la considération du système économique et social, notamment pas les effets collectifs de l'acte particulier de juger, ou d'amener au jugement par la procédure, bref l'effet systémique des procès que le juge lui-même doit prendre en considération, notamment lorsqu'il est dans un contentieux de masse, par exemple lorsqu'en filigrane du procès particulier tous les consommateurs ou tous les investisseurs sont concernés.

Dans un monde désormais globalisé, c'est-à-dire sans autre frontière que lui-même, la justice doit au contraire avoir les yeux grands ouverts. En cela, les juges peuvent être à la fois humains et rationnels, ce qui est leur devoir et ce que l'impartialité exprime²¹. Cela est encore plus vrai pour la justice que, par exemple, pour les décisions politiques. Les décisions juridictionnelles ne sont pas de portée individuelles, malgré ce que l'on raconte aux étudiants débutants que l'on berne

20. Cela explique aussi sans doute les réactions françaises très négatives aux rapports annuels de la Banque mondiale, *Doing Business*. V. par ex. Ass. Capitant, *Les droits de tradition civiliste en question. À propos des rapports Doing Business de la Banque mondiale*, Société de législation comparée, 2006. Pour une approche plus nuancée, approuvant le principe mais formulant des critiques de méthodologie, v. G. CANIVET, M.-A. FRISON-ROCHE et M. KLEIN (dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, coll. Droit et Économie, LGDJ, 2005.

21. Sur cette articulation, v. M.-A. FRISON-ROCHE, « L'accès à un tribunal impartial », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, Th. REVET (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 16^e éd., Dalloz, 2010, n^o 638-667.

avec l'article 5 du Code civil, dès l'instant qu'elles ont le statut d'information pour les tiers, ce par quoi on peut définir l'arrêt de principe.

Or, les comportements juridiques sont des informations pour les personnes, et ce d'autant plus qu'elles y accordent crédit, c'est-à-dire qu'elles anticipent la reprise d'un comportement procédural ou processuel analogue dans le futur. C'est pourquoi le Doyen Carbonnier, sans s'embarrasser pendant de longues pages de savoir si la jurisprudence est ou n'est pas une source du droit, sujet de dissertation pour les gamins, affirme qu'il suffit que le juge, et la jurisprudence donc, soit une autorité²².

Si nous admettons que l'activité de justice gagne à être rationnelle, que notamment l'obligation de motivation exprime dans le même temps la trace du contradictoire dans le procès et la rationalité de la décision²³, alors il convient que toute analyse soit prise en considération, ne serait-ce que pour être mieux rejetée, au nom d'une préférence faite en faveur d'un autre système de normes, par exemple morales, ou de choix politiques pour le groupe social.

Ainsi, non seulement l'analyse économique du droit, qui ne prétend pas être normative, n'est pas une intrusion en tant que telle dans l'espace juridique, pas plus que ne l'est la sociologie du droit, mais elle prétend avoir pour effet de faire ressortir plus nettement ce qui relève de la volonté de celui qui décide, ou de la volonté de celui qui obéit en appliquant, par rapport à des mouvements rationnels de contexte, par exemple la création d'une offre lorsqu'il existe une demande. Si le droit exige qu'une telle rencontre ne doit pas avoir lieu, par exemple parce qu'elle concerne l'enfant le quel ne doit pas être marchandise, alors le pouvoir normatif du droit de choisir peut intervenir et prévaloir par sa seule expression, alors que l'analyse économique du droit, de rang second, n'est qu'un argument qui suppose la rationalité de celui qui en prend connaissance et laisse intacte la puissance de choix de celui-ci. Ainsi, le droit est d'autant plus libre et rationnel qu'il donne crédit à cette analyse indifférente, parce que simplement positive, que l'économie fait du droit.

Après ces propos généraux, nécessaires en raison de la réticence continentale, et plus encore française concernant l'analyse économique du droit²⁴, il convient de la confronter plus directement au mécanisme des procédures. Tout d'abord, il faut opérer la distinction essentielle entre les procédures et les jugements, souvent présentés comme la simple succession dans le temps d'un processus en deux phases, alors que l'analyse économique des procès n'est pas la même que celle des jugements et permet d'affiner le maniement des outils procéduraux, indépendamment des jugements qui peuvent s'en suivre, même s'il est vrai qu'il est encore plus difficile d'avoir des informations fiables et fines sur les procédures que sur les procès (Section 1).

Après cette distinction, et dialectique à opérer par l'analyse économique entre procédure et jugement, il convient par ailleurs de mesurer s'il y a ou non des

22. V. aussi et not. Cl. BONTEMS, *Le juge, une figure d'autorité*, L'Harmattan, 1996.

23. *La motivation*, 3^e journée nationale de l'Association Capitant, LGDJ, 2000.

