

DROIT ET ÉCONOMIE DU PROCÈS CIVIL

Sous la direction de
DANY COHEN

L.G.D.J

lextenso éditions

La Collection DROIT & ÉCONOMIE

- ABELLO Alexandra, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, 2008.
- AUDIT Mathias, MUIR WATT Horatia et PATAUT Étienne (sous la dir. de), *Conflits de lois et régulation économique*, 2008.
- BONFILS Sébastien, *Le droit des obligations dans l'intermédiation financière*, 2005.
- BOUTHINON-DUMAS Hugues, *Le droit des sociétés cotées et le marché boursier*, 2007.
- CANIVET Guy (sous la dir. de), *La modernisation du droit de la concurrence*, 2005.
- CANIVET Guy, FRISON-ROCHE Marie-Anne et KLEIN Michael (sous la dir. de), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, 2005.
- CHEVALIER Jean-Marie, FRISON-ROCHE Marie-Anne, KEPPLER Jan Horst, NOUMBA UM Paul (sous la dir. de), *Économie et droit de la régulation des infrastructures*, 2008.
- FRISON-ROCHE Marie-Anne, et ABELLO Alexandra (sous la dir. de), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, 2005.
- FRISON-ROCHE Marie-Anne (sous la dir. de), *Concurrence, santé publique, innovation et médicament*, 2010.
- FRISON-ROCHE Marie-Anne (sous la dir. de), *Les banques entre droit et économie*, 2006.
- JAMIN Christophe (sous la dir. de), *Droit et économie des contrats*, 2008.
- LE DOLLEY Erik, *Les concepts émergents en droit des affaires*, 2010.
- MAITRE Grégory, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, 2005.
- PARACHKÉVOVA Irina, *Le pouvoir de l'investisseur professionnel dans la société cotée*, 2005.
- ROYER Guillaume, *L'efficience en droit pénal économique*, 2009.
- SIBONY Anne-Lise, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, 2008.
- VOINOT Denis, *Droit économique des entreprises en difficulté*, 2007.

Retrouvez tous nos titres

Defrénois - Gualino - Joly

LGDJ - Montchrestien

sur notre site

@ www.lextenso-editions.fr



© 2010, LGDJ, Lextenso éditions
33, rue du Mail, 75081 Paris Cedex 02
ISBN : 978-2-275-03596-3
ISSN : 1774-2765

Préface

Si l'analyse économique du droit n'en est déjà plus à ses débuts, si ses apports commencent à se multiplier, les investigations menées pour la mise en place de ce cycle ont montré que la procédure en général et le procès civil en particulier n'avaient presque pas été abordés par les économistes. Ces derniers avaient jusqu'ici concentré leur attention sur les règles de fond, telles que celles qui régissent les contrats ou la propriété intellectuelle.

Ce ne fut à la vérité pas une surprise ; c'est pourtant paradoxal. Si ce qui apparaît aujourd'hui comme une lacune n'est pas surprenant, c'est que procédure rime pour les non-juristes avec aridité, obscurité, contraintes formelles souvent reçues comme rituelles. Cette réputation rebutante de technicité sèche et de prosaïsme ennuyeux, qui certes relève du préjugé, n'explique sans doute pas à elle seule que le monde processuel ait été si faiblement exploré par l'analyse économique.

Le procès est une activité à risque, dont les différents aléas – quant aux délais de jugement, quant au résultat, quant à l'effectivité de la future décision de justice, c'est-à-dire la possibilité d'en obtenir l'exécution – sont souvent mal appréhendés par les agents économiques, parce que difficiles à mesurer.

Comment la montée des questions, maintenant récurrentes, relatives à l'efficacité de la justice, à son coût, à son mode de fonctionnement, voire au caractère approprié de la résolution judiciaire d'un certain nombre de conflits s'articule-t-elle avec le fait, aujourd'hui reconnu, que le procès civil reste de l'instrument de la réalisation – donc la garantie – des droits de chacun, au premier rang desquels les droits fondamentaux, dont, de surcroît, les principes inspirent et irriguent ses règles ?

Quels enseignements l'approche économique de ce phénomène si particulier

qu'est le procès peut-elle apporter aux juristes, plus accoutumés à voir le système de l'intérieur? Quelle est la pertinence et la légitimité d'une telle approche? Pourrait-elle avoir valeur prescriptive et dans l'affirmative jusqu'à quel point? Questions trop amples et trop difficiles pour qu'un cycle de dix paires de conférences puisse prétendre les résoudre; au moins a-t-il tenté d'ouvrir des pistes à la réflexion: chaque fois, l'analyse croisée d'un professeur d'économie et d'un professeur de droit – le second étant appelé à réagir à l'approche économique –, qui auront construit leur travail à partir d'un (ou plusieurs) document(s) commun(s), fut livrée aux remarques et questions des auditeurs.

C'est par choix que le champ de ce cycle fut limité au procès civil. Le procès administratif diffère tant du procès civil – dans ses règles, dans le pouvoir conféré au juge, mais aussi dans son esprit, sa tradition historique et jusque dans la physiologie des espèces contentieuses – que prétendre les appréhender simultanément, comme s'il s'agissait d'un champ d'analyse unique, aurait ôté toute cohérence intellectuelle à l'entreprise. Quant au procès pénal, qui offre à l'analyse économique une matière d'une richesse impressionnante, il constitue à lui seul une problématique distincte et très spécifique, tant par ses enjeux (pour la société comme pour les libertés individuelles) que par ses règles et habitudes propres, ses importantes évolutions récentes, ses caractéristiques sociologiques, son écho dans les médias et l'opinion publique – au point qu'il serait scientifiquement impossible de prétendre lui étendre les analyses et conclusions dégagées à propos du procès civil et réciproquement.

S'agissant du terrain très particulier que constitue le procès civil, l'approche économique offre un avantage considérable, qui est aussi son principal inconvénient et sa limite: la parfaite maîtrise que les juristes processualistes ont de leur matière, la familiarité avec l'institution et son fonctionnement qu'elle engendre chez eux, ont pour corollaire naturel une moindre propension à s'étonner des mécanismes du procès civil. Et si l'on tient l'étonnement pour un catalyseur de la réflexion, on mesure combien l'apport d'un regard extérieur, non initié, peut se révéler précieux; ce que l'accoutumance nous fait trouver banal, normal, se voit soudain questionné sans déférence par l'intrus qu'est l'économiste, nous contraignant à formuler – parfois même à concevoir – les justifications rationnelles auxquelles l'habitude s'était peu à peu substituée.

Pour stimulants qu'ils soient, l'absence d'inhibition et le questionnement inhérents à une connaissance faible ou inexistante des techniques processuelles sur tel ou tel point n'ont cependant pas que des avantages. Intelligemment subversifs lorsque, ne tenant rien pour acquis, ils interrogent, ils peuvent aussi se révéler singulièrement réducteurs¹ si, ne percevant pas les fondements rationnels d'une règle, d'une institution ou d'une manière de procéder, ils ne prennent pas le temps de les rechercher et bondissent à une conclusion.

Ainsi par exemple, l'économiste qui, s'intéressant au délai qu'il faut en pratique à un propriétaire pour obtenir l'expulsion d'un locataire qui ne s'acquitte pas du

1. Voire d'un simplisme effarant comme l'est le rapport « Doing Business » (« Éliminer les obstacles à la croissance ») de la Banque mondiale dans son appréhension (puis appréciation) des règles et mécanismes du procès civil.

loyer, travaillerait uniquement à partir du rôle du tribunal d'instance (puis de la cour d'appel) statuant au fond, parviendrait à un résultat faux parce que ne prenant pas en compte les expulsions prononcées en référé.

Autant dire que sans un minimum de connaissance des mécanismes processuels et des raisons qui les sous-tendent, le danger d'erreur est grand. Aussi fut-il demandé aux économistes et juristes d'œuvrer en concertation lors de la préparation de chaque thème, afin, d'abord, d'éviter aux premiers contresens ou vision incomplète de la réalité, ensuite de donner aux seconds le temps de réfléchir à l'analyse économique proposée, d'y réagir, le cas échéant en objectant. Cette démarche impliquait que l'approche du juriste prît le plus souvent la forme d'une réponse, d'un « à partir de ».

L'impossibilité de s'arrêter dans cette préface sur toutes les communications de ce cycle conduira à n'évoquer que deux exemples de la stimulation intellectuelle que représente ce regard extérieur.

De prime abord, l'analyse économique semble particulièrement appropriée à certains sujets, comme par exemple l'aide juridictionnelle. De fait, la remarquable étude du Professeur Trannoy, mettant en exergue l'efficacité médiocre du système actuel, montre qu'à mise de fonds identique de la part de l'État (300 millions d'euros/an), basculer vers un système assurantiel privé semblable à celui de la protection juridique serait probablement plus efficace – tant pour les justiciables que pour les avocats qui de longue date supportent une partie conséquente du coût du dispositif – ce qui n'allait pas de soi. La réponse non moins brillante du Professeur Jeuland confirme le caractère insatisfaisant du système actuel et l'intérêt d'une approche transdisciplinaire et montre la nécessité d'enrichir le débat par l'inclusion de variables non économiques.

Dans un tout autre ordre d'idées, la question de l'éventuelle introduction en France d'une action de groupe, des conditions de son efficacité, des résultats à escompter selon les formules retenues, montre non une opposition mais une complémentarité de l'approche économique et de l'appréhension de la question par les juristes. Elles concluent clairement, la première à un gain d'efficacité économique par anticipation vertueuse des firmes, la seconde à une effectivité de la loi et un respect des droits de la partie économiquement faible bien plus grands. Et l'on vit le Professeur Demougin proposer, au nom de cette recherche d'efficacité vertueuse, des solutions parfois sensiblement plus hardies que celles auxquelles les juristes peinent à se résigner.

Il n'est pas moins intéressant d'observer, à travers cette communication comme dans plusieurs autres, deux angles de vue complémentaires:

- d'une part l'assimilation, par le discours économique, des objectifs que les juristes assignent à telle règle ou mécanisme processuels, suivie d'une recherche tendant à mesurer si et dans quelles proportions ces objectifs sont atteints, à quel coût et le cas échéant avec quels inconvénients,
- d'autre part un questionnement adressé aux juristes sur les raisons du choix de tel ou tel objectif.

D'une manière générale, on observe que dans les communications de nos collègues économistes, la variable du coût du procès, si classique qu'elle en apparaît triviale, est prise en considération de manière fine et différente (par exemple dans l'étude du Professeur Avenel), tant dans sa réalité (parfois simplifiée cependant) que dans ses implications.

Reste, au-delà des problèmes rencontrés sur tel ou tel point, une triple difficulté sous-jacente. C'est d'abord, chez les économistes, la relative simplicité des modèles (d'ailleurs soulignée par certains des intervenants économistes), laissant parfois l'impression que plusieurs variables, de poids aux yeux des juristes, ne sont pas prises en compte : ainsi par exemple, le comportement si souvent irrationnel du justiciable, tenant, soit à une information et une clairvoyance très largement inférieures à ce que postule le modèle, soit à des affects dont les praticiens observent avec surprise la présence jusque dans le contentieux des affaires ; ainsi encore le fait que l'avocat n'est pas, loin s'en faut, exclusivement mû par l'appât du gain ou le souci de sa réputation.

C'est ensuite, dans la relation juristes-économistes, la délicate question du prix de l'efficacité et de la valeur (y compris économique) qu'il convient d'accorder à des principes ou des impératifs issus de valeurs autour desquelles le corps social se fédère – mais aussi celle de savoir si ces principes sont effectifs ou seulement proclamés.

C'est enfin, chez nous autres professionnels du droit, une hésitation teintée de réticence à accepter des remises en cause issues de raisonnements procédant de logiques parfois fort éloignées des nôtres. Mais cette difficulté, naturelle, n'est pas propre aux juristes...

Dany Cohen

Sommaire

Préface

Dany COHEN, professeur de droit à l'Université Paris XIII
et à Sciences Po XIII

Première partie

L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DE LA PROCÉDURE CIVILE EST-ELLE PERTINENTE ?

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)*..... 3

Deuxième partie

L'ACCÈS AU JUGE

L'accès au juge. Le point de vue du juriste

Serge GUINCHARD, Recteur honoraire des Académies de la Guadeloupe
et de Rennes, professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris 2),
directeur honoraire de l'Institut d'études judiciaires « Pierre Raynaud »,
doyen honoraire de la Faculté de droit de Lyon 25

1. Certains auteurs n'ont pas été à même de remettre leur contribution.

CUSTOS

Troisième partie
L'AIDE JURIDICTIONNELLE

- Aide juridictionnelle : assistance ou assurance ?**
Alain TRANNOY, directeur d'études à l'École des hautes études en sciences sociales (Marseille) et Yves DOUZAN, ingénieur d'études au CNRS..... 41
- L'aide juridictionnelle et l'analyse économique du droit**
Emmanuel JEULAND, professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, directeur du master contentieux des affaires de l'Université Paris I..... 55

Quatrième partie
LA REPRÉSENTATION DES PARTIES EN JUSTICE

- Éléments d'analyse économique de la représentation des parties dans le procès civil**
Éric AVENEL, professeur de sciences économique à l'Université Rennes 1 67

Cinquième partie
LE CONTENTIEUX DE MASSE
(CLASS ACTION, ACTIONS COLLECTIVES)

- Class Action from an Economic Point of view**
Dominique DEMOUGIN, professeur d'économie à l'European Business School de Wiesbaden (Allemagne) 81
- Introduire des actions de groupe en droit français ? Réactions à l'analyse du Pr. Demougin**
Dany COHEN, professeur de droit à l'Université Paris XIII et à Sciences Po 105

Sixième partie
LES MODES ALTERNATIFS
DE RÈGLEMENT DES LITIGES

- Les modes alternatifs de règlement des litiges. Le point de vue de l'économiste**
Jérôme PHILIPPE, économiste, avocat à la Cour d'appel de Paris 121
- Les modes alternatifs de règlement des litiges. Le point de vue du juriste**
Philippe THÉRY, professeur de droit à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) 145

Septième partie
LE TRAITEMENT DES CONTENTIEUX SPÉCIALISÉS

- Principes économiques du traitement des contentieux**
Claude CRAMPES, professeur à l'École d'Économie de Toulouse (TSE, UT 1) 157
- Le traitement des contentieux spécialisés**
Joanna SCHMIDT-SZALEWSKI, professeur de droit à l'Université Robert Schuman (Strasbourg) 167

Huitième partie
LE RISQUE DE LA PREUVE

- Le risque de la preuve. Le point de vue de l'économiste**
Bruno DEFFAINS, professeur agrégé de Sciences économiques, professeur de sciences économiques à l'Université, Paris II Panthéon-Assas, professeur associé à Sciences Po 181
- Le risque de la preuve. Le point de vue du juriste**
Mustapha MEKKI, agrégé des Facultés de droit, professeur à l'Université Paris-Nord (Paris XIII), membre de l'IRDA 195

Neuvième partie
L'EFFICIENCE DES DÉCISIONS DE JUSTICE CIVILE

- L'efficacité des décisions de justice civile**
Pierre CALLÉ, professeur de droit à l'Université de Caen Basse-Normandie 219

Dixième partie
LE TEMPS DE LA PROCÉDURE

- Le temps de la procédure. Une analyse économique**
Saïd SOUAM, professeur d'économie à l'Université Paris XIII (CEPN) et CREST-LEI 233
- Analyse économique et temps du procès**
Soraya AMRANI-MEKKI, agrégée des Facultés de droit, professeur à l'Université de Paris Ouest-Nanterre La Défense, membre du Centre de Droit pénal et de criminologie 249
- Index** 269

PREMIÈRE PARTIE

**L'ANALYSE ÉCONOMIQUE
DE LA PROCÉDURE CIVILE
EST-ELLE PERTINENTE ?**

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 Japiot¹, 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. Drexler, L. Idot 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 le 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. DURJAT-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, *Burdou 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 juxte 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. CANTIVET, « 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, « 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° 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 lequel 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. SUPROT, *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 legalistes, 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. DORIAT-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. CADIET, *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 MOLFESSIS, « 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 édifiait 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 Fluett, 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, attrayant 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 poursuivre et de rechercher 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

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,

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.

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.

DEUXIÈME PARTIE

L'ACCÈS AU JUGE

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

L'accès au juge Le point de vue du juriste

Serge GUINCHARD

Recteur honoraire des Académies de la Guadeloupe et de Rennes
Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)
Directeur honoraire de l'Institut d'études judiciaires « Pierre Raynaud »
Doyen honoraire de la Faculté de droit de Lyon

D'entrée de « jeu », de conférence en tout cas, je dois dire que c'est plus par souci de répondre à une demande amicale et à un défi, que par facilité et par compétence naturelle que j'ai accepté d'intervenir ce soir, avec mon collègue économiste, le Professeur Éric Brousseau¹, sur le thème de l'accès au juge, dans le cadre d'un cycle de conférences consacrées à l'analyse économique de la procédure civile. J'ai même beaucoup hésité avant d'accepter, mon collègue Dany Cohen peut en témoigner. Et cela pour trois raisons que je vous livre car elles éclairent l'optique et le contenu des propos auxquels je me livrerai ensuite :

– *Première raison d'hésitation* : juriste je suis, juriste je reste ! L'économie, je l'avoue humblement, est loin de mes préoccupations quotidiennes de professeur de droit. Certes, comme tout juriste de ma génération, j'ai suivi pendant les deux premières années de mes études juridiques un enseignement d'économie politique ; mais était-ce vraiment de l'initiation à l'économie, au sens où on l'entend ce soir, c'est-à-dire une analyse permettant, par des indicateurs, des objectifs de performance, voire des modèles, d'offrir des outils de décisions politiques ? Je ne le crois pas. Certes, dans une vie antérieure et vécue en parallèle à mon activité d'enseignant-chercheur, j'ai eu en charge la responsabilité des finances de la seconde ville de France et le contrôle de gestion de l'ensemble des services de la Communauté urbaine de Lyon (qui réunissait à l'époque 52 communes), ainsi que celui de toutes les concessions en matière de transports, d'assainissement, d'eau et de voirie. Certes, dans la même vie, j'ai présidé une société d'économie mixte de construction de parkings et, à ce titre, la dimension économique des

1. Certains auteurs n'ont pas été à même de remettre leur contribution.

décisions politiques à prendre ne m'échappait pas. Certes, j'ai administré deux Facultés et deux Académies et la notion de budgets soumis à la fameuse LOLF ne m'est pas étrangère. Mais jamais je n'avais fait la jonction entre cette dimension économique et le champ disciplinaire de mes recherches en droit du procès, plus spécialement en procédure civile, si ce n'est toutefois à travers le coût de la Justice, les obstacles financiers du droit d'accès à un juge et l'aide juridictionnelle, ce qui nous rapproche de notre sujet de notre soir.

– *Deuxième raison d'hésitation* : les analyses économiques du droit sont d'abord le fruit d'échanges intellectuels entre économistes et juristes. Or, ces échanges, nous ne les pratiquons que rarement, pour ne pas dire jamais s'agissant de la majorité d'entre nous. Il y a environ dix ans, lorsque j'ai créé à Paris 2 un DEA de Justice droit du procès (aujourd'hui Master 2), j'ai souhaité ouvrir cette formation à toutes les disciplines périphériques au droit du procès : sociologie, littérature, économie, culture générale, etc. ; et ce séminaire d'économie de la Justice et du procès existe toujours à Paris 2, dans cette filière. Mais l'initiative n'a pas eu de prolongations au-delà du séminaire créé. Sans doute, parce que les juristes et les économistes ont, chacun pour leur part, des champs d'études qui leur sont propres. Sans doute aussi, parce que les juristes se sont toujours méfiés de l'économie du droit² ; quant aux économistes, ils ont rompu le cordon ombilical avec le droit depuis bien longtemps, au moins depuis que l'agrégation d'économie a pris son autonomie par rapport à celle de droit. On ne refera pas l'histoire ce soir, mais les contraintes culturelles sont ici périlleuses et c'était donc une deuxième raison d'hésiter.

– *La troisième raison d'hésiter* tient à l'intitulé du cycle de ces conférences : « droit et économie de la procédure civile », pas de la Justice. Or, on a plutôt tendance à parler de l'analyse économique de la Justice ; diable, en quoi la procédure civile, cette matière réputée aride et rébarbative, que beaucoup de professeurs ne souhaitent pas enseigner de peur d'être enfermés, à vie, dans une prison disciplinaire de peu d'intérêt, est-elle concernée par cette discipline noble qu'est l'analyse économique du droit ? En quoi cette arme redoutable, puisqu'elle peut faire perdre un procès avant même que le fond ne soit abordé, arme bien souvent des chicaneurs et autres processifs invétérés (songeons, un instant, à Racine, à ses plaideurs et à Chicaneau), peut-elle, ce soir, servir d'outil pour une analyse économique de l'accès au juge ? À la vérité, cette observation d'apparente incompatibilité entre deux disciplines que tout semble séparer, ne constitue pas vraiment une raison d'hésiter à embrasser le sujet ; bien au contraire ! J'ai parlé de défi tout à l'heure et ce défi doit plutôt nous inciter à traiter ce sujet, en raison précisément de son originalité, voire de sa marginalité, pour l'instant tout au moins. Les chercheurs, surtout les juristes, parce qu'ils sont à l'écoute des problèmes de leur temps, doivent savoir faire bouger les lignes et déplacer les bornes, comme nous l'apprend d'ailleurs l'étude de la jurisprudence européenne.

2. Cf. Christophe JAMIN, « Économie et droit », in *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF/Lamy, 2003, p. 578. Rafael ENCINAS DE MUNAGORRI, « L'analyse économique est-elle une source du droit ? Propos sur la doctrine du Premier président de la Cour de cassation », *RTD Civ.* 2006-4, 505.

Mais l'hésitation se trouvait renforcée par le sous-titre de la séance de ce soir : « l'accès au juge », dans la mesure où, d'une part, cet accès n'est pas uniquement lié à la procédure civile ; il est même largement dépendant du pouvoir politique, de l'organisation des pouvoirs, de l'équilibre entre l'autorité judiciaire et les pouvoirs exécutif et législatif, bref de ce qu'on appelle « l'encadrement » de la Justice, de ses institutions ; dans la mesure d'autre part, où d'autres thèmes seront abordés dans les séances suivantes et qui recoupent le sujet de ce soir : je pense aux thèmes de « l'aide juridictionnelle », de la « représentation des parties en justice » et des « contentieux de masse ». Nous avons donc fait le choix, avec Éric Brousseau, dans les réunions de préparation de cette séance, de ne pas prendre au sens strict la notion d'accès au juge, de ne pas la limiter au seul domaine de la procédure civile et de considérer que les thèmes à venir des mois prochains ne devaient pas nous empêcher de parler de ces questions, dès lors qu'elles entraînent dans une fresque d'ensemble de l'accès au juge.

Rassurez-vous, je vous ferai grâce désormais de mes états d'âme, en tout cas de mes hésitations, pour entrer dans le vif du sujet.

Ce sujet, le débat sur l'accès au juge dans le cadre de l'analyse économique de la procédure civile, n'aurait sans doute pas eu lieu si le rapport *Doing business* de la Banque mondiale n'avait pas été publié, en tout cas, il n'aurait pas eu lieu de la même façon qu'aujourd'hui. Critiqué, vilipendé, accusé de malhonnêteté dans ses méthodes, ce rapport sert en tout cas d'impulseur, de *booster*, et nous pousse à envisager autrement notre système juridique de droit civil et le système judiciaire français. Pour s'en tenir à l'essentiel quant à la démarche intellectuelle inaugurée par ce rapport, on peut retenir comme base de départ à notre réflexion sur le thème de l'accès au juge, ce qu'a écrit Dany Cohen à ce sujet. Il écrit, en effet, que cette démarche réalise « une véritable révolution copernicienne, puisque l'idée maîtresse [du rapport] est de présenter aux investisseurs des appareils juridiques attrayants. Le but à atteindre consiste donc à combler davantage leurs attentes, en faisant en sorte que les règles de droit ne viennent pas, ou viennent moins, entraver leurs actions »³.

À ce point de la réflexion, il convient de relever pour ne plus y revenir, que la Justice n'est pas à l'écart des grands mouvements de gestion modernisée des administrations de l'État, tels qu'ils s'expriment dans le système de la LOLF. Les notions de Missions, de Programmes, d'indicateurs de performance, d'objectifs à atteindre, ne lui sont pas étrangères et, au quotidien, les chefs de cours manient ces concepts et ces outils. La logique d'une gestion comptable de nos juridictions est une réalité. La finalité économique de cette gestion n'est donc pas absente d'une administration qui appartient pourtant au domaine régalié de l'État. Si l'idée de compétition économique, de performance de la Justice étatique, n'est pas naturelle, spontanée, elle n'est pas pour autant inconnue des gestionnaires de la Justice. Mais c'est plus un outil de rationalisation budgétaire (les technocrates de notre

3. Dany COHEN, « Du choix des critères d'évaluation à une conception de la fonction du droit », in *Mesurer l'efficacité économique du droit*, sous la direction de G. CANIVET, M.-A. FRISON-ROCHE et M. KLEIN, LGDJ, coll. Droit et économie, 2005, p. 95, spéc. p. 96.

administration des finances parlent de « budget contraint », de lisibilité dans l'utilisation des deniers publics au profit du contrôle exercé par la représentation nationale, que le fruit d'une analyse économique du droit et de la Justice.

Quant à la procédure civile, elle n'est pas aussi éloignée de cette philosophie du contrôle, de l'aide à la décision des politiques pour bâtir le budget de la France, qu'on pourrait le penser, voire le craindre. Si l'on veut bien se souvenir – ce que nous soutenons depuis fort longtemps⁴ – qu'elle est d'abord une technique d'organisation du procès, au même titre que la société anonyme est une technique d'organisation de l'entreprise, elle peut aisément, à ce titre, constituer un champ de l'analyse économique de l'accès au juge ou d'autres thèmes, comme tout autre outil, comme toute autre technique d'organisation. Il n'y a pas d'incompatibilité de principe entre la procédure civile, envisagée comme une technique d'organisation du procès, et l'analyse économique. Les deux mondes ne sont pas, *a priori*, étrangers l'un à l'autre. À ce titre, il n'est pas anormal, illégitime, pour revenir au thème de la séance inaugurale de ce cycle, de lui attribuer une logique de performance, dans l'intérêt même des consommateurs de justice et non pas seulement de l'État. Par exemple, il faut offrir des choix à ces consommateurs de justice et la technique procédurale s'y emploie, sous le regard de l'analyse économique.

Pour autant, la procédure civile, comme Janus, a un double visage. Elle n'est pas seulement une technique d'organisation du procès. Elle est aussi, tout autant que la procédure pénale, même si cette dimension a longtemps été ignorée et est encore niée par certains auteurs que je qualifierai de souverainistes, une technique de protection des libertés et droits fondamentaux; elle est la garantie concrète des garanties théoriques de nos droits⁵. Sous cet aspect, il n'est pas dit que l'analyse économique doive l'emporter sur cette protection, ni même, d'ailleurs, qu'elle lui soit antagoniste. Si l'on procède à une analyse économique de la procédure civile en posant la question de l'accès au juge sous ce double regard de l'organisation du procès et de la protection des libertés fondamentales, il restera aux décideurs, qu'il s'agisse de la Chancellerie ou des juges, voire dans une moindre mesure, des parties, à trancher entre les intérêts en présence et à tenir compte de leur légitimité respective. Les deux cours européennes nous y invitent :

- celle de Luxembourg puisqu'elle signe ses arrêts par cette formule qu'elle « dit le droit », comme le juge américain, depuis fort longtemps, crée le droit;
- celle de Strasbourg, qui place en majeur de ses décisions de principe, la prééminence du droit, la consolidation de la démocratie et de l'État de droit. Et il est vrai que la jurisprudence européenne ne proclame nulle part un penchant pour l'analyse économique qui serait le pendant de ses inclinations pour la défense des libertés; la proclamation des droits fondamentaux semble mal s'accommoder d'une vision économique du procès.

4. Précis Dalloz de procédure civile, 28^e édition, 2006, n° 61. Serge GUINCHARD, « Le réveil d'une belle au bois dormant trop longtemps endormie ou la procédure entre droit processuel classique, néo-classique ou euro-péaniste et technique d'organisation du procès », *Mélanges R. Martin*, Bruylant/LGDJ, 2004.

5. *Idem*, n° 62.

Dès lors, l'analyse économique de la procédure civile, même cantonnée à l'accès au juge, ne peut évacuer cette seconde dimension, celle de la protection des libertés qui, pour moi est première. Pour autant, cela ne signifie pas incompatibilité irréductible entre les deux courants, entre les deux fonctions de la procédure civile; cela signifie simplement atténuation, modération des résultats bruts de décoffrage que pourrait produire l'analyse économique de l'accès au juge.

Les deux démarches, qui correspondent aux deux visages de la procédure civile, doivent être menées de front et non pas séparément. À chaque identification d'un élément de l'analyse économique de la procédure civile dans l'accès au juge, la question du frein que peut constituer le second visage de la procédure civile doit être posée. Et cela à deux points de vue :

- celui du choix d'un juge (Section 1),
- celui des modalités d'accès à un juge (Section 2).

Mais dans les deux cas, choix d'un juge et modalités d'accès à un juge, ma perspective sera plus méthodologique que substantielle. Je serai plus ce soir, celui qui identifie les problèmes, qui pose les questions, que celui qui y répond. Il reviendra à Éric Brousseau, ainsi que nous en avons convenu, d'apporter les éléments de réponse que sa connaissance de l'analyse économique qualifie particulièrement pour ce genre d'exercice.

Section 1

L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DANS LE CHOIX D'UN JUGE

Le choix d'un type de juge n'est pas neutre pour l'État, pas plus que pour les parties : il va induire un modèle d'accès à la justice, donc des coûts sensiblement différents pour le consommateur de justice, selon le schéma retenu.

Dans le phénomène de mondialisation de la procédure civile que nous connaissons, auquel s'ajoute sa modélisation juridique avec les notions d'europrocès, de procès équitable, de *due process of law*, les critères économiques doivent avoir toute leur place. L'une des garanties d'un accès effectif au juge n'est-elle pas, précisément, un modèle économique correspondant le mieux possible aux besoins et, surtout, aux moyens des consommateurs de justice?

Ce que les juristes demandent donc aux économistes, dans l'analyse économique de l'accès au juge, c'est qu'ils leur fournissent des indicateurs, voire des modèles qui leur permettront de déterminer le meilleur système judiciaire permettant un accès au juge au meilleur coût.

Mais au meilleur coût pour qui? À partir du moment où les économistes auront fourni aux décideurs politiques des outils leur permettant de prendre leurs décisions, ne vont-ils pas, ces décideurs, privilégier l'intérêt économique de l'État,

intérêt souvent exclusivement budgétaire, sur celui, plus social et humain, des justiciables? Le conflit d'intérêts est patent et c'est l'une des difficultés du sujet que de l'identifier et de le mesurer pour chacune des questions posées dans le choix d'un juge. À chaque réponse apportée par les économistes, doivent être opposées d'autres critères de décision, ceux qui relèvent aussi de l'intérêt des justiciables, intérêts souvent moins économiques que sociaux. En d'autres termes et comme pour les marchés publics, le moins disant n'est pas forcément le mieux disant. On va s'en apercevoir en raisonnant, quant au choix d'un juge, en allant de l'option la plus large à l'option la plus étroite.

Trois questions se posent :

- un juge ou pas?
- un juge public ou privé?
- et si l'on opte pour le juge public, quel juge?

§1. - Un juge ou pas?

C'est la question du recours aux modes alternatifs de règlement des conflits qui est ici posée, qu'on les appelle MARC ou MARL. L'analyse économique est essentielle pour savoir s'il faut simplement permettre ou faciliter le recours à la médiation ou à la conciliation (a). Mais elle n'est pas suffisante; d'autres facteurs interviennent, l'un de nature de politique juridique (b), l'autre de nature de protection des libertés fondamentales des justiciables (c).

a) Côté analyse économique, le juriste aimerait savoir comment évaluer, chiffrer, le coût induit par le recours à l'un ou à l'autre, sachant que le recours à l'un de ces modes ne signifie pas nécessairement dispense de la présence d'un juge. En effet, côté du juriste, chacun sait bien que la médiation, comme la conciliation, peuvent s'insérer dans un processus judiciaire enclenché devant un juge et même en rester partie prenante, avec un retour devant le juge. Le juge n'est pas dessaisi par la mise en œuvre d'une telle médiation ou conciliation; certes, elle peut avoir lieu en dehors de lui, mais le plus souvent elle s'intégrera dans un processus judiciaire plus ample. Il faut donc éventuellement additionner les coûts plutôt que les soustraire! Il est donc indispensable que les économistes nous fournissent, en tout cas aux décideurs politiques, les indicateurs les plus précis possibles pour que leur décision soit éclairée.

b) Côté politique juridique cette fois, il faudra tenir compte, par exemple, pour comparer l'intérêt respectif d'une médiation ou d'une conciliation, par rapport à un accès direct à un juge, de celui qui supportera le coût de la médiation ou de la conciliation : les parties, une seule, ou l'État? Plus les éléments de réponse fournis par les économistes seront pertinents, affinés, plus le décideur pourra choisir d'offrir ce choix de MARC et, à la suite, trancher la question du poids de la charge.

Toujours du côté du décideur politique, il devra trancher entre une médiation ou une conciliation facultative ou obligatoire; il a commencé à le faire, mais les

raisons d'imposer ou non ce type de résolution des conflits ne peut pas être uniquement économique; bien d'autres considérations doivent nécessairement entrer en jeu : la nature du litige (relations du travail, divorce, affaires familiales par exemple), le degré auquel on se place dans la hiérarchie judiciaire, etc.

c) Côté protection des droits fondamentaux, le choix ne peut pas, là non plus, être exclusivement économique et cela à deux points de vue :

- d'abord, parce que le droit européen jurisprudentiel, tout comme d'ailleurs le droit national « naturel », consacre le droit à un juge et que ce droit ne peut trouver sa pleine réalisation que dans la possibilité offerte à chacun de soumettre son litige à un véritable juge; en d'autres termes, même s'il s'avérait que les MARC ou MARL ont économiquement parlant une supériorité certaine sur le recours direct à un juge, il faudra intégrer l'idée que si la médiation ou la conciliation échoue, l'État ne peut pas se soustraire à son obligation de mettre sur pied des juridictions.
- Ensuite, parce que la procéduralisation des modes alternatifs de règlement des conflits et des litiges, conduit à faire respecter devant ces instances un minimum de garanties procédurales, telles que le principe de la contradiction. Et ce respect a un coût, en temps, en argent. Il conviendrait de l'évaluer.

§2. - Un juge public ou un juge arbitral?

On retrouve ici les mêmes questions mêlées d'analyse économique, de politique juridique et de respect des libertés fondamentales des justiciables.

a) Avec un esprit malicieux et provocateur, j'ai écrit dans le *Précis de Procédure civile* que l'arbitrage était l'antinomie du respect de notre devise républicaine appliquée au droit du procès, puisque la procédure arbitrale n'est ni libre (la loi en restreint l'accès selon la nature du litige), ni égale (les entreprises y ont plus aisément accès), ni fraternelle (le coût peut en être prohibitif). Pour autant, a-t-on jamais dressé un bilan chiffré, comparatif, du coût respectif d'une procédure arbitrale et de celui d'une procédure devant un juge étatique? Je ne le crois pas, sans doute parce que l'idée domine qu'après tout cela n'a pas d'intérêt, le coût de la justice arbitrale étant entièrement supporté, à la différence des MARC ou MARL, par les parties.

b) Et pourtant, les juristes ont besoin, là aussi, d'être éclairés, car le report du coût de l'arbitrage sur les parties n'épuise pas la question :

- d'une part, parce que le décideur politique doit pouvoir savoir ce que lui coûte un procès dans des matières où l'arbitrage est interdit et se demander, au-delà de la question de la nature du litige qui rendrait certains litiges impropres à l'arbitrabilité, s'il ne faudrait pas étendre le champ d'application de l'arbitrage, ne serait-ce que pour mieux concentrer le budget de la justice sur d'autres types de contentieux, voire pour arbitrer entre ce budget et celui d'autres administrations;

– d'autre part, parce que l'arbitrage contemporain, qu'il soit interne ou international, et surtout depuis la réforme du 12 mai 1981, fait intervenir la justice étatique en appui, en contrôle, en exécution de la procédure arbitrale. Tout ceci a un coût et devrait être chiffré séparément, pour pouvoir ensuite comparer le coût d'un procès se déroulant exclusivement devant un juge étatique, avec celui d'un procès soumis à des arbitres, mais avec intervention du juge étatique à différents niveaux de l'instance et de l'exécution de la sentence. Voilà un beau champ d'investigation.

c) Sur le plan du respect des garanties fondamentales des justiciables, il faudrait, là aussi, chiffrer, analyser, le coût du respect des garanties du procès équitable, car chacun sait ici, que si la jurisprudence considère que le tribunal arbitral n'est pas un juge au sens de l'article 6, la Cour de cassation lui impose néanmoins le respect des garanties énumérées à ce texte.

§3. – Le choix d'un juge au sein des institutions juridictionnelles étatiques

Le choix se détripple.

a) Il y a d'abord la question classique et irritante du dualisme juridictionnel

Classique, car ce dualisme est profondément ancré dans notre tradition juridique. Irritante, car on a le sentiment que son maintien n'a rien à voir avec l'intérêt des justiciables. Il ne s'agit pas ici de remettre en cause la spécificité du contentieux administratif, mais de chiffrer le coût pour l'État et pour les justiciables :

- d'une part, de deux ordres de juridictions, en fonctionnement, installation, etc.
- et, d'autre part, des contestations de compétence qui conduisent à introduire un contentieux devant le tribunal des conflits. Certes, le nombre d'affaires soumises à cette juridiction ne représente qu'une goutte d'eau dans le budget de la Justice, mais il importe de le signaler, ne serait-ce que pour être complet.

Sur cette question du dualisme juridictionnel, l'analyse économique ne se heurte pas aux intérêts des justiciables dans la défense de leurs droits fondamentaux, puisque la Cour européenne a nettement laissé entendre, sans remettre en cause le principe du dualisme juridictionnel, que la durée déraisonnable des procédures était contraire à la garantie d'un procès équitable. Le chiffre est ici rejoint par le droit.

La solution serait sans doute dans la fusion des deux ordres, avec le maintien de chambres administratives, ce qui permettrait de régler non pas un conflit de compétence, au sens strict, mais une simple question d'administration judiciaire, sans coût pour le justiciable.

b) Il y a ensuite la question de l'existence ou non de juridictions spécialisées autonomes

On peut raisonner de la même façon que pour les juridictions administratives, sachant toutefois que, sur ce point, l'analyse économique apportera certes des

éléments de réflexion et de décision utiles, mais que le poids culturel, historique et social de l'origine et de la raison d'être de certaines de ces juridictions pèsera gros dans la balance de leur maintien à titre autonome ou pas. De plus, beaucoup d'entre elles reposent sur le bénévolat de leurs juges et c'est une dimension qui, sans que tous les coûts de procès autonomes soient chiffrés, l'emportera vraisemblablement sur toute autre considération.

Là encore, la solution consisterait sans doute à en faire des chambres au sein d'une juridiction civile unique.

La même remarque vaut pour les juridictions de proximité.

En tout cas, le droit européen ne s'oppose pas plus à l'existence de ces juridictions qu'il ne préconise leur maintien.

c) La troisième et dernière question est celle du droit à un ou à plusieurs juges

Elle se dédouble, ce droit pouvant être simultané ou successif.

1) Au titre du droit à la collégialité ou au juge unique, l'analyse économique devrait porter sur plusieurs hypothèses :

- soit le juge unique en première instance et la collégialité en appel (et en cassation bien sûr) ;
- soit la collégialité en première instance et le juge unique en appel ;
- soit le juge unique dans les deux degrés de juridiction.

Une telle analyse permettrait d'offrir aux décideurs une véritable aide à la décision, parmi d'autres considérations.

D'autres hypothèses seraient difficilement chiffrables, telles que la collégialité à la demande du juge unique lui-même, comme cela se pratique en référé. Mais comment simuler un modèle intégrant le choix du juge ?

2) Mais le droit à un ou plusieurs juges, c'est aussi le droit d'accès à un ou plusieurs juges **successivement**. C'est la question, éminemment polémique, du double degré de juridiction ; il ne s'agit pas de contester, dans l'absolu, l'existence même de ce principe, mais, dans la pratique, d'évaluer les modalités des atteintes, directes ou indirectes au double degré de juridiction (y compris par le système des amendes civiles et des dommages-intérêts punitifs). Il faudrait chiffrer le coût des appels à deux points de vue :

Celui d'abord de l'actuel premier et dernier ressort ; pourquoi le taux actuel, pourquoi pas un autre ? On pourrait affiner en chiffrant le coût de l'appel par palier, c'est-à-dire par tranche d'augmentation du taux actuel du dernier ressort. Le risque d'une analyse économique performante sera, bien évidemment, que le décideur politique ne décide pas du taux en fonction seulement du peu d'intérêt de l'affaire (par application de l'idée *de minimis non curat praetor*), mais essentiellement en raison de son incidence au regard du budget de fonctionnement de la justice.

Le coût ensuite du système actuel qui permet de bloquer un appel dans l'attente de l'exécution de première instance par l'appelant. Peut-on, dans l'immédiat, chiffrer le nombre de cas où cette règle a joué et ce qu'elle a permis d'économiser en termes de coûts de fonctionnement du service public de la justice ?

Chacun comprendra que l'analyse économique ne résume pas à elle seule la question de la limitation au droit d'appel. D'autres intérêts sont en jeu. Ils le sont davantage dans le second volet du sujet de ce soir, celui des modalités d'accès au juge.

Section 2

L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DANS LES MODALITÉS D'ACCÈS AU JUGE

Un double choix s'offre ici à la fois aux plaideurs et à l'État, celui d'un type de procédure (§1) et celui d'un corpus de règles (§2).

§1. - Le choix d'un type de procédure civile et le respect des principes directeurs du procès

Nous sommes ici dans une logique de démocratie procédurale et non pas de performance, et l'analyse économique interviendra seulement au niveau des modalités d'application des principes directeurs du procès. On concevrait mal que les principes directeurs du procès civil soient remis en cause au nom d'une logique de moindre coût; en revanche, il n'y a rien de choquant à ce que dans les modalités de mise en œuvre de ces principes on s'interroge sur le plus efficient par rapport à leur coût.

Je ne retiendrai pas ici les principes traditionnels énoncés dans le Code de procédure civile, mais ceux qui se dégagent aujourd'hui de l'étude de l'ensemble des contentieux et que j'ai regroupés, dans d'autres écrits sur les métamorphoses du droit du procès, en trois catégories : le dialogue, la loyauté et la célérité. Avant de les examiner, deux observations :

- La première, c'est que j'ai entendu ici même, le 22 janvier dernier, M. le Premier président parler à leur propos de « principes structurants », ce qui me semble effectivement mieux convenir que le qualificatif de « directeurs ».
- La seconde, c'est que ces trois principes fondent une démocratie procédurale, sans que dans mon esprit cela soit incompatible avec une logique de performance. Je constate d'ailleurs que l'une des candidates à l'élection présidentielle fonde sa démocratie participative sur trois piliers, ceux d'écoute (ce qui correspond au dialogue), de confiance (d'où la loyauté) et de proximité (à laquelle on peut attacher la célérité). Je n'en tire aucune conclusion, sauf que la démocratie procédurale est rejointe par la démocratie tout court!

a) Le premier de ces principes est celui du dialogue, prolongement de l'idée d'écoute

On sait que les rédacteurs du Code de procédure civile ont souhaité promouvoir, favoriser le dialogue entre les parties et entre les parties et le juge. Quelques exemples suffiront :

1) Ainsi, de la requête conjointe, qui concrétise l'accord des parties dans l'introduction de l'instance et dans la conduite de l'instance ensuite. Peut-on chiffrer le coût comparé d'une assignation et d'une requête conjointe, principalement pour les parties? Bien évidemment, d'autres facteurs qu'économiques interviennent, notamment le facteur psychologique; le dialogue suppose ici une entente; et l'entente n'est pas évidente dans le cadre d'un procès.

2) Ainsi encore de l'accord procédural et de la possibilité confiée au juge de statuer en amiable compositeur. Est-ce que cette faculté est chiffrable en temps gagné sur la durée du procès et sur la possibilité qu'il y ait moins d'appel?

3) Ainsi enfin, au niveau de la mise en état, l'analyse économique devrait nous permettre de connaître le coût comparé d'un procès civil avec ou sans juge de la mise en état et d'en déduire les réformes à introduire quant au domaine réservé aux procès avec mise en état, sans préjudice d'autres considérations.

On devrait aussi connaître, à l'intérieur du système de la mise en état, le coût comparé de l'extension ou non de la compétence du juge de la mise en état à statuer sur tous les incidents d'instance, par exemple, y compris les fins de non-recevoir. Une analyse très fine devrait nous renseigner sur le coût pour les plaideurs et pour l'État d'un procès qui arrive devant les juges du fond sans avoir été apuré de tous les incidents d'instance, au sens le plus large de l'expression.

b) La loyauté et la confiance

Il n'est pas certain que l'analyse économique puisse être ici d'une grande utilité, dans la mesure où ce principe, au fondement moral indiscutable (mais pas seulement) se prête difficilement à une évaluation d'ordre économique.

Pour autant, si l'on prend en considération l'institution anglaise de l'*estoppel*, son application dans la procédure française n'est-elle pas source d'économies pour la Justice, dans la mesure où la sanction de telles déloyautés viendra dissuader les plaideurs à retarder le cours des procès en utilisant des armes déloyales. Mais sera-t-on capable, je veux dire disposera-t-on des outils, des indicateurs, d'un modèle, pour chiffrer l'incidence de l'application de ce principe?

Il faudrait arriver à chiffrer le coût de toutes les stratégies contentieuses des parties : par exemple, à combien s'élève le surcoût de la stratégie d'un plaideur qui consiste à renoncer à soulever une irrégularité fondée sur l'existence ou la validité d'une clause compromissoire, pour attendre le dernier moment pour le faire? On peut en avoir une idée approximative, mais je préférerais un modèle, des clefs de lecture et d'analyse élaborés par des spécialistes de ces questions.

c) La célérité et la proximité

C'est sans doute le principe directeur qui pourrait donner lieu à l'analyse économique la plus utile. Le chiffrage du coût de la durée excessive des procès rendrait de grands services à ceux qui souhaitent lutter contre ce véritable déni de justice que constitue un délai déraisonnable. Mais quel modèle adopter, sachant que l'on juge du caractère déraisonnable de la durée d'un procès à partir de maints éléments, dont la difficulté de l'affaire, le comportement des parties et celui des autorités judiciaires? Peut-on modéliser ces facteurs?

Quant à la proximité proprement dite, à l'époque du TGV, elle ne peut se mesurer uniquement en kilomètres; il faudrait fixer une limite en temps pour accéder à un tribunal, pour accéder à son juge.

§2. – Le choix d'un corpus de règles

Sans même parler ici des avantages ou inconvénients respectifs des procédures spécifiques (divorce, actions possessoires, injonction de payer, successions, etc.) par rapport à la procédure de droit commun, ou encore des procédures rapides, qu'elles soient en référé ou en la forme des référés, on doit signaler que le choix d'un corpus de règles pourrait intéresser une analyse économique de la procédure suivie dans deux cas qui ne sont d'ailleurs pas encore de droit positif.

a) Je veux parler ici d'abord de l'éventuelle introduction en droit français de règles transnationales de procédure civile

Sans reprendre toute la question de la légitimité de l'introduction ou non de ce corpus en droit français, il suffit de savoir que si les règles élaborées par Unidroit devenaient du droit positif, il serait possible aux plaideurs, pour certains types de contentieux, de choisir, non pas les règles d'introduction et de conduite de l'instance de droit commun que l'on trouve exposées dans le Code de procédure civile, mais de demander à ce que l'on leur applique, sur le territoire français, devant les juges de nos juridictions, les règles d'une procédure largement anglo-saxonne, notamment quant à la preuve. Il y a là, potentiellement, concurrence de deux systèmes juridiques opposés et donc, matière à une évaluation économique comparée de leurs modalités de mise en œuvre. Ce serait le champ d'observation idéal pour nos amis économistes, puisqu'on pourrait comparer deux systèmes procéduraux *in vitro*.

b) L'éventuelle action en déclaration de responsabilité pour préjudice collectif

Nous sommes encore dans le virtuel, car le projet d'une *class action* à la française vient d'être retiré de l'ordre du jour du Parlement. Reste que si le projet devait voir le jour, la création d'un corpus de règles propre à l'action de groupe, avec un champ déterminé par le choix du plaideur de se placer dans le cadre d'une telle action permettrait de se livrer à une analyse économique comparée de cette procédure spécifique et de la procédure de droit commun.

CONCLUSION

En guise de conclusion, je voudrais présenter trois observations :

- 1) La première, c'est que si l'analyse économique de la procédure civile est indispensable comme outil de décision politique, elle ne peut et ne doit rester qu'une composante de cette prise de décision; elle ne peut avoir l'exclusivité,

car l'accès au juge – mais c'est vrai de tous les autres thèmes de ce cycle – est empreint de bien d'autres considérations, qu'on ne peut chiffrer, mais qui font que la Justice est chose humaine et non point un objet non identifié, désincarné. Les relations humaines ne peuvent se ramener à l'idée d'un moindre coût pour le fonctionnement de la Justice. La dimension culturelle, humaniste de la Justice doit l'emporter sur toute vision purement utilitariste de l'analyse économique de la procédure civile. Je le disais tout à l'heure, à côté du moins disant, il y a place pour le mieux disant.

- 2) La deuxième observation, c'est que le choix, l'arbitrage, entre une procédure civile envisagée comme une technique d'organisation du procès et une procédure civile envisagée comme une technique de garantie des libertés et droits fondamentaux, avec toutes les variations possibles du curseur entre ces deux extrêmes, ce choix appartient d'abord au politique, pas aux plaideurs, peut-être pas aux juges. L'exemple de la Belgique illustrera cette affirmation qui pourra peut-être choquer certains : lorsque la Cour de cassation belge a considéré que l'État belge n'avait pas donné aux juridictions belges les moyens de rendre des décisions de justice dans des délais raisonnables, elle est sortie de son rôle et est entrée sur le terrain du politique. Car, quelle connaissance du budget de l'État belge avait-elle? Certainement parcellaire. Diriger c'est faire des choix et choisir c'est éliminer. Et le budget d'une Nation ne concerne pas que la Justice. Il est donc indispensable que les politiques prennent leurs responsabilités, aidés en cela par l'analyse économique.
- 3) La troisième et dernière observation, c'est que je suis bien conscient que j'ai sans doute plus posé de questions que je n'en ai résolues. Mais n'est-ce pas inhérent à ce genre d'exercice : confier à un juriste la tâche de dissertar sur l'analyse économique de la procédure civile, c'est prendre le risque d'être décevant. Heureusement, la conférence de ce soir est à deux voix et je suis bien certain qu'Éric Brousseau saura combler vos attentes et répondre à vos interrogations sur le comment d'une analyse économique de la procédure civile dans le cadre de l'accès au juge. Je lui laisse donc la parole, en vous remerciant de m'avoir écouté.

TROISIÈME PARTIE

L'AIDE JURIDICTIONNELLE

Aide juridictionnelle : assistance ou assurance ?

Alain TRANNOY¹
Directeur d'études à l'EHESS

et Yves DOAZAN²
Ingénieur d'études au CNRS

« Ils haïssaient les riches au lieu d'aimer les pauvres ».

Charles Péguy

INTRODUCTION

La justice n'est pas gratuite. En droit, le recours à l'avocat est un passage obligé au juge. Si l'on n'est pas en mesure de payer un avocat, on ne peut accéder à la justice et le principe d'égalité des citoyens devant la justice est rompu. Dans de très nombreux pays, des systèmes d'aide ont été institués pour permettre aux plaignants de pouvoir accéder à la justice. Pendant longtemps, le Barreau a institué en son sein des dispositifs tels que le devoir de secours, permettant aux personnes pauvres de pouvoir se défendre. L'État providence a ensuite pris le relais avec, en France, le mécanisme de l'aide juridictionnelle, sans pour autant que le Barreau ne cesse de contribuer en acceptant d'intervenir pour des tarifs en dessous des honoraires du marché.

Les modalités ont évolué et continueront d'évoluer mais l'aide juridictionnelle est une préoccupation ancienne en France car elle existe depuis une loi de 1851. Notre pays ne constitue d'ailleurs pas une exception car elle existe dans la plupart des États européens. Les États-Unis l'ont adoptée depuis Roosevelt. L'aide juridictionnelle (AJ) correspond à la prise en charge par l'État des frais de justice : huissier, expert et avocat. Elle peut être totale ou partielle. Elle constitue l'un des deux volets de l'aide juridique, l'autre étant l'aide à l'accès au droit.

1. EHESS, Greqam-Idep. C'est un texte qui résulte d'une conférence prononcée par Alain Trannoy à la Cour de cassation le 12 mars 2007.

2. CNRS, Greqam-Idep.

L'AJ totale est accordée aux personnes dont les revenus imposables (salaires et loyers, pensions alimentaires, etc.), additionnés, à l'exception des aides sociales) n'excèdent pas un certain plafond. En 2007, ce montant est de 874 euros par mois pour une personne seule, plus 157 euros par personne à charge à concurrence de deux personnes, et 99 euros pour les suivantes. En cas de vie en couple, les revenus des deux conjoints s'additionnent. Pour les personnes gagnant entre 875 et 1 311 euros par mois (mêmes correctifs pour personnes à charge), existe l'aide juridictionnelle partielle, qui implique des honoraires réduits payés à l'avocat. Cette prise en charge partielle va de 85 % à 15 %, ce pourcentage représentant la fraction de l'indemnité versée directement à l'avocat par rapport à celle qui lui aurait été payée si l'aide juridictionnelle avait été totale.

D'un point de vue éthique, si l'on se réfère à James Tobin³, il s'agit d'un exemple d'*égalité spécifique*. L'objectif est de permettre l'accès à certains biens ou services indépendamment du niveau de revenu. Comment toutefois et selon quels critères distinguer ces biens ou services? En d'autres termes, pourquoi privilégier la santé, l'éducation, le logement ou le recours à la justice plutôt que la télévision, par exemple? John Rawls⁴ évoque, ainsi, la notion de *biens primaires*, essentiels à l'exercice de la liberté, de la dignité sans les hiérarchiser. La défense de ses propres droits en fait partie d'une façon éminente. Une société juste implique que tous ses constituants puissent défendre leurs droits d'une manière équitable.

Permettre l'accès concret à la justice s'avère donc être un service minimal dans le cadre de l'État providence. À l'instar de nombreux biens primaires, sa logique s'inscrit dans ce cadre en un mélange de théorie et de pratique. L'État, comme en témoigne la législation française évoquée en début d'article, assure un service minimum dont l'accès est déterminé selon un plafond de ressources. Au-delà, le marché assure un service de meilleure qualité que le service minimum pris en charge par l'État. Selon cette vision, le fait d'être pauvre demeure un handicap tandis que celui d'appartenir à une classe sociale aisée reste un avantage. Si l'on ose un parallèle avec le logement social, il est certain que le fait de disposer de faibles revenus ne permettra d'accéder qu'à une partie spécifique du parc de logements, de même que le choix du lieu de résidence dépendra du parc locatif détenu par la puissance publique. En tout état de cause, une personne disposant de peu de moyens ne pourra entrevoir que des perspectives limitées, ne bénéficier que d'une aide minimum. Deux logiques sous-tendent cet état de fait. En premier lieu, se pose une question de coût. En second lieu, l'octroi d'un minimum, qu'il s'agisse d'un bien ou d'un service, repose sur un argument incitatif. On ne doit pas enlever aux pauvres l'envie de sortir de leur situation d'assistance et d'obtenir des revenus leur permettant sans aide de subvenir à leurs besoins.

La référence aux biens primaires dans la théorie de Rawls nécessite, dans le cas de l'aide juridictionnelle, d'établir une différence avec d'autres biens de ce type. Certains sont de nature impérieuse : la nutrition, le logement, l'éducation.

3. J. TOBIN, « On Limiting the Domain of Inequality », *Journal of Law and Economics*, Octobre 1970, 163-77, 2006.

4. J. RAWLS, *Théorie de la justice*, 1971 (Paris, Seuil, 1987).

D'autres comme la santé ou la défense de ses droits ont un caractère occasionnel ou, dans le second cas, ponctuel. Il se peut qu'un individu ne soit jamais confronté à la justice dans le cours de son existence ou n'ait besoin d'engager de frais dans un procès. Le caractère occasionnel nous autorise à employer le terme de risque, celui d'avoir à défendre son droit. Si cette notion de risque apparaît naturelle pour le défendeur, elle peut paraître plus discutable pour le demandeur. Il suffit d'imaginer qu'il existe une loi de probabilité d'occurrence de contentieux portant sur des états de la nature, antérieurs au strict objet de la demande. Le fait qu'une telle loi de probabilité existe n'implique pas que l'individu ne puisse rien faire pour l'influencer, comme l'exemple de l'accident automobile ou de ski l'illustre amplement. Bien qu'occasionnel, un tel risque ne peut être pris en charge par les personnes défavorisées, car les frais d'une procédure représentent un coût prohibitif pour l'individu sans épargne. Un procès présente donc la double caractéristique d'être rare mais très coûteux.

Il résulte de cette analyse sur la place occupée par l'aide juridictionnelle dans les biens primaires quatre conséquences relatives à sa nature, à son seuil, à sa forme et à son déclenchement. La nature de l'aide, définie par la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991, précise qu'il s'agit d'une aide spécifique, d'une subvention en nature attribuée à un individu (plus exceptionnellement aux personnes morales à but non lucratif). Elle s'oppose à la logique du RMI ou du RSA qui est une aide généraliste sous forme monétaire. Ensuite, elle intervient sous une condition de ressource, le seuil de l'aide pouvant être interprété comme un seuil de « non-épargne » – sans épargne, on ne peut faire face à une situation imprévue. L'aide est ponctuelle; elle est déterminée par l'occurrence du besoin de défendre ses droits qui détermine donc la fréquence du recours à ce type d'aide et on peut mettre en parallèle, comme dans le cas de la santé, l'assurance ou la protection juridictionnelle mise en place par les compagnies d'assurances ou les mutuelles. Enfin, le déclenchement de l'aide couvre un risque comportant une composante d'aléa moral. Ce risque n'est en effet pas totalement indépendant des actions de l'individu. Il en résulte que l'attribution de l'aide juridictionnelle résulte d'un « contrôle social » par le truchement du bureau d'aide juridictionnelle.

Nous commencerons par faire état des difficultés du fonctionnement de l'aide juridictionnelle. Les travers actuels, le caractère ponctuel de son recours et l'existence, par ailleurs, d'une protection juridictionnelle sous la forme d'une police d'assurance interrogent le fait qu'il s'agisse aujourd'hui d'une assistance apportée aux personnes démunies d'épargne plutôt que d'une assurance. Ne serait-il pas opportun de réfléchir à un système où l'aide judiciaire deviendrait une composante de la protection juridictionnelle? Dans une seconde partie, nous nous interrogerons sur l'extension de la protection juridictionnelle pour couvrir les cas d'assistance juridictionnelle.

Section 1

UNE ESQUISSE DE BILAN DE L'AIDE JURIDICTIONNELLE

Le terme d'esquisse employé ici n'est pas une simple précaution de langage. Le bilan que nous tenterons d'établir s'avérera très parcellaire car de nombreux aspects ne seront pas couverts, faute de données disponibles. Toutefois, nous analyserons les différents éléments disponibles en la matière avant de proposer une première piste de réforme de l'aide juridictionnelle prenant appui sur cette esquisse de bilan.

§1. – Une tentative de bilan de l'aide juridictionnelle

La nature et le fonctionnement de l'aide juridictionnelle sont fondés sur une relation tripartite dans laquelle interviennent l'État, les avocats et les bénéficiaires. Cela introduit une double question sur le plan de l'équité : les personnes qui ont recours à l'aide juridictionnelle sont-elles bien assistées ? Les avocats sont-ils et doivent-ils être correctement rémunérés ?

Il faut, en la matière, se méfier mais aussi évoquer les images d'Épinal attachées à cette aide :

- les personnes à faible revenu sont mal défendues car les avocats sont très peu rémunérés ;
- ce sont les jeunes avocats, inexpérimentés, qui font leurs premières armes sur ce type de dossiers ;
- de toute manière, les avocats consacrent moins de temps et d'énergie à ces affaires qu'à d'autres (sous-entendu, davantage rémunératrices) ;
- enfin, les sommes dévolues par l'État à l'aide juridictionnelle sont peu élevées, pour ne pas dire ridicules.

A. QUELQUES ÉLÉMENTS DE SATISFACTION RELATIFS À L'INVESTISSEMENT DU BARREAU

Contrairement à l'idée reçue, 58 % de l'aide juridictionnelle sont assumés par des avocats ayant plus de dix années de Barreau⁵. De plus, en 2005, près de la moitié des avocats (47 %) ont accompli une mission d'aide juridictionnelle. 82 % de ces missions sont acquittées par des avocats exerçant en cabinet individuel. Certains s'y spécialisent puisque 20 % des avocats assurent 64 % des missions et 71 % des unités de valeur. Tout cela ne contredit-il pas l'argument d'une activité jugée peu rémunératrice et accomplie uniquement par des novices ?

Ces pourcentages doivent être mis en perspective au regard du nombre réel d'affaires bénéficiant d'une aide juridictionnelle. Celui-ci s'élève à 885 000 en 2005 contre 350 000 avant la loi de 1991. L'existence d'une loi définissant les conditions d'octroi d'une aide juridictionnelle et de l'assistance apportée aux

5. Source : Les chiffres-clés de la Justice, 2006.

individus explique en grande partie l'explosion des affaires poursuivies en justice. L'ensemble de ces affaires se répartit de la manière suivante : 41 % des nouvelles affaires au pénal (64 % en Cour d'assises) et 20 % des nouvelles affaires au civil (dont 68 % traitées devant le juge des affaires familiales et 10 % relevant du contentieux en général). Ces proportions peuvent paraître considérables. Mais lorsqu'on les rapporte au nombre de personnes couvertes en théorie par l'AJ, elles se situent dans la norme. En effet, près de 29 % de foyers fiscaux sont théoriquement couverts par l'aide juridictionnelle (ils disposent d'un revenu net imposable inférieur à 7 500 euros), ce qui équivaut à 10 millions de foyers fiscaux sur un nombre total de 34 millions. Toutefois, on note une plus grande gravité relative des affaires traitées, ce qui – là aussi – ne devrait surprendre et recoupe les plus grands risques en matière d'emploi et de santé subis par la partie la moins favorisée de la population. Par ailleurs, le recours à l'aide juridictionnelle fait l'objet d'un faible taux de rejet. D'environ 10 %, celui-ci trouve une explication, essentiellement par le dépassement du plafond de ressources des demandeurs.

B. UN EFFET DE CISEAU QUANTITÉ-PRIX

L'aide juridictionnelle est ciblée sur les personnes les plus pauvres : près de 90 % ont un revenu inférieur à 859 euros, c'est-à-dire qu'elles se situent en deçà de l'aide juridictionnelle totale. Là réside la grande différence avec l'aide au logement qui ne bénéficie pas qu'aux seules personnes les plus défavorisées. En revanche, peu ont recours à l'aide juridictionnelle partielle. Est-ce parce que la prise en charge est plus faible ? Est-ce parce que les honoraires sont libres pour la partie restant à la charge de la personne y ayant recours ? La question de savoir jusqu'à quel plafond de ressources maintenir l'AJ n'en est que plus légitime.

Le développement du recours à l'aide juridique est symptomatique du classique effet de ciseaux « quantité-prix » dans les régimes d'aide, à savoir que plus de personnes ont recours à l'aide, moins on les aide. Nous assistons en effet à un doublement des admissions à l'aide judiciaire entre 1991 et 1997. La croissance demeure forte entre 2002 et 2005 puisqu'elle est encore de 7 % par an. On ne peut que constater qu'elle est plus importante que l'augmentation du nombre de personnes situées en dessous du seuil de pauvreté. Simultanément, le budget consacré à l'aide juridictionnelle explose littéralement : entre 2001 et 2005, il augmente de 50 % et passe de 200 à 300 millions d'euros. Le montant horaire de l'unité de valeur (UV) n'est pas revalorisé d'une façon substantielle : 2 % de croissance en francs courants sur la période 2000-2005. Ce phénomène n'est pas propre aux avocats car on l'observe également pour les honoraires des médecins. Par comparaison, nous observons une érosion de la valeur réelle du point d'indice de la fonction publique de 15 % sur vingt ans (1985-2005). Les avocats auraient vraisemblablement intérêt à revendiquer une indexation de leurs honoraires sur le taux de l'inflation.

On peut considérer que les sommes consacrées à l'aide juridictionnelle sont relativement conséquentes, eu égard à l'augmentation du budget de la justice en France qui est toutefois loin de représenter un budget prioritaire sur la tendance longue. Selon la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ)

(source 2003), 9 % du budget de la justice sont consacrés à l'aide juridictionnelle. Il est peu aisé de tenter d'établir des comparaisons internationales sur le sujet en raison du taux de non-emploi et de la présence de travailleurs pauvres qui dépend de la situation économique globale du pays ainsi que de la distribution des revenus dans chacun d'eux; en raison du recours plus ou moins fréquent à la justice selon les pays et de l'existence ou non de procédures de conciliation; en raison, enfin, de la différence des frais de justice dans chacun d'eux. En Allemagne, 5,5 % du budget de la justice sont consacrés à l'aide juridictionnelle pour un montant total bien plus élevé qu'en France (50 % de plus). Notons que l'on atteindrait ce montant si l'on relevait de 50 % l'unité de valeur en France. En Italie, l'aide juridictionnelle représente 1,7 % du budget de la justice et 4,7 % en Espagne. Ces montants apparaissent insignifiants si on les compare à ceux de l'Angleterre qui y consacre 72 % de son budget de la justice⁶. Toutefois, de l'autre côté de la Manche, le montant moyen alloué par affaire judiciaire est de 350 euros, soit l'un des plus faibles en Europe.

En France, le problème posé est celui de la permanence d'une absence de volonté politique dans les gouvernements d'obédience politique différente (progressistes ou conservateurs) qui se sont succédé. La justice n'est pas considérée comme un bien primaire essentiel ainsi qu'en témoigne le pourcentage du budget de la justice dans celui de la Nation : selon le rapport du Commissaire aux droits de l'homme, en 2006, le budget de la justice serait « inférieur à 1 % du budget de l'État ». Pour mémoire, selon le juriste Étienne Douat, (2001), en 1997, la dépense de justice par habitant était, en Allemagne et au Royaume-Uni, respectivement 1,52 et 1,49 fois plus élevée qu'en France. Un rapport de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice classe la France 23^e État européen (sur 25 à l'époque de sa publication) sur divers critères (budget, personnel, accès à la justice de ses citoyens, moyens matériels...). La justice n'est, à tout le moins, pas l'une des priorités de la société française! Ce n'est pas illogique dans la mesure où la société française, contrairement à ses sœurs anglo-saxonnes, n'a pas pour fondement de son concept de société la notion de contrat. Toutefois, sur la base de cette explication, on ne voit pas pourquoi les choses évolueraient à l'avenir et il faut essayer d'imaginer des solutions qui tiennent compte de cette permanence.

§2. – Des pistes de réforme de l'aide juridictionnelle

Si l'on fait référence à la première question posée en terme d'équité, à savoir « *Les personnes qui ont recours à l'aide juridictionnelle sont-elles bien assistées?* », on peut s'interroger sur l'intérêt d'une aide juridictionnelle comprenant deux paliers, le premier correspondant aux affaires jugées en assises et le second aux autres affaires judiciaires, aux conséquences généralement plus vénielles. Cette proposition

6. On ne s'étonnera pas que les seuls économistes à consacrer des articles à l'aide juridictionnelle soient anglais : cf. pour un exemple, GRAY *et alii* « Professionnel autonomy and the cost of legal aid », *Oxford Economic Papers*, 51, 545-558, 1999.

de différenciation entre les deux types d'affaires repose sur le fait que l'aide juridictionnelle est, comme nous l'avons montré, un service minimum. Est-ce déraisonnable? À cette question, on peut envisager une réponse différente selon les enjeux.

Une réforme *a minima* pourrait s'appliquer à chacun des deux paliers de la manière suivante. Pour les affaires jugées en cour d'assises, le remboursement des honoraires pourrait être effectué au « tarif du marché », ce qui représente 18000 affaires, soit 2 % de leur nombre total. Les autres affaires continueraient à bénéficier du régime actuel. Naturellement, le curseur peut être déplacé selon la gravité des affaires. Ainsi, certaines d'entre elles, jugées en tribunal correctionnel, par exemple, pourraient bénéficier du même traitement que celles jugées en cour d'assises. Le coût pour l'État d'un tel aménagement du dispositif ne serait pas prohibitif. Mais il ne répond que partiellement au problème.

La prise en charge totale de l'aide juridictionnelle soulève classiquement un problème d'aléa moral qui pourrait être corrigé, si l'on en croit les propositions de la garde des Sceaux, Rachida Dati, à la fin de l'année 2007, par la création d'une franchise. Celle-ci est en effet la solution économique par excellence pour réduire les phénomènes d'aléas moraux. Pour les plus bas revenus, cela peut paraître difficile à envisager mais à partir d'un certain seuil, une franchise d'un montant de 50 euros par procédure pourrait être applicable. Cette annonce traduit la crainte d'une augmentation du nombre d'affaires contribuant à engorger toujours plus les tribunaux.

Sur le plan des principes de l'aide juridictionnelle, nous sommes face à un paradoxe lié à l'application d'une doctrine aux fondements égalitaristes. En faisant porter sur les avocats une partie du coût de l'aide juridictionnelle, les égalitaristes font « d'une pierre deux coups » : ils améliorent la situation des pauvres au détriment de celle de classes traditionnellement aisées. Il est assez populaire en effet de faire porter une partie du coût de la solidarité, non sur le citoyen-contribuable, mais sur les avocats qui, par essence, tirent leurs moyens d'existence de la justice. Cette pratique est également commode en matière de finances publiques. Mais cette pratique, si elle lamine une partie des revenus des avocats, risque d'entretenir à la longue une sorte de justice à deux vitesses qui se fera au détriment des pauvres. Les effets pervers de ce type de politique ont été dénoncés en leur temps comme l'illustre l'exergue. Cet équilibre socio-politique semble actuellement difficile à modifier, à moins que des associations dont l'objet est d'aider les personnes en difficulté ne prennent le relais, par exemple.

Les avocats doivent-ils contribuer à l'exercice de solidarité que constitue l'aide juridictionnelle? La tradition qui prévaut en la matière est celle du devoir de secours selon laquelle les avocats ne percevaient aucune rémunération. La référence aux valeurs dominantes dans les différentes cultures est ici indispensable. Dans les pays d'Europe continentale, dont la France, le corporatisme et la solidarité sont dominants que ce soit au sein de la famille ou de l'entreprise. Dans les pays scandinaves, la tradition est celle de l'universalisme et de l'égalitarisme et le rôle de l'État est prédominant. Enfin, les pays anglo-saxons ont développé une

tradition de liberté et de responsabilité. En France, les apparences attestent que l'État – par intérêt, par conviction? – continue d'accorder un certain crédit à cette tradition, en faisant payer aux avocats d'une manière indirecte le devoir de secours, puisque le tarif s'éloigne toujours davantage des honoraires du marché. Mais cette situation s'apparente de plus en plus à un anachronisme car d'une part, on ne peut ignorer que l'échelle a changé si l'on considère qu'une affaire sur quatre est désormais du ressort de l'aide juridictionnelle. D'autre part, il faut aussi compter avec le fait que l'état d'esprit depuis la création de l'aide juridictionnelle en 1991 a progressivement évolué. L'État s'est au fil du temps substitué aux solidarités locales dans tous les domaines, le dernier en date étant celui de la dépendance avec l'Allocation personnalisée d'autonomie (APA).

Est-ce qu'un retour à une solution d'essence corporatiste circonscrite au Barreau lui serait pour autant plus profitable? La profession, via le Conseil national des Barreaux, émettait un communiqué le 14 décembre 2007 rappelant que « le financement de l'aide juridictionnelle (...) doit rester une priorité de l'État ». Toutefois, conscient des difficultés budgétaires « qui font obstacle à une véritable réforme du système », il émet des propositions de financement complémentaire, telles que la création d'un fonds qui pourrait être abondé par « une contribution de solidarité prélevée sur l'ensemble des actes juridictionnels établis par tous les professionnels exerçant le droit à titre principal ou accessoire (avocats, notaires, banques, compagnies d'assurance, agents immobiliers, etc.) ». Simultanément, le Conseil demande aux pouvoirs publics l'élargissement de l'application du taux minoré de TVA de 5,5 % à tous les services juridictionnels et judiciaires rendus aux particuliers (en référence aux principes adoptés le 11 décembre 2007 par le Parlement européen sur « la simplification et la rationalisation des taux réduits de TVA applicables aux services locaux qui n'affectent pas le commerce intracommunautaire »). Pour combler le manque à gagner dû au fait que les services au titre de l'AJ ne sont pas rémunérés aux conditions du marché, est donc émise l'hypothèse d'un prélèvement sur le montant des honoraires qui alimenterait une caisse de compensation : dans la proposition dont il est fait état plus haut, la contribution serait établie sur les honoraires de tous les clients solvables. Il a également été proposé concurremment qu'elle soit pratiquée sur les honoraires de tous les clients qui gagnent un procès. Ces fonds pourraient être gérés par la profession qui gérerait ainsi l'aide juridictionnelle.

Cette proposition appelle trois remarques. La première se situe sur un plan éthique : on ne voit pas pour quelle raison l'effort de solidarité devrait reposer sur ceux-là seuls qui ont recours aux services de la justice. Aucun principe de justice distributive ne commande que l'aide en espèce soit uniquement supportée par les seuls consommateurs du bien en question. Quant au prélèvement effectué sur les honoraires des avocats qui gagnent un procès, il est tout simplement désincitatif. La deuxième observation se place sur le plan de la mutualisation des risques, lorsque l'on envisage le procès comme un risque. Le principe de mutualisation énonce qu'il est préférable que la communauté à laquelle elle s'applique soit la plus grande possible. Ici, au lieu de la grande communauté des contribuables, on se restreint à celle des usagers des services juridiques. Enfin, on peut s'interroger afin

de savoir si cela constituerait une bonne solution pour la profession d'avocats. Depuis David Ricardo, les économistes enseignent qu'une taxe n'est pas forcément supportée par les personnes qui acquittent nominativement la taxe. C'est tout le sujet de l'incidence fiscale qui essaie de déterminer qui, réellement, subit la taxe. Généralement il s'agit des deux côtés du marché, l'offre et la demande, à raison inverse de l'élasticité de la demande ou de l'offre. Il y a fort à parier que l'application d'un prélèvement diminuerait à l'équilibre les honoraires, sauf dans le cas très improbable où la demande de leur service serait totalement inélastique. L'honoraire net du prélèvement qui résulte d'un arbitrage entre offre et demande diminuerait. La profession acceptera-t-elle de payer en toute connaissance de cause? Attentive à cet argument, elle propose simultanément que l'État diminue le taux de TVA afin que le prix payé par le client n'augmente pas et que la charge soit reportée en fin de compte sur le budget de l'État. La ficelle est un peu grosse, et il serait surprenant que le ministère des Finances se laisse prendre au jeu.

Section 2

INTÉGRER L'AIDE JURIDICTIONNELLE DANS LA PROTECTION JURIDIQUE

Au cœur des difficultés de l'aide juridictionnelle se pose la question de la maîtrise de l'*aléa moral*. L'aléa moral est d'abord apparu dans le domaine des assurances. Il correspond à la possibilité pour un assuré d'augmenter sa prise de risque par rapport à la situation où il supporterait entièrement les conséquences négatives d'un sinistre. Par suite, la notion d'aléa moral a été généralisée afin de désigner toute modification du comportement d'un co-contractant contraire aux intérêts des autres parties au contrat, par rapport à la situation qui prévaut avant la conclusion du contrat. L'aide juridictionnelle crée un aléa moral du côté du bénéficiaire en raison de la gratuité. Elle en crée également un du côté des avocats pour lesquels elle constitue une source de revenus. Un système à guichets ouverts pourrait être exploité à des fins purement rémunératrices. Le problème est bien connu en matière médicale avec la Sécurité sociale. Cet aléa moral existe du côté des avocats en raison de l'asymétrie d'information entre l'avocat et son client en matière de droit. Il est clair que l'avocat, tout comme le garagiste et le médecin dans leur domaine, dispose d'une bien meilleure expertise en matière de droit que son client. Cette asymétrie d'informations peut être exploitée par l'avocat pour, par exemple, déposer un recours, allonger la procédure, de manière à augmenter sa rémunération. Bien évidemment, cette possibilité ne sera exploitée que si le client est en mesure de payer. Les clients peu fortunés sont *a priori* prémunis contre ce risque, sauf si un tiers paye.

L'État remédie à ce problème d'aléa moral en exerçant un pouvoir de monopsonie vis-à-vis des avocats. De crainte de surpayer le service, il le sous-finance et le pouvoir de négociation des avocats vis-à-vis de l'État est, en la matière, insuffisant du fait même de cette relation monopsonique. Seule une réaction coalisée des

avocats est en mesure d'exercer un pouvoir de monopole en sens contraire. Leur position de force est toutefois affaiblie en termes éthiques par le fait qu'ils apparaissent comme des privilégiés et que l'aide juridictionnelle concerne des personnes pauvres, les plus démunis faisant figure d'otages de plus puissants qu'eux. Sur le long terme, le sous-financement chronique fait peser un risque sur la qualité de l'aide apportée.