24. A. SUPPIOT, *L'Homo Juridicus*, Le Seuil, 2005 ; *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Le Seuil, 2010.

points de contact entre l'analyse économique et les procès civils, en tant qu'ils se distinguent des procès pénaux et administratifs. En effet, les procédures mettent face à face des personnes, y compris le juge, ayant des stratégies, la plus facilement identifiable étant celle de gagner. C'est le but recherché par la partie dans un procès civil. Dès lors, la partie au procès a la même structure de comportement que celle usuellement maniée par l'analyse économique : un agent stratège qui recherche la satisfaction de son intérêt personnel. Le principe dispositif, par lequel la partie au procès dispose de l'organisation du procès et de la façon dont elle revendique ses droits, ainsi que le principe accusatoire, par lequel le procès civil trouve son contour par les demandes, inversées l'une à l'autre, des parties et affrontés dans un débat, principes traditionnellement caractéristique du procès civil, sont dans ce sens. L'intérêt du juge dans le procès civil, si l'on veut bien admettre que le procès, même civil, n'est pas une diade (entre les seules parties) mais une triade (dont le juge est la pointe, parfois prédominante) est plus difficile à identifier (Section 2).

Section 1

L'ANALYSE ÉCONOMIQUE PROPRE À LA PROCÉDURE, VIS-À-VIS DU JUGEMENT

De la même façon qu'il ne faut pas confondre le droit subjectif substantiel et le procès, parcours parfois obligé par lequel il est défendu par la personne²⁵, il ne faut pas confondre le procès qui débute par la demande en justice et le jugement qui en constitue la clôture et n'en fait pas à proprement parler partie (§1). Ce point de principe étant posé, il convient de garder à l'esprit que l'observation est limitée par la difficulté à avoir des informations sur les procès civils, leur ampleur, leur déroulement, ce qui conduit l'analyse économique à se laisser aller à une abstraction parfois dommageable (§2).

§1. - La pertinence de l'isolement de la procédure par rapport au jugement

Lorsqu'existe la perspective d'un jugement, celui-ci ne peut qu'être précédé d'une procédure, qui exprime les droits des parties à faire valoir leur allégation et à construire un édifice de faits, éventuellement soutenu par des règles de droit, pour emporter l'adhésion de la juridiction. Un procès, de quelque nature qu'il soit, ne peut se passer de ce luxe nécessaire, les droits de la défense et le principe du contradictoire visant depuis le droit romain avant tout à préserver les intérêts des parties et à instruire le juge, non seulement grâce aux discours intrinsèques des parties mais grâce à leur confrontation.

25. V. *supra*.

Mais l'inverse n'est pas vrai. En effet, il peut arriver que débute une procédure et que celle-ci n'aboutisse pas à un jugement tranchant le différent, pour des raisons techniques, par exemple une prescription, une radiation, etc. On conçoit trop souvent la procédure comme un préalable, qui ne vaut pas en soi, alors que le jugement n'est qu'un instant, entre tout ce long temps de préparation et l'espoir d'une exécution effective, comme l'a souligné la Cour européenne des droits de l'Homme. Ainsi, si la procédure n'aboutit pas à un jugement, ou si elle met longtemps à y parvenir, le système juridictionnel serait « inefficace » et il conviendrait d'y remédier²⁶. Mais ce postulat, comme nous le verrons, peut être remis en cause dans bien des cas, si le jugement aggrave l'état des relations sociales en cause dans le procès.

La Cour de cassation elle-même dissocie parfois mal procédure et jugement; ainsi, dans un arrêt du 3 décembre 1980²⁷, sa Première chambre civile a posé qu'il n'était pas possible de condamner une partie pour abus du droit de saisir un juge, puisque celui-ci avait reconnu dans l'examen de sa prétention qu'elle avait le droit pour lui. On peut au contraire estimer qu'une partie peut avoir raison quant au fond et tort dans l'usage du pouvoir procédural de déclencher une procédure²⁸.

Plus encore, la procédure peut n'avoir pas pour fonction d'aboutir à un jugement. Par exemple, et à l'inverse, la procédure peut avoir pour objet de dissuader les parties d'espérer même un jugement. Si l'on veut éviter ce qui a été désigné comme le « spectre de la société contentieuse »²⁹, notamment parce qu'elle offre aux avocats, poussés par leur mode de rémunération, à juridictionnaliser toute situation, effaçant ainsi d'autres modes sociaux de régulation comme l'obéissance hiérarchique ou à des codes d'honneur, etc., il faut que la procédure n'aboutisse pas.

Pour les légalistes, auxquels le Doyen Carbonnier appartient, la justice doit avoir pour fonction de dissuader les personnes d'entamer un procès. C'est pourquoi le juge doit être éloigné du justiciable, et la création des juges de proximité devrait être critiquée. Dans un tel cas, l'outil contractuel et de marché de l'assurance de dommage fait l'économie du procès, et l'on se souviendra que les premières analyses économiques du droit, menées notamment par Ronald Coase, portaient sur cette hypothèse d'une victime qui résout la difficulté qui l'oppose au responsable par le recours à l'assurance, c'est-à-dire au marché, et non pas au procès³⁰. La loi Badinter visant à une indemnisation efficace et opportune des accidentés de la circulation a suivi en 1985 le même raisonnement, en faisant précéder le procès par l'indemnisation, ce qui dissuade la victime, déjà financièrement restaurée, de faire un procès.

Dès lors, l'analyse économique des procès doit nous fournir le coût des procédures, et son caractère élevé peut être politiquement un avantage ou un inconvénient. C'est alors aux politiques de décider si ce coût, à supposer qu'il soit élevé, est

26. V. par ex. BRUNO DEFFAINS et M. DORLAT-DUBAN, « Équilibre et régulation du marché de la justice. Délais versus prix », *Revue économique*, 2001, vol. 52, n° 5, p. 949-976.

27. V. *supra*.

28. Sur l'articulation entre le droit processuel et le droit substantiel en cause, v. *supra*.

29. L. CADIET, « Le spectre de la société contentieuse », in *Droit civil, procédure civile, linguistique juridique, Mélanges Gérard Cornu*, PUF, 1994, pp. 29-50.

30. R. COASE, *Le coût du droit*, trad. franç. Y. M. Morissette, coll. Droit et société, PUF, 2000.

une difficulté sociale ou non, si elle est une difficulté commune à tous les justiciables (auquel cas la justice doit être gratuite, ou l'aide juridictionnelle devenir un droit lié aux capacités économiques de l'intéressé)³¹ ou non (auquel cas il faut organiser un système d'assurance), etc. De la même façon, c'est aux acteurs politiques légitimes de décider si cette barrière économique qui éloigne le juge du justiciable est un fait social condamnable ou non, auquel cas il fera ou non construire des « palais de justice » dans le centre des villes, ou bien des immeubles ordinaires à proximité de chacun, parce que la notion de « juge de proximité » aura été acceptée.

Cela n'est pas l'affaire de l'analyse économique, parce qu'elle ne prétend pas être normative et encore moins se substituer au contrat social, mais elle peut éclairer le politique dans de tels choix. Ainsi, l'économie mettant ses analyses sur le terrain de l'efficacité, pourra montrer qu'est plus efficace une procédure qui n'aboutit à aucun jugement.

Cela pourra tenir à la décision politique selon laquelle il ne faut pas de « petits litiges », par exemple utiliser la lourde et coûteuse machine juridictionnelle pour un « petit achat » d'un objet de 100 euros qui ne fonctionne pas alors que le procès coûte à la collectivité 1 000 euros. C'est ce qu'avait posé le droit romain à travers l'adage *De minimis non curat Praetor*. Le législateur fit le choix contraire à travers le droit de la consommation, ouvrant donc le système juridique, dont le contribuable porte la charge, aux petits litiges³².

Cela pourra encore se justifier parce que la matière incite à l'apaisement, et que les jugements attisent souvent les ressentiments, puisque le juge tranche. La mise en état n'aura plus alors comme but nécessaire le jugement mais par exemple un règlement amiable, servi parce qu'on a désigné avec pertinence la « déformalisation de la procédure », ce qui rapproche le juge d'un *manager*³³. D'une façon plus générale, n'oublions que cette statue trompeuse au bandeau sur les yeux tient également un glaive à la main et l'article 12 du Code de procédure civile reprend l'idée selon laquelle « le juge tranche ». Si le pouvoir politique veut éviter cette exacerbation du litige par le jugement, qui ne le résout qu'en droit mais l'accroît en fait, alors il faudra que la procédure n'aboutisse à aucun jugement. L'analyse économique des médiations reste encore à faire. Elle a prospéré aux États-Unis et au Canada.

Ainsi, lorsque certaines analyses économiques du droit posent comme principe qu'un procès aboutissant rapidement à un jugement est de valeur supérieure, c'est faire preuve de peu de nuance, faute de distinguer selon les types de contentieux civils. En effet, une procédure qui s'enlise permet aussi aux esprits des parties de reprendre contrôle d'eux-mêmes, par exemple au couple parental de se reconstituer malgré la destruction du couple conjugal, parce qu'on ne sera jamais arrivé au

31. M. DORIAT-DUBAN, Analyse économique de l'accès à la justice, *Revue Internationale de Droit Économique*, 2001, n° 1, p. 77-100.

32. J. CARBONNIER, *De minimis, Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, 1981, pp. 29-37. Voir cependant J.-Cl. MAGENDIE et J.-Fr. THONY, *Célérité et Qualité de la justice : les conciliateurs de justices*, 2010.

33. L. CADIEU, *Case Management* judiciaire et déformalisation de la procédure, *Revue française d'administration publique*, n° 125, 2008, pp. 133-150.

temps du jugement dans lequel il aurait fallu dire qui était fautif et qui était innocent, qui avait gagné, obstacle à la relation parentale.

De la même façon, que penser du bégayement de procédure, à savoir l'appel, la procédure d'après le jugement ? À première vue, elle ne doit pas être favorisée car elle est par nature coûteuse, puisque le travail a déjà été fait en première instance. L'analyse économique du droit conduira à soutenir qu'il est légitime de limiter l'appel (puisque le litige a déjà été étudié avec toutes les garanties de procédures une première fois), opportun (puisque l'on déshabille l'appel pour récupérer les budgets qu'on peut réinjecter par exemple dans les procès de première instance ainsi vite et mieux menés), et efficace de ce fait.