Au total, notre diagnostic est que l'État lutte d'une façon maladroite contre l'aléa moral et il en résulte des pertes d'efficacité et des risques importants sur le plan de l'équité. De l'analyse de cette situation tripartite actuelle, nous proposons l'introduction d'un quatrième acteur, dont le métier est de lutter contre l'aléa moral, à savoir les mutuelles et les sociétés d'assurance. En d'autres termes, l'État déléguerait d'une façon implicite aux sociétés d'assurance le soin de contrer les forces d'aléa moral. Par ailleurs, cet acteur est de nature à équilibrer les relations entre l'État et les avocats mais aussi celles entre les clients et les avocats.

Naturellement, on objectera l'existence d'un risque de coalition entre l'assuré et l'assurance face à l'avocat ou entre l'avocat et l'assurance au détriment de l'assuré. Toutefois, la concurrence entre les compagnies peut permettre d'éviter ce biais. Plutôt que d'évoquer l'introduction d'un quatrième acteur, il serait préférable d'évoquer un ensemble d'acteurs du fait de la concurrence entre les différentes compagnies qui, de ce fait, introduit une capacité d'auto-régulation des dysfonctionnements possibles. Une sorte d'équilibre de pouvoirs entre les différents acteurs est susceptible d'émerger, qui favoriserait une rémunération plus équitable des auxiliaires de justice, une défense plus assurée des droits des plus faibles, sans que l'État puisse se sentir « exploité ».

Concrètement, nous proposons une formule qui supprimerait l'aide juridictionnelle dans sa forme actuelle au profit de son intégration dans une extension de la protection juridictionnelle. Cette formule suscite instinctivement, nous le comprenons bien, des réticences immédiates mais nous prétendons que l'extension de la protection juridictionnelle à tous ne peut cependant être écartée d'emblée. Nous ne présentons ici que les premières intuitions qui semblent favorables à ce mécanisme. Évidemment, cette proposition nécessiterait un examen approfondi et une étude détaillée sur le plan théorique de nature à confirmer les premières intuitions. Nous exposons tout d'abord la proposition d'extension de protection juridictionnelle, puis nous nous intéressons aux relations entre les différents acteurs du mécanisme proposé (État-assurance, assuré-assurance, assurance-avocat) avant de mesurer l'intérêt du quatrième acteur – les assurances et les mutuelles – à s'investir dans le dispositif proposé et de comprendre celui de l'État d'accepter de financer le système sans en être l'un des acteurs à proprement parler.

§1. – Une assurance de protection juridique élargie aux bénéficiaires de l'aide juridictionnelle

Du fait du caractère occasionnel mais très coûteux d'un procès, une assurance de ce risque a été instaurée par la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 (dont la

version a été consolidée le 20 décembre 2005 et par la loi n° 2007-210 du 19 février 2007 portant réforme de l'assurance de protection juridique) renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques. Cette loi est mutuellement profitable aux ménages ainsi qu'aux assurances et aux mutuelles, puisqu'elle résulte d'un échange volontaire. Notre propos n'est pas de porter un jugement factuel sur le fonctionnement du système actuel en France. Celui-ci relève d'un schéma classique du rôle complémentaire de l'assistance et de l'assurance. Ce principe de subsidiarité est d'ailleurs rappelé dans la loi du 19 février 2007, à savoir que ceux qui bénéficient de l'aide juridictionnelle sont ceux qui ne peuvent souscrire une aide judiciaire.

Le principe de la proposition est le suivant : l'État offre une assurance de protection juridictionnelle à toutes les personnes bénéficiant de l'aide juridictionnelle. La prime d'un montant de 50 euros payée par l'assuré est prise en charge par l'État à 100 % jusqu'à un certain seuil de revenu puis son taux de prise en charge décroît jusqu'à un autre seuil. D'un point de vue budgétaire, cette proposition est tout à fait recevable. Si l'on tient compte des six millions de bénéficiaires de l'aide judiciaire à taux plein, cette prise en charge, représenterait un coût d'un montant de 300 millions d'euros, soit le budget actuel de l'aide juridictionnelle !

§2. – La relation État-assurances

Actuellement, la progression du budget de l'aide juridictionnelle est entièrement laissée à la discrétion de l'État, puisqu'aucun principe de revalorisation de l'unité de valeur n'est fixé *a priori*. La question est alors de savoir sur quelles bases assurer d'année en année la progression de ce budget. Nous proposons de nous appuyer sur un mécanisme incitatif de part et d'autre.

Une disposition fondamentale est que le montant de la prime *ne dépend pas* pour l'intéressé du fait de bénéficier de l'aide juridictionnelle. Tous les assurés acquittent la même prime. La société d'assurance n'a pas la possibilité de proposer une gamme de produits. Un seul type de contrat est proposé à la clientèle. Il est fait obligation aux sociétés d'assurance de calculer une prime qui équilibre – en tenant compte des profits normaux – les recettes et la totalité de la prise en charge des frais de procès répartis sur l'ensemble des assurés. Une société d'assurance ne peut refuser un client qui bénéficie de l'aide juridictionnelle en raison de ses revenus.

L'État est obligé d'acquitter les augmentations de primes. Cependant, si une société d'assurance augmente trop fortement ses primes pour profiter de la situation d'un État captif, elle perdra des assurés réguliers tenus de payer l'intégralité de la prime, ce qui constitue une force de rappel non négligeable. L'État, quant à lui, a intérêt à veiller à l'établissement d'une saine concurrence entre assurances de façon à ce qu'un changement de tarif reflète bien la vérité des coûts. À défaut, il serait contraint d'assister à une augmentation des coûts de l'aide juridictionnelle sous l'effet d'ententes monopolistiques.

§3. – La relation assuré-assurance

Les mutuelles constitueront l'un des acteurs de cette concurrence entre assurances. Leur intérêt est d'inciter à la conciliation afin de diminuer le coût des conflits ou contentieux judiciaires. Les BAJ auraient une fonction différente. Ils ne seraient plus chargés de savoir si l'assuré satisfait les conditions de ressources *ex ante* lors du paiement de la prime. Leur rôle sera de déterminer si l'affaire est refusée, si elle entre en conciliation ou en procédure contentieuse. Leur rôle peut être maintenu comme garde-fou supplémentaire à la disposition actuelle qui protège déjà l'assuré. En effet, celui-ci peut, contre l'avis de sa compagnie d'assurance, entrer en procédure contentieuse et lui faire prendre en charge les frais afférents. Mais surtout, selon ce système, l'assuré conserve le choix de sa compagnie et peut voter avec les pieds. Il peut choisir de quitter une compagnie qui lui refuse l'assistance dans un contentieux.

La procédure préconisée permet un contrôle *ex post* du taux de médiation. Les compagnies d'assurances sont obligées d'effectuer des calculs pour établir une prime actuarielle, c'est-à-dire une prime qui rembourse en moyenne le coût du procès auquel il faut ajouter une rémunération normale d'intermédiaire. Dans la mesure où elles sont tenues de procéder à des calculs statistiques, il est possible de comparer le taux de médiation pour les plus démunis et pour les autres. La publication de ces statistiques devrait ainsi être obligatoire. Ce serait un des avantages de cette procédure.

§4. – La relation assurance-avocat

La loi du 19 février 2007 réaffirme la liberté de choix de l'avocat par l'assuré. Il nous semble important que les honoraires soient régis par la concurrence entre compagnies et entre avocats. Il appartient à l'État de veiller à éviter les ententes. L'augmentation des honoraires exprime, quant à elle, soit une plus grande rareté relative des représentants de la profession, soit une compétence accrue de certains d'entre eux.

§5. – L'intérêt des sociétés d'assurances et des mutuelles

Les mutuelles n'auront aucune difficulté à se fondre dans ce moule car leur existence repose sur une tradition bien ancrée de solidarité. Pour les sociétés d'assurances, on peut se demander ce qui les inciterait à s'impliquer dans un tel processus. Leur implication représente un produit d'appel et *a priori* ils sont autorisés à faire un profit normal. L'occurrence de recours à la justice semble être du même ordre pour les populations déshéritées que pour les autres et la pratique de tarifications différenciées ou la proposition de menus de contrats qui permettraient aux publics de s'auto-sélectionner est exclue d'emblée. En revanche, si l'occurrence de recours à la justice ou le coût moyen des affaires s'avérait être plus élevé pour la population relevant de l'aide juridictionnelle, il faudrait perfectionner le mécanisme. En effet, les personnes dont le revenu se situe au-delà du seuil de l'aide

juridictionnelle n'éprouveraient plus alors d'intérêt à acheter de l'assurance de protection juridique. L'équilibre complet du système s'en trouverait bouleversé.

§6. – L'intérêt de l'État

Qu'est-ce qui peut inciter l'État à s'impliquer dans un mécanisme dont il ne serait plus un acteur comme nous l'avons évoqué précédemment ? Dans ce dispositif, il deviendrait un financeur passif. Il déléguerait en quelque sorte aux compagnies d'assurances et aux mutuelles le fait de lutter contre l'aléa moral et d'effectuer un contrôle des coûts par une incitation à les minimiser ou, du moins, à exercer un contrôle sur leur augmentation. Il est en effet utile que l'un des acteurs ait intérêt à réduire les coûts, dès lors qu'il y a gratuité de l'aide pour une partie du public concerné par le recours en justice. La proposition d'extension de la protection juridictionnelle ainsi que nous la concevons crée une situation de relatif équilibre entre des acteurs aux intérêts contradictoires, telle que l'évolution des primes reflète alors celle des coûts. Naturellement, les avocats et les bénéficiaires peuvent avoir intérêt à « pousser la dépense » tandis que les compagnies d'assurance et les autres assurés – qui constituent le cinquième acteur du dispositif – inciteront à la modération. Toutefois, une condition *sine qua non* du bon fonctionnement du système est que l'État joue un rôle de régulateur du marché.

CONCLUSION

On pourra *in fine* s'interroger sur l'intérêt de l'économiste à proposer une réforme du système de l'aide juridictionnelle. Pour cette discipline des sciences sociales, il s'agirait plutôt d'un non-sujet. L'existence de – seulement – cinq articles dans toute la littérature économique en atteste. De même, à l'échelle des sommes mises en jeu, il s'agit d'un sujet que l'on peut considérer peu important, voire dérisoire eu égard aux sommes consacrées afin d'instaurer l'égalitarisme en d'autres domaines. Toutefois, ce sujet soulève des questions passionnantes en termes d'organisation. Notre réflexion a, en outre, été guidée par la difficulté de l'État, en ce domaine comme en d'autres, à vouloir à la fois financer et produire. Il ne faut jamais confondre provision et production publique : ce n'est pas parce que la première est légitime que la seconde est efficiente. L'État peut avoir intérêt à s'appuyer sur des acteurs qui ont plus l'habitude que lui et dont c'est le métier de produire. Le fonctionnement du système d'économie mixte proposé ici ne repose pas sur une croyance béate dans les forces de la concurrence. Il est basé, au contraire, sur l'exploitation de convergences d'intérêts entre acteurs privés et publics, en l'occurrence les assurés de la protection juridique et l'État qui redoutent une montée de la prime, et la divergence d'intérêts entre certains acteurs privés, les avocats et les compagnies d'assurance.

BIBLIOGRAPHIE

- CEPEJ : Systèmes judiciaires européens, Édition 2006, Chiffres 2004, disponible à l'adresse suivante : <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepig/evaluation/2006/CEPES-2006-Fr.pdf>.
- Direction de l'Administration générale et de l'Équipement, Sous-direction de la Statistique, des Études et de la Documentation : Les chiffres-clés de la Justice, octobre 2006 disponible à l'adresse suivante : http://www.justice.gouv.fr/art_pit/1_chiffrescles06.pdf.
- E. DOUAT (2001), *Les budgets de la justice en Europe*, Mission de recherche « Droit et justice », La Documentation française.
- A. GRAY, N. RICKMAN et P. FENN (1999), « Professionnel autonomy and the cost of legal aid ». *Oxford Economic Papers*, 51, 545-558.
- J. TOBIN (2006), « On Limiting the Domain of Inequality ». *Journal of Law and Economics*, October 1970, 263-77.
- J. RAWLS (1971), *Théorie de la justice*, trad. par Catherine Audard, Paris, Seuil, 1987.

L'aide juridictionnelle et l'analyse économique du droit

Emmanuel JEULAND

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne
Université Paris I, Panthéon-Sorbonne

Directeur du master contentieux des affaires de l'Université Paris I

Il me revient de donner un point de vue de juriste à ce qu'a exposé mon collègue Alain Trannoy. La tâche me paraît difficile, voire insurmontable pour plusieurs raisons. D'abord, j'ai trouvé son intervention fort riche, comportant de nombreuses remarques critiques intéressantes et une partie constructive qui est à bien des égards convaincante. Par ailleurs, en tant qu'universitaire, j'ai un accès assez lointain aux problématiques de l'aide juridictionnelle. Je n'ai pas non plus le point de vue du praticien juriste. Certes, j'ai essayé de me renseigner mais cela ne remplace pas l'expérience. Ma marge de manœuvre est donc assez étroite.

La première qualité de l'exposé d'Alain Trannoy est de renouveler le regard sur la question de l'aide juridictionnelle et de l'assurance. C'est peut-être plus généralement le premier mérite de l'analyse économique du droit d'obliger à penser différemment et en particulier à prendre en compte les faits, ce que savent merveilleusement faire les économistes, les faits qui peuvent être mis à jour par des chiffres. En travaillant avec lui, je l'ai vu s'emparer de détails parfois pour en faire une pierre de sa proposition... Je crois d'ailleurs que nous sommes à une période où il faut repenser l'aide juridictionnelle, où elle est en voie d'être repensée. Or, multiplier les regards est, me semble-t-il, indispensable pour prendre des décisions cohérentes en ce domaine. La loi du 19 février 2007 sur la protection juridique oblige à articuler assurance et aide juridictionnelle (à vrai dire, cette règle existait déjà dans le dispositif antérieur); des états généraux de l'aide juridictionnelle agitent différentes solutions dont un fonds géré par les barreaux et

1. Le style oral de cette intervention a été conservé car il s'agissait d'un dialogue entre un économiste et un juriste (il s'agit ici de la réponse juridique).

alimenté par un pourcentage perçu sur les honoraires ou sur les sommes obtenues au terme du jugement.

Je vais essayer d'avoir une approche critique de ce qu'a exposé Alain Trannoy. On dit que l'on pense toujours contre. Je vais essayer de penser contre ce qui a été dit, ce qui n'est pas facile et nos débats préparatoires à ce colloque ont montré qu'Alain Trannoy avait du répondant vis-à-vis de mes arguments. Je ne cache pas que ma position est une posture critique vis-à-vis de l'analyse économique du droit. J'essaie de ne pas avoir d'idée préconçue². Elle peut, certes, enrichir le débat mais ses solutions sont assez critiquables. Quant à trouver une proposition rationnelle, il se peut que ce que je propose soit bien critiquable également.

Pour penser contre, je ne peux guère rester dans une position stricte de juriste, puisque Alain Trannoy propose d'utiliser une science humaine pour alimenter la réflexion sur l'aide juridictionnelle. Il est peut-être nécessaire d'élargir le champ des sciences humaines et de faire référence à d'autres économistes, sociologues ou psychanalystes. L'invitation faite par Alain Trannoy à mener une recherche interdisciplinaire doit être acceptée sinon je risquerais de fermer le débat là où il est nécessaire de le maintenir ouvert. Mon idée de fond est que je suis contre la généralisation de l'assurance mais favorable à une aide juridictionnelle quelque peu repensée d'un point de vue juridique. Ce sera le plan de mon intervention qui est, en quelque sorte, le plan inversé de l'intervention d'Alain Trannoy.

Section I

LA CRITIQUE DU RECOURS GÉNÉRALISÉ À L'ASSURANCE

Nous avons eu d'assez longues discussions avec Alain Trannoy sur la généralisation de l'assurance. Il apporte généralement des réponses à mes arguments et a déjà donné des réponses dans son intervention. Mais je persiste sur un certain nombre de points. J'ajoute d'ailleurs que ce débat opposant ceux qui sont favorables à l'assurance et ceux qui sont favorables à l'aide juridictionnelle existe depuis plusieurs décennies. Il avait opposé déjà Monsieur Guinchard, favorable à l'assurance, et Jean Vincent qui avait une approche plutôt catholique, et donc fondée sur la charité, de la question. En effet, les préoccupations religieuses ne sont pas absentes de la matière.

Apparemment, le raisonnement est imparable : on constate que l'État ne peut ni ne veut mettre plus d'argent dans l'aide juridictionnelle et les avocats qui pratiquent l'aide juridictionnelle ne sont pas assez rétribués. Il faut donc changer de système et celui qui permettrait de respecter les critères économiques d'efficacité et d'équité est celui de l'assurance. Le procès est un risque, il peut donc être assuré. Il existe déjà des assurances de protection juridique qui peuvent être élargies aux

2. E. JEULAND, *Droit processuel*, LGDJ, 2007, n° 270.

plus démunis en demandant à l'État de payer les primes d'assurance à leur place. Alain Trannoy fait le calcul que ce ne serait pas plus cher que l'aide juridictionnelle et serait plus efficace. Il précise que, pour en être certain, il faudrait un an de recherches et qu'il ne s'agit que d'une hypothèse.

M. Trannoy ajoute qu'il vaut mieux faire confiance au marché qu'à l'État pour bien répartir les ressources. L'État est généralement un mauvais producteur. Par ailleurs, le taux de médiation serait augmenté car l'assurance aurait intérêt à son développement. Il y aurait une mise en concurrence entre les assurances pour éviter les arrangements entre elles. C'est une position cohérente et donc convaincante. On peut avoir des convictions contraires, mais il ne paraît pas très facile de trouver des arguments logiques.

Certes, on peut penser qu'il y a de fortes chances pour que la somme à payer par l'État soit en réalité plus élevée que pour l'aide juridictionnelle, car il s'agirait de payer pour tout le monde *ex ante* et non pas seulement pour les litiges nés donc *ex post*. Cette hypothèse relève cependant de l'intuition et il faudrait également un an pour l'établir.

Je crois tout de même qu'il y a plusieurs maillons du raisonnement qui méritent d'être interrogés. Tout d'abord, l'idée qu'un procès est un risque, un aléa qu'il est comparable à une maladie, un accident de la vie... Faut-il, par exemple, considérer le divorce comme un risque? On se marie et le jour même on conclut une assurance divorce au cas où les événements de la vie conduiraient à divorcer pour régler les frais du procès. C'est un risque qui dépend des époux, de leur volonté et sans doute aussi de bien des éléments qu'ils ne maîtrisent pas forcément : les événements de la vie, le chômage, les maladies. Il ne me paraît pas aller de soi de considérer que le divorce est un risque dans la mesure où il s'agit de l'évolution d'une relation humaine. Or, on sait qu'en matière civile l'aide juridictionnelle concerne en grande partie la matière familiale et en particulier les divorces. De plus, en matière de divorce l'aide juridictionnelle est calculée pour chacun des époux séparément, ce qui augmente encore le nombre d'aides juridictionnelles accordées en matière de divorce.

En matière pénale, l'aide juridictionnelle existe, notamment pour les petits délinquants sans ressources. La criminologie a montré depuis longtemps que les délinquants étaient majoritairement issus des milieux les moins favorisés. Là encore, considérer que voler un téléphone portable est un risque est difficile à admettre dans la mesure où il s'agit d'une décision du voleur. S'il était en état de démence, il ne serait pas jugé responsable de son acte. Bien sûr, un accident de la circulation est un risque mais il existe là des assurances classiques.

Cela ne veut pas dire que l'assurance est tout à fait impossible. La preuve en est que ceux qui ne bénéficient pas de l'aide juridictionnelle peuvent toujours s'assurer. Ce que je veux souligner simplement est qu'il n'y a pas de nécessité logique à avoir recours à l'assurance. Autrement dit, on peut y voir un risque mais cela n'est pas entièrement convaincant, si bien que l'assurance ne s'impose pas comme la seule solution logique.

Par ailleurs, je suis personnellement un peu choqué d'une proposition qui consiste à demander à l'État de verser des primes d'assurance à des assureurs privés. On sait que l'État est son propre assureur en général et je ne suis pas sûr que ce soit un mauvais producteur. L'université n'est pas un très bon exemple mais nous avons tout de même réussi, bon an mal an, avec peu de moyens, à permettre à un nombre croissant de jeunes d'entrer à l'université.

De quelle production s'agit-il en matière d'aide juridictionnelle? Il s'agit de permettre à des justiciables sans ressources d'accéder à la justice, mais il s'agit aussi de décider qui aura le droit à ces moyens financiers car toutes les demandes ne sont pas justifiables. Or la décision de l'octroi de ces ressources me paraît déjà relever de la justice : il faut déterminer si une demande est manifestement bien fondée. J'ai pu voir le bureau d'aide juridictionnelle de la Cour de cassation fonctionner. C'est un travail juridictionnel. Il s'agit de trancher une question de droit qui est de savoir s'il existe un moyen sérieux. C'est un travail voisin de celui qui est exercé par le juge des référés. Or la production de jugement est traditionnellement une fonction régaliennne, une production régaliennne si je puis dire. Faut-il privatiser la justice et la décision d'accorder des ressources pour agir en justice? Sinon, il faudrait maintenir les bureaux d'aide juridictionnelle pour décider de l'octroi des aides versées par les assurances. Le système ne serait-il pas plus simple si, au lieu de passer par les assurances, l'État versait comme aujourd'hui directement l'aide juridictionnelle?

J'en arrive à un point plus théorique. Faut-il faire confiance au marché ou à l'État? Alain Trannoy affirme lui-même que les entreprises ne peuvent toutes seules assurer les conditions du marché; seuls l'État et l'Autorité de la concurrence peuvent garantir l'existence d'un marché. Le choix n'est donc pas entre le marché et l'État, mais entre la confiance directe dans l'État pour distribuer l'aide juridictionnelle ou la confiance indirecte en l'État pour garantir l'existence d'un véritable marché. Le choix n'est donc pas à faire entre le marché et l'État, mais entre deux formes d'action publique. Il s'agit de faire confiance à l'État pour créer le marché de l'assurance aux plus démunis, voilà ce que signifie, me semble-t-il, la position de Monsieur Trannoy.

Sur le fond, le recours généralisé à l'assurance ne serait pas une bonne solution car les sommes allouées par les assurances au titre de la protection juridique ne sont pas très différentes de celle octroyée dans le cadre de l'aide juridictionnelle et l'indépendance de la profession d'avocat est en jeu. Quand bien même la loi permet de choisir son avocat, les assurés demandent une liste d'avocat à l'assurance. Le choix est donc théorique.

Enfin, reste la question du taux de médiation qui serait plus élevé avec l'assurance. L'idée préconçue est que les litiges doivent être évités. Il faut diminuer le nombre de procès et l'assurance saurait le faire car elle n'aurait pas intérêt à ce que se développent des contentieux longs et coûteux. Or, Mme Frison-Roche l'a dit lors de la dernière séance de cette série de colloques à la Cour de cassation, il n'est pas du tout certain qu'il faille éviter les litiges. On sait au moins depuis Simmel

que le conflit est nécessaire à une société. C'est notamment ce qui l'a fait évoluer. Éviter les litiges peut contribuer à immobiliser la société. À l'époque où n'existait pas la possibilité de divorcer, des couples restaient enfermés dans des situations invivables qui pouvaient les conduire au meurtre. Il n'est pas du tout certain que les rôles soient globalement si encombrés et qu'il faille diminuer le nombre de procès. Un colloque ayant lieu cette année pose la question : où sont passés les contentieux? Cependant, il est aisé de critiquer et de déconstruire. Que peut-on proposer à la place?

Section 2

PEUT-ON REPENSER L'AIDE JURIDICTIONNELLE D'UN POINT DE VUE JURIDIQUE?

Je pourrais m'arrêter là et me prononcer contre l'assurance généralisée et donc favorable au système actuel. Certes, le système en place n'est pas parfait et peut être amélioré en augmentant la valeur de l'UV et éventuellement en augmentant le nombre d'UV attribuées à telle ou telle prestation. Je note aussi qu'il est proposé par le Conseil national des barreaux de créer un fonds autonome accueillant la dotation de l'État et une contribution sociale à l'accès à la justice prélevée sur les contrats de protection juridique.

Pourtant, je me pose la même question que Monsieur Trannoy : pourquoi l'État ne met-il pas plus d'argent dans l'aide juridictionnelle? Qu'est ce que cela signifie? Sur ce point, je trouve ses remarques et ses questions pertinentes. Je note encore que la France est située plutôt en milieu de tableau au plan européen. Je ne suis pas convaincu que l'État ne puisse pas augmenter sa dotation pour permettre une véritable rémunération des avocats.

Existe-t-il une relation entre le système de l'aide juridictionnelle existant en France et la tradition catholique impliquant une idée de charité réduite en terme de montant? Au contraire dans le système anglais, les avocats sont rétribués de la même manière si le client est à l'aide juridictionnelle ou pas, ce qui « plombe » d'ailleurs le système judiciaire étant donné les sommes astronomiques versées à l'aide juridictionnelle en Angleterre. Pourtant l'Irlande et la France, toutes deux de tradition catholique, n'ont pas la même conception de l'aide juridictionnelle³. Par ailleurs, si l'on repense aujourd'hui l'aide juridictionnelle en France, c'est peut-être parce que la tradition catholique est devenue moins prégnante. Est-ce qu'augmenter l'aide juridictionnelle pour les avocats serait mal reçu par l'opinion publique dans la mesure où les avocats sont perçus comme des professions libérales gagnant bien leur vie? Je ne suis pas convaincu que le relèvement de l'UV serait tout simplement pris en considération en dehors du milieu judiciaire.

3. Mel COUSINS, Legal Aid Reform in France and the Republic of Ireland in the 1990s, in *The transformation of legal aid*, F. Regan, A. Paterson, T. Goriely et D. Fleming (ed.), Oxford University Press, 1999, pp. 159 to 179.

Il me paraît nécessaire de mener un raisonnement juridique et non moral. L'approche économique me paraît largement morale. L'économiste indien Amartya Sen a ainsi noté que la science économique est une science morale⁴. Selon une approche morale, il existe une alternative : soit l'on aide les plus démunis par solidarité, soit on laisse le marché qui serait un instrument de moralité répartir équitablement les ressources. Je souhaiterais sortir de cette approche morale.

Je procéderai en deux temps. D'abord, je chercherai à préciser ce que peut être un raisonnement juridique renouvelé en matière d'aide juridictionnelle, puis je ferai des propositions qui seront les conséquences de ce raisonnement.

§1. - Un raisonnement juridique

Le point de départ de mon raisonnement juridique concerne l'aide juridictionnelle elle-même. Il s'agit d'une aide monétaire. Or, la monnaie à l'instar du concept de marché économique n'est pas nécessairement une notion économique. Certains économistes utilisent des notions juridiques pour la définir. Ils traitent de la dette des banques à l'égard de ceux qui y ont ouvert un compte ou de pouvoir d'achat des détenteurs de monnaie. Les juristes y voient davantage un bien particulier. Par ailleurs, est en cause le patrimoine des parties. Certes, on emploie l'expression de « ressources de la dernière année civile » pour calculer l'aide juridictionnelle mais l'on tient compte, en réalité, de tous les biens du demandeur. Une personne juridique ayant par définition un patrimoine (qui peut être très réduit), un plaideur engage toujours un procès en impliquant son patrimoine. La différence entre les patrimoines des plaideurs constitue une inégalité de départ qui peut être si grande qu'elle devient contraire au principe d'égalité des armes. Il ne s'agit pas seulement d'une question de droit d'accès au juge : les différences patrimoniales des parties ont un rôle à jouer dans le litige. C'est très net en matière de divorce où il est justement question de rééquilibrer cette différence entre les patrimoines des ex-époux par la prestation compensatoire. D'ailleurs, en matière de divorce, l'aide juridictionnelle peut être accordée à chacun des époux et leurs ressources sont calculées séparément.

J'ajoute que le bureau d'aide juridictionnelle (BAJ) accorde l'aide si l'action n'apparaît pas « manifestement irrecevable ou dénué de fondement ». Devant la Cour de cassation, il faut un moyen de cassation sérieux. Cela signifie que la décision du BAJ touche au fond de l'affaire. Il s'agit, certes, d'un contrôle exercé sur l'apparence mais il s'agit bien d'un acte juridictionnel. Il s'agit de trancher une demande juridique. Cette décision est voisine d'un jugement avant dire droit ou d'un référé qui donne lieu également à une décision prise sur l'apparence.

Pourtant, une opinion inverse paraît prévaloir⁵ : le bureau d'aide juridictionnelle est plutôt considéré comme un organe administratif et sa décision comme un acte administratif susceptible d'une sorte de recours hiérarchique devant le président

4. A. SEN, *L'économie est une science morale*, La Découverte, 2003.

5. Jcl procédure civile, De Rusquec.

de la juridiction. On peut ajouter que les règles de procédure du bureau d'aide juridictionnelle sont celles d'une juridiction. Il peut requalifier une demande, il mène une instruction et il est composé en partie de magistrat statutaire. En Allemagne et en Suisse, ce sont d'ailleurs les magistrats saisis du fond de l'affaire qui sont saisis de la demande d'aide juridictionnelle.

Il s'agit d'un travail juridictionnel qui ne relève pas du domaine marchand. Le justiciable n'est pas un consommateur. Par ailleurs, l'article 6 1 de la CEDH qui selon la jurisprudence reconnaît un accès effectif au juge et donc la nécessité de prévoir une aide juridictionnelle s'impose à l'État français signataire de la convention. La Cour européenne n'est pas très exigeante quant au montant de l'aide juridictionnelle en précisant que chaque État peut l'évaluer en fonction de ses ressources. Il ne s'agit donc pas de charité ni même de solidarité au sens général du terme ce n'est pas une obligation morale, il s'agit d'une obligation juridique. Il est admis par ailleurs que les principes de l'article 6 § 1 s'appliquent à d'autres personnes que l'État. Ainsi, il me semble que cet article s'impose aux professionnels de la justice qui doivent contribuer à l'accès à la justice, au respect de l'égalité des armes et des droits de la défense, en premier lieu les avocats. Il ne faudrait plus raisonner en termes moraux de solidarité morale, il s'agit de véritables obligations juridiques et pratiquement d'une solidarité au sens juridique. L'État et les avocats sont solidaires du paiement des frais d'un procès pour les personnes qui ne pourraient sinon accéder à la justice. Pour les avocats, il s'agit aussi d'une contrepartie à leur monopole devant le TGI. Par ailleurs, l'État a intérêt à ce que les litiges soient traités et tranchés par les tribunaux. Il a intérêt à ce qu'il y ait une justice de qualité. Une société évolue avec ses litiges à condition que ceux-ci soient traités; il ne s'agit pas de trouver d'autres parts du marché de la justice mais de faire en sorte que les litiges soient transformés par la justice en de nouveaux liens de droit paisibles.

Pour l'exprimer sous l'angle du justiciable, on peut dire que la personne démunie doit pouvoir accéder à la justice non seulement pour elle, mais aussi pour la collectivité toute entière, car il n'est pas bon qu'un couple ne puisse pas divorcer ou qu'un délinquant ne soit pas défendu. Il ne faut plus y voir une question de charité ni même d'aide juridictionnelle ou d'assistance judiciaire. L'État ne doit pas « aider » les justiciables, il doit respecter ses engagements en terme de respect des droits de l'homme. Il doit aussi permettre aux litiges et aux infractions de se transformer pour recréer des situations juridiques pacifiées. Par conséquent, accorder l'aide juridictionnelle ne consiste pas à faire l'aumône mais à commencer à restaurer une situation juridique. Accorder l'aide juridictionnelle me paraît être de ce point de vue un acte juridictionnel.

J'ajouterai que le plaideur est aussi débiteur des frais de justice. Il me semble de ce point de vue qu'il faut resituer le débat sur l'aide juridictionnelle dans le contexte plus large des aides aux exclus, RMI, CMU, droit au logement, etc. Une nouvelle approche du traitement de l'exclusion paraît émerger, selon laquelle un exclu doit être actif en tentant de se réinsérer. Il doit montrer son adhésion à la société pour être protégé. On parle de responsabilisation des personnes protégées, d'accompagnement, d'autonomie de ces personnes. Il s'agit de les considérer

comme des personnes et en même temps de faire peser sur leur tête une obligation d'insertion et d'adhésion à la société. Ce qui choque les avocats, ce ne sont pas seulement les montants faibles de l'aide juridictionnelle, mais aussi le comportement des bénéficiaires comme ce délinquant rencontrant pour la première fois son avocat désigné d'office qui demande : est-ce que je pourrais avoir un vrai avocat ? Des justiciables qui ont un comportement d'assistés, qui prennent tout ce qu'on leur donne sans faire d'effort eux-mêmes de communiquer des documents ou de faire une photocopie. Une sociologue considère qu'il y a aujourd'hui véritablement de « nouvelles règles du social »⁶ c'est-à-dire un travail de proximité, de rapprochement, de personnalisation mais aussi de responsabilisation. Si l'on appliquait ces idées à l'aide juridictionnelle qui n'est pas visée par cette sociologue, il faudrait repenser l'aide juridictionnelle de telle sorte que les bénéficiaires soient plus actifs et plus « reconnaissants » vis-à-vis des avocats. Il faudrait peut-être alors supprimer l'aide totale pour obliger tout justiciable à verser au moins une petite partie des frais.

Il n'est pas certain que l'évolution en cours de responsabilisation des personnes protégées ne comporte pas un certain danger. Un psychanalyste, J.P. Lebrun, note combien cette responsabilisation et cette personnalisation, cette injonction faite aux bénéficiaires de l'aide sociale de chercher une réalisation, pouvaient parfois être destructrices. N'est-ce pas parfois une demande insoutenable que de devoir être soi-même, de trouver l'énergie suffisante pour se réinsérer, pour être actif dans son procès ? Je reste quelque peu perplexe vis-à-vis de cette nouvelle approche du social. Forcer quelqu'un à être autonome et libre est déjà contraire à son autonomie et à sa liberté. Cela me conduit à faire quelques propositions.

§2. – Des propositions

J'en arrive donc à quelques propositions qui sont la conséquence de mon raisonnement juridique. Pour la plupart, elles ne sont pas nouvelles :

- Comment calculer la part de l'État si l'on raisonne en termes de contribution à l'accès au juge et non en termes de marché ? Il faut faire en sorte que chaque justiciable puisse accéder à la justice pour tous ses litiges et ses infractions. Cette justice doit être d'une suffisante qualité. Il semble que pour un avocat il faut travailler très vite pour ne pas travailler à perte en matière d'aide juridictionnelle. Il doit pouvoir faire des économies d'échelles en traitant de nombreuses fois des affaires presque identiques comme les divorces par exemple. C'est ce que m'a indiqué une avocate de Seine Saint-Denis pratiquant l'aide juridictionnelle quotidiennement. Il ne m'a pas semblé qu'il s'agissait pour autant d'une justice nécessairement au rabais. Cette avocate considérait qu'elle travaillait finalement de la même manière avec ou sans aide juridictionnelle mais elle n'acceptait l'aide juridictionnelle que pour les divorces et non en matière pénale. Elle notait cependant que certaines prestations

6. I. ASTIER, *Les nouvelles règles du social*, PUF, coll. Le lien social, 2007.

sont mal évaluées. Pour un changement de prénom par exemple, elle peut attendre plus de trois heures dans un tribunal alors que l'acte est payé moins de 200 euros. D'autres exemples ont été fournis dans des articles en matière de procédure des réfugiés. Il faudrait encore relever l'UV, qui reste encore insatisfaisant, de telle sorte que les avocats ne travaillent pas à perte. Il s'agit ensuite de négociation, mais du point de vue de mon raisonnement, il ne s'agit pas de payer les avocats au prix qu'ils font payer à leurs clients non aidés. Il ne s'agit d'ailleurs pas d'un prix du marché car il n'y a pas de marché pour des raisons diverses notamment d'indépendance des avocats. Il n'existe pas de tarifs mais plutôt un ordre d'idées.

- Comment calculer la part des avocats d'un point de vue juridique ? À la question de savoir s'il faut parler de rémunération ou de contribution faite à l'avocat, il est peut-être possible de s'en tenir au droit. Si l'on ne raisonne plus en termes de solidarité morale mais en termes juridiques, il s'agit de payer les avocats pour le travail accompli. Il s'agit d'une rémunération à quoi il faut retirer la propre contribution des avocats à cette solidarité. C'est ce à quoi il renonce pour assurer l'accès à la justice et les droits de la défense tout en bénéficiant d'un monopole. Par ailleurs, le système de l'aide juridictionnelle permet aux avocats stagiaires de découvrir différents contentieux, à d'autres de compléter leur revenu. L'aide juridictionnelle est insuffisante pour permettre d'en vivre. Il n'y a que 1 % des avocats qui ne vivent que de l'aide juridictionnelle. Créer un corps d'avocats spécialisés éventuellement fonctionnaire a parfois été évoqué. Il existe, je crois, au États-Unis. Mais il y a un risque d'atteinte à l'indépendance des avocats ; on dit aussi que si l'UV est trop valorisée de nombreux cabinets voudront faire davantage d'aide juridictionnelle ce qui portera atteinte aux petits cabinets individuels qui en ont besoin. C'est là un argument économique que je n'exclus d'ailleurs pas non plus (l'idéal est de combiner les arguments juridiques, économiques et sociaux (etc.) pour pouvoir faire des propositions). Pour en rester au juridique, je dirais que s'il s'agit d'une solidarité au sens juridique, il faudrait que tous les avocats y contribuent et que ceux qui ne font pas d'aide juridictionnelle y contribuent financièrement en payant des cotisations à l'ordre plus importantes⁷. Ainsi, les avocats qui « font » de l'aide juridictionnelle ne seraient pas en situation de se sacrifier et paieraient eux moins de cotisations ce qui pourrait contribuer à améliorer la qualité de la justice pour les plus démunis et l'image des avocats qui pratiquent l'aide juridictionnelle⁸. Il ne faut pas oublier la question des impôts. L'État ne doit pas récupérer une partie de ce qu'il doit en raison de ses engagements internationaux, sous forme d'impôt.
- Comment calculer la part du plaideur lui-même ? Le principe de réalité est applicable. S'il ne peut absolument rien payer sa part ne pourra être que nulle alors même qu'il est aussi débiteur des frais de justice. Il faudrait davantage prendre en compte les gains du procès, les retours à meilleures fortunes mais aussi le paiement des frais de justice par l'autre partie. L'idée d'un paiement

7. Cette proposition avait déjà été formulée par F. ROLIN, *D.* 2001, p. 6 et 725.

8. Je remercie mon collègue et avocat F. Manin pour cette remarque.

symbolique est également envisagée, je crois qu'il faut que ce soit un véritable paiement proportionné aux revenus, et non pas un euro symbolique. Je pense à la somme de 25 euros qui correspond à un peu plus d'une UV, donc à plus d'une demi-heure de travail. Cette somme ne serait pas exigée dans les hypothèses où le bureau d'aide juridictionnelle estimerait que les ressources sont si inexistantes que mêmes ce montant ne peut être payé. Cette somme de 25 euros pourrait être prélevée automatiquement en cas gain du procès sur les sommes obtenues (proposition du président Waquet lors des débats). Il faudrait ajouter, me semble-t-il, un contrat de mandat de justice spécifique indiquant les contributions de l'État et de l'avocat (en raison de leurs obligations respectives d'assurer le droit d'accès au juge) ainsi que la part du plaideur et son obligation de contribuer à la procédure notamment en fournissant tous les documents nécessaires afin de lutter contre le comportement d'assisté. Cependant, selon une avocate de Seine Saint-Denis, Danièle Braud, ces règles, si elles existaient, ne seraient pas appliquées en pratique. Selon elle, en cas d'aide juridictionnelle partielle, les bénéficiaires ne peuvent souvent pas payer leur part; elle ajoute cependant qu'effectivement beaucoup de bénéficiaires de l'aide juridictionnelle ont une mentalité d'assistés – comme d'ailleurs dans d'autres domaines de leur vie – et pense que c'est à l'avocat de recueillir les témoignages et d'aller chercher des attestations. Ces justiciables n'apportent même pas un carnet de timbres.

Enfin, de nombreuses améliorations pourraient être apportées à la procédure suivie devant le bureau d'aide juridictionnelle, le traitement des fonds par les barreaux. On peut aussi envisager une aide juridictionnelle qui ne soit jamais totale. Un contrat de participation à la procédure aurait-il un sens sans pour autant créer une obligation d'autonomie qui serait difficile à assumer? L'approche en termes économiques se révèle globalement inutilisable car l'assurance ne peut répondre à tous les besoins et comporte ses propres défauts (les assureurs ne versent pas des sommes bien supérieures aux sommes perçues en cas d'aide juridictionnelle). Il faut aussi que dans le lien entre client et avocat, l'avocat reçoive une suffisante reconnaissance ce qui était le fondement de ses honoraires au XIX^e siècle et que le client soit suffisamment autonome pour que la résolution de son litige le conduise aussi à davantage d'autonomie sans pour autant qu'il y ait un devoir d'autonomie. En somme, l'analyse économique du droit est un aiguillon qui oblige le juriste à sortir de son camp parfois un peu retranché.

QUATRIÈME PARTIE

LA REPRÉSENTATION DES PARTIES EN JUSTICE

Éléments d'analyse économique de la représentation des parties dans le procès civil

Éric AVENEL

Professeur de sciences économiques à l'Université Rennes 1

Que voit l'économiste à travers le prisme qui est le sien lorsqu'il est invité à se pencher sur la question de la représentation des parties dans le procès civil¹ ? Comment aborde-t-il cette question à l'aide des concepts de la science économique ? Fondamentalement, l'économiste reconnaît une situation de délégation : un agent économique (le client) délègue à un autre agent économique (l'avocat) une tâche (le représenter dans le procès) au lieu de la réaliser lui-même. Cependant, pour que l'analyse économique soit pertinente, elle doit s'appuyer sur les spécificités de cette situation de délégation particulière. D'abord, les parties qu'il s'agit précisément de représenter dans le procès. Nous avons là des individus, des entreprises, des associations... que nous confondrons dans la catégorie d'« agent économique » et auxquels nous attribuerons par conséquent une attitude rationnelle de maximisation de leur bien-être, en l'occurrence leur richesse. Ces agents économiques se trouvent engagés, au moins potentiellement, dans une affaire qui va les conduire, de façon possible, probable ou certaine, devant un tribunal. Qu'ils soient demandeurs ou défendeurs, ces agents vont devoir défendre leurs intérêts devant un juge. Comme les parties n'ont, sauf exception, ni les compétences requises, ni le temps nécessaire, pour défendre seuls leurs intérêts, ils doivent s'assurer les services d'un avocat. Nous dirons donc que les parties sont des agents économiques qui expriment une demande de services juridiques.

1. Je remercie vivement mon collègue le professeur Dany Cohen pour d'abord m'avoir invité à donner cette conférence, ensuite m'avoir donné de très précieuses indications sur les aspects juridiques de la question. Bien entendu, les éventuelles erreurs et imprécisions que le lecteur pourrait relever dans ce texte me sont entièrement imputables.

Si nous continuons notre description économique de la situation, nous trouvons, précisément, les avocats. Professionnels du droit, les avocats sont aussi, pour l'économiste, des agents économiques rationnels qui, par conséquent, adoptent un comportement susceptible de servir au mieux leurs intérêts. Sur ce point, une précision s'impose. Le fait que les avocats agissent au mieux de leurs intérêts n'implique pas qu'ils agissent au mépris de ceux de leurs clients et ceci pour deux raisons. D'abord, parce que les avocats obéissent à des règles dont les violations sont susceptibles de sanctions, ensuite, parce que divers mécanismes, dont le mode de rémunération, peuvent permettre d'aligner les intérêts des avocats et ceux de leurs clients. C'est ce second point qui sera largement développé dans la suite de cet exposé, tandis que le premier sera laissé de côté conformément aux hypothèses usuelles de la science économique, hypothèses traditionnellement maintenues dans la littérature économique sur l'offre de services juridiques. À ce stade de notre analyse, nous dirons que les avocats sont des professionnels du droit qui offrent des services juridiques et, ce faisant, recherchent la maximisation de leurs gains.

Il ne reste plus, et c'est évidemment le cœur de la question, qu'à expliquer comment l'offre et la demande de services juridiques se rencontrent et à discuter dans quelle mesure les conditions de cette rencontre assurent un fonctionnement satisfaisant (l'économiste dira « efficace ») de ce qu'il faut bien appeler le « marché des services juridiques ». La « main invisible » de Smith est le schéma explicatif le plus naturel à l'économiste. Le prix s'établit de telle façon que l'offre et la demande de services juridiques soient égales ; les agents économiques qui décident de vendre ou d'acheter des services juridiques à ce prix procèdent aux échanges et les autres sont exclus du marché, soit parce qu'ils étaient prêts à acheter des services juridiques, mais uniquement à un prix inférieur au prix qui s'établit sur le marché, soit parce qu'ils étaient prêts à en vendre, mais uniquement à un prix supérieur à celui qui s'établit sur le marché.

Le principal intérêt de l'hypothèse de concurrence pure et parfaite, à laquelle renvoie directement l'idée d'une main invisible du marché, est qu'elle n'est jamais vérifiée, ce qui permet d'examiner les conséquences de ses différentes violations. C'est le principe même de champs tels que l'économie industrielle ou l'économie publique. La concurrence pure et parfaite repose en particulier sur des hypothèses d'homogénéité : homogénéité des services juridiques, homogénéité des avocats, homogénéité des clients, toutes choses éminemment discutables, mais dont je ne discuterai pas ici. Il me paraît en revanche utile d'examiner une quatrième hypothèse d'homogénéité, celle des affaires. Non seulement les affaires sont toutes différentes, mais en plus les parties n'observent pas, en tout cas pas parfaitement, les caractéristiques de leur affaire. À l'hétérogénéité des affaires s'ajoute donc une imperfection de l'information dont disposent les parties dont je me propose maintenant d'explorer les conséquences. Lorsqu'un salarié va consulter un avocat parce qu'il a un litige avec son employeur, il sait ce qui ne va pas, mais il ne sait pas en quoi consiste le remède. C'est la première raison pour laquelle il s'adresse à l'avocat qui, lui, sera capable d'analyser son affaire et de définir le type de traitement dont elle relève. Est-ce qu'il s'agit d'une affaire facile pour laquelle un traitement simple

sera suffisant pour assurer une chance de succès élevée ou d'une affaire difficile nécessitant un travail plus approfondi ? À ce stade du processus, l'avocat intervient en tant qu'expert capable de dire au salarié de quel service il a besoin. En d'autres termes, l'avocat est ici en situation de prescripteur. Je ne voudrais pas paraître sous-estimer l'incertitude qui marque toute procédure juridique. Certes, l'avocat ne peut pas prédire dès le départ le déroulement d'une affaire, mais il appréciera mieux que son client la nature de son affaire et le type de traitement dont elle relève. Ainsi, les services juridiques ont ceci de commun avec les services médicaux que la nature du service dont le client a besoin est définie non pas par le client lui-même, mais pas un expert qui le lui prescrit. Ils entrent de ce fait dans la catégorie particulière des « biens de confiance ». Comme nous allons le voir, cette terminologie renvoie très directement au fonctionnement des marchés de ce type de biens et services.

L'avocat, nous l'avons dit, est donc d'abord un prescripteur, mais il n'est pas que cela. La plupart du temps, l'avocat consulté par le client est également celui auquel sera confiée l'affaire et le client ne peut pas, au vu du résultat, apprécier si le service prescrit était adapté à la situation, du fait notamment du caractère incertain des procédures juridiques. Le client peut donc se demander légitimement si le traitement prescrit (et facturé) par l'avocat est adapté, avec deux types possibles d'inadaptation : un traitement inutilement approfondi pour une affaire facile et un traitement simple d'une affaire difficile qui aurait mérité un traitement approfondi. Dans ce contexte, un bon mode de rémunération sera un mode de rémunération qui assure une correspondance correcte entre le traitement prescrit et le traitement effectivement adapté à l'affaire considérée.

L'inadaptation des prescriptions n'est pas le seul problème auquel le mode de rémunération des avocats doit tenter d'apporter des solutions. En effet, dès lors que le client ne peut pas observer le temps effectivement passé par son avocat sur son affaire, il fait face au risque que celui-ci lui facture un temps plus important que celui qu'il lui a effectivement consacré. Les économistes parlent dans ce cas d'une situation d'aléa moral. Cette terminologie usuelle porte souvent à confusion, dans la mesure où précisément la science économique s'interdit tout jugement moral. Aussi serait-il sans doute préférable, et plus clair, de parler d'action cachée. C'est bien de cela qu'il s'agit : le client n'observe pas les actions de l'avocat. Notons que la présence d'aléa moral ne dépend pas de la nature de bien de confiance des services juridiques. Ainsi, même si le client sait parfaitement de quel service il a besoin, dès lors qu'il n'observe pas le travail de son avocat, il fait face à un problème d'aléa moral et donc au risque d'une facturation par l'avocat d'un temps plus important que celui qu'il a effectivement consacré à l'affaire. Un bon mode de rémunération garantira que l'avocat rend effectivement les services facturés ou en tout cas que l'écart entre services facturés et services rendus soit réduit.

Au terme de cette discussion introductive, nous avons identifié deux problèmes : une possible inadaptation de la prescription et une éventuelle surfacturation du service. La suite de cette analyse se structure donc de la façon suivante : j'examinerai dans une première partie les mérites respectifs des différents modes de rému-

nération lorsque le problème est principalement celui de la possible inadéquation des services prescrits, avant d'examiner dans une seconde partie les mérites de ces mêmes modes de rémunération lorsque le problème est principalement celui de la possible surfacturation des services fournis au client.

Section 1

MODE DE RÉMUNÉRATION ET ADAPTATION DES SERVICES RENDUS AU CLIENT

Dans cette partie, je me propose de montrer que, lorsque le problème principal est celui de l'adéquation entre traitement prescrit et traitement adapté à l'affaire, la rémunération au temps passé et la rémunération forfaitaire sont supérieures à la rémunération au résultat. En m'appuyant sur un article publié par Emons en 2000 dans l'*International Review of Law and Economics*², je montrerai que la rémunération au résultat peut conduire l'avocat à mettre en œuvre un traitement insuffisamment approfondi des affaires complexes, alors que la rémunération au temps passé et la rémunération forfaitaire, qui dans le cas considéré sont équivalentes, ne souffrent pas de cet inconvénient. Je ne vais pas ici présenter de façon détaillée les résultats de Emons, mais plutôt illustrer ces résultats à l'aide d'un exemple.

Considérons la situation suivante : la moitié des affaires sont faciles, les autres sont difficiles. Les parties, nous considérerons ici un demandeur, ne savent pas si leur affaire est facile ou difficile. L'avocat, lui, sait distinguer entre les différents types d'affaires. La différence entre affaires faciles et affaires difficiles ne porte pas sur l'enjeu. Nous considérerons qu'en cas de succès le demandeur reçoit un dédommagement d'une valeur de 10 unités monétaires, tandis qu'il ne reçoit rien en cas d'échec. La différence entre les deux types d'affaires se fait au niveau des probabilités de succès. Cette probabilité dépend également du traitement de l'affaire par l'avocat, traitement qui peut être soit simple, soit approfondi. Les probabilités de succès sont résumées dans le tableau 1.

Tableau 1

		Nature du traitement	
		Simple	Approfondi
Nature de l'affaire	Facile	Gagner 10 avec 1 chance sur 2	
	Difficile	Gagner 10 avec 1 chance sur 4	Gagner 10 avec 1 chance sur 2

2. EMONS, W., « Expertise, contingent fees, and insufficient attorney effort », *International Review of Law and Economics*, 20, 21-33, 2000.

On voit qu'un traitement approfondi n'améliore pas les chances de succès pour une affaire facile, alors qu'il les double pour une affaire difficile. Cela ne suffit pas à conclure que le traitement adapté pour une affaire difficile est le traitement approfondi. Il nous faut prendre en compte les coûts pour l'avocat d'un traitement simple et d'un traitement approfondi.

Le problème pour l'avocat est de répartir son temps entre différentes activités. Passer du temps sur une affaire, c'est évidemment ne pas consacrer son temps à une autre activité, donc renoncer aux gains qu'induirait cette activité. Il y a donc un coût d'opportunité du temps passé par l'avocat sur des affaires, qu'elles soient faciles ou difficiles. Supposons que le traitement approfondi d'une affaire est deux fois plus long que son traitement simple et, pour les besoins de notre exemple, fixons le coût d'opportunité d'un traitement simple à 1 unité monétaire et le coût d'opportunité d'un traitement approfondi à 2 unités monétaires. Le demandeur observe la nature du traitement mis en œuvre par l'avocat. Cette hypothèse nous permet de laisser de côté pour l'instant le problème d'aléa moral.

Considérons une affaire facile pour laquelle l'avocat met en œuvre un traitement simple. Le coût pour l'avocat est égal à 1. Les chances de succès sont de 1 sur 2. Le gain est donc aléatoire. Nous le représenterons par le gain espéré, soit ici le produit du gain en cas de succès et de la probabilité de succès. Rappelons qu'en cas d'échec, le gain est nul. Le gain net espéré, c'est-à-dire l'écart entre le gain espéré du client et les coûts supportés par l'avocat, est ici de 4, soit $(10/2) - 1$. Le gain net espéré sera partagé entre l'avocat et son client en appliquant le schéma de rémunération prévu pour l'avocat. Le tableau 2 présente les gains nets espérés pour les différents types d'affaire en fonction du traitement mis en œuvre.

Tableau 2

		Nature du traitement	
		Simple	Approfondi
Nature de l'affaire	Facile	4	3
	Difficile	1,5	3

Il est facile de vérifier que, pour les valeurs choisies, le traitement adéquat des affaires, c'est-à-dire celui qui conduit à la maximisation des gains nets espérés, est le suivant : un traitement simple pour les affaires faciles et un traitement approfondi pour les affaires difficiles. Ce dernier point résulte du fait que le surcoût en termes de traitement est plus que compensé par l'accroissement des gains dû à l'augmentation de la probabilité de gagner.

Si le demandeur pouvait distinguer entre affaires faciles et affaires difficiles, comme par ailleurs il observe le traitement effectivement mis en œuvre par l'avocat, le traitement adéquat serait toujours mis en œuvre et la rémunération de

l'avocat ne servirait qu'à partager les gains. Dès lors que, comme nous le supposons ici, le demandeur n'est pas capable de distinguer entre les deux types d'affaires, la rémunération de l'avocat acquiert un rôle supplémentaire qui est de l'inciter à opter pour le type de traitement adapté. Nous allons voir maintenant que les différents schémas de rémunération pratiqués ont des performances très différentes à ce niveau.

Commençons par les honoraires de résultat. Le cas le plus simple est celui où l'avocat perçoit une fraction w des gains en cas de succès et rien en cas d'échec. Face à une affaire difficile, l'avocat a deux possibilités : soit il effectue un traitement approfondi, soit il effectue un traitement simple et prend une affaire supplémentaire avec le temps qu'il a ainsi économisé. Je rappelle que nous avons supposé que le traitement approfondi est deux fois plus long que le traitement simple. Le traitement approfondi augmente la probabilité de succès, donc les gains espérés de l'avocat. La probabilité de gagner 10^*w passe de $\frac{1}{4}$ à $\frac{1}{2}$. Les coûts dans le même temps augmentent de 1. L'approfondissement du traitement d'une affaire difficile fait donc varier les gains espérés de l'avocat de $2,5w-1$. Prendre une autre affaire et la traiter de façon simple rapporte à l'avocat le montant 10^*w avec une probabilité de 0.375 (la moitié des affaires sont simples, auquel cas l'avocat aura une chance de succès de $\frac{1}{2}$, la moitié des affaires sont difficiles, auquel cas l'avocat aura une chance de succès de $\frac{1}{4}$). Étant donné le coût du traitement simple d'une affaire, le traitement simple d'une affaire supplémentaire rapportera à l'avocat un gain espéré de $3,75w-1$. Ce gain est supérieur à l'accroissement de gain résultant de l'approfondissement du traitement d'une affaire difficile. Il en résulte de façon immédiate que l'avocat n'effectuera pas de traitement approfondi des cas difficiles, mais préférera traiter de façon simple plus d'affaires. Ce faisant, il n'apportera pas un traitement adéquat aux affaires difficiles. Il y a donc pour un client dont l'avocat est rémunéré au résultat un risque que son affaire soit traitée de façon insuffisamment approfondie. Notons au passage que, dans notre exemple, ce résultat ne dépend pas de la part des gains attribuée à l'avocat.

Il est relativement simple de voir que le système de rémunération au temps passé échappe à ce problème. En effet, si le traitement approfondi est deux fois plus long à mettre en œuvre que le traitement simple, il est également rémunéré deux fois plus. Par conséquent, l'avocat est indifférent entre, d'une part, assurer un traitement approfondi d'une affaire et, d'autre part, assurer plutôt le traitement simple d'une nouvelle affaire. Dans ces conditions, il est raisonnable de supposer que l'avocat assure un traitement adéquat des affaires. La rémunération au temps passé ne souffre pas des problèmes qui apparaissent avec la rémunération au résultat. Tout comme en information parfaite, le taux de rémunération horaire ne sert qu'à partager les gains entre l'avocat et son client.

Venons en maintenant au système de rémunération forfaitaire. Dès lors que l'avocat peut proposer deux forfaits différents, un pour les affaires faciles et un pour les affaires difficiles, on peut répliquer le système de rémunération au temps passé. Il suffit de fixer un forfait deux fois plus élevé pour les affaires difficiles que pour les affaires faciles. Comme le traitement approfondi est deux fois plus long à

mettre en œuvre que le traitement simple, on retrouvera l'indifférence de l'avocat entre traitement approfondi d'une affaire et traitement simple d'une affaire supplémentaire. Dulleck et Kerschbamer ont montré, dans un article paru en 2006 dans le *Journal of Economic Literature*³, que ce type de tarification permettrait d'éliminer totalement les difficultés liées à la nature de bien de confiance des services juridiques, au sens où, sur le marché des services juridiques, le niveau de ces forfaits va s'établir de telle façon que les avocats vont toujours révéler à leurs clients la nature de leur affaire et, bien entendu, en assurer un traitement adéquat. L'apport de Dulleck et Kerschbamer par rapport aux remarques faites précédemment est qu'il ne s'agit plus seulement ici de montrer que la rémunération forfaitaire peut garantir un traitement adéquat des affaires si les forfaits sont fixés convenablement, mais que la concurrence sur le marché va conduire à des valeurs de forfaits telles que le traitement des affaires soit adéquat. Le marché peut donc à lui seul résoudre le problème, à condition bien sûr qu'un certain nombre d'hypothèses soit vérifiées, au premier rang desquelles le fait que le client peut observer le temps passé par l'avocat sur son affaire. Pour être tout à fait exact, il faut même que le client puisse prouver que l'avocat n'a pas passé le temps facturé sur l'affaire (si tel est le cas, évidemment). C'est l'hypothèse de vérifiabilité de l'effort de l'avocat. Nous allons maintenant examiner les mérites de nos trois types de rémunération lorsque cette hypothèse n'est pas vérifiée.

Section 2

MODE DE RÉMUNÉRATION ET RISQUE DE SURFACTURATION DES SERVICES RENDUS

Nous allons maintenant considérer la situation suivante : l'affaire est difficile et le client en est conscient. Il souhaite donc que l'avocat assure un traitement approfondi de son affaire. Le problème est que cette fois il n'observe pas le temps effectivement passé par l'avocat sur son affaire. Le problème change de nature. Il ne s'agit plus de faire en sorte que l'avocat prescrive un traitement adéquat, mais de faire en sorte qu'il réalise effectivement le traitement approfondi, dont le client et lui savent l'un et l'autre qu'il est le traitement adapté.

D'évidence, la rémunération au temps passé est ici un très mauvais candidat. L'avocat maximise ses gains en annonçant qu'il a effectué un traitement approfondi, en se faisant régler les honoraires correspondant et en n'assurant en fait qu'un traitement simple de l'affaire. Non seulement le client n'observe pas ce que l'avocat fait effectivement, mais il ne peut même pas l'inférer de l'issue du procès, puisque quel que soit le service fourni par l'avocat, le succès et l'échec sont

3. DULLECK, V. et KERSCHBAMER, R., « On doctors, mechanics, and computer specialists: The economics of credence goods », *Journal of Economic Literature*, Vol. XLIV, 5-42, 2006.

possibles. Le client n'est pas naïf et anticipe que le traitement de son affaire sera inadapté (puisque nous avons supposé que l'affaire est difficile). Il se trouve donc dans la situation de devoir payer des honoraires correspondant à deux unités de temps tout en n'ayant qu'une probabilité de succès de $\frac{1}{4}$. Si le taux horaire de l'avocat n'est pas trop élevé, cela n'empêchera pas le client de lui apporter son affaire, mais la transaction entre le client et l'avocat ne produira pas autant de valeur qu'avec un traitement adapté.

Le système de rémunération forfaitaire va souffrir des mêmes difficultés. Seul le forfait correspondant à une affaire difficile est pertinent, puisque chacun sait qu'elle l'est, et ce forfait correspond à un traitement approfondi, donc à deux unités de temps consacrées à l'affaire par l'avocat. Celui-ci sera incité à percevoir le forfait et à ne réaliser qu'un traitement simple de l'affaire. Le client paiera donc à nouveau le traitement approfondi tout en ne recevant que le traitement simple. Le montant du forfait n'a pas d'impact sur la nature du traitement. Il n'a d'effet que sur la décision du client d'apporter ou pas son affaire à l'avocat et, s'il le fait, sur le partage des gains entre client et avocat.

Reste à examiner le paiement au résultat. L'avantage du paiement au résultat est que si l'avocat effectue un traitement simple de l'affaire en lieu et place du traitement approfondi qui conviendrait, il diminue la probabilité de succès et donc ses gains. Il va donc se trouver en situation d'arbitrer entre les coûts supplémentaires liés au traitement approfondi et l'augmentation des gains que ce traitement implique. L'issue de cet arbitrage dépend de la part des gains que reçoit l'avocat en cas de succès. Dans l'exemple que nous avons utilisé précédemment, lorsque l'avocat reçoit moins de 40 % des gains, il assure un traitement simple des affaires. Lorsqu'il reçoit au moins 40 % des gains, il assure un traitement approfondi, donc adéquat, des affaires. Nous retrouvons ici le double rôle de la rémunération de l'avocat. Passer d'un taux de 25 % à un taux de 30 %, ou d'un taux de 45 % à un taux de 50 % n'a d'effet que sur le partage des gains entre avocat et client, puisque dans les deux cas, le traitement de l'affaire change pas de nature lorsque le taux change. En revanche, passer de 35 à 45 % a aussi un effet sur le type de traitement mis en œuvre par l'avocat. On voit qu'il y a dans ce dernier cas de figure, si on se place du point de vue du client, deux effets opposés de l'augmentation du taux accordé à l'avocat. D'un côté l'avocat reçoit une part plus importante des gains, d'un autre côté le gain est plus important. En fait, et on retrouve ici un résultat classique des situations d'aléa moral, l'avocat ne fournit le service adéquat que s'il reçoit une part suffisamment importante des gains. On parle de rente informationnelle car si l'information était parfaite, l'avocat assurerait le service adéquat en contrepartie d'une rémunération plus faible. La question du pourcentage optimal de gain laissé à l'avocat a été beaucoup étudiée dans la littérature anglo-saxonne. Je citerai seulement ici deux articles : un article de Hay paru en 1996 dans le *Journal of Legal Studies*⁴ qui analyse de façon tout à fait intéressante l'arbitrage que je viens de présenter et un article de Polinsky et Rubinfeld, paru en 2003 dans *American*

4. HAY, B.L., « Contingent fees and agency costs », *The Journal of Legal Studies*, Vol. 25, n° 2, 503-533, 1996.

*Law and Economics Review*⁵, qui propose de remplacer le mécanisme de paiement au résultat par un mode de rémunération alternatif aux termes duquel l'avocat recevrait une certaine part des gains et, de plus, supporterait une part identique des coûts, le complément lui étant reversé par le biais d'un mécanisme passablement complexe. Quel est, d'un point de vue théorique en tout cas, l'avantage d'un tel système ? Il se rapproche en fait d'une solution théorique au problème d'aléa moral qui consiste pour le client à « vendre » son affaire à l'avocat. L'avocat verse une somme fixe au client, puis assume l'intégralité des coûts juridiques et perçoit l'intégralité des gains. Je ne vais pas examiner maintenant les hypothèses qui soutiennent ce résultat, pas plus que je ne discuterai la possibilité de sa mise en œuvre pratique, qui se heurterait à de nombreux obstacles. Je voudrais en revanche en tirer une leçon au sujet de la rémunération au résultat, telle que nous l'avons examinée dans cette partie de mon exposé. Si la rémunération au résultat permet d'établir une certaine cohérence entre les intérêts du client et ceux de l'avocat, elle ne permet pas un alignement parfait de leurs intérêts car le coût du service est entièrement supporté par l'avocat. Cela reste vrai même si l'avocat reçoit de la part de son client une compensation financière pour les coûts qu'il supporte, car cette compensation ne peut pas intégrer la nature plus ou moins approfondie du traitement assuré par l'avocat, nature que nous supposons ici non observable. Il n'en reste pas moins que, dans le contexte d'aléa moral, la rémunération au résultat domine la rémunération au temps passé ou la rémunération au forfait. L'ordre de mérite des modes de rémunération est totalement inversé par rapport à la situation que nous avons examinée en première partie, où était plus mise en avant la nature de « bien de confiance » des services juridiques.

Nous touchons ici aux limites de l'exemple que j'ai utilisé tout au long de cet exposé et qui conduit à des conclusions qui peuvent être perçues comme provocantes et qui sont certainement excessives. Je pense en particulier au fait qu'en situation d'aléa moral le comportement prédit pour les avocats est de tricher systématiquement sur le service rendu à leurs clients. S'il n'y a dans mon exemple aucun mécanisme qui puisse empêcher cela, de tels mécanismes peuvent exister dans la réalité, même s'ils sont imparfaits. Un candidat assez naturel est l'impact d'une telle attitude sur la réputation des avocats. Il y a fort à parier qu'un avocat qui aurait un taux de succès significativement supérieur ou au contraire inférieur à celui de ses collègues finira par jouir d'une réputation meilleure dans le premier cas, pire dans le second, que celles de ses collègues. Ainsi, lorsque l'avocat choisira le type de traitement qu'il mettra en œuvre pour une affaire, il prendra en compte l'effet de son choix sur sa réputation et cela est susceptible de le discipliner quelque peu et ainsi de modérer le problème de l'aléa moral. Cependant, l'efficacité de ce mécanisme reste à examiner, elle est certainement imparfaite et sans doute très variable en fonction notamment du profil des avocats et de leurs clients. Ainsi, un avocat spécialisé dans des affaires concernant un nombre réduit de clients sera plus sujet à des effets de réputation qu'un avocat opérant sur un marché plus large,

5. POLINSKY, A.M. et RUBINFELD, D.L., « Aligning the interest of lawyers and clients », *American Law and Economics Review*, Vol. 15, n° 1, 2003.

face à des clients moins bien informés. Nous retrouvons ici l'idée évoquée au début de cet exposé d'une certaine hétérogénéité de l'activité des avocats. Si le mécanisme réputationnel ou tout autre mécanisme avait une efficacité parfaite, alors les avocats ne pourraient pas facturer le traitement approfondi lorsqu'ils mettent en œuvre un traitement simple et le problème de l'aléa moral serait résolu. Dulleck et Kerschbamer montrent d'ailleurs que dans ce cas, la rémunération forfaitaire combinée aux mécanismes de concurrence à l'œuvre sur le marché des services juridiques élimine totalement le problème de l'aléa moral, même lorsqu'il est combiné aux problèmes liés au fait que les services juridiques sont des biens de confiance. Toutefois, il est douteux qu'un tel mécanisme existe et il me semble raisonnable de maintenir la conclusion selon laquelle, en situation d'aléa moral, la tarification au résultat domine la tarification au temps passé et la tarification forfaitaire.

Nous avons suivi pour analyser la relation entre l'avocat et son client deux pistes distinctes, l'une soulignant la nature de bien de confiance des services juridiques, l'autre soulignant le fait que les actions de l'avocat ne sont qu'imparfaitement observées par son client. Ces deux pistes nous ont amené à des classements différents des modes de rémunérations en fonction de leur capacité à conduire à un traitement efficace des affaires. Aucun mode de rémunération ne domine les autres, au sens où il leur serait préférable dans toutes les situations de représentation des parties dans le procès. Ceci suggère que la coexistence de différents modes de rémunération est utile puisqu'elle permet aux agents économiques (l'avocat et son client) de choisir le mode de rémunération le plus adapté à la situation spécifique dans laquelle ils se trouvent.

BIBLIOGRAPHIE

- DULLECK, U. et KERSCHBAMER, R. (2006), « On doctors, mechanics, and computer specialists : The economics of credence goods », *Journal of Economic Literature*, Vol. XLIV, 5-42.
- EMONS, W. (2000), « Expertise, contingent fees, and insufficient attorney effort », *International Review of Law and Economics*, 20, 21-33.
- HAY, B. L. (1996), « Contingent fees and agency costs », *The Journal of Legal Studies*, vol. 25, n° 2, 503-533.
- POLINSKY, A. M. et D. L. RUBINFELD (2003), « Aligning the interests of lawyers and clients », *American Law and Economics Review*, vol. 5, n° 1, 165-188.

CINQUIÈME PARTIE

**LE CONTENTIEUX DE MASSE
(CLASS ACTIONS,
ACTIONS COLLECTIVES)**

Class Action from an Economic Point of View

Dominique DEMOUGIN
Professeur d'économie à l'European Business School
de Wiesbaden (Allemagne)

Section 1

INTRODUCTION

The main purpose of this note is to examine the underlying economic argument justifying the introduction of collective action in situations where multiple victims have suffered a loss in a single related incident. The note also suggests some implications with respect to the efficient design of collective actions, including whether lawyers or only victims should have the right to initiate a collective action and whether the participation in such an action should be organized using "opt-in," "opt-out," or a mandatory class. The note also provides some observations guiding the contract between lawyers and the victims who are initiating a collective action, as well as comments on the desirability of such a procedure from the point of view of business.

Economic analysis of the law has been successful in the recent past because it helps predict the implications of a legal structure on individual behavior based on standard economic reasoning. Intuitively, from an economic viewpoint, sanctions resulting from a legal decision look very much like prices. Thus, it becomes reasonable to expect that individuals react to variations in expected sanctions in a similar way as to changes in prices.¹

In comparison with the standard legal literature, which often centers on issues of justice or the distributional impact of a legal rule, the "Law and Economics"

1. See Cooter and Ulen (2004) for a thorough discussion of the comparison between sanctions and prices.

approach focuses primarily on the impact of the latter on the economic allocation of resources (Landes and Posner, 1987). From a positive perspective, it examines whether a particular legal setup induces participants to allocate resources in an efficient way. From a normative standpoint, the approach attempts to design a legal construct to improve allocative efficiency.

As a result, the natural starting point of a Law and Economics analysis is in the context of a *market failure*, meaning a situation in which, under the *laissez faire* of a market economy, the resulting allocation of resources is inefficient. For example, with negative externalities (like pollution), market participants will underestimate the true societal costs, thereby overusing the resource (like clean water). With market power (as in a monopoly), producer(s) will under-produce compared with the efficient solution in order to keep the market price up. From an economic viewpoint, this approach is inefficient because the market price will be higher than the marginal costs associated with the production of an additional unit.² The economic literature has developed a number of mechanisms to respond to market failures: taxes and subsidies, regulation, allocation of property rights, criminal law, tort law, and so on.³ Which instruments are most appropriate depends on the context of the market failure, including the size and the nature of the potential damage, informational asymmetries and, more generally, costs. In what follows, I focus solely on the instrument of tort law.

A natural starting point for an analysis of collective actions is harm to individuals by a producer, particularly when the damage per victim is small but the number of injured persons is large. While such situations have always been possible, mass production and instant communication have increased their significance. For example, anticompetitive behavior, like cartel agreements, can hurt millions of customers all at once. Similarly, current production scales mean that large industrial accidents can injure very large segments of a population.

Damages to a third person always cause an externality unless the injurer is incented to take into account the complete effect of his decision on potential victim(s).⁴ Economists refer to such an incentive as internalizing the externality. Tort law offers an obvious avenue to achieve such internalization by forcing the injurer to pay for the damages he caused. Specifically, if an individual harms a third party, the latter is expected to start a liability suit against the injurer that proves the causal link between his damage and the injurer's activity and that provides evidence of the size of the loss. If plaintiff is successful in court, the injurer is then required to pay for the damage suffered by the victim.

2. Economists speak of a Pareto-inefficient allocation because it is possible to make one person better off without reducing the well being of other persons. For example, in the case of a monopoly whose prices are higher than marginal costs, increasing the output by one unit would increase the monopolist's costs by his marginal costs. Giving the monopolist the market price for that one unit would make him better off while leaving the well being of the additional consumer constant, thus increasing the overall level of welfare. For an introduction to the topic, see any intermediate microeconomics textbook (e.g. Varian, 2006).

3. For a extensive discussion of this point, see e.g. Shavell (1993).

4. External costs (or benefits) refers to costs (or benefits) that are not paid (or received) by the decider (for a basic introduction see e.g. Varian, 2006).

Naturally, the effectiveness of the tort scheme in achieving internalization will depend among other things, particularly (1) the willingness of victims to start a lawsuit against the injurer and (2) the procedures of the liability scheme in terms of making it more or less difficult (and costly) for the injured party to reach a favorable decision leading to reparation.⁵ Points (1) and (2) are obviously not independent; if it is very difficult or costly to achieve reparation in court, victims are less likely to initiate a lawsuit, thereby reducing the efficacy of tort law.

The effectiveness of the liability mechanism in achieving an internalization of damage costs also depends in a significant way on the number of victims. In the absence of collective action and in the case of a mass damage, the first trial against the injurer reveals valuable information for all the other victims. Indeed, if the plaintiff wins his case in court, it becomes easier (and less risky) for other victims to seek compensation (Coffee, 1986; Cooter and Rubinfeld, 1989). Thus, there is a positive externality between the injured party who initiates the first trial and all the potential followers.

This externality has two important consequences for both the plaintiffs and the defense. In the first trial, a potential plaintiff – whom one would expect to consider only his own expected costs and benefits in the decision to go to trial – will underestimate the true value of his contribution (Che, 1996, 2002). As a result, he may not start the trial if his expected costs exceed his expected benefits; or, if he starts the trial, he may make too little effort to prove his case. In contrast, for the defendant, the externality means that, if he loses the first trial, other victims are likely to follow. As a result, the defendant will consider not only the compensation for the initial plaintiff, but the entire potential compensation (Hay, 1997a, 1997b) and will expend more effort in his defense. Both effects reduce the likelihood that injurers will be found liable, thereby weakening the effectiveness tort law in achieving an efficient level of deterrence.

The remainder of this note is structured as follows. The next section introduces an extremely simple framework to illustrate how liability rules attain internalization. It introduces in some detail the concept of externality and the basic incentives underlying liability rules. Section 3 describes the problem of a single victim in his decision concerning whether to start a liability suit. Section 4 extends the analysis to situations with multiple victims, assuming the legislation prevents collective actions. Section 5 considers the incentive effects of allowing a collective action; it ignores the underlying incentives of victims to participate in the collective action in favor of the assumption that an exogenously fixed number of victims cooperate. The purpose of the analysis is to understand the overall impact on efficiency of increasing the number of participants in a collective recourse. Section 6 introduces the design aspect of a collective action. Section 7 examines the impact of a collective action on producers; it will raise their costs since the collective action is designed to induce an internalization of expected damage costs to vic-

5. Many other variables influence the ability of liability rules to internalize an externality fully, such as the ability of the injurer to pay for the damage (e.g., Shavell, 1986) and the injurer's use of insurance (e.g., Shavell, 1982).

→ TARDOS X DIRECTO

tims. However, as we will show, it may also have a positive effect by reducing adverse selection problems. Finally, section 8 offers some concluding remarks.

Section 2

THE BASIC PROBLEM

This section considers a situation in which an individual (hereafter, "the injurer") carries out a socially beneficial activity which may, nevertheless, cause harm. For the sake of argument, let the variable D denote the total expected damages and assume that the total damages depend on the level of care the injurer takes in pursuing the activity. Analytically, care is represented by the variable x ; intuitively, an increase in x means that the injurer is being more careful and expected damages should be lower. In order to simplify the presentation and without loss of generality, suppose that, in the case of harm, the actual total damages are a constant denoted by Δ , whereas the ex-ante probability of accident, denoted by $\pi(x)$, decreases with the level of care.⁶

Using these simplifying assumptions implies that expected damages must be a decreasing function of the level of care taken in pursuing an activity :

$$D(x) = \pi(x) \cdot \Delta \quad (1)$$

$D(x)$ is represented graphically in figure 1a as a convex function. Intuitively, for low levels of care, there can be a large reduction in the probability of accident following an increase in level of care. However, as the care level increases, that additional benefit becomes smaller. In other words, the marginal benefit of care decreases with x .⁷

On the other hand, producing care is costly to the potential injurer. In the current context, these costs should be interpreted in a very general way to comprise real expenses, such as R&D expenditures for a producer or the cost of using safer tankers to transport oil. Producing care also includes opportunity costs, as in the case of a driver who reduces his speed, thereby losing time. It is natural to assume that these costs are increasing and convex with the level of care. The convexity requirement simply implies that the additional cost of raising the level of care is itself increasing in x . Intuitively, a potential injurer will increase care with activities that are the least costly to him. Thus, raising the level of care is initially not too costly but, over time, further increases in level of care become more and more expensive (figure 1b).

6. More generally, one would expect that Δ is itself a random variable the distribution of which depends on level of care. Such an expectation would unnecessarily complicate the presentation without increasing understanding.