L'évolution du droit positif a été fortement dans ce sens, en facilitant le caractère immédiatement exécutoire des jugements civils, en posant l'exécution des arrêts pourtant frappés de pourvoi, en obligeant l'acte d'appel à contenir le cœur de la critique faite du jugement. Plus encore, les moyens nouveaux n'étant plus recevables, sauf s'ils correspondent à des faits nouveaux, le droit en est revenu à la conception de l'appel-réformation, délaissant celle de l'appel-voie d'achèvement. Ainsi, l'appel n'est pas un *continuum* de la première instance, se rapprochant davantage de sa rapide révision.

Des auteurs ont pu y voir une atteinte au droit processuel d'appel, par considération directe de contraintes matérielles qui ne pourraient à elles seules le justifier³⁴. Que le budget de l'État accroisse donc son déficit pour augmenter les moyens des cours d'appel.

Mais si le droit de saisir un juge est un droit fondamental est un droit fondamental, le premier des droits, le droit d'en saisir un second, selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel³⁵ ne l'est pas (et pourquoi pas un appel circulaire enchaînant appel sur appel, entre les cours d'appel, car pourquoi celui qui juge en second jugerait mieux que le premier ou un hypothétique troisième juge ?). Ne faudrait-il pas, comme dans les procédures collectives ou les arbitrages dans lesquelles les parties disposant de leurs droits effacer l'appel ordinaire du système juridique, pour ne laisser subsister que l'appel-nullité ? Le droit positif a été moins radical, en restreignant simplement l'appel civil à n'être plus que la répétition de la première instance³⁶.

Mais pour qu'il y ait une analyse économique des procès civils, encore faut-il disposer des données adéquates.

34. V. par ex. N. BANDRAC, « L'action en justice, droit fondamental », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges Roger Perrot*, Dalloz, 1996, pp.1-17. Par corrélation, l'aide juridictionnelle, dont le coût repose sur les finances publiques, serait un droit fondamental dont l'État a la charge de la concrétisation (G. MARCHESINI, « Le droit à l'aide juridictionnelle. Réflexion sur l'effectivité d'un droit fondamental », *Revue de recherche juridique*, 2003, n° 1, pp. 77-94).

35. *Justice et double degré de juridiction*, revue *Justices*, Dalloz, 1996, n° 4, spéc. la contribution de Nicolas MOLPÉSSIS, « La protection constitutionnelle », pp. 17-33.

36. Dans ce mouvement, les réflexions du Premier Président Jean-Claude Magendie ont joué un grand rôle. V. notamment *Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès*, Rapport au garde des Sceaux, La Documentation française, 2004, ainsi que *Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel*, Rapport au garde des Sceaux, La Documentation française, 2008.

§2. – La difficulté à disposer d'informations économiques sur les procès civils

En effet, comment l'économie va-t-elle appréhender le coût d'accès à la justice ? Le plus souvent, les chercheurs y procèdent par sondage, ce qui n'est pas très satisfaisant³⁷. Connaître le nombre des procès ne suffit pas, pas plus que mesurer le nombre de personnes qui travaillent autour de l'activité juridictionnelle ne fournit en lui-même le coût global des procès. Se reposer sur un faible pourcentage de recours contre les décisions juridictionnelles étudiées, critère pris notamment par la LOLF, est également une erreur, car cela n'est pas nécessairement gage de qualité de la décision, mais effet de lassitude, de manque d'argent ou de connaissance juridique.

L'analyse économique le fera à travers des éléments épars, notamment le coût des accès subventionnés par l'État à travers l'aide juridictionnelle, ou bien, si les informations sont disponibles, à travers les montants maniés par les compagnies d'assurances qui connaissent, voire contrôlent, les honoraires des avocats, et enfin à travers les coûts administratifs d'accès, les émoluments, dépens et débours que l'institution continue de prélever sur chaque procès, malgré la réforme de 1972.

Encore faudrait-il mettre en contrepoint l'argent que les parties ont obtenu grâce à un procès et que leur adversaire ne leur aurait pas donné par un autre moyen. De la même façon, il faudrait comptabiliser le découragement que l'obstacle de la procédure édifie face à une personne, ne débutant pas même un procès qui aurait abouti pourtant à sa satisfaction. Puisque les indices de développement économiques construits, par exemple par la Banque mondiale, incluent ce type de bien-être, il faudrait donc les considérer, ce qui n'est pas fait. Plus encore, les honoraires des prestataires, et en premier lieu des avocats, n'apparaissent pas, sauf s'il y a contestation devant le Premier Président de la cour d'appel, ou que des rouages étatiques y suppléent, essentiellement à travers l'aide juridictionnelle. Dès lors, une immense partie des coûts des procès n'est pas mesurée.