7. Geometrically, the marginal benefit is measured by the slope of $D(x)$.

Figure 1a

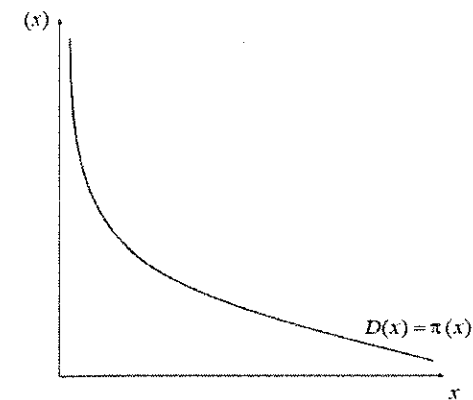
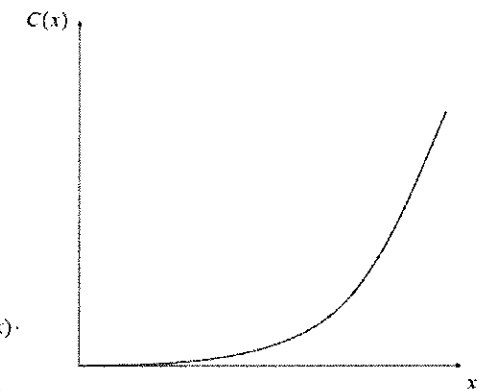


Figure 1b

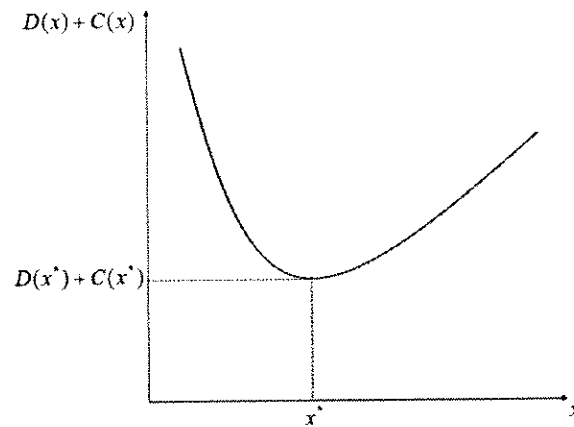


Adding up the expected costs of harm and the cost of care yields what is referred to in the Law and Economics literature as the "primary costs."⁸ Geometrically, the total primary costs are the sum of the curves in figures 1a and 1b, which gives a U-shaped function. Initially, for a low level of care, raising x marginally yields a strong reduction in expected accident costs without imposing many additional care costs, so it initially reduces primary costs. In contrast, starting at an initially high level of care, the effect of marginally increasing care on reducing expected accidents is small, but the marginal cost of that additional unit of care is high. Adding up both effects to obtain the impact on primary costs implies that the latter must be increasing for large x .

The U-shaped function means that primary costs have a minimum. Figure 2 shows the minimum primary cost is attained at the care level x^* . At that level, the marginal benefit of a further increase in care is exactly offset by the marginal cost of care. From the point of view of the optimal allocation of resources, society will want to implement x^* . However, in a non-dictatorial society, the choice of care will be left to individuals. More specifically, consider a market economy and the care decision of a single producer. Whether the producer will implement x^* will depend on his cost-benefit-analysis and the resulting incentives.

8. The terminology goes back to Calabresi (1970), who introduced the idea of dividing the costs associated with potential accidents into three classes : primary costs, which are the sum of care and damage costs; secondary costs associated with the risk incurred by the respective parties; and tertiary costs, which are the sum of all the costs associated with implementing the rule. The following discussion focuses solely on primary costs.

Figure 2



Suppose we can divide the damage associated with harm between costs automatically carried by the producer (e.g., costs associated with a loss in reputation) and costs to a representative consumer :

$$\Delta = \Delta_p + \Delta_c \quad (2)$$

As a result, expected damage costs can be divided between those automatically carried by the producer, $D_p(x)$, and the expected costs incurred by the consumer $D_c(x)$. The sum of both expected costs, $D_p(x) + D_c(x)$, must be the total expected damages (figure 3a). Now, if the producer does not have to pay for damages incurred by the consumer, the cost-benefit analysis that guides his care decision will focus solely on his own costs : $D_p(x) + C(x)$. As a result, the producer will find it optimal to select a level of care x^{**} that is too small compared to the efficient level. By ignoring the marginal benefit of care accruing to consumers, the producer finds that, at x^* , his marginal cost of care outweighs his marginal benefit, inducing him to reduce care (figure 3b).

This problem is well understood in economics. From the point of view of the producer, $D_c(x)$ is an external cost and, as long as the latter is not forced to internalize it, he will under-produce care relative to the most efficient level. From an institutional viewpoint, society can use a number of ways—e.g., tort and/or criminal law, taxes and/or subsidies, state regulation—to reestablish optimality. Each method produces implementation costs and aligns incentives in a different way. The remaining discussion considers only the case of tort law.

Figure 3a

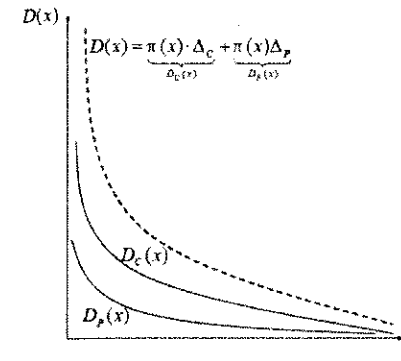
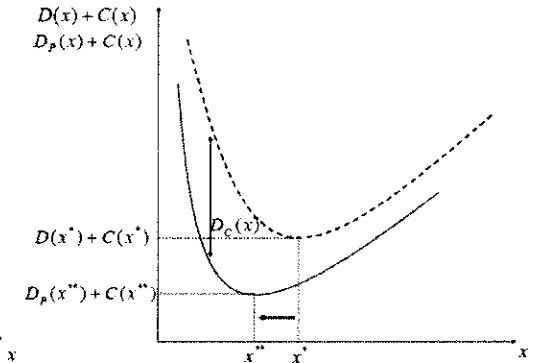


Figure 3b



The central idea in producer's liability is to obtain directly an internalization of the external costs by making the producer pay for damages to victims. In the ideal case, when damage occurs, the producer is forced to fully indemnify the victim, so the producer bears all the damage costs. A rational producer will anticipate these potential costs and increase care to mitigate them. Graphically, the producer's expected total costs are then given by the dotted curve $D(x) + C(x)$, so he finds it optimal to implement efficient care, x^* .

What has been illustrated here using producer's liability generally extends to all possible tort cases. From the Law and Economic viewpoint, the main benefit of tort law is that it forces potential injurers to include in their cost-benefit analyses all the potential costs associated with damages to victims. Tort law ensures a full internalization of expected accident costs, thereby perfectly aligning potential injurers' incentives to those of society by inducing efficient care (Roe, 1986; Kobayashi, 1992; Mason and Swanson, 1996).

In practice, many difficulties complicate the implementation and reduce the efficacy of the tort law system. For example, a victim may not necessarily realize that he has suffered harm, as when a patient does not recognize bad advice from his doctor, even though it may significantly reduce the patient's well being. Alternatively, even if the victim is aware of the damage, proving causality may be difficult or costly. Another example lies in the judgment-proof producer who, even if found liable by a court, is not sufficiently wealthy to cover the damage. In all these cases, a correct internalization of the external cost will fail, reducing the incentive of potential injurers to undertake efficient care (Lee, 2002).

Legal systems have developed a number refinements and procedures in response to some of these difficulties. For example, the negligence rule provides better incentives than strict liability when injurers are judgment-proof.⁹ Similarly, the

9. See Shavell (1986).

definition of the standard of proof and the allocation of the burden of proof are both procedural attempts to deal with informational asymmetries in court.¹⁰ In the remainder of this discussion, we address an additional difficulty related to the number of individuals harmed by in a single incident.

Section 3

THE PLAINTIFF'S DECISION TO GO TO COURT

In this section, we consider the decision by a victim to start a court proceeding and examine its impact on the producer's choice of care level. Suppose that a plaintiff expects costs F_C if he were to start a lawsuit. Depending on the legal system in play, some of these costs could be recovered if the plaintiff wins his case but, for the sake of simplicity, the remaining discussion ignores this issue.¹¹ In practice, even if the victim recovers some of the costs, he still has additional costs associated with his opportunity costs of time, inconvenience, and so on. In weighing his options, the victim can choose either of two strategies: not to go to court and not incur legal costs or to file a lawsuit with expected costs F_C .

In order to keep the analysis tractable, I also assume that the defendant can choose between either of two strategies: an inexpensive or an expensive defense.¹² Without loss of generality, costs associated with an inexpensive defense are set at zero and costs associated with an expensive strategy are denoted by F_p .¹³

For the analysis to be meaningful, we must impose $F_C < \Delta_C$ since, otherwise, the victim would never go to court. Next, we assume that courts are not perfect, so they can make mistakes.¹⁴ Specifically, suppose that, if the plaintiff goes to court and the defendant chooses the inexpensive defense strategy, the court decides in favor of the victim with probability p . For example, based on the evidence presented in court, the plaintiff may not be able to convince the judge of causality. Moreover, suppose that, if the defendant chooses the more active defense strategy,

10. See Demougin and Fluet (2006, 2008).

11. Introducing fee-shifting into the analysis would certainly complicate the issue. (For an analysis see, e.g., Braeutigam, Owen, and Panzar 1984 or Chen and Wang 2007.) However, including fee-shifting in the analysis would not fundamentally change the main results simply because fees cannot be shifted when the plaintiff loses his case. Moreover, part of the costs paid by a plaintiff may be non-pecuniary in nature, e.g., opportunity costs of time, risk perception.

12. More realistically, the defense strategy should depend on legal inputs that could vary continuously from very small to large. Considering such a possibility would not affect the main conclusions, but complicate the presentation. See also footnote 16.

13. More generally, the inexpensive strategy will also be costly. In that case, F_p should be understood as the additional cost of the more active defense strategy.

14. Alternatively, one could imagine that the plaintiff is aware that he can make a mistake with a positive probability, i.e., going to court against a producer even though the producer did not cause the damage.

the victim's probability of winning is reduced to pq .¹⁵ If the court decides in favor of the plaintiff, the producer pays the damages Δ_C .¹⁶

Suppose the victim has decided to go to court. How would a rational defendant behave? Should he select the more active defense strategy, thereby reducing the probability of being found liable? Or should he remain more passive, increasing his probability of losing the case, but reducing his court costs? A rational defendant will compare the costs and benefits of both strategies and will decide in favor of the extensive defense strategy if

$$p\Delta_C = F_p + pq\Delta_C \quad (3)$$

For instance, suppose $\Delta_C = \text{€}10\,000$ and $p = 0.7$. With a passive defense strategy, the producer expects to pay $\text{€}7\,000$ in liability. If $F_p = \text{€}5\,000$ and $q = 0.5$, the expensive defense costs $\text{€}5\,000$ in legal counsel and reduces the expected liability to $\text{€}3\,500$. Comparing the expected costs, the producer is clearly better off with the passive strategy. In contrast, with $F_p = \text{€}2\,000$, the producer should choose the expensive defense strategy.

The victim obtains compensation only by winning his court case. If the victim goes to court, expected damage payments are either $p\Delta_C$ or $pq\Delta_C$, depending on the actual defense behavior of the producer. A rational victim will decide to go to court if the expected benefit of doing so outweighs the expected costs of starting a proceeding, F_C . For instance, assuming the victim expects an aggressive defense by the producer, he should only go to court if

$$pq\Delta_C = F_C \quad (4)$$

Retaining the foregoing numerical example, the victim should go to court only if the expected costs of doing so are less than $\text{€}3\,500$. A similar rule applies if the victim expects a relatively passive defense behavior from the producer. For instance, using the first numerical example, the victim should go to court only if $F_C < \text{€}7\,000$.

The numerical examples and the analytical formulas (3) and (4) emphasize that whether liability rules are successful in ensuring that potential tortfeasors internalize some of the expected costs of harm to victims will depend on the expenses associated with starting a trial and seeking legal counsel, and the parties' expectations about possible success in court. In the foregoing example, all these effects are summarized in the cost variables F_C and F_p and in the likelihood of court errors p and q . Observe that these variables are not completely exogenous to the legal system: for example, the allocation of costs in the case of a trial directly affects the likelihood of starting a court trial and the allocation of the burden of proof influences the distribution of costs across parties as well as the likelihood of success.¹⁷

15. The variables p and q stand for probabilities, so they are numbers between 0 and 1.

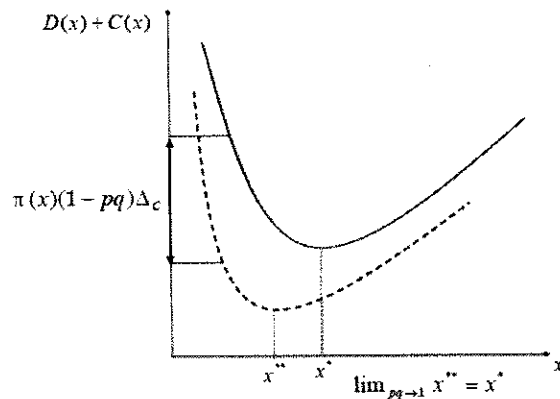
16. Assuming that the plaintiff's probability of success in court is either p or pq , generating costs F_C and F_p , for the respective parties is an extreme simplification. More generally, one would expect that p and q are continuous variables generating costs $F_C(p)$ and $F_p(q)$ for the consumer and the producer, respectively. However, while the restrictions do not significantly affect the conclusion, they greatly simplify the presentation.

17. These observations suggest a normative approach to the design of tort rules and court procedures.

From an economic point of view, the ability of the legal system to force potential injurers to internalize fully the prospective damages to victims is the key factor in inducing them to undertake an efficient level of care. For the sake of argument, suppose that $F_p = 0$ because the producer has legal counsel in house. In that case, it is always advantageous for him to choose the more aggressive defense strategy. Consider also the best possible case, where victims always find it advantageous to go to court when they sustain damages. As a result, a producer who undertakes the care level x expects damage costs $\pi(x)[\Delta_p + pq\Delta_c]$, where $\pi(x)$ measures the probability of accident given the care level x and where the square bracket captures the injurer's expected damage costs in the case of accident. With pq standing for the probability of being found liable, the potential injurer underestimates the expected costs of accident by $\pi(x)(1 - pq)\Delta_c$.¹⁸ Consequently, the producer is induced to generate too little care.¹⁹

The result is represented in figure 4. The solid curve represents the primary costs $D(x) + C(x)$, the dotted curve stands for the expected costs faced by the producer, and the distance between the two curves is the portion of the expected damages to possible victims that is not correctly internalized by the producer, i.e., $\pi(x)(1 - pq)\Delta_c$. From the point of view of the producer, his cost-benefit analysis that determines his choice of care level ignores this positive effect on potential victims. Consider now the implication of this observation for the producer's choice of care : At the efficient level x^* , the marginal benefit of increasing the level of care exactly balances the marginal costs of undertaking the increased level of care. However, the producer expects to pay only a fraction of the marginal benefit of increasing care. In other words, he captures only a fraction of the marginal benefit of increasing care. Thus, at x^* the producer finds it advantageous to reduce care.

Figure 4



18. Society's expected damage costs are $\pi(x)[\Delta_p + \Delta_c]$. Taking the difference between these costs and the producer's expected damage costs yields $\pi(x)(1 - pq)\Delta_c$.

19. With $F_p > 0$, the injurer's expected costs from an accident become $\pi(x)[\Delta_p + F_p + pq\Delta_c]$, but this expectation underestimates the true costs because the producer will only go to court if $F_p + pq\Delta_c < p\Delta_c < \Delta_c$.

Obviously, the distance between the two curves is larger for a smaller p and q . With a reduction in the likelihood of having to pay damages, the producer internalizes a smaller portion of the benefits of care, so he further reduces care.

Other variables increase the difference between primary costs and the fraction of the costs paid by the producer (or, geometrically, raise the distance between the solid and the dotted curves in figure 4). For example, suppose that not all victims face the same costs of going to trial, so only a fraction of victims seeks compensation through legal means.²⁰ Under such conditions, variations in that fraction will shift the dotted curve in figure 4. In particular, reducing the percentage of victims who go to trial will reduce the portion of the benefit of care the producer can internalize, thereby inducing the producer to reduce x .

Section 4

MULTIPLE VICTIMS

This section builds on the foregoing example of a producer who, in the course of his activity, may cause harm. However, instead of harming a single individual, as in the previous sections, we now consider the situation where, in the case of an accident, n persons are damaged causing each of them to suffer a loss of δ_c .²¹ Keeping with the previous notation, we denote the total damages to victims by Δ_c , i.e. $\Delta_c = n\delta_c$. For instance, in the foregoing numerical example, we may now think of 10 individuals who each lose €1 000 for total damages of €10 000.

Perfect collaboration : Consider the situation in which *all the victims* cooperate in their decision to go to court. In that case, the victims *act as one single party* and have exactly the same incentives as in the foregoing framework with a single victim. To see an illustration of this condition, denote the victims' probability of success at trial by σ and assume that the plaintiffs equally divide trial costs among themselves.²² All together, the individual will find it optimal to go to court if his expected gain from doing so, i.e., $\sigma\delta_c$, exceeds his expected costs :

$$\sigma\delta_c = \frac{F_c}{n} \tag{5}$$

20. The cost differences among victims do not need to be pecuniary. For instance, victims may differ with respect to the value of their time, their risk aversion, etc.

21. For the sake of simplicity, the variable n is a given throughout. In most real-life examples, n will be a random variable. From the point of view of the analysis, this simplification does not affect any of the main results. Moreover, the per-person damages δ_c are also constant across victims. Neither restriction is essential for the conclusion, but they significantly simplify the presentation.

22. Using the notation of the previous section, $\sigma = p$ if the defendant is expected to be passive in court and $\sigma = pq$ otherwise.

However, with $\Delta_C = n\delta_C$, equation (5) is equivalent to equation (4) when case $\sigma\delta = pq$. To illustrate the result using the numerical example, suppose that $p = 0.7$ and $q = 0.5$. With $\delta_C = \text{€}1000$, each victim expects to win $\text{€}350$ in the case of a lawsuit. Thus, with $n = 10$, starting a proceeding is only worthwhile if FC is less than $\text{€}3500$. Of course, this is equivalent to the decision rule with a single victim who suffers a total loss of $\Delta_C = \text{€}10000$ and who expects a gain from initiating a trial of $pq\Delta_C = \text{€}3500$.

Imperfect collaboration : When there are multiple victims, some may seek individual compensation in court. The cost associated with starting such an individual lawsuit will usually depend on whether it is the first case against the defendant among a class of similar accidents or whether another individual has already successfully sought legal recourse. In particular, one would think that, if the case is not the first one, the expected costs to the victim will be smaller and the probability of success higher. For the sake of simplicity, it is assumed in the remaining discussion that follow-up trials by imitators have a 100% chance of success if an initial trial by another victim is successful.²³ In order to justify the assumption observe that the legal counsel of a second victim should be able to refer to the outcome of the first trial and copy the successful strategy of the first plaintiff. Moreover, with no risk in the outcome of the trial, costs associated with the risk premium are eliminated so that, even if the legal costs in court are the same as in the initial trial, the overall costs to the imitator should go down.²⁴ Keeping with the previous notation, we let F_C denote the expected costs of the first victim's going to court and f_C denote the expected costs to the following victims in the case of a follow-up trial. Finally, in line with the foregoing discussion, we impose $f_C < F_C$.

As we saw in section 3, in the case of a single victim, the system of liability rules does not always induce correct internalization of the damages to the victim. With multiple victims and in the absence of a legal construct allowing and inducing the victims to cooperate in a group trial, we can show that the situation significantly worsens for at least three reasons.

First, when multiple victims are not allowed to cooperate in a group trial, the tertiary costs associated with going to court increase. These costs measure the "transaction costs" implicit in the tort rule mechanism.²⁵ These costs are captured by the variables F_C , f_C and F_p together with the number of trials induced by the system. To see how tertiary costs increase, suppose that in the cases of both perfect and imperfect collaboration, the parties decide to go to court. With perfect collaboration, expected tertiary costs of victims sum to $F_C + (n-1)\sigma f_C$. The victim who starts the first trial pays F_C , and imitators go to court if the first trial was successful. When imitators start a proceeding, each pays f_C . Moreover, if the probability of success of the first victim is σ , and there are $(n-1)$ potential imitators,

23. The logic extends as long as imitating a successful trial increases the victim's *ex-ante* chance of winning in court.

24. Even if the chances of success in court are less than 100%, the result remains as long as the probability of success increases because, in either case, the probability of success reduces the risk premium.

25. For a definition of tertiary costs, see Calabresi (1970) or Shavell (1987).

the expected costs of imitators are $(n-1)\sigma f_C$. In contrast, with a single group lawsuit, the expected tertiary costs for victims would only be F_C . In the model, the tertiary costs of the injurer stay the same, independent of the collaborative attitude of victims so, if it is worthwhile to the injurer to undertake an aggressive defense in the case of perfect collaboration of victims, doing so remains advantageous even if the victims do not cooperate. The claim follows because, if the injurer loses, he will be confronted with imitators. The point emphasizes an important asymmetry between victims and injurers in the case of imperfect collaboration of the victims : while the victim who starts the first court case focuses on the costs and benefits of that single lawsuit, the injurer looks at the potential sum of damage payments across all victims.²⁶ Thus, in the model, tertiary costs for the injurer are independent of the victims' collaborative behavior. Realistically, court cases filed by imitators will also be costly to the injurer, which would further strengthen his tendency to be aggressive.

Second, under imperfect collaboration, victims will not start a lawsuit as often as under perfect collaboration (Marceau and Mongrain, 2003). For the victim who starts the first court case, the ratio of expected trial costs to expected benefits has significantly worsened. For instance, in the foregoing numerical example, the victim who initiates the first trial should anticipate an expected gain of $\text{€}350$. Therefore, if the expected costs F_C are larger than $\text{€}350$, the victim should not start the trial. With a collective action, the total expected gain is $\text{€}3500$ so, as a group, the victims are willing to initiate a trial as long as F_C is smaller than $\text{€}3500$. In short, the first victim to initiate a trial produces positive external benefit for all other victims by generating information that reduces their risk and individual costs of going to court. However, as long as the first plaintiff is not fully compensated for this externality, he will initiate the lawsuit too infrequently.

Therefore, without full collaboration, victims will not demand a compensation for damages as often as they would otherwise. In turn, this eventuality reduces the expected compensation costs of potential injurers below the true level of expected damage costs. Geometrically, it means that the distance between the solid and the dotted curve in figure 4 increases and, as a result, the producer will further reduce care.

The introduction of multiple victims in the absence of collective actions has a third effect related to the defense behavior of producers. Specifically, suppose we compare the defense behavior of a producer who caused damages of δ_C to a single consumer to that of a producer who caused the same damages per consumers, but to n individuals. In the latter case, one would expect the producer to invest more in his defense, even if he initially faces only a single claimant. The logic of the argument is as follows : When a single consumer has been hurt and files a lawsuit, the producer will decide on his level of defense by comparing the difference $p\delta_C - pq\delta_C$ (i.e., his reduction in the expected damage payment to the victim) with the expected cost of achieving such a reduction. Thus, as the foregoing example, the producer will invest in the more aggressive defense strategy only if F_p is less than $p\delta_C - pq\delta_C$. In contrast,

26. I expand the point at the end of the section.

compare the situation if the same damages have been inflicted upon n victims. Even in the absence of a collective action, the defendant will realize that, if the first victim who starts a court proceeding wins her case, imitators will surely follow. Thus, the defendant will compare $n(p\delta_C - pq\delta_C)$ with F_p . Holding the cost of the more aggressive defense strategy constant, the larger the number of victims, the more likely defendant is to undertake the aggressive defense. In other words, all else being equal, and without cooperation, the individual injured person is made worse off by the presence of other victims because they increase the defendant's willingness to engage in an aggressive defense.

With multiple victims, then, and in the absence of collaboration among victims, the first person to start a lawsuit looks only at the fraction $1/n$ of the benefits accruing to victims in deciding whether to pursue the case, while the defendant looks at the total possible compensation for all victims in deciding on a defense strategy. The disproportion between the individual plaintiff's gain and the defendant's loss affects the parties' incentives, further reducing the victim's chances of winning compensation in court. Taking this into account, expected indemnifications to victims are reduced, thereby further lowering the internalization of expected damage costs and, thus, additionally reducing incentives to raise the level of care.

For parsimony, we have assumed that there only two levels of defense. In practice, though, defense strategies are much more varied. However, even in a more general framework, we would find a similar discrepancy between gains to the victim who starts the first recourse and the potential loss to the defendant. That discrepancy would also increase with the number of victims, suggesting that, with more victims (a) the defendant's defense activity will be more aggressive and (b) the victims are less likely to go to court. As a result, with individual trials, increasing n reduces incentives to raise the level of care, despite the fact that the sum of damages increases.

Section 5

COLLECTIVE ACTIONS

This section considers the introduction of legislation permitting the use of collective actions. Just as in the foregoing section, suppose that, in the case of an accident, the producer would damage n individuals and that, in the case of a trial, m of the victims would collaborate to start a lawsuit (where $m < n$), while the other victims imitate. As in the foregoing section, it is assumed that an imitator will start a procedure only if the collective action is successful.²⁷ In reality, the number of victims cooperating to start a collective action is not independent of

27. Just as with the number of victims, the number of plaintiffs who cooperate is, in reality, a random variable. A logical way to include this observation in the analysis is to interpret m as the expected number of individuals who will cooperate.

the legal setup guiding such procedures, a point discussed in the next section, but, for now, assume m is exogenously given.

Perhaps not surprisingly, given the foregoing analysis, we find a larger m is better from an efficiency point of view. First, assuming that the collaborating victims go to court, we find that the total court costs of victims sum to $F_C + (n - m)\sigma f_C$. Predictably, these costs are decreasing in m . With more victims initially cooperating, there are fewer possible imitators. Since imitators only increase tertiary costs, having fewer imitators can only be advantageous.

Second, increasing m means that victims are more likely to start a lawsuit. Increasing m reduces the per-plaintiff costs of starting a lawsuit while holding the expected per-victim gain constant. For instance, in the foregoing numerical example, suppose that $F_C = \text{€}1\,300$ and that a single victim estimates his probability of winning in court as $\sigma = 0.35$. Since, if he wins, the victim will receive a damage payment of $\text{€}1000$, his expected gain from the court proceeding is $\text{€}350$. If $m = 2$, however, the plaintiffs split court expenses equally, so each expects costs of $\text{€}650$. With $m = 3$, the victims' costs drop to $\text{€}433$. As a result, with two or three plaintiffs, the victims are better off not going to court. In contrast, with $m \geq 4$, the "per victim" expected costs are reduced below $\text{€}350$, making it worthwhile for the victims to attempt to recover their losses.

Here again, variations in m have no impact on the producer's decision with respect to his defense activity since that choice is always dictated by the comparison between $n(p\delta_C - pq\delta_C)$ and F_p . All together, a increase in m increases the chance that an injurer will be required to pay for damages to victims. Assuming that potential injurers understand this, they will realize that their expected damage costs have increased. Using the geometric representation in figure 4, we see that increasing m shifts the dotted curve upwards, closer to the solid curve, and the producer will find it optimal to raise his level of care nearer to the efficient level of care. Heuristically, increasing the producer's damage costs raises his marginal benefit for the level of care which, in turn, increases his incentive to undertake a higher level of care.

To conclude this section, from the point of view of the current analysis, the worst possible choice for m is $m = 1$; thus, a legal system that prevents collective actions maximizes the inefficiencies with respect to the allocation of resources associated with increased levels of care.

Section 6

SOME REMARKS ON THE OPTIMAL DESIGN OF COLLECTIVE ACTIONS

This section first describes a specific collective action designed to induce a care behavior on the part of producers that depends on total expected damages. The collective action scheme is such that the producer's incentive is not negatively

influenced by splitting total damages among a larger number of potential victims. Next, the recommended collective action is used to address some of the more controversial issues in the current political debates.

Consider legislation in which a single victim can start a collective action on behalf of all the n victims. Suppose also that the collective action is designed in such a way that all injured parties of a class are automatically part of the court case against the producer; in other words, an individual victim is not allowed to withdraw from the collective action or to decide for himself whether to enter into the lawsuit against the defendant.²⁸ The individual starting the collective action initially finances the costs F_C and, if he loses his case, he also loses the sum F_C . If the collective action is successful, however, the court requires the defendant to cover the entire damage to the all victims, i.e., $n\delta_C$. Finally, the plaintiff who started the collective action obtains out of the total damage payment

$$\delta_C + \frac{n-1}{n} \frac{F_C}{\sigma}, \quad (6)$$

where, as in the previous section, σ denotes the expected probability of success in court that underlies the victim's decision such that, for example, if the victim expects a tough defense on the part of the defendant, $\sigma = pq$. All the other members of the class divide the remaining damage payments equally after the plaintiff who carried out the collective action has been paid. Thus, each of them receive the payment

$$\delta_C - \frac{1}{n} \frac{F_C}{\sigma}, \quad (7)$$

The difference in payment between the victim who initiated the collective action and all the other victims may become quite significant. For instance, in the foregoing numerical example, we had $n = 10$ and $\delta_C = 1\,000$. If $F_C = 2\,000$ and the likelihood of winning in court is $\sigma = 0.5$, in the case of a successful collective action, the defendant would have to pay €10,000. According to formulas (6) and (7), the victim who initiates the collective action should obtain

$$1\,000 + \frac{9}{10} \frac{2\,000}{0.5} = €4\,600,$$

while the remaining 9 victims would split the residual €5 400 equally. Thus, in the current example, the initiator of the trial would obtain more than 7 times as much as the other victims! While the difference in damage payments between the

28. Obviously, this assumption implicitly requires that there is a well designed procedure to determine a class that allows its members to challenge being included in the group if they feel that they do not belong. In the remaining discussion, this issue is set aside.

initiator and all the other victims may appear quite large, two factors justify the construct.

First, the initiator of the trial initially fully finances the plaintiffs' trial costs F_C , so the real difference in payoff is smaller than it appears. Thus, in the example here, the initiator's net payoff is €4 600 - €2 000 = €2 600. Second, the initiator carries the entire risk of losing the trial. In fact, despite the remaining *ex-post* difference in payoffs, all the victims have *ex-ante* the same payoffs. To understand this concept, consider that the initiator's net payment is €2 600 if the trial is successful and, if it is not, he loses the trial costs of €2 000. With σ assumed at $\frac{1}{2}$ in the above example, both events are equally likely *ex-ante*. All together, then, the initiator's expected return is

$$\frac{1}{2} 2\,600 - \frac{1}{2} 2\,000 = €300$$

The other victims expect a payment of €600 if the trial is successful and zero otherwise. Again with an *ex-ante* probability of success at $\frac{1}{2}$, these victims' expected payoff is also €300.

Next, consider the incentive of a potential trial initiator to start a collective action. The potential initiator compares his costs of starting a trial F_C with his expected gain given by equation (6). In other words, a potential initiator finds it advantageous to start a collective action if

$$\left(\delta_C + \frac{n-1}{n} \frac{F_C}{\sigma} \right) \sigma F_C = \sigma \delta_C - \frac{F_C}{n} > 0. \quad (8)$$

Comparing inequality (8) with equation (4), and keeping in mind that $n\delta_C = \Delta_C$, the condition implies that the two requirements are equivalent. In other words, when a collective action satisfies the characteristics described in this section, whether an injurer caused a loss of Δ_C to a single victim or individual damages of δ_C to n persons with $n\delta_C = \Delta_C$, the respective incentives of victims to demand reparations in court are exactly the same.

The victims' incentives to start a court proceeding have a feedback effect on potential injurers' internalization of external damages. Unlike the finding in section 4, where the presence of multiple victims weakened the internalization and, thus, reduced care, we find that variations in n have no effect on the ability of tort procedures to make potential injurers internalize damages. We can conclude that the introduction of an appropriately designed collective action significantly increases the overall efficiency of tort law.

However, in order to achieve the positive outcome just described, the collective action must allow the party who initiates the lawsuit to receive significantly more than all the other victims. The additional compensation must be designed in order (a) to cover the court costs and (b) compensate for the risk associated with

initiating the procedure. In particular, a lower *ex-ante* probability of winning the case will require a larger premium for the party initiating the collective action. Finally, in reality, individuals are not likely to be risk-neutral, as implied in the example, but risk-averse. Including that factor in the analysis would further increase the premium of the party who initiates the trial.

§1. – The entrepreneurial lawyer

In the previous section, it was assumed throughout that the party who initiated the litigation was one of the victims. However, in some legal systems, lawyers are allowed to start a collective action on behalf of victims. If in the foregoing discussion the initiator of the collective action were a lawyer or a law firm, nothing would change from the point of view of the defendant; specifically, if he lost, he would be required by the court to cover the total damage $n\delta_c$ and, if he won, he would pay nothing. From the perspective of the victims nothing would change either; if they won, each would receive the damage payment $\delta_c - F_c/n\sigma$ and, if they lost, zero. From the perspective of the lawyer who filed the case, he would pay the plaintiffs court costs, F_c . However, if he won, he would gain the difference between injurer's payment, $n\delta_c$, and the sum of damage payments received by the victims, $\delta_c - F_c/n\sigma$, for a gain of F_c/σ . Just as when a victim starts the collective action, the lawyer's revenue would have to cover both the actual cost of the action and the risk associated with it. The only difference between the two cases is that the lawyer would not participate in the indemnity.

Despite the equivalence of both methods in the context of the current analysis, from an efficiency point of view, allowing entrepreneurial lawyers to start a collective action is likely to be beneficial for at least three reasons. First, victims will, in many cases, be cash-constrained. While the foregoing discussion ignored this aspect of the problem, in reality, starting a collective action can be very costly, particularly if the injurer is a large corporation. Unlike individuals, large law firms are less likely to be cash-constrained. Moreover, some of their costs are actually not pecuniary but, rather, opportunity costs. (In other words, some of the partners in the law firm are at risk of losing some work time.) The second reason that lawyers' starting a collective action may be beneficial is that, in reality, individual victims are likely to be risk-averse, a point not considered in the foregoing analysis, where victims' incentives followed only from expected returns. Further, the design of a collective action presented in the previous section did not spread the litigation risk across individuals. However, a large law firm is more likely to be risk-neutral since the risk can be spread among several partners.

Third, allowing a lawyer to initiate a collective action lowers the so-called agency costs between the victims and their legal representative by reducing F_c . To understand the point, consider that, when an individual files a lawsuit, the interests of his legal counsel and the plaintiff are not always perfectly aligned. Typically, the lawyer will have better information concerning the chances of win-

ning a specific case than the plaintiff will. Moreover, the effort level undertaken by the lawyer is generally difficult for the plaintiff to monitor. These difficulties lead to agency costs.²⁹ In contrast, if a lawyer starts a collective action himself, these types of agency costs disappear.

All together, then, these observations suggest that allowing entrepreneurial lawyers to start collective actions themselves may enhance efficiency. Specifically, reducing the likelihood of a cash constraint and lowering the risk premium and transaction costs all point to victims' being more likely to obtain indemnification of damages. However, as discussed earlier, enforcing internalization of damage costs reduces the externality associated with the latter and, as such, can only increase the overall efficiency of the system.

§2. – Participating in a collective action

In practice, there are three relevant methods by which to arrange the participation of injured parties in a collective action. In an "opt-out" system, victims are automatically part of the collective action unless they explicitly state that they do not wish to participate, and individuals who opt out are free to pursue their legal right in an individual claim. In an "opt-in" system, each victim must explicitly state that he wants to participate in the collective action. Finally, with a mandatory class action, victims are automatically part of the collective action and cannot withdraw.

None of the rules are perfect, each has its strengths and weaknesses, and deciding on any one method necessitates trade-offs. Solely focusing on the economic argument, as will be done in the following, ignores some relevant issues related to the existing legal structure, but the economic reasoning provides a useful guideline in comparing the three methods.

The main advantage of the opt-in rule is that each victim can consider his costs and benefits from participating in the collective action. Its main weakness is that the transaction costs of an opt-in approach can be exorbitant, particularly in the case of small claims with a very large number of victims. For instance, the number of victims in the current cartel case of French cellular operators involves millions of customers, but the average damage per customer is less than €1 000. With an opt-in rule, only a few of the victims will be mobilized to start a collective action. Considered as a whole, the rule is not economically sensible; the transaction costs associated with the opt-in rule guarantee that potential injurers will not correctly internalize expected damage costs, which will reduce their level of care below the efficient level.

29. Both difficulties are the result of so-called asymmetric information problems. The first problem is known in economic literature as adverse selection, while the second problem is usually referred to as moral hazard. In either case, it has been shown that parties should design incentive contracts. With a risk-averse lawyer both types of problems lead to economic rents, meaning that the lawyer must be paid more than just his opportunity costs (for a general reference see Sappington, 1991).

The opt-out rule is often criticized because, with larger numbers of victims, some may not even be aware of the collective action and, therefore, have no chance to present their individual perspectives in court. With a relatively small number of victims, there is a much more subtle difficulty: Until now this presentation has ignored the out-of-court settlement. In most litigation, though, out-of-court agreements are a useful method by which to reduce tertiary costs. In these settlements, the parties agree on the backdrop of the law, so the settlements cannot be too far off from what a court would have decided.

However, with multiple claimants there is an externality in the victims' behavior. Consider the foregoing numerical example, where we had $n = 10$, $\delta_c = \text{€}1000$, $\sigma = 0.5$ and $F_c = \text{€}1600$. For a collective action to be economically advantageous to the victims, at least 4 of them must cooperate. (With only 3 victims cooperating in a collective action, their total expected return is $3\sigma\delta_c = \text{€}1500$, which is not sufficient to cover the expected costs from starting the collective action.) In other words, a group of 3 or less victims is better off going empty-handed than starting a collective action.

A rational defendant will anticipate this. As a result, if he can settle with 7 plaintiffs out of court, inducing them to opt-out, the remaining victims will not initiate a collective action. Finally, the number of out-of-court settlements needed is smaller than the total number of victims, and those who do not settle out of court go empty-handed unless they file a lawsuit. Consequently, rational victims should be expected to bid the price of an out-of-court settlement down. Of course, from the view point of a potential injurer, his damage costs can be significantly smaller than the harm's true costs, thereby weakening his incentives to increase the level of care.

Altogether, both "opt-in" and "opt-out" will have a strong negative impact on the efficiency of collective actions. Economically, the mandatory class action appears the most advantageous. It guarantees that a class of victims behaves as a single plaintiff faced with the total damage of that class. (Obviously, this approach necessitates that a class is correctly defined and that the class representation is adequate.) On the downside, mandatory class actions limit individual rights. Whether this restriction can be justified for the sake of efficiency on behalf of the victims cannot be decided in the current analysis.

Section 7

COLLECTIVE ACTIONS AND PRODUCERS

In many European countries, business representatives have been quite hostile to the introduction of collective action procedures. Raising the specter of the US style class action, business associations often argue that introducing collective actions into European law would *excessively* raise the risk of lawsuits, thereby

significantly increasing the costs of doing business. Some of the arguments use the specifics of US procedures as a straw man. For example, the issue of US-style punitive damages is often intermingled within the discussion of collective actions in order to focus on spectacular cases with exorbitant damage payments. However, the two questions are very different and should be analyzed separately since, in the US, punitive damages can also be imposed in the course of an individual lawsuit.