Il ne convient pas immédiatement d'en conclure que l'analyse économique, bien que légitime puisqu'elle ne se substitue pas aux choix sociaux et politiques, opportunes puisqu'elle éclaire ceux qui prennent ces choix, est néanmoins inefficace puisqu'elle n'arrive pas à prendre en compte l'ensemble des coûts et n'opère d'ailleurs pas de distinction entre les divers contentieux. Cela conduit simplement l'analyse économique à être modeste, puisqu'elle n'embrasse pas l'ensemble des données et ne restitue pas l'état du monde à ceux qui décident, simplement une partie de cet état.

Les procès sont donc assez opaques et en cela résistent à l'analyse économique du droit. Nous avons vu qu'au cœur du système, se tient le mystère des honoraires des avocats et autres professions judiciaires, en ce que le monde du procès ne peut

37. V. par ex. pour l'appréciation des délais de procédure, l'étude de S. DJANKOV, R. LA PORTA, F. LOPEZ-DE-SILANES et A. SHLEIFER, *Quarterly Journal of Economics*, 2003, vol. 118, pp. 453-517.

se réduire à un marché de la prestation, ce qui empêche l'information sur les prix. Les notes d'honoraires sont le plus souvent émises après la prestation et le client ne connaît pas *ex ante* ce qu'il devra payer.

En outre, les procès sont mis en masse et l'analyse économique mêle non seulement les types de contentieux, mais encore ne précise pas l'enjeu économique et systémique d'un contentieux. Comme cela a été souvent reproché à l'analyse économique, tout phénomène isolé veut « 1 », à l'identique de son voisin, l'addition étant censée donner une image de l'ensemble, alors que les procès ne mettent pas en cause les mêmes montants et que l'ensemble d'un contentieux par exemple le contentieux social ou le contentieux du divorce, n'est pas la résultante de cette addition, pas plus qu'on ne peut fondre dans un phénomène général « procès » les relations de famille et les relations de travail, ou celle entre associés par exemple.

Il demeure que si l'analyse économique ne prétend pas se substituer à la décision, elle permet d'éclairer les choix opérés par des personnes légitimes, comme le gouvernement ou les juridictions, sans que cette opportunité occulte ailleurs la difficulté, voire l'impossibilité, à restituer l'intégralité et la finesse des situations. Mais quelle science pourrait soutenir qu'elle y parvient, autrement que par l'assèchement de l'algèbre? Cette définition cartésienne de la science, consistant à traduire le monde en chiffres, grâce à la prévalence des mathématiques, d'ailleurs aujourd'hui première dans la science économique, est trop abstraite. C'est là où les juristes peuvent aider les économistes dans l'analyse que ceux-ci font du droit, en donnant à celle-ci plus de chair, c'est-à-dire en décompactant le chiffrage des divers contentieux, des diverses procédures, des divers stades de procédure.

Si l'on peut ici estimer que l'analyse économique est, sous ces conditions, légitime, opportune et efficace, tant qu'elle demeure à sa place, modestement positive, et autolimitant l'abstraction qu'elle fait subir à la diversité des contentieux réels, il convient de montrer qu'elle convient particulièrement bien aux procès civils.

En effet, il est souvent affirmé que, par une sorte de mimétisme entre l'instrument et l'objet, c'est le droit économique qui se prête le mieux à l'analyse économique. Il est vrai que l'on se trouve moins sur la défensive lorsque, par exemple, l'analyse économique s'applique au droit de la concurrence ou au droit de la régulation, par exemple l'efficacité économique d'un monopole étant elle-même devenue une question juridique afin que le monopole en cause soit supporté par le droit de la concurrence.

Mais l'instrument et l'objet n'ont pas besoin d'être de même nature pour qu'une application de l'analyse économique du droit puisse être faite, dès l'instant qu'elle demeure modeste selon la définition précitée. Il faut mais il suffit qu'il n'existe pas un rapport répulsif. Par exemple, l'analyse économique montre qu'il est moins coûteux d'exécuter des personnes soupçonnées, y compris parmi elles quelques innocents, ce qui résout également les difficultés liées à la récidive, à la gestion pénitentiaire, à la mise des procédures même sous forme de pantomime, etc.

Mais en premier lieu, précisément le politique opère les choix et fait prévaloir

des valeurs, par exemple qu'il est plus grave de condamner un innocent que de libérer un coupable, que les coûteux droits de la défense sont les privilèges accordés y compris à des criminels avérés, etc. Il est souvent observé que la situation nord-américaine doit être à juste titre souvent critiquée en matière pénale, car beaucoup d'exécutés dont on apprend l'innocence ultérieurement étaient pauvres mais cela a pour source des problèmes de procédure, notamment sa nature accusatoire³⁸, et ne provient pas d'une conception économique du droit.

Section 2

LES POINTS DE CONTACT ENTRE ANALYSE ÉCONOMIQUE ET PROCÈS CIVILS

La dernière question qui apparaît dans cette étude qui n'est elle-même qu'un préalable à des articles suivants plus précis, consiste à se demander quels sont les points de contacts, pour emprunter cette image au droit international privé, entre l'analyse économique du droit et le procès en tant qu'il est civil et non pas pénal ou administratif. Un juriste de tradition française et classique posera que la procédure civile se caractérise par le principe accusatoire. Cette figure du procès civil jouxte une certaine analyse économique (§1). Aujourd'hui, ce principe accusatoire, qui construit le débat autour des demandes des parties qui s'opposent dans un débat est en recul au bénéfice du principe inquisitoire, qui donne au juge le pouvoir de rechercher les preuves et de mener le procès. Il demeure que dans un procès civil, les parties restent maîtresses du droit substantiel qu'elles évoquent, principe dispositif que l'analyse économique saisit à travers la théorie des jeux (§2).

§1. - Analyse économique, procès civil et principe accusatoire

Comme il a été rapidement posé plus haut³⁹, la procédure civile, en ce qu'elle est accusatoire, se prête à une analyse économique distincte de celle des procès répressifs ou administratifs. Sur ce point, les études menées par les professeurs Bruno Deffains, Dominique Demougin et Claude Fluet, qui prennent pour objet l'analyse économique comparée du principe accusatoire par rapport au principe inquisitoire, sont particulièrement intéressantes⁴⁰. Sur le terrain du droit, le principe accusatoire s'impose tout d'abord que les parties déterminent elles-mêmes l'objet du litige et l'on a pu dire que le procès débute donc par un accord, celui

38. V. *supra*.

39. V. *infra*.

40. Économie des procédures judiciaires, *Revue économique*, 2007/6, vol. 58, p. 1265-1290. Une place centrale y est faite aux questions de preuve. Les auteurs analysent l'efficacité économique du principe accusatoire plutôt à travers la grille de lecture de l'opposition entre système de *civil Law* et de *Common Law*, mais elle garde sa pertinence en elle-même.

portant sur les termes de l'affrontement. Ainsi, le procès a pour modèle le contrat, les parties s'accordant sur l'objet de la dispute. On peut prendre le cas simple et très souvent étudié, de celui qui se prétend victime et demande réparation, attirant devant le juge une personne qui prétend n'être pas responsable et pour cela se refuse à payer.

Plus encore, le principe accusatoire pose comme méthode tout au long de la procédure le débat, parce qu'il consiste, prolongeant la façon dont s'est ouvert le procès, à s'affronter en s'opposant, à articuler au moins deux thèses adverses et à les soutenir, en apportant preuves et arguments. À la fin du jeu, le juge qui a contemplé le duel, gage de son impartialité, en quelque sorte compte les points et, tranchant, donne raison à celui qui a le droit pour lui et a su l'en convaincre.

Dans une telle configuration, le procès civil se distingue du procès pénal ou administratif, en ce qu'il coûte moins à l'État. En effet, le procès pénal est principalement construit sur le modèle inquisitoire qui, tout à la fois, donne au Ministère public, composé de magistrats, le poids de poursuite et de recherche des preuves, la police, organe de l'État, aidant à cela. La charge de la preuve repose par nature sur le Ministère public, en raison de la présomption d'innocence. Le déroulé de l'instance repose sur les juges, au stade du jugement par la menée de l'audience, au stade de la mise en état, par le très caractéristique juge d'instruction. Le tableau est moins net concernant le procès administratif, puisque le demandeur peut être soit l'administré, soit l'administration, mais dans le déroulé de l'instance, le tribunal administratif est actif et le contentieux administratif organise de nombreuses obligations de prouver à la charge de l'administration, alors même qu'elle est en défense.

Dès lors, on peut penser qu'un procès, parce qu'il est civil et en cela lié au principe de l'accusatoire, est moins coûteux pour l'État, le coût reposant sur les parties qui endurent les honoraires des avocats. Ainsi, la structure des dépenses n'est pas la même et par exemple ce qui a été désigné comme la « civilisation du droit de la concurrence » consistant à ouvrir plus largement le procès aux victimes et à leur prétention à obtenir réparation, est un allègement de coût pour les systèmes étatiques. En cela, des économistes ont pu estimer que le système accusatoire était plus efficace car, par d'une part la menée du procès par le juge leur transfère à leur charge le coût de celui-ci et d'autre part le risque d'une décision erronée rendue par le juge est écarté par le fait même que, dans un débat contradictoire, les deux parties s'affrontent et cherchent à détruire la thèse de l'autre en démontrant sa fausseté⁴¹.

Mais l'on retrouve ici ce qui fut développé en prolégomènes de l'étude, le politique peut faire prévaloir d'autres considérations. Ainsi, le principe accusatoire est à la fois économe et juste si les parties sont d'égales puissances et peuvent dépenser autant l'une que l'autre pour s'agresser et construire l'édifice en fait et en droit qui sera l'objet d'un débat que les avocats feront pour elles. Si les parties sont d'inégale force, le principe accusatoire est de ce fait injuste car le moins instruit, le moins

41. V. les multiples références visées par l'excellent article précité de Bruno DEFFAINS, Dominique DEMOUGIN et Claude FLUET, p. 1289 s.

bien conseillé, le moins efficacement représenté, aura un risque plus grand de perdre le procès, alors même qu'il aurait raison en droit. Cela constitue un souci pour l'État, à la fois si le politique se définit lui-même comme une organisation qui pose les règles de vie en société en protégeant davantage les faibles, et en toute hypothèse parce que la règle de droit qu'il a émise, évoquée à raison mais inappliquée en fait par un juge noué par sa passivité.