Nevertheless, it remains true, as shown in the foregoing sections, that allowing collective actions always introduce additional risk for potential injurers. However, this is not an unexpected negative side effect; in fact, it is precisely that increase in liability risk that aligns the incentives of individual producers to that of society. Until recently, most European legislation effectively prevented victims with small damages from pursuing reparation using the justice system. This approach might be acceptable in the case of a small number of victims because tertiary costs would outweigh the benefits to victims and the efficiency loss would have been small. However, with a large number of victims, where total harm may grow into the billions of Euros, disallowing class-related lawsuits clearly cannot be efficient!

It is sometimes argued that the introduction of collective action would open up the possibility for ill-intentioned individuals (lawyers?) to initiate a trial with the sole aim to put pressure on a producer and extract some rent. Particularly today, when marketing plays such an important role, negative publicity from a liability suit may force producers to settle out of court rapidly, just to avoid the limelight. However, it is unclear how the introduction of collective actions would increase that risk. Ill-intentioned persons can just as well use individual lawsuits to create pressure in order to reach their goals. If the intention is solely to stop such behavior, why not remove producer's liability altogether? It would appear more important to design liability suits properly, whether individual or collective, in order to prevent inappropriate legal filings, rather than discouraging indemnification of multiple victims.

Collective action may, in fact, have beneficial effects for some producers by helping them to avoid the adverse-selection effect. Consider the argument derived by Deffains and Demougin (2009), who proposed that, unlike in all the foregoing argumentation, some producers take sufficient care on their own for ethical and moral reasons. Specifically, suppose there are a moral, "non pecuniary" costs for a producer who does not comply with efficient care. The true pecuniary costs of care (including expected tort costs) generates for the producer an opportunity cost associated with unethical behavior. If this opportunity cost is small, the producer will ignore the moral costs and be guided by pecuniary costs only. In contrast, if the opportunity cost is high, the producer will follow his conscience and undertake efficient care. Assuming that moral costs are not the same for all producers, Deffains and Demougin (2009) produced a separating equilibrium wherein some producers are guided by ethical and moral concerns to supply efficient care, while others under-produce care. In such an environment, Deffains and Demougin

verified that the introduction of a collective action benefits producers who were initially "ethical." Although the collective action raises the likelihood of producers' being sued, which c.p. reduces profit, it also raises average care, thereby raising market price. Deffains and Demougin's paper shows that the second effect dominates for producers who originally produced efficient care.

Section 8

CONCLUDING REMARKS

From an economic viewpoint, tort law is a powerful institution with which to align the interests of potential injurers to those of society. By making injurers responsible for damages caused to third party, tort law forces internalization of damage costs. As a result, potential injurers are induced to trade off the cost of taking care correctly with a reduction in the expected damages.

In practice, the tort mechanism has to deal with a number of difficulties: possible bankruptcy of the injurer in the case of liability, asymmetric information, imperfect courts, and so on. In this note, we examined problems related to the number of victims and found that, in the absence of a collective action, increasing the number of victims weakens the efficacy of the liability process. Using individual trials with multiple victims lowers the plaintiffs' ratio of expected benefit to expected cost and, as a result, victims are less willing to start a trial. Potential tortfeasors will anticipate the victims' behavior and find it optimal to reduce care below its efficient level.

Introducing well designed collective actions reestablishes the effectiveness of the tort mechanism. In particular, a well designed collective action necessitates introducing differential indemnification for those starting the trial in order to compensate them for their trial costs and the risk of losing the case in court. We also found that allowing entrepreneurial lawyers to start the collective action themselves should be beneficial as law firms are less likely to be cash constrained and should be less risk averse than victims. Moreover, a good collective action design should reduce the agency costs that typically arise between legal counselors and individual plaintiffs.

We also discussed which method should be favored: opt-in, opt-out or mandatory participation. We argued that opting in is likely to create large transaction costs, particularly, when the per-person harm is comparatively small and the number of victims is large. The opt-out alternative was shown to allow for a "divide and conquer" strategy, in which the defendant offers some of the victims an out-of-court settlement in order to sufficiently reduce the number of participants to a potential collective action. Since the remaining victims are not compensated, there are always more victims than those who receive an out of court payment. As a result, competition for the settlement allows the injurer to keep compensation paid lower than the actual damages. Neither opt-in nor opt-out

guarantees a good internalization of damage costs from the producer so, from a purely economic standpoint, the mandatory participation option appears to be the more advantageous method.

In the last section of the note, we discussed the opposition of business to the introduction of class action procedures in Europe. The argument that it will raise the risk of producers is correct, but raising this risk is desirable because it shifts back the risk of damages to its originator and because it aligns the incentive of producers to undertake proper care.

REFERENCES

- BRAEUTIGAM, R., OWEN, B. and PANZAR J. (1984), An Economic Analysis of Alternative Fee Shifting Systems, *Law and Contemporary Problems*, 47(1): 173-185.
- CALABRESI, G. (1970), *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. Yale University Press, New Haven and London.
- CHE, Y.-K. (1996), Equilibrium Formation of Class Action Suits, *Journal of Public Economics*, 62 : 339-361.
- CHE, Y.-K. (2002), The Economics of Collective Negotiations in Pretrial Bargaining, *International Economic Review*, 43(2): 549-576.
- CHEN, K.-P. and WANG, J.-S. (2007), Fee-Shifting Rules in Litigation with Contingency Fees, *Journal of Law, Economics and Organization*, 23(3): 519-546.
- COFFEE, J. (1986), Understanding the Plaintiff's Attorney: The Implications of Economic Theory for Private Enforcement of Law through Class and Derivative Actions, *Columbia Law Review*, 86 : 669-727.
- COOTER, R. and RUBINFELD, D. (1989), An Economic Analysis of Legal Disputes and their Resolution, *Journal of Economic Literature*, 27 : 1067-1097.
- COOTER, R. and ULEN, T. (2004), *Law and Economics*, 4ed, Pearson, Addison Wesley, Boston, Mass.
- DEFFAINS, B. and DEMOUGIN, D. (2009), Class Actions, Compliance and Moral, *working paper*, mimeo.
- DEMOUGIN, D. and FLUET, C. (2006), Preponderance of Evidence, *European Economic Review*, 50(4): 963-976.
- DEMOUGIN, D. and FLUET, C. (2008), Rules of Proof, Courts, and Incentives. *RAND Journal of Economics*, 39(1): 20-40.
- HAY, B. (1997a), Asymmetric Rewards: Why Class Actions (May) Settle for Too Little, *Hastings Law Journal*, 48 : 479-509.
- HAY, B. (1997b), The Theory of Fee Regulation in Class Action Settlements, *The American University Law Review*, 46 : 1429-1482.

- KOBAYASHI, B. (1992), Deterrence with Multiple Defendants : An Explanation for "Unfair" Plea Bargains, *RAND Journal of Economics*, 23(4): 507-517.
- LANDES, W. and POSNER, R. (1987), *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press, Cambridge, MA and London.
- LEE, J. (2002), A Strategic Analysis of Multi-plaintiff Litigation : Class Action versus Precedents, *working paper*, Trinity College and University of Cambridge.
- MARCEAU, N. and MONGRAIN, S. (2003), Damage Averaging and the Formation of Class Action Suits, *International Review of Law and Economics*, 23 : 63-74.
- MASON, R. and SWANSON, T. (1996), Long-term Liability and the Choice of Liquidation, *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, 79 : 204-223.
- ROE, M. (1986), Corporate Strategic Reaction to Mass Tort, *Virginia Law Review*, 72 : 1-59.
- SAPPINGTON, D. (1991), Incentives in Principal-Agent Relationships, *Journal of Economic Perspectives*, 5(2): 45-66.
- SHAVELL, S. (1982), On Liability and Insurance, *Bell Journal of Economics*, 13(1): 120-132.
- SHAVELL, S. (1986), The Judgment Proof Problem, *International Review of Law and Economics*, 6(1): 45-58.
- SHAVELL, S. (1987), *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. and London.
- SHAVELL, S. (1993), The Optimal Structure of Law Enforcement, *Journal of Law and Economics*, 36 : 255-287.
- VARIAN, H. (2006), *Intermediate Microeconomics : A Modern Approach*, 7ed, Norton, New York.

Introduire des actions de groupe en droit français ? Réactions à l'analyse du Pr. Demougin

Dany COHEN

Professeur de droit à l'Université Paris XIII et à Sciences Po

Si, comme on vient de nous le rappeler, l'analyse économique conclut sans équivoque à la nécessité d'introduire un mécanisme du type *class actions*, la controverse se poursuit chez les juristes autour de l'opportunité d'acclimater un tel concept. La persistance de la polémique a pourtant de quoi déconcerter, tant la nécessité d'une action de ce type semble criante, aussi bien d'un point de vue d'équité que dans le souci d'assurer l'effectivité de la règle de droit et tant paraissent faibles les inconvénients brandis en sens inverse, étant observé de surcroît que la liste des pays riches qui ont adopté cette action ne cesse de s'allonger.

Un rappel étymologique et historique s'impose avant d'aborder le fond.

Étymologiquement, *classis* est un latinisme avant d'être un anglicisme, puisqu'en latin ce mot désigne une division du peuple romain suivant certaines conditions sociales et politiques (Littré); cette définition est appropriée à la délimitation d'une catégorie de consommateurs telle qu'elle s'observe pour les actions de classe.

Historiquement, contrairement à ce que l'on entend habituellement, le père de la *class action* n'est pas le droit américain; le regretté Jacques Héron rappelait que ces actions sont apparues en Angleterre au XVIII^e siècle, devant la Cour de chancellerie, le juge ordonnant la jonction de demandes mettant en jeu des intérêts identiques et allant même parfois jusqu'à rendre parties au procès, sans qu'elles le sachent, des personnes qui n'avaient pas comparu devant lui². C'est ce schéma qui fut ensuite repris par le système américain.

1. L'auteur tient à remercier Rafael Amaro pour son aide précieuse.

2. Jacques HÉRON, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 3^e éd., 2006, par Th. Le Bars, n° 94.

En France, la première proposition d'action de groupe – terme synonyme d'action de classe – fut formulée en 1983 par la Commission Calais-Auloy de réforme du droit de la consommation. Elle fut suivie, en 1984, d'une proposition de loi Stasi, vite retirée. Se succédèrent ensuite des propositions récurrentes, jusqu'à la promesse de Jacques Chirac³, suivies par les propositions de plusieurs groupes de travail⁴, un avis du Conseil de la concurrence⁵, un projet de loi très restrictif déposé à l'Assemblée Nationale en avril 2006⁶ et retiré sous la pression du Medef⁷, un autre déposé au Sénat en décembre 2007⁸ retiré lui aussi et enfin deux rapports récents du Sénat⁹.

Il est frappant d'observer que, durant les presque 25 ans qu'a duré cette valse-hésitation, l'opinion des juristes, tant français qu'étrangers, a sensiblement évolué, puisque les partisans de l'acclimatation de la *class action* en France sont devenus largement majoritaires.

Il faut dire qu'entre-temps de nombreux pays étrangers, dont plusieurs pays de droit civil, se sont dotés de telles actions, sans qu'apparaissent les effets pervers annoncés : la chose est certaine pour le Québec¹⁰ ; s'agissant des autres pays (Brésil, Portugal, Suède, Australie, Royaume-Uni), la littérature connue de l'auteur de ces lignes ne mentionne pas actuellement de tels effets. Le cas de l'Allemagne est d'apparition trop récente. Des projets de loi sont en gestation en Italie et en Belgique¹¹.

3. Exprimée avec fermeté en janvier 2005 dans ses vœux annuels du Président à la nation.

4. V. notamment les propositions du *Rapport sur l'action de groupe*, déc. 2005 et notamment la 3^e partie du rapport préconisant la création d'actions de groupe, p. 28 et s. ; la décision n° 191 de la *Commission pour la libération de la croissance française*, présidée par J. Attali, janv. 2008 ; ou encore les propositions du groupe de travail présidé par J.-M. COULON dans son *Rapport sur la dépenalisation du droit des affaires*, janv. 2008, p. 89 et s., rapports disponibles en ligne sur le site de la Documentation française.

5. Cons. Conc., avis du 21 sept. 2006 relatif à l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles, disponible sur le site de l'Autorité : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/classactions.pdf> (Dernière consultation le 15 nov. 2009).

6. Proposition de loi n° 3055 visant à instaurer les recours collectifs de consommateurs.

7. Medef, « L'introduction de la "class action" ou action de groupe en droit français, une fausse bonne idée », *DAJ*, juin 2004 et pour un aperçu plus récent de la position sans équivoque du syndicat patronal, v. la décision de son conseil exécutif du 10 juill. 2006 relayée par le point presse mensuel de sa présidente, L. PARISOT, disponible à cette adresse :

http://mt03.medef.fr/staging/site/core.php?pag_id=55014 (Dernière consultation le 15 nov. 2009).

8. Proposition de loi n° 118 tendant à créer une action de groupe.

9. J.-J. HYEST, *Rapport d'information du Sénat sur les « class actions »*, rapp. n° 249, mars 2006 ; A. ANZANI, L. BÉTEILLE, *Rapport d'information du Sénat sur la réforme de la responsabilité civile*, rapp. n° 558, juill., 2009 v. la recommandation n° 23 – « Envisager l'introduction d'actions collectives en responsabilité en cas de fautes lucratives commises à l'égard d'une pluralité de victimes et générant des dommages individuels de faible montant. » ; Rapport suivi le 21 oct. 2009 de la constitution d'un groupe de travail de la Commission des lois du Sénat destiné à examiner l'opportunité et les conditions de l'introduction de l'action de groupe en droit français, v. le communiqué disponible sur le site du Sénat : <http://www.senat.fr/presse/cp20091021c.html> (Dernière consultation le 15 nov. 2009).

10. V. en ce sens l'opinion de P.-C. LAFOND, avocat et professeur de droit québécois, « Le recours collectif et le juge québécois : de l'inquiétude à la sérénité », in Colloque *Les class actions devant le juge français : rêve ou cauchemar*, *LPA*, 19 juin 2005, n° 115, p. 11.

11. Pour un panorama détaillé des législations européennes, on pourra se référer avec profit aux tableaux analytiques dressés dans le rapport final de l'étude transmise au Chancelier britannique par le Civil Council Justice of England and Wales, « *Improving Access to Justice through Collective Actions* » *Developing a More Efficient*

Le Professeur Demougin a bien montré que, du strict point de vue de l'analyse économique, l'action de groupe induirait une amélioration du service rendu notamment aux consommateurs, en provoquant une anticipation des entreprises inverse de ce qu'elle est aujourd'hui.

Le juriste normalement constitué ayant l'esprit de contradiction, je me demanderai si l'approche économique ne fait pas l'impasse sur un certain nombre d'inconvénients, que seule une analyse juridique serait apte à mettre en relief (Section 1). Cette question, indispensable, n'épuise cependant pas la problématique, puisqu'une fois mis en lumière un certain nombre de difficultés, il restera à se demander si les probables inconvénients décelés sont supérieurs aux avantages qui nous sont décrits et à ceux que l'approche juridique elle-même met en exergue (Section 2).

Section 1

MÉCONNAISSANCE DES INCONVÉNIENTS ?

L'analyse économique ne méconnaît-elle pas les inconvénients de l'instauration d'une *class action* en France ? Ceux-ci seraient de deux ordres :

- obstacles de principe constitués de certaines règles du droit français ;
- effets pervers à en attendre.

§1. – Obstacles

Au premier rang des objections soulevées à l'encontre de l'action de groupe figure l'atteinte annoncée à trois principes de notre droit : la prohibition des arrêts de règlement (A), le fait que l'action pourrait être engagée par d'autres que les victimes elles-mêmes¹² et sans que ces dernières en soient toutes informées (B) et une possible entorse aux principes qui gouvernent la responsabilité civile (C).

A. PROHIBITION DES ARRÊTS DE RÈGLEMENT

À peine est-il besoin de rappeler qu'un arrêt de règlement se caractérise par le fait qu'il prétend régenter l'avenir et donc s'affranchir du caractère relatif de l'autorité de

and Effective Procedure for collective Actions, nov. 2008, spéc. p. 508 et 523, publié sur le site du Civil Council Justice : <http://www.civiljusticecouncil.gov.uk>. (Dernière consultation le 15 nov. 2009). Pour le détail des lois, se référer à l'article suivant : I. VEILLARD, B. VOLDERS, « La consécration des actions de groupe en Europe. La traversée de l'Atlantique aurait-elle adouci le "monstre à la Frankenstein" ? », *RJC*, 2008/2, note 22 à 27.

12. Comme certains auteurs on déjà pu le faire remarquer : S. GUINCHARD, « Une *class action* à la française », *D.* 2005, p. 2180, spéc. p. 2182 ; v. aussi l'intervention de J.-C. BEAUJOUR, « La *Class Action* et ses conséquences sur le cours des affaires », *LPA*, 13 déc. 2007, n° 249, spéc. p. 10.

chose jugée¹³. Ce grief, à la vérité hâtif, a pris appui sur le fait que l'autorité de chose jugée de la décision juridictionnelle qui statuerait sur une action de groupe touche assurément plus de personnes qu'une décision qui ne tranche un litige qu'entre Primus et Secundus; mais une extension de la portée de l'autorité de chose jugée ne signifie pas que l'on est en présence d'un arrêt de règlement, puisque :

- un autre producteur, non visé par l'action de groupe, n'est pas lié par le jugement rendu¹⁴;
- en cas d'*opt in*, la catégorie des demandeurs n'est pas indéterminée mais précisément et nominativement circonscrite.

B. ACTION POSSIBLEMENT ENGAGÉE PAR D'AUTRES QUE LES VICTIMES ELLES-MÊMES, LE CAS ÉCHÉANT SANS QUE CES DERNIÈRES LE SACHENT

a) Observons en premier lieu qu'un tel cas de figure existe déjà dans différents domaines du droit commercial :

- En droit des faillites tout d'abord, où le représentant des créanciers (mandataire judiciaire depuis la loi du 26 juill. 2005) représente tous les créanciers, que ceux-ci le veuillent ou non, agit sans avoir besoin de leur accord et le cas échéant contre leur gré et les prive de toute possibilité d'agir par eux-mêmes¹⁵. La règle est si vigoureuse qu'elle s'applique également aux actions intentées contre les tiers¹⁶. Un créancier ne peut agir seul qu'à la double condition d'avoir préalablement mis vainement en demeure le représentant des créanciers et démontré qu'il subit un préjudice spécial; à la connaissance de l'auteur de ces lignes, il n'existe pas d'arrêt de la Cour de cassation ayant admis l'existence d'un tel préjudice. Ce n'est donc pas un principe d'airain. Ainsi le pragmatisme du droit des faillites a-t-il déjà introduit dans notre droit l'idée qu'une personne chargée d'un intérêt collectif peut-être mieux à même d'apprécier l'opportunité et la configuration de l'instance à tenter que tel ou tel intéressé individuel.
- Ensuite, l'article L. 442-6 III du Code de commerce, dans la rédaction que lui a donné la loi NRE du 15 mai 2001, autorise le Ministère public mais aussi le ministre de l'Économie à agir, au besoin contre la volonté des victimes, en nullité des clauses du contrat illicite et même à demander la répétition de l'indu. Et il ne s'agit pas là d'une hypothèse d'école, puisque deux grosses centrales d'achats ont déjà été condamnées par ce mécanisme pour

13. J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Dalloz 12^e éd., 2008, n° 170.

14. V. en ce sens les observations convaincantes de M.-A. FRISON-ROCHE, « La résistance mécanique du système juridique français à accueillir la class action : obstacles et compatibilités », colloque préc. note 10, p. 22.

15. Art. L. 622-20 C. com. (anc. art. L. 621-39 C. com.) dont la chambre commerciale de la Cour de cassation a rappelé la vigueur à plusieurs reprises (Com., 3 juin 1997, *Bull. civ. IV*, n° 163; 14 déc. 1999, *Bull. civ. IV*, n° 230), concluant à l'irrecevabilité de l'action individuelle introduite par un créancier pour demander réparation d'un préjudice qui n'est pas distinct de celui causé aux autres créanciers (Com., 4 mars 2003, *Bull. civ. IV*, n° 37).

16. Com., 12 juill. 1994, *Bull. civ. IV*, n° 265, arrêt jugeant que le commissaire à l'exécution du plan est compétent pour mettre en jeu la responsabilité de toute personne ayant contribué par des agissements fautifs à la diminution de l'actif ou à l'aggravation du passif de la société.

avoir pratiqué des marges arrières; la première s'est vue condamner devant la Cour d'appel de renvoi à restituer la somme de 23 millions d'euros à 28 de ses fournisseurs¹⁷ la seconde est en appel après avoir été condamnée par un tribunal de commerce à restituer 76 millions d'euros¹⁸, alors que les fournisseurs n'entendaient aucunement agir en justice.

b) Qui plus est, il s'agira d'une action sur autorisation judiciaire préalable. Ce préalable procédural, présenté à juste titre comme une mesure indispensable pour éviter le développement d'actions de groupe abusives, ne va d'ailleurs pas de soi et n'est pas sans inconvénient. S'il existe aux États-Unis (quatre conditions préalables), au Canada¹⁹ et dans la plupart des États qui se sont récemment dotés d'une action de classe²⁰, ce filtre n'a été retenu ni en Australie ni en Suède.

On pourrait en effet le critiquer en termes d'accès au juge, puisqu'il impose au demandeur de se justifier avant même d'accéder à l'action elle-même. Pour qu'il ne soit pas exagérément pénalisant, il conviendrait, à supposer qu'on puisse l'imposer en pratique, que le juge chargé d'autoriser l'action soit tenu d'assortir sa décision d'une motivation détaillée.

c) Même dans l'*opt out*, chacun peut sortir de l'action à tout moment : à bien y regarder, cette possibilité de libre sortie en cours d'instance :

- n'est pas ouverte dans les deux exemples d'action non consentie évoqués plus haut;
- ne constitue pas non plus le droit commun procédural : une fois que le défendeur a conclu, le demandeur ne peut plus se désister qu'à la condition que son adversaire accepte ce désistement, en sorte que l'*opt out* est plus libéral que notre droit positif actuel quant à la liberté laissée au demandeur d'abandonner son action.

L'*opt in* a la faveur de la majorité des juristes français (et rencontre une moindre réticence des entreprises)²¹, au motif qu'il serait contraire à nos principes procéduraux que des personnes pussent être parties à un procès sans même le savoir. Sans prendre parti sur cette question, observons que le système d'*opt in* initial du droit américain fut remplacé en 1996 par l'*opt out*²². Ce point est abondamment discuté dans la doctrine anglo-saxonne, les partisans de l'*opt out* faisant valoir qu'un système d'*opt in* entraverait de facto l'accès au juge – et donc au droit – des catégories

17. Versailles, 29 oct. 2009, (non publié à l'heure où ces lignes sont écrites : v. l'article suivant « Leclerc condamné en appel à restituer 23 millions d'euros à des fournisseurs », *Le Monde*, éd. en ligne du 3 nov. 2009) se pliant à la position de principe énoncée par l'arrêt de cassation rendu dans cette même affaire : Com., 8 juill. 2008, *Bull. civ. IV*, n° 143, et abandonnant à cette occasion la solution contraire adoptée à l'occasion d'un arrêt remarqué : Versailles, 3 mai 2007, *RLC*, 2007/17, n° 12, note M. Behar-Touchais.

18. T. com. Créteil, 24 oct. 2006, n° RG 2005F0025, *Min. Éco. et SAS Système U centrale Nationale*, *RLC*, 2007/4, n° 11, note M. Behar-Touchais.

19. V. notamment la loi québécoise : AC 72-79 du 11 janvier 1979 (1979) 111 GO II, 459.

20. V. l'étude du Civil Council Justice, « *Improving Access to Justice through Collective Actions* » *Developing a More Efficient and Effective Procedure for collective Actions*, préc. note 11.

21. V. en ce sens les conclusions tirées des auditions effectuées au cours de l'élaboration du *Rapport d'information du Sénat sur les class actions*, Rapport préc., note 4, p. 9.

22. Pour un panorama récent de la législation américaine et d'efficacité de l'*opt out* en matière de consommation : F. LAROCHE-GISSEROT, « Les class actions américaines », colloque préc. note 10, p. 7.

sociales les plus défavorisées et les moins instruites, supposées éprouver une difficulté plus grande à s'informer et ensuite à franchir le pas intellectuel et psychologique consistant à s'inclure dans une action judiciaire²³. On argue également du fait que l'*opt in* peut conduire à ce que seule une fraction minoritaire, voire très minoritaire, de la classe concernée se retrouve partie au procès²⁴, avec l'inconvénient corrélatif d'une forte dégradation de la valeur incitative de l'action, puisque le responsable du dommage n'aura à supporter qu'une fraction de celui-ci. Or, dans un certain nombre d'hypothèses, le dommage est proche du bénéfice réalisé par le responsable²⁵. Ce qui peut inspirer deux remarques : d'abord, fixer au profit réalisé par l'auteur du dommage le montant du préjudice est une technique que le droit français connaît de longue date : en matière de contrefaçon, la loi, entérinant une jurisprudence constante, évalue ainsi le montant de la réparation²⁶. Ensuite, une approche téléologique, justifiée en l'occurrence par le souci tant de l'effectivité de la loi que de l'efficacité économique, milite pour que le responsable ne puisse rien conserver du profit qu'il avait injustement engrangé.

Notre réticence de principe à ce qu'on soit demandeur sans l'avoir choisi paraît tellement aller de soi qu'elle justifie que l'on s'y arrête et qu'on s'interroge. Alors que vient immédiatement à l'esprit l'idée, raisonnable, que la demande en justice est un acte volontaire et d'hostilité, dans une action de groupe à mécanisme d'*opt out*, sont regardés comme des attaquants les personnes qui n'ont pas manifesté la volonté de l'être. À quoi l'on ajoute souvent que l'égalité des armes est rompue dès lors que le défendeur ne connaît pas l'identité de tous les demandeurs²⁷.

23. V. en ce sens le regard porté par un commentateur sur les expériences scandinaves et néerlandaises de *class actions* : R. GAUDET, « Turning a Blind Eye : The Commission's Rejection of Opt-Out Class Actions Overlooks Swedish, Norwegian, Danish and Dutch Experience », *E.C.L.R.* 2009, 30 (3), pp. 107-117. Dans cette étude fouillée, l'auteur dénonce les faiblesses méthodologiques de l'analyse d'impact accompagnant le Livre blanc de la Commission européenne sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante (COM (2008) 165, final), et défend fermement l'*opt out*, écarté par le Livre blanc. V. en ce sens également l'étude dont ne fait pas mention le Livre blanc : Study Centre for Consumer Law, Centre for European Economic Law (Université catholique de Louvain), *An analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than redress through ordinary judicial proceedings : Final Report*, janv. 2007, disponible sur le site de la Commission européenne à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/consumers/redress/reports_studies/comparative_report_en.pdf (Dernière consultation le 15 nov. 2009).

24. V. les taux de participation très variables mis en évidence par une étude récente commandée par le *Civil Council Justice of England and Wales* : R. MULHERON, *Reform of Collective Redress in England and Wales. A Perspective of Need*, 2008, p. 19 et s. Il est à noter que le taux de participation dépasse très rarement les 50 %. Étude publiée sur le site du *Civil Council Justice* : http://www.civiljusticecouncil.gov.uk/files/collective_redress.pdf (Dernière consultation le 15 nov. 2009).

25. M. NUSSENBAUM, « Les difficultés de l'expertise en matière de pratiques anticoncurrentielles », in Colloque *Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles*, LPA, 20 janvier 2005, n° 14, p. 37.

26. V. notamment l'art. L. 331-1-3 du Code de la propriété intellectuelle ; P.-Y., GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 2004, n° 439, évoquant la directive du 29 avr. 2004, parle « d'une sorte de forfait confiscatoire sur la base des bénéfices injustement réalisés » ; M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, Précis Dalloz, 2009, n° 1082 et les notes 4 et 5 ; A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3^e éd., 2006, n° 983 et s.

27. X. LAGARDE, « Rapport de synthèse », Colloque organisé en 2006 par l'Université Paris X ayant pour thème : *Les actions de groupe (Perspectives et regards croisés)*, *Rev. Lamy Droit civil*, déc. 2006, n° 5.

La première objection appelle deux réponses, ou à tout le moins deux observations : d'abord les exemples précités (*supra*, p. 110-111), dans lesquels un protagoniste agit au nom d'autres qui ne le lui ont jamais demandé ; on peut ensuite se demander si le moment n'est pas venu de reconsidérer, d'élargir, ce que nous mettons ici sous le mot de volonté. Car si, dans une approche strictement individuelle d'une action qui ne l'est pas, il est exact que l'assentiment de tel ou tel n'a pas été recueilli, il reste que l'action résulte d'une volonté.

C. ENTORSE AUX PRINCIPES DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

On fait en premier lieu observer que la réparation allouée pourra très bien n'être pas entièrement recouverte par les victimes, soit parce qu'on ne les connaît pas toutes, soit parce que les coordonnées de certaines d'entre elles ont changé, soit encore parce qu'elles ne feront pas la démarche pour recevoir la part qui leur revient. Il convient ici d'introduire une nuance, l'expérience ayant montré qu'une fraction non négligeable des actions de classe vise seulement au prononcé d'injonctions, sans demande d'indemnisation²⁸.

Le juriste est évidemment perturbé par la proposition – cependant compréhensible, puisqu'il l'a motivée – du Professeur Demougin d'accorder à la victime qui prend l'initiative d'engager une action de groupe une indemnisation plus importante, en rétribution de la prise de risque qu'a constitué cette initiative :

- d'abord parce que le principe, certainement d'ordre public, de l'égalité de traitement des demandeurs au procès (pourvu bien sûr qu'ils soient dans des situations identiques) s'y oppose ;
- ensuite parce qu'elle postule qu'est opportune la décision d'engager une instance ; sur ce point, ce que nous pourrions objecter traduit davantage le poids de nos habitudes de pensée qu'un argument rationnel.

§2. – Effets pervers

A. RISQUE D' ACTIONS TÊMÉRAIRES

On a agité à l'envi l'épouvantail que représente l'inflation – un temps impressionnante, mais aujourd'hui contenue – des *class actions* observée aux États-Unis. C'est pourtant une erreur majeure que d'imaginer un semblable déferlement en France, parce que la cause de celui constaté outre-Atlantique tient à la conjonction de deux particularités américaines :

- le fait que, les pactes *de quota litis* y étant licites, l'avocat et ses clients peuvent convenir que le premier ne sera rétribué que s'il gagne le procès, en sorte que le perdant ne court strictement aucun risque à engager une action téméraire ; autant dire qu'il n'existe aucune règle dissuadant d'entamer des procès abusifs ; or, ce mode de rémunération entièrement fondé sur le résultat est

28. Notamment sur le fondement de la *Rule 23b (2)* des *Federal Rules of Civil Procedure* des États-Unis, comme le rapportent certains auteurs : I. VEILLARD, B. VOLDERS, art. préc. v. *supra* note 11, note 6.

interdit en France, en sorte que, une somme fixe devant toujours – si du moins la règle est respectée – être versée par les demandeurs, ces derniers s'exposent à une perte (dont le juge tend fréquemment à accroître l'ampleur par le jeu de l'article 700) s'ils engagent une instance à la légère ;

- un nombre d'avocats pléthorique²⁹, qui ne peut que pousser au contentieux. Ce second inconvénient n'existe pas non plus dans notre pays.

De fait, dans les autres pays qui ont instauré des actions de groupe, non seulement on n'a pas observé de déferlement, mais le nombre des procédures s'est révélé inférieur à ce qu'on avait imaginé. Ainsi se trouve rappelée par les faits une banalité que l'on avait parfois perdue de vue : le poids des traditions nationales.

B. On fait également valoir que ces actions aboutiraient soit à des dommages-intérêts démesurés, soit à des transactions inéquitables pour les entreprises mais conclues par elles par crainte du risque financier ou du risque en termes d'image. Ces deux inconvénients, qui ne doivent pas être négligés, sont distincts l'un de l'autre.

S'agissant tout d'abord du montant des dommages-intérêts, il faut rappeler que l'échelle monétaire du juge américain n'a rien à voir avec celle de l'Europe et qu'on ne voit pas pourquoi le juge français éprouverait subitement l'envie, qui jusqu'ici ne l'a pas effleuré, de se calquer sur elle.

Au demeurant, les chiffres américains peuvent s'expliquer par la conjonction de trois, voire quatre éléments : les indemnités allouées sont dans bien des États impossibles ; les juges des États fédérés sont parfois des jurys populaires ou des juges élus (c'est précisément ce qui a conduit au transfert, par la dernière réforme, de certaines *class actions* vers les juridictions fédérales). Le coût des procédures pour les avocats, notamment du fait des investigations probatoires jointes à l'obsession américaine de l'exhaustivité, augmente notablement le montant de l'addition finale.

Enfin, en matière d'infraction à la concurrence, la règle des triples dommages, implantée depuis un siècle, puisqu'elle résulte des Sherman et Clayton Acts, influe directement et lourdement sur le montant des condamnations. À peine est-il besoin de rappeler qu'il n'existe dans notre procédure aucune règle de ce type.

On pourrait ajouter à cela une interrogation : le recours judiciaire ne constitue-t-il pas, aux États-Unis, un mécanisme à la fois correcteur et redistributif dans une société où les mécanismes étatiques de garantie et de protection n'ont pas du tout la même ampleur qu'en France ?

29. L'American Bar Association dénombrait pas moins de 1 180 386 avocats en 2008 tous domaines confondus (http://www.abanet.org/marketresearch/Lawyer_Demographics.pdf) (Dernière consultation le 15 nov. 2009) soit, sur une population qui compte 308 millions d'habitants,

(<http://www.census.gov/population/www/popclockus.html>) (Dernière consultation le 15 nov. 2009) : 3,8 avocats pour 1 000 habitants. En France, on recensait en 2006, 45 818 avocats, soit un peu moins de 0,7 avocats, pour 1 000 habitants

(<http://www.justice.gouv.fr/index.php?rubrique=10054&ssrubrique=10058&article=12569>) (Dernière consultation le 15 nov. 2009), soit un rapport de plus de 1 à 5.

C. On fait également valoir que nombre de ces actions ont conduit à une très médiocre indemnisation des victimes, tandis que les avocats recevaient des honoraires impressionnants³⁰.

Interrogeons-nous toutefois sur la cohérence et la signification d'une telle objection : s'agissant de sa cohérence, comment s'articule-t-elle avec le fait que les dommages-intérêts alloués sont souvent présentés comme très élevés ?

Si par ailleurs les avocats se font rémunérer par un pourcentage des dommages-intérêts obtenus, le fait que chacune des victimes ne reçoive *in fine* qu'un faible montant ne signifie-t-il pas que le préjudice individuel était de faible ampleur ?

L'objection pose aussi la question de la finalité et de la conception même de telles actions. Si le procès continue dans cette occurrence d'être regardé comme un affrontement entre Primus et Secundus, l'objection peut être reçue. Si en revanche on s'intéresse, comme l'a fait le Professeur Demougin, à son effet incitatif – la dissuasion étant aussi une incitation – l'efficacité économique comme l'effectivité de la règle de droit sont l'une et l'autre satisfaites par le simple fait que le responsable d'un dommage ne puisse pas conserver le profit qu'il en a tiré, la question du devenir des sommes ainsi récupérées devenant alors secondaire. Si le responsable d'un dommage – parfois causé sciemment, qui plus est – conserve la perspective de garder par-devers lui une partie du profit illicite réalisé, l'action perd une grande partie de son caractère incitatif.

À bien y réfléchir, l'impératif de justice rejoint le souci d'efficacité de l'économiste : il semble difficile en effet de prétendre, quoique l'on pense des honoraires des hommes de loi, qu'il est plus juste de laisser au responsable du dommage une partie du profit illicite.

On peut d'ailleurs douter que l'effet pervers observé aux États-Unis atteigne des niveaux comparables en France, car comme on l'a dit, ce qui est imputé à la *class action* devrait en réalité l'être au mode de calcul des honoraires des avocats américains et plus précisément aux pactes de quota litis, qui sont légion outre-Atlantique mais heureusement prohibés en France. Il est révélateur à cet égard que des excès semblables n'aient été constatés ni au Canada³¹, ni en Australie. Même aux États-Unis, le Fairness Class Action Act de 2005³² a tendu à faire en sorte que les sommes obtenues soient réparties plus équitablement entre les victimes et les avocats.

D. Autre effet pervers annoncé : la puissance excessive ainsi conférée aux associations de consommateurs représentatives. Cette critique appelle plusieurs observations.

30. Le montant des honoraires versés aux avocats des *class actions* peut atteindre en matière de consommation et selon certaines estimations 70 à 80 % de l'indemnisation allouée aux membres de la *class action* : F. LAROCHE-GISSEROT, intervention préc. note 22.

31. V. pour le contexte canadien les constatations de P.-C. LAFOND, intervention préc. 10.

32. V. les points développés dans l'exposé des motifs : *Sec. 2 Findings and Purposes* ainsi que les paragraphes 1712 – *Coupon settlements* et 1713 – *Protection against loss by class members* de la loi relatifs au contrôle de la rémunération des avocats.

Si l'on redoute de voir les associations de consommateurs jugées les plus représentatives monter en puissance au fil des actions de groupe, il suffit de conférer à toute association de consommateurs quelle qu'elle soit la possibilité d'introduire de telles actions; de cette manière, le pouvoir de nuisance que représente la capacité d'agressivité procédurale se trouvera disséminé entre une multitude d'acteurs.

Il est cependant permis de penser que le remède serait pire que le mal : une capacité offerte à tous de déclencher des actions qui ne sont pas anodines et une atomisation des interlocuteurs avec lesquels les entreprises peuvent avoir à discuter, voire à s'entendre, est très probablement un facteur d'insécurité juridique pour les firmes, ne serait-ce que par le risque de surenchère ou de radicalisation qu'il représente, lui-même inhérent au souci d'acquiescer une notoriété que pourront éprouver de petites associations. La démonstration en a d'ailleurs été faite, dans le domaine social, lorsqu'ont éclos les diverses coordinations qui ont parfois supplanté les syndicats dans tel ou tel conflit local.

On ne peut donc pas souhaiter à la fois des interlocuteurs responsables et s'opposer à un accès sélectif qui limiterait le nombre des demandeurs institutionnels habilités.

E. Quant à la suggestion, formulée par l'analyse économique, de permettre aux avocats d'intenter de telles actions de leur propre initiative, il n'est pas difficile de prédire qu'elle provoquera une levée de boucliers. Plutôt que de nous insurger avec la majorité, tentons, sans prendre parti, de recenser les raisons de l'opposition prévisible.