Ainsi, alors même que le principe accusatoire est économe et se prête en ce sens à une analyse favorable de l'économie, parce que l'analyse économique se doit d'être simplement descriptive et non pas normative⁴², le politique peut renoncer au principe accusatoire dans des procès civils pour que ceux-ci soient justes, ce qui est un choix, et que la légalité soit préservée, ce qui est un devoir.

Ainsi, dans les procès mettant face à face des professionnels et des consommateurs, le juge va devenir davantage actif et des présomptions de comportement non conformes vont d'entrée de jeu renverser la charge de la preuve. Le droit processuel prend alors à sa charge le déséquilibre de fait, ici principalement le déséquilibre de connaissance des produits et l'inertie que la force des entreprises productrices peut opposer au consommateur isolé. Il en est de même pour les investisseurs, pour lesquels également la théorie économique des contrats incomplets trouve à s'appliquer. C'est pourquoi le pouvoir politique français songea pour les uns et pour les autres à adopter des actions collectives.

Plus encore, la notion de procès civil est ambiguë car l'ensemble de l'ouvrage dans lequel la présente étude s'insère porte sur les procès qui ne sont ni pénaux, ni administratifs, définition négative, mais incluent des procès qui ne sont pas strictement civils, comme le contentieux des relations de travail. Dans celui-ci, à l'image du droit substantiel en cause⁴³, il s'agit de protéger le salarié contre l'employeur. C'est pourquoi le travail procédural sera transféré sur le juge, notamment le travail probatoire, qui est très coûteux.

L'État arrive à articuler cela avec ses moyens financiers limités en additionnant à cet allègement de charge procédurale au bénéfice du salarié le fait que les juridictions sont spéciales et composées par des représentants des salariés et des employeurs, sorte de prolongement du dialogue social sous forme individualisée et belliqueuse, ne recevant pas de rémunération pour cela. Il en est de même pour les litiges commerciaux, le coût des tribunaux n'étant pas à la charge de l'État. Certes, à propos de ces deux juridictions, on a pu en dresser la critique au regard de la compétence technique et de l'impartialité, mais leur réforme est affaire de choix politique qui pourrait être fait, l'analyse économique pouvant simplement mettre en valeur que le coût de l'inquisitoire a été ici neutralisé par le type d'organisation juridique.

42. *V. supra.*

43. Sur l'idée traditionnelle selon laquelle la procédure est teintée par le droit substantiel, dont elle ne serait qu'une autre forme de concrétisation, *v. supra.*

§2. – Analyse économique, procès civil, principe dispositif et jeu stratégique

Le principe dispositif est lié au principe accusatoire car il exprime la disponibilité que les parties ont de la procédure, prolongement de la disponibilité qu'elles ont de leurs droits substantiels. Elles organisent donc le procès à leur guise, par exemple se mettre d'accord entre elles dans l'organisation de la procédure. À l'inverse, le procès administratif, surtout lorsqu'il s'agit d'un recours objectif remettant en cause la légalité d'un acte, n'admet pas un tel principe, car une personne ne peut disposer de la loi.

Plus encore, le procès pénal exclut le principe dispositif car la violation d'une règle pénale constitue en principe une attaque contre la société tout entière, à propos de laquelle on ne peut négocier, seul le Ministère public, garant non seulement de la légalité, de l'intérêt général, mais encore de l'équilibre social, pouvant par le jeu du fondamental principe de l'opportunité des poursuites, en disposer. Le droit anglais en est resté à cette conception pure d'un procès pénal dans lequel la victime ne peut pas entrer.

Mais, le droit français, par la loi organisant la constitution de partie civile, par la jurisprudence permettant, par l'arrêt *Laurent-Athalin*⁴⁴, à la victime d'ouvrir elle-même le procès pénal alors que le Ministère public n'y procède pas, a conduit à transformer certains procès pénaux en sorte de procès civils, si la victime y a intérêt. Ainsi, la victime qui, dans un procès civil, doit supporter le coût des preuves, notamment des expertises pour lesquelles elle doit payer des provisions alors même que le jugement plus tard lui donnerait raison, va avoir un intérêt économique avéré, si le fait dommageable peut être présenté comme une infraction, à ouvrir de force un procès pénal, dans lequel c'est l'État qui paye tous les frais probatoires.

Ainsi, et paradoxalement⁴⁵, le droit français incite les victimes à déformer les contentieux, puisque la plus efficace façon d'entamer un procès en indemnisation est d'ouvrir un procès pénal, confusion des genres s'il en est, parce que la gratuité de la justice est plus effective au pénal qu'au civil.

Ainsi, l'agent rationnel agira au pénal pour mieux obtenir réparation de son dommage, alors que la réparation des dommages est une règle de droit civil, parce que ce résultat est obtenu à moindre coût. Le droit ne cesse de l'y inciter. En cela, il méconnaît la distinction entre le droit civil et le droit pénal, sauf à admettre que le droit pénal n'est qu'un processus de vengeance, ce qui est une vision régressive de cette branche du droit⁴⁶.

On mesure ici que les parties, lorsqu'elles ont des choix, le principe dispositif le posant comme règle, agissent de façon stratégique, ce que l'analyse économique

44. Crim., 8 décembre 1906, *Bull.* n° 443.

45. Pourtant, l'évolution du droit français ne cesse de faire plus large place à la victime dans le procès pénal. Pour une description détaillée, v. F. AGOSTINI, « Les droits de la partie civile dans le procès pénal », *Rapport annuel de la Cour de cassation 2000*, 2^e partie, La Documentation française, 2001.

46. R. GIRARD, *La violence et le sacré*, Gallimard, 1978.

du droit peut mesurer (par exemple et comme on vient de le voir, en mesurant les actions civiles menées devant les juridictions pénales et les dommages et intérêts obtenus par l'usage de cette voie). Cela correspond au postulat méthodologique de rationalité et de gestion efficace des informations de l'agent, qu'adopte l'analyse économique.

Les parties agissent stratégiquement et font leur arbitrage, par exemple dans un choix entre la satisfaction immédiate ou différée, entre l'usage d'un référé, d'une première instance ou d'une voie de recours. Le procès civil permet plus de stratégie puisque le principe dispositif offre plus de choix, notamment la possibilité pour les adversaires de se réconcilier ou de contracter.

Mais le droit processuel ayant tendance à effacer la distinction entre procédure civile, procédure pénale et contentieux administratif⁴⁷, le principe dispositif a tendance à s'effacer dans le procès civil alors qu'il le caractérisait naguère. Ainsi, le Code de procédure civile pose que le juge mène la procédure, notamment dans sa dimension probatoire, cœur du procès et désormais de son coût si une expertise est nécessaire. La jurisprudence l'a rappelé en posant que le juge civil pouvait s'opposer à un report d'audience sur le principe duquel les deux parties au procès s'étaient accordées, affirmant ainsi tacitement qu'elles ne dirigent pas le procès.

Dès lors, un nouvel acteur stratégique apparaît dans le procès civil, le juge lui-même, sorti de sa passivité, enfin distinguée du principe maintenu d'impartialité. Ce juge très actif qu'est désormais le juge civil dans la procédure⁴⁸ va développer une stratégie. Mais une stratégie ne se conçoit que par rapport à une fin, qui est ici l'office du juge. L'office du juge civil est défini par l'article 12 du Code de procédure civile comme celui de « trancher les litiges », mais l'article 21 lui offre aujourd'hui un perpétuel pouvoir de saisir une opportunité pour réconcilier les parties.

Dès lors, le juge se représente ce que l'analyse économique désigne comme sa « fonction d'utilité », c'est-à-dire ce pour la satisfaction de quoi il agit et mobilise des moyens. Il peut s'agir des fonctions précédemment visées et énoncées par la loi, mais aussi le souci de protéger le faible, d'être en mesure de rendre un jugement juste⁴⁹, de servir son propre intérêt, par exemple en obtenant la considération d'une partie ou en accroissant des perspectives de carrière, ou en se conformant à la représentation qu'il se fait de son propre devoir, par exemple la préservation de la légalité.

Le contenu de la fonction d'utilité guide l'action stratégique et permet de mettre en place des mécanismes d'incitation, conception d'économie cognitive que le législateur, dans un rapport moins hiérarchique et distant par rapport à celui à qui il s'adresse, puisque la coïncidence de la règle avec l'intérêt de celui qui agit résout de ce seul fait la question du respect du droit. Mais l'analyse économique du droit,

47. V. *supra*.

48. Dont on a vu en prolégomènes qu'il fallait la distinguer soigneusement du jugement, sur lequel par définition le juge a toujours eu prise (v. *infra*).

49. M.-A. FRISON-ROCHE, « Le juge et le sentiment de justice », in *Le juge et le droit de l'économie*, Mélanges Pierre Bézard, Petites Affiches/Montchrestien, 2002, pp. 41-53.

qui pose que la personne veut réaliser sa fonction d'utilité, car elle est rationnelle, cohérente et informée, ne va pas plus loin, et ne pose notamment pas normativement qu'elle est ou devrait être la fonction d'utilité des juges, car celle-ci est une « boîte noire », signe de la modestie nécessaire de l'analyse économique du droit⁵⁰, qui fait alors ressortir sa légitimité, opportunité et efficacité, lorsqu'elle porte sur les procès civils en tant qu'ils sont distincts des autres procès, marqués par les principes accusatoires et dispositifs.

50. Sur la distinction essentielle entre l'analyse économique du droit positive et l'analyse économique du droit normative, voir les prolégomènes.