La principale est une supputation, qui tient du procès d'intention : les avocats se soucieront, craint-on, de leurs intérêts et de la publicité avant tout, qui primera l'intérêt général et celui des victimes. Si cette crainte ne peut certes pas être balayée d'un revers de main, il reste extrêmement hasardeux de pronostiquer que les hommes de loi pousseront systématiquement, dans le contexte français déjà rappelé, à l'affrontement. La pratique enseigne chaque jour que, s'il existe des avocats qui encouragent au procès, nombre de transactions, à l'inverse, sont imputables à l'action modératrice des professionnels; quand bien même, par une approche pour le moins réductrice, on les imaginerait mus par le souci exclusif de leur intérêt financier, on rappellera qu'il n'est pas rare qu'une issue transactionnelle impliquant un versement financier immédiat soit plus rentable pour l'avocat que la poursuite durant des années d'un travail important à la rémunération aléatoire.

Section 2

LES CONSIDÉRATIONS JURIDIQUES REJOignent L'ANALYSE ÉCONOMIQUE

Les conclusions auxquelles parvient l'analyse économique sont corroborées et même renforcées par des considérations juridiques majeures, qui ne sont guère

réfutables. Ces considérations étant nombreuses, on a choisi de ne s'arrêter ici qu'aux deux principales :

- l'intérêt d'une action de groupe, tant sur le fond que d'un point de vue processuel;
- et le danger, notamment quant à la pénalisation de la vie économique, que comporte le maintien de situations de violation de la loi et de déni de justice généralisés.

On aurait également pu souligner que le domaine et la portée limitée d'une telle innovation rendent complètement irréalistes les prévisions apocalyptiques qu'on a pu lire çà et là et qui ne se sont d'ailleurs pas réalisées dans les États qui ont ce mécanisme; mais cette évidence ressort déjà des développements précédents, joints au fait d'une part qu'une *class action* de groupe requiert un dommage subi pareillement par une myriade de victimes, occasionné par un seul défendeur et posant une question de droit identique pour tous, d'autre part que l'introduction d'une telle action est subordonnée à une autorisation judiciaire préalable, ce qui représente un filtre puissant.

§1. - Intérêt et nécessité de l'action de groupe

Dès lors que quantité de dommages, parfois intentionnellement occasionnés, non seulement ne donnent lieu à aucune réparation, mais vont souvent de pair avec la quasi-certitude, pour l'auteur de dommage, d'échapper au risque d'une réparation un tant soit peu sérieuse, la nécessité d'un remède est criante. Ce dernier se justifie tant sur le fond (A) que du point de vue d'une bonne administration de la justice (B).

A. ACCROÎTRE L'EFFECTIVITÉ DE LA LOI

Plusieurs décisions remarquées du Conseil de la concurrence ont mis en exergue des violations de la loi d'ampleur et de durée impressionnantes. On se bornera à rappeler deux exemples. D'abord, après que des dizaines de milliers de ménages - au bas mot - aient souscrit un prêt immobilier, les taux des prêts ont, en quelques années, chuté de plus de 10 points. Neuf banques, et non des moindres, se sont alors entendues pour faire autant que possible obstacle au rachat et à la renégociation des prêts souscrits par leurs clients, à telle enseigne que moins de 10 % des prêts initiaux furent finalement rachetés ou renégociés. Eu égard aux montants des prêts immobiliers et à leur durée, ce sont donc des sommes énormes dont cette entente a permis de délester les emprunteurs. Ce dommage colossal n'a pas été réparé, de sorte qu'en dépit des amendes infligées par le Conseil³³, le profit illicite est pour l'essentiel demeuré entre les mains des auteurs du comportement collusif. Ce dernier se révèle donc très rentable et à peu près sans risque.

33. Décision n° 00-D-28 du 19 sept. 2000 relative à la situation de la concurrence dans le secteur du crédit immobilier : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=25&id_article=21 (Dernière consultation le 15 nov. 2009).

Est-il meilleure incitation à violer la loi? Et qui pourrait juger opportune cette captation illicite du pouvoir d'achat dans le contexte économique de ces dernières années, spécialement en France, où la croissance est en grande partie tractée par la consommation des ménages?

Quant aux opérateurs de téléphonie mobile, s'ils ont écopé³⁴ des plus fortes amendes jamais prononcées par le Conseil³⁵ – ce qui par contraste fait paraître bien faibles celles infligées aux banques, pourtant responsables d'un préjudice à la fois autrement plus ample et plus aisément chiffrable – il demeure que, comme l'a écrit l'UFC – Que choisir, plus de 99 % des clients lésés n'ont obtenu ni n'obtiendront aucune réparation³⁶. Et l'on pourrait allonger la liste avec les pannes, coupures et autres dysfonctionnements qui voici quelques années ont affecté certains fournisseurs d'accès internet, qui ne remplissaient que très partiellement leurs obligations contractuelles, tandis que l'abonné continuait de voir le montant des échéances imperturbablement prélevé sur son compte³⁷...

Ces exemples confirment à l'envi que lorsque l'opérateur économique est puissant et la demande atomisée – en sorte qu'à quelques exceptions près, chaque client ne pèse pour ainsi dire rien dans son chiffre d'affaires – c'est l'effectivité de la loi qui risque d'être remise en cause. Non seulement des défaillances caractérisées peuvent perdurer en toute impunité, mais des violations cyniques de la loi et du contrat, maintenues dans la durée, pourront proliférer. Aussi n'est-il pas surprenant que le Conseil de la concurrence se soit clairement prononcé pour l'instauration d'une action de groupe³⁸.

Dans ces conditions, refuser une telle action c'est, implicitement mais nécessairement, juger ces situations d'ineffectivité de la loi et de déni de justice préférables à celle que créerait l'instauration d'une action de groupe. Choix au demeurant paradoxal lorsqu'il émane d'auteurs qui ont déploré le déclin de la faute dans le droit de la responsabilité civile : car même si l'action de groupe a aussi vocation à saisir des hypothèses de responsabilité sans faute, qui ne voit qu'elle viendrait au premier chef sanctionner des fautes, souvent délibérées, et donc accroître le rôle effectif de la faute dans notre responsabilité civile?

34. L'affaire n'ayant d'ailleurs pas atteint son épilogue, puisque, si les condamnations prononcées ont été confirmées en appel, puis, après cassation, par la cour de renvoi, une deuxième cassation est intervenue en avril 2010.

35. 534 millions d'euros au total.

36. Communiqué du 13 oct. 2006, au titre d'avocat, « Action de groupe : 99,94 % des victimes de l'entente entre les opérateurs mobiles ne seront pas indemnisés! », l'UFC-Que Choisir rapporte que sur les 20 millions d'abonnés victimes de l'entente sur les prix constituée entre Orange, SFR et Bouygues, seules 12 500 demandes individuelles ont pu être jointes en l'état du droit processuel français, publié sur le site de l'association : <http://www.quechoisir.org> (Dernière consultation le 15 nov. 2009).

37. « Des abonnés mécontents portent plainte contre Free dans toute la France », *Le Monde*, 17 mai 2006; selon un baromètre de l'Association française des utilisateurs des télécommunications (Afut) le nombre de plaintes des abonnés à l'encontre des FAI a augmenté de 51 % pour la seule année 2006. « Les plaintes contre les fournisseurs d'accès Internet en forte hausse », *Le Monde*, 18 mars 2007.

38. Avis préc. note 5.

B. ŒUVRER À UNE BONNE ADMINISTRATION DE LA JUSTICE

Il est aberrant, tant si l'on veut éviter le déni de justice que si l'on souhaite un traitement rationnel et ordonné des contentieux répétitifs, de laisser une multitude de tribunaux, déjà écrasés par le poids des affaires, traiter en ordre dispersé et par une multitude de décisions un contentieux qui serait avantageusement résolu par le prononcé d'un seul jugement, lequel présenterait le double et immense avantage, d'une part de n'intervenir qu'après un jugement préalable rendu sur la recevabilité de l'action de groupe, d'autre part d'avoir été mûrement pesé vu l'ampleur de l'enjeu et la forte probabilité d'un appel.

À la vérité, l'aberration de la situation actuelle n'est perceptible que de façon diffuse, précisément à cause de la situation de déni de justice qui conduit l'écrasante majorité des personnes lésées à ne pas agir. Seules les 12 500 plaintes d'usagers de téléphones mobiles déposées par l'UFC-Que choisir devant les tribunaux civils consécutivement à la condamnation des trois opérateurs par le Conseil de la concurrence³⁹ ont fait ressortir le danger de thrombose judiciaire que représenterait le déferlement d'actions individuelles.

§2. – Dangers d'un refus d'action collective

La persistance de la situation actuelle menace l'effectivité de la loi, et ce bien au-delà des économiquement puissants. Elle sape redoutablement la légitimité de la loi, parce qu'elle affecte directement, voire quotidiennement, le consommateur de produits aussi courants que coûteux – autant dire tout un chacun. En lui donnant à voir, de manière palpable et récurrente, la quiétude avec laquelle les firmes les plus importantes peuvent s'affranchir de leurs obligations, on fortifie chez lui le sentiment du « deux poids deux mesures » qui nourrit la défiance diffuse dont une récente étude a bien montré les effets dévastateurs dans notre pays⁴⁰.

D'autant que ce déni de justice assumé est paradoxal au regard de la considération compassionnelle dans laquelle notre société affirme tenir les victimes. Car tandis que les victimes d'infractions pénales sont enveloppées par l'autorité publique d'une sollicitude récurrente⁴¹ – à la vérité plus symbolique que tangible – les victimes, pourtant infiniment plus nombreuses, de fautes civiles se voient fermer la seule voie d'action efficace. Comme si les égards dus aux victimes étaient inversement proportionnels à la puissance de l'auteur du dommage, la qualité de cet auteur prévalant sur l'ampleur du préjudice. Ainsi contribue-t-on, via le non-respect de la loi et des engagements contractuels, aux lézards de la cohésion sociale.

39. V. Le communiqué de l'UFC-Que choisir préc. note 36.

40. Y. ALGAN, P. CAHUC, *La Société de défiance*, Ed. Rue d'Ulm, 2007, (Prix 2008 du meilleur essai d'économie).

41. C. ELIACHEFF et D. SOULEZ-LARIVIÈRE, *Le temps des victimes*, Albin Michel, 2007.

SIXIÈME PARTIE

**LES MODES ALTERNATIFS
DE RÈGLEMENT DES LITIGES**

Les modes alternatifs de règlement des litiges Le point de vue de l'économiste

Jérôme PHILIPPE
Économiste, avocat à la Cour d'appel de Paris

Un adage du droit français dispose « *qu'il n'est pas de meilleure justice que celle que les parties s'administrent elles-mêmes* ».

Depuis quelques années, les modes alternatifs de règlement des litiges (les *MARLs*) ont connu une véritable expansion. Pour beaucoup, ce mouvement est dû à la crise de la justice. Cette crise se caractérise par l'explosion de la demande judiciaire et l'encombrement des juridictions qui en résulte. L'important accroissement du corpus normatif est souvent stigmatisé pour expliquer l'augmentation des contentieux. En effet, lorsque les normes se multiplient, l'accès à la justice se trouve facilité par l'établissement d'un système juridique de plus en plus développé. Les *MARLs* apparaissent alors comme un bon moyen de désengorger les tribunaux. Ainsi, le législateur a mis en œuvre différentes réformes visant à faciliter le recours à ces différents modes de règlements des litiges.

Du point de vue du justiciable, ces mécanismes répondraient davantage à leurs attentes dans la mesure où ils leur apparaissent comme étant plus rapides, moins onéreux, moins complexes et plus accessibles que les procédures contentieuses devant la justice étatique.

Ainsi, l'analyse économique des *MARLs* s'inscrit dans le contexte plus général d'une réflexion relative à l'efficacité de la justice. Si les *MARLs* peuvent être considérés comme des moyens d'accélérer le cours de la justice et comme un mode de désengorgement des tribunaux, le développement de tels mécanismes peut également traduire une volonté de gérer différemment les conflits via la contractualisation. À cet égard, le déclin du légicentrisme, théorie selon laquelle la loi est la seule expression de la souveraineté, tend à favoriser la contractualisation des rapports sociaux. Ce déclin offre aux sujets de droit de nouvelles plages de liberté qu'investit la convention.

La profusion d'outils nouveaux en matière de règlement des litiges rend complexe pour une personne morale ou physique le choix de tel mécanisme plutôt que tel autre.

Section 1

PRÉSENTATION ET ÉVOLUTION DES MODES ALTERNATIFS DE RÈGLEMENT DES LITIGES

§1. - Les litiges entre parties privées

Les MARLs sont conçus en droit civil comme une manifestation de la liberté contractuelle permettant aux sujets de droit de transiger sur l'existence, l'étendue ou l'exercice de leurs droits subjectifs afin de mettre fin à un litige.

Il existe un nombre important de modes alternatifs de règlement des litiges. En outre, ceux-ci tendent à se développer dans tous les domaines du droit, que ce soit le droit des affaires, le droit de la famille ou encore celui de la consommation. À cet égard, il est intéressant de remarquer que la Commission des affaires économiques et monétaires du Parlement européen, se prononçant récemment sur le Livre vert de la Commission relatif aux actions en dommages-intérêts pour infraction aux règles de concurrence¹, entend promouvoir des solutions rapides et à l'amiable, de nature extrajudiciaire, ou en facilitant les transactions judiciaires dans le cadre de ces actions.

Il n'est pas chose facile de cataloguer et de distinguer les différents types de MARLs. Ils permettent la résolution de difficultés, le plus souvent grâce à l'intervention d'une tierce personne neutre et qualifiée. Il est possible de distinguer les MARLs en fonction de leur nature extrajudiciaire ou judiciaire.

A. LES SOLUTIONS EXTRAJUDICIAIRES

1. L'arbitrage

Le recours à l'arbitrage est assez fréquent, notamment dans le cadre des relations d'affaires transnationales.

a) Mécanisme

Si ce n'est sa source conventionnelle, l'arbitrage se rapproche d'une procédure judiciaire classique. L'arbitre agit en effet en tant que véritable juge dont la décision s'impose aux plaideurs.

1. Livre vert sur les actions en dommages-intérêts pour infractions aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante du 19 décembre 2005 - COM (2005) 672.

Il s'agit de confier à une personne privée, n'ayant aucun intérêt à la cause, la mission de rechercher une solution contractuelle, qui liera les parties au litige. Il existe deux modes de recours à l'arbitrage : (i) le compromis d'arbitrage lequel intervient une fois le litige né ou (ii) la clause compromissoire, qui est décidée dans l'anticipation d'un litige.

Les parties ont le choix de la personne à laquelle sera confiée la mission d'arbitre. En pratique, la technicité de la plupart des litiges passant devant l'arbitrage exige que la mission échoie à des juristes et techniciens spécialisés attachés à des structures permanentes telles que la Chambre arbitrale de Paris.

La décision rendue par les arbitres, appelée sentence arbitrale, est motivée en droit.

b) Incitations à recourir à l'arbitrage :

- **Neutralité** : liberté de choix du lieu/pays de règlement du litige ;
- **Confidentialité** : évite parfois d'entacher la réputation des parties ; évite aussi les effets de *spillover* (extension de la solution à d'autres litiges, arrivée de plaignants supplémentaires du fait du résultat du premier litige) ; pour autant, la confidentialité dépend du règlement d'arbitrage applicable et ne constitue pas un principe absolu ;
- **Attitude coopérative** : l'arbitrage est mieux accepté que le procès par les parties, surtout quand ce sont des partenaires d'affaires ;
- **Flexibilité procédurale** : l'arbitre ou le tribunal arbitral fixe le calendrier de la procédure ; toutefois, cette flexibilité peut être à double tranchant : des règles contraignantes et clairement exprimées permettent de limiter un éventuel débat de procédure, ce qui n'est pas le cas en matière arbitrale où il arrive fréquemment de voir les parties discuter longuement les questions de la forme des témoignages, de la langue de la procédure, des récusations d'arbitres ou de la possibilité pour les arbitres de rendre une sentence intérimaire ou partielle ; en outre, l'absence de cadre procédural diminue la protection contre les comportements dilatoires des parties adverses ;
- **Flexibilité dans l'administration et la charge de la preuve** : la plupart des droits nationaux donnent aux arbitres des larges pouvoirs en matière d'administration de la preuve, sous la seule condition qu'ils agissent avec justice et impartialité et laissent à chacune des parties la possibilité raisonnable de présenter ses moyens et les preuves qui les soutiennent ;
- **Rapidité** : l'arbitrage est traditionnellement considéré, parfois à tort, comme une procédure plus rapide qu'un procès devant les juridictions étatiques ; cet argument est toutefois à relativiser car il semble de moins en moins vrai ;
- **Compétence des arbitres** : dans la pratique, beaucoup d'arbitres sont des juristes de très haut niveau, ayant les connaissances techniques, économiques et linguistiques indispensables. Ils peuvent être plus spécialisés que les juges.

c) Arguments neutres

- **Coûts** : il n'est pas certain que l'arbitrage soit moins coûteux que le procès ;
- **Exécution des sentences** : la plupart des pays ont ratifié la convention de New York de 1958 qui reconnaît la même valeur à une sentence arbitrale qu'à un jugement national.

d) Incitations à choisir un procès par rapport à l'arbitrage

- **Absence de pouvoir coercitif des arbitres** : il peut être crucial pour les parties de pouvoir facilement mettre en œuvre une procédure de référé pour demander une mesure d'urgence telle qu'une injonction de faire ou de ne pas faire. Lorsqu'un arbitrage est déjà en cours, le tribunal arbitral devra être consulté avant l'introduction de toute demande de mesures d'urgence devant les tribunaux étatiques qui nécessitera éventuellement la mise en œuvre d'une procédure d'exécution forcée. Les arbitres ou le tribunal arbitral ne disposent d'aucun pouvoir d'injonction sur les tiers;
- **Absence de droit à l'appel en matière d'arbitrage international**. Il existe cependant la possibilité de former un recours en annulation de la sentence dans des cas très limités (v. l'article 1502 du Code de procédure civile, où les cas de recours sont limitativement énumérés). En revanche, en droit interne, une sentence arbitrale est susceptible d'appel à moins que les parties n'y aient renoncé (article 1482 du CPC). Comme énoncé ci-dessus, un recours en annulation est néanmoins toujours possible (appel-nullité).

e) Les différents mécanismes d'arbitrage

- L'arbitrage donne lieu au prononcé d'une sentence arbitrale, où il est statué en fait et en droit et qui oblige le cas échéant l'une ou l'autre, voire les deux parties, à effectuer un paiement ou à faire ou ne pas faire quelque chose;
- L'amiable composition (art. 1474 du CPC);
- L'arbitrage *baseball*.

2. Un exemple : droit de la concurrence et arbitrage

Des recours de plus en plus fréquents à l'arbitrage : l'exemple du droit de la concurrence.

a) Application du droit de la concurrence par l'arbitre

Les parties peuvent choisir d'insérer dans leur contrat une clause prévoyant qu'un éventuel différend en matière de concurrence sera soumis à l'arbitrage. L'insertion d'une telle clause est de plus en plus fréquente, voire systématique en matière d'accords de distribution et de coopération.

Il est intéressant de remarquer que le règlement européen n° 1/2003, entré en vigueur le 1^{er} mai 2004, relatif à l'application des articles 81 et 82 du Traité CE², apporte une innovation majeure en matière d'arbitrage : l'arbitre se voit reconnaître le pouvoir et le devoir d'appliquer dans sa totalité l'article 81.

S'agissant plus particulièrement de la charge de la preuve, l'article 2 de ce règlement prévoit qu'il appartient à la partie ou à l'autorité qui allègue une violation du droit de la concurrence de la prouver. En revanche, il incombe à l'entreprise ou à l'association d'entreprises qui invoque le bénéfice des dispositions de l'article 81 § 3 (désormais 101 § 3) du Traité CE d'apporter la preuve que les conditions de

2. Devenus articles 101 et 102.

ce paragraphe sont remplies. Cette disposition s'applique à toutes les procédures nationales et communautaires. Il n'est pas fait spécifiquement référence aux procédures arbitrales et l'arbitrage n'est pas une procédure nationale mais plutôt consensuelle, fondée sur les règles d'arbitrage créées ou choisies par les parties. En conséquence, selon certains auteurs, cette disposition ne paraît pas lier les arbitres, qui peuvent répartir la charge de la preuve de façon différente. Cette possibilité devra être prise en compte par les parties dans leur stratégie de choix de mode de règlement d'un litige éventuel.

Il est toutefois intéressant de remarquer qu'en matière de production de documents, laquelle est particulièrement importante en droit de la concurrence, l'arbitre ne dispose pas des pouvoirs d'investigation de la Commission. En outre, au cours de la procédure, si les arbitres peuvent à tout moment ordonner à toutes parties la production de toute preuve, il est toujours possible pour une partie de ne pas se plier à ses injonctions. Une telle attitude n'est pas possible devant la Commission européenne, laquelle a la possibilité d'infliger des sanctions à toute partie qui refuserait de produire le document demandé ou qui fournirait une information erronée ou dénaturée.

b) Autres textes prévoyant le recours à l'arbitrage en droit de la concurrence

En outre, le nouveau règlement automobile du 31 juillet 2002 (*JOCE* n° L. 203, 1^{er} août 2003) illustre parfaitement l'intérêt croissant des autorités communautaires pour l'arbitrage. La Commission a en effet maintenu, au titre des conditions de l'exemption l'insertion dans le contrat de distribution d'une clause prévoyant le droit pour chacune des parties « de recourir à un expert indépendant ou à un arbitre en cas de litige (...), ce droit étant sans préjudice du droit pour chaque partie de saisir une juridiction nationale » (article 3 § 6).

Une autre illustration du recours à l'arbitrage en matière de droit des concentrations est l'organisation du suivi de l'exécution des engagements comportementaux en matière de concentrations (Lignes directrices DGCCRF) :

- Intervention d'un mandataire indépendant (très rare – affaire *Vivendi c/ TPS*, 13 octobre 2006);
- **Recours à l'arbitrage** (cf. point 479 LD concentrations) : certains engagements comportementaux « peuvent nécessiter la mise en place de dispositifs de suivi propres, tels que par exemple la constitution d'une instance indépendante des parties pour le règlement des litiges qui naîtraient dans le cadre du respect de ces engagements ». Cette possibilité a été utilisée à plusieurs reprises³. Dans certains cas, ces clauses désignent un organisme agréé, voire le mandataire lui-même, mais elles font le plus souvent référence à un « arbitre » ou à une « instance arbitrale » choisie d'un commun accord avec le demandeur, sans plus de précision, ce qui n'est pas de nature à en faciliter la mise en œuvre⁴. Notamment, aucune

3. Voir notamment *Min. Eco.*, 14 juin 2002, *Mine Safety Appliances – MSA / CGF Gallet*, *BOCCRF* n° 18 du 28 novembre 2002; *Min. Eco.*, 25 juin 2002, *CGST-SAVE / Domoservices*, *BOCCRF* n° 2 du 12 mars 2004.

4. Voir notamment *Comm. CE*, 30 mars 2005, *Honeywell/Novar*, aff. COMP/M.3686. Voir aussi G. BLANKE, *International Arbitration in EC Merger Control* : a « Supranational » Lesson to be Learnt, *ECLR*, vol. 27(6), 2006.

disposition n'est prévue pour faciliter l'accès à l'information de l'arbitre⁵. De même, les engagements ne prévoient aucun rôle pour la DGCCRF dans cette procédure d'arbitrage, qu'il s'agisse de communiquer des observations, d'intervenir en tant qu'*amicus curiae*⁶, ou encore simplement d'être tenue étroitement informée de son déroulement. Dans ce cas, le recours à l'arbitre prévu devant même la Commission ou la DGCCRF est complété par la publicité des engagements et les actions administratives des tiers;

- **Affaire T. 158/00 B Sky B c/ Kirch Pay** (TPICE, 30 septembre 2003) : le Tribunal s'est félicité de ce que les engagements prévoyaient « une procédure d'arbitrage contraignante en cas de difficultés d'exécution » (point 212) et a considéré que l'arbitrage garantissait un contrôle suffisant, qui, ainsi, ne pesait pas sur la Commission (point 295).

POINTS DE DÉBAT :

1. La Commission peut-elle se décharger sur un tiers du contrôle? Question de la qualification de l'intervention de ce tiers.
2. Est-on en présence d'un arbitrage juridictionnel?
3. Comment concilier les exigences de la Commission, par exemple sur le renversement de la charge de la preuve ou encore sur la charge des frais, avec la référence à un règlement d'arbitrage en grande partie vidée de son contenu sur des points essentiels?

Source : *Revue de l'arbitrage* 2004 - n° 1 - Laurence Idot.

3. Autres mécanismes contractuels permettant d'éviter la solution judiciaire à un éventuel différend

Bien que de source **extrajudiciaire**, l'arbitrage n'en demeure pas moins **judicictionnel** par son objet dans la mesure où l'arbitre est un juge et sa sentence un jugement. Pour cela, les parties peuvent être tentées de choisir un mode de résolution des différends encore plus conventionnel.

À titre d'exemple, on peut citer les **clauses d'exécution loyale** ou encore les **clauses d'arrangement amiable** qui mettent à la charge des parties une obligation de négocier de bonne foi en vue de rechercher une solution à leur différend.

Par convention, les parties peuvent également décider de résoudre unilatéralement le différend par le biais notamment des **clauses pénales** et des **clauses résolutoires**. La clause pénale a pour but de déterminer à l'avance quelle sera la sanction applicable au cas où l'une des parties n'exécuterait pas ses obligations. La clause résolutoire détermine les circonstances dans lesquelles le contrat sera résolu ou résilié.

Par ailleurs, une clause de règlement d'un litige peut prévoir, en amont, l'intervention de tiers pour aider les parties à trouver un accord. À ce titre, on peut citer les **clauses de conciliation** ou de **médiation**. À la différence des clauses d'arbitrage, le médiateur n'a pas le pouvoir d'imposer aux parties la solution envisagée. En prin-

5. Comm. CE, 1^{er} décembre 1999, *Allied Signal / Honeywell*, aff. COMP/M.1601; 28 avril 1999, *Matral Aéropatiale*, affaire IV/M.1309 et 4 juin 1998, *Alcatel Thomson CSF-SCS*, aff. IV/M.1185.

6. Comm. CE, 22 décembre 2005, *Lufthansa / Eurowings*, affaire COMP/M.3940, Comm. CE, 2 septembre 2003, *GE/Instrumentarium*, affaire COMP/M.3083.

cipe, dans le cadre de telles clauses, le recours au médiateur est le préalable obligatoire à toute saisine du juge. Il est d'ailleurs remarquable que la justice étatique semble reconnaître la validité de telles clauses en jugeant irrecevable l'action en justice qui serait exercée par l'une des parties en violation d'une clause de médiation.

Existe également la **transaction**, qui est un contrat permettant de mettre fin à une contestation née, ou de prévenir une contestation à naître. La transaction suppose que les deux parties ont la volonté de mettre fin au litige sans passer devant une juridiction étatique. La transaction suppose que chaque partie renonce à une partie de ses prétentions. Pour renforcer l'efficacité d'un tel accord, l'article 1114 du Code de procédure civile prévoit désormais que l'une des parties à la transaction peut saisir, sur requête, le président du tribunal de grande instance afin qu'il confère force exécutoire à l'acte qui lui est présenté.

Les parties à un litige civil de moindre importance peuvent aussi décider de recourir à un **conciliateur de justice** auprès des tribunaux d'instance afin de faciliter, en dehors de toute procédure judiciaire, le règlement amiable des différends, l'accord des parties, acte sous seing privé, pouvant se voir conférer la force exécutoire par le juge d'instance.

Ces mécanismes montrent qu'il existe des interconnexions entre les règlements conventionnels et procédures juridictionnelles. Il n'est ainsi pas étonnant que des solutions conventionnelles aux litiges se développent également devant le juge lui-même.

B. LES SOLUTIONS JUDICIAIRES

Il existe plusieurs types de MARLs que le juge peut proposer aux parties.

1. La conciliation judiciaire

Elle fait partie des principes directeurs du procès. L'article 21 du Code de procédure civile prévoit qu'« il entre dans la mission du juge de concilier les parties ». Elle est proposée comme préliminaire devant le Tribunal d'instance et est même obligatoire devant le Conseil des prud'hommes.

La conciliation judiciaire prend la forme, entre les parties, d'une transaction, soumise aux dispositions générales du droit des contrats et aux dispositions spéciales de la transaction. Cette transaction a l'autorité de chose jugée et ne peut donc être remise en cause que par une action en nullité ou en résolution.

2. La médiation judiciaire⁷

Elle repose sur la désignation par le juge, au cours d'un litige, avec l'accord des parties, d'une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs

7. Il est important de souligner qu'une procédure similaire existe en matière pénale : la médiation pénale. Cette procédure permet (i) la réparation du préjudice avec le versement de dommages et intérêts; et (ii) de contraindre l'auteur de l'infraction à participer à une activité dans l'intérêt de la collectivité. Si la médiation aboutit, le dossier est classé sans suite et les poursuites sont terminées.

points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose. Si les parties acceptent la médiation, le juge délègue alors ses pouvoirs au médiateur mais continue d'exercer un contrôle sur la procédure.

Le processus de médiation se caractérise par une grande souplesse; n'est soumis qu'à peu des règles juridiques, laissant une grande latitude dans l'organisation de la médiation. Les propositions de solutions ne lient pas les parties au-delà de la médiation, sauf si elles les reprennent à leur compte.

La **confidentialité** est également une garantie destinée à éviter qu'aux inconvénients intrinsèques du litige ne s'ajoutent ceux tenant aux réactions des tiers à l'égard d'une personne dont on connaît l'implication dans un litige. Les rumeurs qui accompagnent un litige fragilisent les deux parties vis-à-vis des tiers et leur occasionnent des pertes de chances de remporter des appels d'offre, de se voir consentir des prêts bancaires à des taux intéressants...

Enfin, la médiation permet un **gain de temps** par rapport au procès.

En France, le médiateur est rémunéré par les parties, quel que soit le résultat de la procédure de médiation. Aux États-Unis, le médiateur n'est rémunéré que si la médiation aboutit.

La médiation tend à se développer, notamment en droit de la consommation. Il existe en effet un projet de directive européenne relatif à la médiation en matière civile et commerciale dont l'objectif est d'informer les consommateurs sur la médiation pour les inciter à y recourir et encourager les professionnels à développer des processus de médiation. Un groupe de travail a notamment demandé la création sur le site Internet de la DGCCRF d'un portail « médiation » qui présenterait les textes de référence de la médiation avec les liens vers les sites des médiateurs et les associations de consommateurs qui le souhaiteraient⁸.

S'ajoute à cette panoplie le phénomène dit de « soft law »; ce terme désigne l'avis de diverses autorités, sans pouvoir exécutoire mais apportant néanmoins une « caution morale » à l'un des parties : par exemple, Commission d'examen des pratiques commerciales, Commission des clauses abusives, certains avis du Conseil de la concurrence

En conclusion, ces procédures alternatives judiciaires de résolution des litiges sont remarquables en ce qu'elles transforment la nature juridique de l'accord ainsi conclu entre les parties. En effet, un tel accord cesse, en recevant l'homologation du juge, d'être conventionnel et acquiert une nature juridictionnelle. Par ailleurs, ces mécanismes révèlent un décloisonnement des champs contractuels et du procès, lequel se traduit par une évolution de l'office du juge, depuis le jugement, rendu contradictoirement selon les règles de droit, jusqu'à la simple *homologation* de la convention des parties.

8. Voir à cet égard l'avis du Conseil national de la consommation relatif à la médiation et aux modes alternatifs du règlement des litiges du 27 mars 2007 ainsi que le rapport du groupe de travail du Conseil national de la consommation relatif à la médiation et aux modes alternatifs de règlement des litiges du 27 mars 2007 - Intercaire 11.

3. Alternative dispute resolution schemes (ADR)

Les ADR sont le pendant des MARLs dans les pays anglo-saxons.

Il existe de nombreux mécanismes d'ADR. À titre d'exemple, au Royaume-Uni, les mécanismes offerts aux consommateurs sont la conciliation, l'arbitrage, la médiation et l'ombudsman.

La conciliation constitue la première étape de la procédure d'arbitrage. Le conciliateur est le plus souvent un membre d'une association professionnelle. Il émet une opinion sur la meilleure solution possible. Ses décisions ne lient pas le demandeur qui peut toujours saisir les tribunaux ou recourir à l'arbitrage. En principe, la conciliation ne coûte rien au demandeur.

S'agissant de la procédure d'arbitrage, la décision de l'arbitre lie les parties. Cela signifie que le recours devant les tribunaux n'est plus possible sauf si la sentence est arguée de nullité ou si la partie perdante refuse de s'exécuter. L'arbitre, membre du "Chartered Institute of Arbitrators", est le plus souvent indépendant des associations professionnelles. La décision des arbitres est confidentielle. Il est nécessaire de payer un droit d'inscription lequel pourra être remboursé selon l'issue de la procédure.

Concernant la médiation, le médiateur aide le consommateur et le fournisseur à trouver un accord. Sa décision peut lier les parties, sauf si celles-ci prévoient que ce ne sera pas le cas. La médiation peut être coûteuse.

Des mécanismes d'ombudsman sont souvent disponibles dans certains secteurs tels que la banque ou l'assurance. Le différend peut-être déféré à l'ombudsman après avoir suivi la procédure interne de dépôt de plainte. L'ombudsman rend une décision qui ne lie pas les parties. Si le consommateur n'est pas satisfait de la décision rendue par l'ombudsman, il pourra alors porter l'affaire devant les tribunaux, lesquels tiendront compte de la décision de l'ombudsman. Ces mécanismes sont gratuits.

§2. - Les litiges avec l'État

Transaction administrative / Médiation pénale

Il s'agit tout d'abord de la **composition pénale**, instituée pour les plus petites infractions, dans le seul but de désengorger les tribunaux; *a priori* non applicable aux infractions de quelque importance.

« Plaider coupable » comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, encore dite pour des délits simples, dans le seul but de désengorger les tribunaux; *a priori* non applicable aux cas complexes.

Peu de modes alternatifs de règlement dans des cas complexes : un exemple = le **droit de la concurrence**.

Principe : intervention de l'autorité de régulation dans son rôle d'application de l'ordre public économique. En général il s'agit de MARLs *ex post*.

A. COMMISSION EUROPÉENNE

À l'image de la procédure de non-contestation des griefs en France (voir *infra*), Neelie Kroes a fait référence à plusieurs reprises ces derniers mois à l'introduction d'une procédure de « *direct settlement* » dans le cadre de la lutte contre les cartels. L'objectif serait de réduire la durée de la procédure et d'alléger les ressources mobilisées pour traquer les cartels, tout en maintenant un niveau élevé de dissuasion. L'entreprise bénéficierait pour sa part d'une réduction d'amende en échange d'une reconnaissance de l'étendue, de la durée et de la gravité de la violation en cause.

B. CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Une étape majeure dans l'évolution du droit français de la concurrence a été franchie avec l'adoption de la loi sur les Nouvelles Régulations Économiques (*loi NRE*)⁹ le 15 mai 2001. Celle-ci a, entre autres, introduit pour la première fois en droit français de la concurrence les procédures dites « négociées », impliquant une étroite collaboration entre l'autorité de concurrence et les entreprises visées. Il s'agissait des procédures de **clémence** et de **non-contestation des griefs ou transaction** (respectivement codifiées à l'article L. 464-2 IV et III du Code de commerce). Plus récemment, l'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 a introduit la procédure d'**engagements** (article L. 464-2 I du Code de commerce). Ce sont donc pas moins de trois nouveaux instruments de procédure qui ont été introduits en un temps très court, et qui modifient fondamentalement le rapport existant entre l'autorité de concurrence et l'entreprise.

Les procédures d'engagements en France couvrent la procédure « d'acceptation d'engagements », telle que décrite dans l'article L. 464-2 I du Code de commerce, et la procédure de « non-contestation des griefs » au sens de l'article L. 464-2 II. Le concept d'« engagement » est toutefois distinct dans ces deux articles et les solutions proposées par ces deux procédures répondent à des finalités particulières.

Ainsi, la procédure devant le Conseil [auj. Autorité de la concurrence] prévoit désormais plusieurs types d'engagements, pouvant intervenir à différentes étapes. Lorsque les engagements sont proposés très en amont, avant la notification de griefs, les entreprises peuvent éviter toute sanction : il s'agit de la procédure d'acceptation d'engagements.

Si les engagements interviennent plus tardivement, après la notification de griefs, les entreprises ne peuvent plus alors obtenir qu'une réduction de sanction au titre de la procédure de non-contestation des griefs. Par conséquent, plus la coopération avec le Conseil [auj. Autorité de la concurrence] est précoce, plus l'entreprise augmente ses chances, en s'engageant à modifier ses pratiques, d'obtenir un gain important.

La profusion d'outils nouveaux rend beaucoup plus complexes les stratégies de défense des entreprises, et ce n'est qu'à terme que l'efficacité de ces outils pourra

9. Loi n° 2001-420.

réellement être mesurée. Peu de décisions ont encore été rendues, encore moins ont été passées au crible des recours. Surtout, les effets induits des outils les uns sur les autres sont encore incertains.

1. Procédures d'engagements

La procédure d'engagements permet de mettre un terme aux poursuites contre une entreprise et de clore la procédure avant même, en réalité, qu'elle ne soit réellement ouverte, en contrepartie de l'adoption d'engagements de nature à mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles. Ces engagements, soumis par l'entreprise, doivent être proposés avant la notification des griefs et doivent être ensuite validés par le Conseil [auj. Autorité]. La pratique montre que le Conseil [auj. Autorité] n'accepte les engagements proposés que s'ils apportent une réponse satisfaisante aux préoccupations de concurrence identifiées, s'ils sont crédibles et vérifiables, et s'ils demeurent dans le champ de la régulation concurrentielle.

L'intérêt pour le Conseil [auj. Autorité] consiste à l'évidence en un allègement du volume d'affaires à traiter. Si le Conseil [auj. Autorité] perd au cas par cas la faculté de sanctionner des comportements potentiellement anticoncurrentiels, il allège le volume d'affaires à traiter, conserve un pouvoir d'administration sur ces dernières, et en tout état de cause garde la maîtrise totale du déclenchement de cette procédure. Il peut ainsi concentrer davantage de moyens sur ses objectifs prioritaires, au gré de ses orientations de politique de concurrence.

Qu'elle est l'opportunité de ces procédures particulières pour les entreprises et quels risques peuvent-elles leur faire courir ?

Le « défendeur » peut en escompter des gains se situant sur des registres différents, avec, au premier chef, un gain économique. Le principal avantage de la procédure d'engagements pour les entreprises réside dans le fait qu'elle leur permet d'échapper, sans avoir à reconnaître leur culpabilité, à une amende potentiellement lourde, ou au prononcé d'injonctions.

C'est ensuite un gain de temps et de coûts immédiat, puisqu'est ainsi évitée la longueur d'une procédure contentieuse, ce qui « permet de réconcilier le temps économique avec le temps de la procédure »¹⁰, ainsi que les aléas et les coûts qui en découlent. Ceci offre également l'avantage de limiter l'atteinte à la réputation découlant des poursuites.

Enfin, dans la mesure où le Conseil [auj. Autorité] n'a pas qualifié les pratiques en cause, puisque seule une évaluation préliminaire confidentielle a été transmise aux entreprises concernées, les risques d'actions en réparation consécutives par des entreprises victimes sont *a priori* considérablement réduits, d'où l'économie des dommages-intérêts encourus.

Ces processus ne sont cependant pas exempts de risques pour le défendeur.

10. La politique des engagements en matière de pratiques anti-concurrentielles : premiers pas et premier bilan en France (BRUNO LASSERRE – 32^e Conférence on International Antitrust Law and Policy – Université de Fordham des 22 et 23 septembre 2005).

Si l'entreprise concernée semble *a priori* bénéficier de cette procédure allégée et de la possibilité d'échapper à une sanction, se pose pour elle la question de ne pas aller au-delà de ce que les autorités de concurrence auraient normalement exigé. En effet, l'entreprise concernée se trouve devant un choix : proposer des engagements ou, sinon, recevoir de manière automatique une notification de griefs. Il n'y a pas de troisième voie. Or la menace de la notification de griefs avec, et les risques qu'elle emporte, peut souvent conduire des entreprises à aller au-delà de ce qu'elles auraient proposé, ou de ce qu'on aurait pu leur imposer, dans un cadre contentieux.

Surtout, cette procédure particulière se situe en amont de la notification des griefs, c'est-à-dire à un stade où les entreprises en cause n'ont aucun accès au dossier, en sorte qu'elles n'en connaissent que l'« évaluation préliminaire » qui leur est adressée et n'ont aucune idée véritable des éléments dont dispose le Conseil, des arguments avancés par le plaignant, des objections soulevées par les autres parties. C'est en aveugle qu'elles doivent proposer des engagements. L'absence d'accès au dossier avant la notification des griefs, qui est une faille souvent soulignée de la procédure devant le Conseil [auj. Autorité], est évidemment particulièrement gênante ici, puisque la procédure va se résoudre entièrement à ce stade.

Et lorsque le Conseil [auj. Autorité] choisit de traiter un pan entier du droit de la distribution par cette méthode – il a par exemple souhaité ouvrir de manière plus large la vente sur Internet, et a choisi d'utiliser pour ce faire la procédure d'engagements (cf. affaires Festina¹¹, J.-M. Lab¹² et des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle¹³) – cela a pour résultat une absence de débat et de décision au fond sur des questions essentielles du droit. Aussi a-t-il été regretté par de nombreux commentateurs que le Conseil utilise une procédure négociée pour en réalité réguler tout un secteur et trancher, sans aucun débat ni décision au fond, des questions complexes, essentielles, sur ce sujet relativement nouveau qu'est celui de la distribution sur Internet. Le Conseil [auj. Autorité] agit là plus en régulateur que véritablement en autorité de concurrence, puisqu'il définit une norme et l'impose par des engagements, sans avoir auparavant eu besoin de démontrer l'atteinte à la concurrence.

Bien évidemment, ce qui apparaît comme un avantage pour l'entreprise concernée par la procédure peut constituer un handicap pour le plaignant. En effet, si le Conseil [auj. Autorité] décide de traiter la plainte par la voie d'engagements, le plaignant se trouvera singulièrement démuné, puisqu'il ne disposera jamais d'une décision reconnaissant qu'il a pu être victime d'une pratique anticoncurrentielle. Ceci lui rendra beaucoup plus difficile l'obtention de dommages et intérêts.

2. Procédures de non-contestation des griefs

L'intérêt de cette procédure est de permettre dans une certaine mesure au Conseil [auj. Autorité] de la concurrence de « négocier » les conditions de cessa-

11. Décision Festina 06-D-24 d'acceptation des engagements du 4 juillet 2006.

12. Décision Bose – Focal JM Lab – Triangle 06-D-28 d'acceptation des engagements du 5 octobre 2006.

13. Communiqué de procédure du 14 novembre 2006.

tion des pratiques anticoncurrentielles, et d'accélérer sa procédure et évitant ou en simplifiant la rédaction du rapport.

Au-delà de l'absence de contestation des griefs, l'entreprise concernée doit également s'engager à modifier ses comportements pour l'avenir, ce qui se traduit en pratique par une proposition d'engagements de sa part. Ceux-ci sont d'abord présentés au Rapporteur général et peuvent être discutés. Une véritable négociation sur le pourcentage de réduction de l'amende s'instaure alors avec le Rapporteur général, sachant que le cas est soumis au Conseil [auj. Autorité] au moment de la séance, ce qui donne lieu à un nouveau débat au terme duquel le Conseil peut tout à fait décider de s'écarter de la réduction qui avait été acceptée par le Rapporteur général.

L'intérêt pour le Conseil [auj. Autorité] réside naturellement dans un allègement de la procédure. Plus précisément, l'instruction sera substantiellement allégée, dans la mesure où la procédure (devant le Conseil) peut se dérouler sans établissement d'un rapport préalable (sauf si l'une des parties entend contester les griefs, auquel cas la procédure contentieuse devra être poursuivie « normalement » devant le Conseil pour les entreprises qui n'ont pas demandé la transaction ou ne sont pas recevables à la procédure).

Les conditions de mise en œuvre de la procédure de non-contestation apparaissent moins favorables aux entreprises mises en cause que celles de la procédure d'engagements. En effet, la procédure de non-contestation ne met pas fin aux poursuites¹⁴, pas plus qu'elle ne dispense l'entreprise de peine. Elle conduit simplement à une diminution du montant maximum de la sanction encourue en contrepartie de la non-contestation des griefs d'une part, et d'autre part, de la prise d'engagements de nature à mettre fin aux comportements anticoncurrentiels.

À cela s'ajoute une incertitude totale sur le montant de l'amende et du pourcentage de réduction : l'entreprise doit négocier des engagements et une absence de contestation en échange d'une réduction en pourcentage incertaine portant sur le montant de l'amende encourue, alors même que ledit montant n'est pas connu au moment où il fixe ce pourcentage – et peut revoir à la hausse ou à la baisse le montant de réduction de la sanction proposé par le Rapporteur, ou encore les engagements demandés aux parties.

Dans certains cas, le Conseil [auj. Autorité] peut décider d'appliquer conjointement la procédure de non-contestation et la procédure simplifiée¹⁵. Cette application simultanée revêt alors un réel intérêt pour les entreprises, car elle permet d'accroître la rapidité et l'efficacité de la procédure et offre aux entreprises, avant la séance, la garantie que le montant maximum de la sanction pécuniaire encourue sera celui du plafond de la procédure simplifiée, c'est-à-dire 750 000 euros.

14. Le Conseil [auj. Autorité] dans sa décision, qualifie en effet les pratiques en cause.

15. La procédure simplifiée, prévue à l'article L. 463-3 du Code de commerce, constitue également une procédure rapide, sans établissement préalable de rapport et avec un contradictoire réduit à une étape.

Quasi-admission de culpabilité qui peut s'avérer dommageable en cas d'action ultérieure en dommages-intérêts. Si non-contestation ne veut pas dire reconnaissance de culpabilité, la nuance est malgré tout ténue, en sorte qu'il est possible qu'une entreprise ayant choisi la non-contestation se trouve dans une position plus difficile en cas d'action ultérieure en dommages-intérêts à son encontre.

De manière générale, le nombre relativement faible de décisions la mettant en œuvre (neuf décisions depuis son entrée en vigueur en 2002) permet de mettre en doute son efficacité et ce d'autant plus si l'on compare au nombre de décisions « d'engagements » (treize depuis la fin de 2004).

C. DGCCRF

1. Possibilités de règlement à l'amiable avec les agents de la DGCCRF dans le cadre de descentes ou de simples enquêtes d'informations

Les autorités françaises de concurrence se posent actuellement la question de l'existence d'autres voies que la saisine du Conseil [auj. Autorité] de la concurrence pour résoudre des cas de micro-ententes, par exemple. Les services d'enquêtes de la DGCCRF ne seraient-ils pas suffisants? Par application du principe de subsidiarité, les services d'enquêtes de la DGCCRF pourraient résoudre des litiges n'ayant pas d'incidence sur le marché. Cela permettrait au Conseil de se concentrer sur les affaires de plus grande importance ayant une réelle incidence sur le marché.

2. Transaction pénale

La transaction pénale trouve également à s'appliquer en droit de la concurrence¹⁶ : une proposition de transaction peut être faite par la DGCCRF au procureur de la République, puisque la loi Dutreil en faveur des PME du 2 août 2005 (loi PME) a institué à l'article L. 470-4-1 du Code de commerce une procédure de transaction pénale pour les délits à caractère économique prévus au titre IV du livre IV du Code de commerce pour lesquels une peine d'emprisonnement n'est pas encourue. Cette procédure est applicable notamment pour les manquements relatifs aux règles de facturation, à la communication des conditions générales de vente, à la coopération commerciale, à la revente à perte et aux prix imposés. Elle est intéressante pour l'entreprise à plusieurs titres : la procédure est particulièrement rapide et elle ne s'accompagne d'aucune publicité ni d'aucune inscription au casier judiciaire. L'unique risque tient à ce qu'une telle transaction ne ferme pas la porte à une action de la partie civile, d'autant que la transaction vaut reconnaissance de l'infraction.

Le système fut par la suite étendu par l'ordonnance du 1^{er} septembre 2005, qui inséra les articles L. 141-2 et L. 216-22 dans le Code de la consommation afin d'instaurer cette possibilité de transaction pour les contraventions énumérées au livre IV du Code de commerce (à savoir les pratiques de prix illicites contraires à l'article L. 410-2 du Code de commerce, infractions aux règles relatives aux opéra-

16. Il est important de noter que la même procédure de transaction existe également en droit pénal général.

tions promotionnelles sur les produits alimentaires périssables, paracommercialisme et ventes sauvages sur la voie publique) et aux livres I, II et III du Code de la consommation¹⁷.

Le décret d'application du 4 mai 2006¹⁸ précise à la fois les personnes habilitées à proposer une transaction et ses modalités d'application de la transaction, aussi bien au sens de l'article L. 470-4-1 du Code de commerce que des articles L. 141-2 ou L. 216-11 du Code de la consommation. Ainsi, s'agissant de l'autorité habilitée à proposer une transaction au procureur de la République, le décret désigne, au sein de la DGCCRF, le directeur régional ou le chef d'unité départementale territorialement compétent.

Une fois que le procureur aura donné son accord, la proposition sera notifiée en double exemplaire à l'auteur de l'infraction, qui disposera alors d'un mois pour y répondre. En cas d'acceptation de la transaction, l'auteur de l'infraction devra retourner à l'autorité administrative un exemplaire signé de la proposition et exécuter les obligations dans le délai imparti. S'il refuse, ne répond pas à la proposition, ou ne satisfait pas aux obligations prévues dans la transaction, l'autorité administrative en informera immédiatement le procureur, afin que la justice suive son cours. En outre, il convient de noter que l'acte par lequel le procureur de la République donnera son accord à la proposition de transaction sera interruptif de prescription de l'action publique, celle-ci s'éteignant définitivement lorsque les obligations résultant de la transaction auront été exécutées dans le délai imparti.

3. Composition pénale

Quant à la composition pénale, telle que prévue à l'article L.470-4-2 du Code de commerce, on l'a déjà évoquée plus haut.

Section 2

QUE PENSER DE CES DIVERSES VOIES PROCESSUELLES DU POINT DE VUE DE L'ANALYSE ÉCONOMIQUE ?

Il existe un décalage entre le rythme de la justice et celui de la société. Les impératifs d'instantanéité de l'information se combinent mal, par nature, avec le temps judiciaire, qui demande circonspection, travail de mémoire, successions d'opérations.

17. Pour rappel, cette procédure permet à la DGCCRF, lorsque l'action publique n'a pas été mise en mouvement, de proposer au procureur de la République d'abandonner les poursuites en contrepartie de la reconnaissance de l'infraction par l'auteur du délit et du versement d'une somme d'argent ou de l'accomplissement d'une obligation déterminée.

18. Décret n° 2006-513 du 4 mai 2006 pris en application des articles L. 470-4-1 du Code de commerce, L. 141-2 et L. 216-11 du Code de consommation relatifs au règlement transactionnel et modifiant le Code de la consommation.

Ce décalage existe aussi à l'égard de la vie économique. Les délais de jugement constituent souvent une cause d'insatisfaction chez les acteurs économiques qui recourent alors de façon croissante à la négociation.

Parallèlement, les MARLs apparaissent comme une technique de déjudiciarisation. À titre d'exemple, la transaction apparaît comme un moyen de prévenir et de régler un litige. Les MARLs peuvent également permettre le dénouement d'un litige avant qu'il ne soit cristallisé au point d'aboutir au tribunal, tout comme ils peuvent permettre d'y mettre fin alors que le juge vient à peine d'être saisi.

Néanmoins, les MARLs ne rendent pas les procédures juridictionnelles inutiles car ils ne peuvent s'y substituer entièrement et doivent plutôt être regardés comme un complément. Selon certains auteurs, ils auraient en effet vocation à jouer *a priori* pour les litiges de type répétitif, factuel ou bénin, laissant à la procédure juridictionnelle le soin de traiter les cas les plus importants.

La principale question que l'on doit se poser lors de l'analyse économique des MARLs est : quelles raisons incitent les parties à un litige à trouver un arrangement amiable ? Est-ce bon pour la collectivité ? L'État doit-il s'en mêler ?

Selon certains économistes, un accord conclu entre des parties libres, en l'absence de coûts de transaction, profite toujours aux deux protagonistes. En d'autres termes, l'arrangement est toujours profitable aux parties dès lors que les coûts de négociation sont négligeables.

L'analyse des coûts se fait donc sur un modèle du marché de la justice, où il est possible de définir une offre et une demande de justice. La demande doit être vue comme une demande de procès. En effet, la plupart des analyses économiques de la résolution des conflits considèrent que le procès est la solution employée lorsque les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord sur une issue coopérative. Le juge doit alors trancher le différend. La demande sera donc fonction des facteurs qui déterminent le comportement des parties entre la survenance du litige et la décision du juge (coût de la procédure, délais nécessaires à la négociation entre les parties et à l'échange des pièces, et temps nécessaire à l'élaboration du jugement). Côté offre de procès, elle est essentiellement fonction des ressources fournies par l'État (nombre de juges, de tribunaux...). À court terme, l'offre est supposée donnée. Dans ces conditions, l'ajustement entre l'offre et la demande se fera par l'intermédiaire des délais d'accès aux tribunaux. Il existe plusieurs modèles économiques qui se concentrent principalement sur la phase des négociations durant laquelle l'une des parties fait une proposition à l'autre qui peut l'accepter ou la refuser (Shavell (1982), Bebchuk (1984)...). Cependant, l'intervention du juge constitue toujours un échec des négociations vu comme un processus marchand : le prix minimum accepté par le demandeur est supérieur au montant maximal que le défendeur est disposé à verser au titre des réparations.

L'analyse économique va donc s'attacher aux incitations des acteurs, aux raisons du succès ou de l'échec, à l'appréciation des divers mécanismes (quels sont les bons ?), à leurs effets pervers, ainsi qu'au point de savoir si mécanismes et résultats sont bons pour la collectivité.

Les thèmes brassés par l'analyse porteront donc sur coûts, aversion au risque, meilleure utilisation de l'information, optimalité *ex-post* contre optimalité *ex-ante* et enfin modifications induites quant au comportement des acteurs.

La méthode d'analyse à laquelle il sera recouru est la théorie des jeux.

§1. - Application de la théorie des jeux à l'analyse économique des MARLs

A. PRINCIPE DE LA THÉORIE DES JEUX

Outil essentiel à l'amélioration de la compréhension économique des MARLs, la théorie des jeux a pour objet l'étude des interactions entre les individus. Dans un jeu, plusieurs individus font des choix dans un cadre précis dessiné à l'avance. Leurs décisions conduisent à une issue du jeu caractérisée par des gains positifs ou négatifs pour chacun des participants.

Pour illustrer la modélisation utilisée à cet égard par certains économistes, on prendra l'exemple d'un litige devant un tribunal opposant la victime d'un accident (demandeur) et l'auteur présumé du dommage (défendeur). Mais ces analyses peuvent bien entendu être étendues à d'autres types de conflits : commerciaux, marchés publics, droits de propriété...

La théorie des jeux postule que les parties cherchent à maximiser leur utilité espérée afin de mieux appréhender l'issue d'interactions stratégiques rendues d'autant plus complexes qu'une des parties peut détenir une information privée ou présenter des caractéristiques inobservables par l'autre. Ainsi par exemple, dans un accident, le demandeur bénéficie de plus d'informations sur l'étendue de son préjudice. À l'inverse, les avantages du défendeur portent plutôt sur son degré de responsabilité, dans la mesure où il est en principe le seul à connaître les précautions qu'il a prises avant l'accident.

À cet égard, l'utilité espérée inclut le risque et sa mesure par l'aversion au risque.

L'analyse part d'un paradoxe apparent : la résolution de certains conflits par les tribunaux, alors que les coûts de transaction sont négligeables, semble contraire au principe selon lequel les parties sont incitées à négocier chaque fois que des négociations mutuellement bénéfiques sont réalisables.

On peut ici recourir à la théorie de Coase : un recours au droit serait-il donc la preuve d'un échec des mécanismes de marché ? Si un litige relatif à un accident est tranché par un tribunal, c'est que les parties n'ont pu se mettre d'accord *ex ante* sur l'affectation des pertes. Quelles sont les raisons de cet échec ? D'un point de vue normatif, une telle approche suppose implicitement que le rôle du tribunal consiste à identifier une allocation optimale, *ex post* (après l'apparition du litige).

1. Modèles de conflits juridiques

Pour certains, l'échec des négociations (et par là même le recours à un procès) tiendrait à la reconnaissance d'un optimisme excessif des parties quant à leur

chance de gagner un procès, c'est-à-dire par une perception erronée du surplus né de la négociation.

Pour d'autres, la réponse passerait par une intégration de la nature stratégique de la négociation, c'est-à-dire à une élaboration des jeux en information imparfaite. Pour expliquer la résolution des conflits par la voie juridictionnelle, il n'est alors plus nécessaire de supposer un biais systématique dans les croyances des parties. L'existence d'asymétries d'informations est en effet à l'origine d'une divergence des croyances des joueurs à propos de l'issue du procès.

Une partie a la possibilité de proposer un arrangement que la partie adverse est libre d'accepter ou de rejeter. L'hypothèse cruciale repose alors sur la partie qui fait la proposition.

L'idée est celle d'un marchandage de base (modèle Rubinstein : on trouve toujours une solution immédiatement ; sans attendre ; pas de contentieux ; pas de MARL : transaction). Deux catégories de modèles ont été développées par les économistes :

- (i) les modèles de filtrage : la partie non informée fait la proposition de sorte qu'aucune information n'est transmise par son action. L'offre optimale de cette partie vise alors à opérer une sélection parmi les différents types inobservables de la partie adverse ;
- (ii) les modèles de signal : la partie la mieux informée joue en premier : l'information peut-être transmise par des signaux.

Dans ce contexte, l'analyse économique se propose de répondre aux questions suivantes :

- dans la mesure où l'arrangement entre les parties est source d'efficacité, comment expliquer l'échec des négociations dans les affaires réglées par procès ?
- Quels sont les facteurs susceptibles d'accroître le taux d'arrangement et ainsi de minimiser le coût social et le coût privé des conflits juridiques (règles d'allocation des coûts, modes de rémunération des intermédiaires, intervention des compagnies d'assurance, aversion pour le risque des parties...)?
- Quels espoirs portent les modes alternatifs de résolution des litiges et quels avantages présentent-ils face à la simple négociation entre les parties ?

2. Analyse des « coûts de négociation »

a) Recensement des coûts pour les solutions négociées entre les parties

- Frais de communication entre les parties ;
- Frais de déplacement ;
- « Temps passé » (coût pour les entreprises) ;
- + auxquels s'ajoute le risque.

b) Recensements des coûts pour les solutions négociées avec l'intervention d'un tiers

- Honoraires et frais administratifs des :
 1. Conseillers (professionnels du droit) : négociation et rédaction de l'accord,

2. et tiers impartiaux chargés de concilier les parties dans le cadre d'une médiation ou de les départager dans le cadre d'un arbitrage ;

- Procédure contractuelle souvent articulée avec une procédure judiciaire, ce qui occasionne des coûts supplémentaires :
 1. en arbitrage : constitution du tribunal arbitral, exequatur de la sentence arbitrale ;
 2. en droit du travail : interprétation et contestation des transactions.

c) Détermination quantitative des coûts

- Le principe conducteur est que le justiciable acceptera une transaction si la concession qu'il consent au regard de l'avantage susceptible d'être obtenu en justice est compensée par l'économie de temps et d'argent qu'il réalise par rapport à la recherche d'une solution judiciaire ;
- Il convient cependant de nuancer : le justiciable hésitera moins à payer davantage s'il espère pouvoir en retirer une meilleure solution, selon la nature ou l'enjeu du litige (ex : le litige a des enjeux patrimoniaux importants, le litige porte sur des questions de principe, d'honneur). Une solution judiciaire coûteuse peut ainsi être préférée à une solution conventionnelle économique ;
- Il faut également tenir compte de ce que le niveau des coûts liés aux honoraires des avocats ou tiers intervenant dans la solution conventionnelle du litige varie en fonction de son savoir-faire et de l'enjeu du litige ;
- Concernant les tiers, de nombreux commentateurs s'accordent à dire que l'arbitrage n'est pas, de ce point de vue, moins onéreux qu'une procédure judiciaire. En revanche, les rémunérations des conciliateurs et médiateurs peuvent être gratuites, en vertu de la loi (décret de 1978) ou fixées par le juge (art. 131-13, al. 1^{er} CPC), arrêtées par un barème (arbitrage) ou conventionnellement déterminées ;

3. Pourquoi des litiges ?

Le droit de négocier un accord amiable au cours de la procédure d'arbitrage et jusqu'à son terme est un droit inaliénable des parties. Pour l'économiste, le recours à l'arbitrage (comme le recours au procès) résulte d'un échec des mécanismes de marché. Indéniablement la procédure d'arbitrage est coûteuse. De ce fait, l'intérêt des deux parties et de la société est d'éviter d'avoir à supporter ces coûts. Ainsi, l'accord amiable devrait toujours apparaître comme mutuellement avantageux pour les deux parties qui devraient, par conséquent, toujours y aboutir.

À titre d'exemple, supposons que le demandeur anticipe un dédommagement de 30 alors que le défendeur prévoit un paiement de 50. Tout accord négocié compris entre 30 et 50 sera accepté par les deux parties. Un accord de 35 permettra au demandeur de recevoir plus (+ 5) qu'à l'arbitrage et au défendeur de payer moins (- 15).

La zone de négociation dépend donc des anticipations des parties. Intuitivement, l'économiste considère que plus les parties anticipent un résultat favorable en cas d'arbitrage, plus un accord négocié est difficile à atteindre. Au contraire, plus leurs anticipations sont pessimistes, plus il est aisé de négocier. L'attitude vis-à-vis du risque des parties va jouer un rôle important dans la détermination de la zone de négociation. Une augmentation de l'incertitude portant sur la sentence arbitrale rend l'arbitrage plus coûteux. Si en outre, les parties éprouvent de l'aversion face au risque, l'accroissement de cette incertitude facilite l'obtention d'un accord amiable.

Les coûts de l'arbitrage entrent également dans les anticipations des parties. La répartition des coûts constitue aussi un facteur déterminant. Il ne semble pas exister de réglementation quant à la charge des frais de l'arbitrage. Il est d'usage que le tribunal en fixe la proportion à la charge de chaque partie. Les différentes règles d'allocation des coûts ont un impact différent sur la probabilité d'obtenir un accord négocié. Enfin, la présence d'asymétries d'informations se révèle être un autre élément crucial dans l'explication de l'échec des négociations.

Au total, asymétries d'information et erreurs d'anticipations sont la source des litiges; c'est donc dans ce cadre qu'il faut évaluer les MARLs.

4. Si litige : procès ou MARL ?

Si l'on admet l'existence d'un risque d'erreurs du juge, les parties vont vouloir tenir compte de ce risque d'erreur lorsqu'elles évaluent la stratégie à adopter pour résoudre un litige, particulier quant au choix du recours à un MARL ou à un procès (leurs intérêts respectifs étant généralement opposés).

Le risque d'erreur du juge peut porter sur l'évaluation du préjudice ou la détermination de la culpabilité. Il convient aussi de distinguer selon la prévisibilité ou non de l'erreur. Lorsque l'erreur est prévisible, la possibilité de prédire l'erreur du juge engendre un comportement stratégique de la part des demandeurs qui n'ont pas subi de préjudice. Ces derniers vont en effet décider d'intenter des poursuites dès lors qu'ils estiment que le risque d'erreur du juge est suffisant pour que leur gain net attendu soit positif. À l'inverse, lorsque les risques d'erreur sont imprévisibles, la décision d'intenter des poursuites signale la qualité de l'affaire du demandeur : le demandeur signale qu'il a bien subi un dommage parce qu'il accepte de courir le risque de subir des pertes en allant au procès, le tribunal pouvant se tromper et lui octroyer des dommages et intérêts inférieurs au préjudice subi. Si l'une des parties perçoit la possibilité d'une erreur du juge en sa faveur, elle a intérêt à refuser l'arrangement et à faire juger l'affaire.

On peut en définitive constater que les risques d'erreur du juge engendrent des comportements stratégiques qui provoquent des jugements.

5. Pourquoi les parties opteraient-elles pour un MARL plutôt que pour un procès ?

Les MARLs apparaissent comme un moyen de faire l'économie d'un procès. Il s'agit d'une approche négative, au sens où elle repose moins sur les vertus ou les

avantages du procédé de la transaction que de la volonté d'éviter l'intervention du juge.

a) Arbitrage *versus* procès

Le choix par les parties du mode de règlement des litiges (arbitrage ou tribunaux) dépend de la stratégie qu'elles adoptent. Ce choix est d'autant plus difficile que les parties ont des intérêts divergents et chacune va calculer les gains et risques escomptés pour chaque procédure.

L'arbitrage est choisi s'il engendre plus de gains que de coûts. Si les coûts sont pour l'essentiel pécuniaires, les gains s'expriment en termes de rapidité, de discrétion ou encore de contrôle de la procédure.

Tout est question d'évaluation et d'équilibre entre les gains et les pertes résultant des différents types de procédure.

Comme mentionné précédemment, un autre paramètre vient influencer les coûts : la notion de risque d'erreur dans la décision finale, pouvant varier selon l'expertise du juge, plus particulièrement dans des secteurs d'activités très particuliers ou très spécialisés (aviation, droit maritime).

En effet, dans le cadre de l'arbitrage, l'expertise de l'arbitre dans tel ou tel litige pourra permettre de réduire le risque d'erreur dans la décision finale (par rapport à une décision prise par un juge).

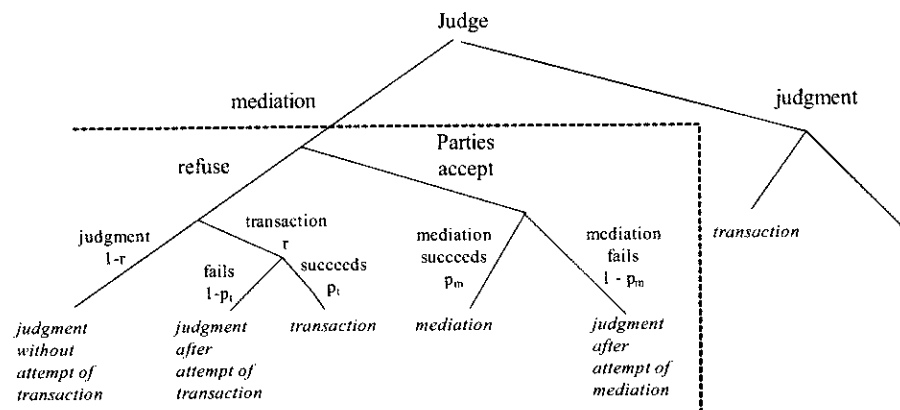
À titre illustratif, on peut citer deux types d'erreur; l'erreur de type 1 est le risque qu'un défendeur coupable soit déclaré innocent et l'erreur de type 2 celui risque qu'un défendeur innocent soit condamné.

Ces risques d'erreur influent sur la crédibilité de la menace de procès du demandeur. Le risque d'erreur de type 1 réduit la crédibilité de la menace de procès du demandeur parce qu'il réduit ses gains attendus au procès. Cet effet négatif est cependant compensé partiellement par le risque d'erreur de type 2 qui accroît le gain attendu du demandeur au procès.

S'agissant du demandeur, il préférera l'arbitrage à un procès dans la mesure où le risque que le défendeur coupable soit déclaré innocent est réduit du fait de l'expertise de l'arbitre et si les avantages de l'arbitrage, notamment les économies de coûts, comparés à ceux d'un procès sont suffisants pour compenser le risque qu'un défendeur innocent ne soit pas condamné. Dans le cas contraire, il optera pour le procès.

S'agissant du défendeur, s'il est coupable, il préférera l'arbitrage à un procès uniquement dans les cas où les économies de coûts seront plus importantes que le risque de se voir condamner. En revanche, s'il est innocent, le défendeur préférera toujours l'arbitrage car il aura moins de risques de se faire condamner eu égard au degré élevé d'expertise de l'arbitre par rapport à la compétence générale du juge.

b) Médiation – Incitations à accepter ou non la médiation



Le juge propose une médiation :

- si les parties l'acceptent, deux issues sont possibles : (i) celle-ci aboutit ou (ii) échoue. Dans ce dernier cas, les parties retournent au procès. Cette dernière situation entraîne une perte de temps considérable pour les parties, ainsi qu'une perte d'argent, puisqu'elles doivent assumer non seulement les frais de la médiation (en France) mais également les frais d'un procès ;
- si les parties la refusent, là encore, deux situations sont possibles : (i) les parties décident de choisir la voie contentieuse avec un procès ; ou (ii) les parties préfèrent transiger. Dans ce cas, à nouveaux deux cas de figure possibles : (i) la transaction aboutit ; ou (ii) la transaction échoue et les parties retournent au procès : perte de temps et coûts importants liés à ceux de la négociation (avocats, par exemple) et à ceux du procès (toutefois, coûts liés à la rémunération du médiateur non existants).

Les parties devront tenir compte de tous ces facteurs et calculer le risque et les coûts engendrés pour chacune des options.

- Question du coût du médiateur *versus* coût du procès / coût des négociations : S'agissant du **demandeur**, il acceptera de tenter la voie de la médiation uniquement si les gains attendus de la médiation, comparés aux coûts d'une transaction, lui apparaissent supérieurs aux économies réalisées s'il allait directement au procès.

Le demandeur devra intégrer dans son analyse de risque le coût financier de la médiation dans la mesure où, en matière civile, le médiateur est payé indépendamment du succès ou non de la médiation (aux États-Unis, le médiateur n'est pas payé si la médiation échoue, ce qui réduit considérablement les risques financiers du choix de la médiation pour les parties). Cela signifie qu'en cas d'échec, les justiciables se retournent généralement vers une procédure judiciaire en ayant déjà engagé des frais. Si l'on considère que tout individu a une aversion moyenne pour le risque, on peut penser que chacun va estimer son espérance

d'utilité dans les deux cas, s'il utilise les services du médiateur ou s'il entame directement une procédure judiciaire. Dans ce cas, il n'est pas certain que ce calcul rationnel donne forcément l'avantage à la médiation.

S'agissant du **défendeur**, le raisonnement économique se fait en termes de pertes et non de gains. Ainsi, il n'acceptera la médiation que si ses pertes lui semblent moins importantes en passant par cette procédure qu'en allant au procès.

Si l'on aborde la question en termes de diffusion de l'information, les MARLs vont dans certains cas représenter un gain pour les parties (sinon, elles ne choisiraient pas cette voie). Les tiers, à l'inverse, n'auront dans ce cas de figure pas ou peu d'accès à la procédure (ex. *private enforcement* en concurrence). Pour la collectivité, enfin, les procédures alternatives ont évidemment pour corollaire l'absence de jurisprudence et par suite une diminution de la prévisibilité et donc accroissement du risque juridique à long terme.

On ne peut par ailleurs exclure l'existence d'interactions négatives entre les différentes procédures, en commençant par se demander si transaction administrative et médiation pénale se substituent vraiment à des procès, mais aussi en s'interrogeant, en droit de la concurrence, sur les interactions négatives entre engagements et transactions et entre clémence et transaction.

Au total, trop d'outils rend chaque outil inefficace.

Si l'on s'attache à l'optimalité *ex-ante* comparée à optimalité *ex-post*, on peut se demander si simplifier la résolution des conflits ne risque pas d'entraîner davantage (et donc trop?) de conflits. On peut prendre pour exemple la classique dichotomie entre contrats complets et contrats incomplets, les premiers (longs et qui examinent à l'avance toutes les situations) pouvant engendrer un contentieux long et coûteux, les seconds donnant plus vraisemblablement naissance à un contentieux rapide et peu cher (simples ; les situations imprévues seront réglées par le MARL ou le contentieux).

On terminera en se demandant si les MARLs présentent véritablement un caractère alternatif.

Et en s'interrogeant sur l'opportunité de faire des MARLs un passage obligé avant le contentieux ou de recourir à une intervention réglementaire de plus en plus forte dans les MARLs ; mais aussi en se demandant, à l'inverse, si cela n'aboutirait pas à complexifier le système, pour un gain final ambigu.

Enfin, a-t-on vraiment mesuré l'impact sur le comportement des acteurs... et des juges (juge plus sévère si on a refusé la médiation par exemple ? Est-ce jugé pour les faits ou pour le refus de la médiation?) ?

Les modes alternatifs de règlement des litiges Le point de vue du juriste

Philippe THÉRY

Professeur de droit à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Si l'on consulte le site Légifrance en tapant les mots « conciliation¹ » ou « transaction² », on obtient pour le premier 2 633 documents, pour le second 5 174. Ces chiffres ont-ils une utilité pour notre propos? En partie sans doute, dans la mesure où ils montrent que ces procédés pacificateurs ne vont pas sans complications. En partie seulement, car cet aspect du phénomène des modes alternatifs de règlement des conflits ne nous apprend rien sur leur économie. Comment connaître d'ailleurs cette économie? Il y a là une difficulté à peu près insurmontable. On peut trouver quelques chiffres, mais prêtent-ils à la généralisation? Le règlement contractuel des litiges s'opère dans une zone de discrétion qui rend impossible toute tentative de quantification³. On pourrait aussi s'interroger sur le ressort du recours à ces modes alternatifs de règlement des conflits. Aux raisons classiques d'économie – encore que la médiation soit payante⁴ –, de rapidité, de discrétion, de prise en considération des relations entre les parties⁵, on pourrait ajouter des raisons plus contemporaines : un effet de mode⁶ que démultiplie l'accroissement

1. « Conciliation » sauf « divorce ».

2. Ce qui laisse subsister une certaine ambiguïté si le terme est utilisé comme un synonyme de contrat.

3. Georges DURRY à propos de l'arbitrage dans le domaine des assurances « Quelques remarques sur l'arbitrage et la médiation en assurances », *Gaz. Pal.* 1994, I, 737 col. 1.

4. Le CMAP (Centre de médiation et d'arbitrage de Paris, dépendant de la chambre de commerce) fait état du coût des médiations. La majorité d'entre elles se situent entre 2 000 et 10 000 € (34 % entre 2 et 3 000, 14 % entre 3 et 5 000 et 28 % entre 5 et 10 000).

5. Ici encore, on peut citer les arguments mis en avant par le CMAP pour dissiper les réticences : gain de temps, maîtrise du différend, rôle actif des avocats, confidentialité, créativité, pérennisation des relations contractuelles, gestion des émotions des parties, coût maîtrisé...

6. Bruno OPPETIT, « Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique », *Justices*, 1995, n° 1, Droit et économie, p. 54.

du nombre de revues spécialisées, la crainte de l'aléa judiciaire et l'omniprésence du discours public sur le sujet. Mais, ici aussi, ce sont des impressions plus que des certitudes.

Aussi, ces quelques observations ne porteront-elles pas sur les modes alternatifs de règlement des conflits en eux-mêmes, mais plutôt, sur la manière dont ils s'articulent avec le règlement juridictionnel des litiges.

I. La première question que l'on peut se poser est celle de savoir si modes alternatifs de règlement des conflits et jugements sont toujours substituables l'un à l'autre, en tenant pour acquise, sans chercher à en déterminer les frontières exactes, l'impossibilité d'une substitution liée aux exigences de l'ordre public.

On dit souvent de la transaction qu'elle est un « équivalent processuel », mais l'expression pourrait être utilisée à propos de toutes les manifestations de volonté qui mettent fin au litige, du point de vue procédural au moins. Un acquiescement à la demande, un désistement d'action ne sont pas moins des équivalents processuels que la transaction : le litige qui justifiait l'intervention du juge disparaît. Seule varie leur incidence substantielle qui va des concessions réciproques à l'abandon total en fonction de la représentation que les parties se font de leurs droits.

On peut donc admettre comme principe général que les modes alternatifs de règlement des conflits et le jugement permettent d'obtenir les mêmes résultats. Mais la coïncidence n'est quand même pas absolue. Ce que les parties peuvent convenir, le juge ne peut pas toujours le décider. L'exemple, important pour notre sujet, est celui de la renégociation du contrat. Rappelons simplement ici le commentaire de l'avant-projet de réforme des obligations sur cette question :

« À ceux qui ne se lassent pas de regretter l'absence de traitement de l'imprévision en droit civil français, il faut rappeler que le contrat, acte de prévision par essence, se doit de prévenir les difficultés et qu'il n'est de solution meilleure que celle qui aura été négociée par les parties concernées elles-mêmes (...)

Les parties sont encouragées à stipuler les clauses de renégociation de leur contrat pour les cas où il adviendrait que, par l'effet des circonstances, l'équilibre initial de leurs prestations fût perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles (...). À défaut de pareille clause... le président du TGI peut ordonner la négociation salvatrice. Et l'échec, exempt de mauvaise foi, ouvrirait à chaque partie le droit de demander la résiliation sans frais ni dommages ».

Cette substitution des modes alternatifs de règlement des conflits au jugement n'est donc pas toujours possible. À côté de ces impossibilités qui tiennent aux pouvoirs des juges, il existe des hypothèses dans lesquelles des professionnels, accoutumés par ailleurs aux modes alternatifs de règlement des conflits, ne peuvent recourir qu'aux tribunaux. Tel est le cas lorsqu'une entreprise ou une profession rencontrent une incertitude qui doit être levée quelle que soit l'issue, favorable ou

non du procès. Lorsque l'on veut que les conditions de la saisie-contrefaçon⁷ soient fixées ou que la nature de l'assurance-vie⁸ soit établie, seule une décision judiciaire peut avoir la portée requise. Enfin, dans un tout autre ordre d'idées, les praticiens savent qu'un procès peut constituer un moyen de pression. La procédure donne à la mauvaise foi une efficacité redoutable. Ce n'est pas que la mauvaise foi ne puisse exister dans une médiation ou une conciliation, mais il est possible de s'en sortir sans attendre la décision du juge⁹.

II. La comparaison entre la Justice d'État et les modes alternatifs peut être faite à deux niveaux

a) À un niveau « micro-économique » entre jugement et arrangement contractuel. La psychologie et le sens commun suggèrent que l'arrangement l'emporte (« un mauvais arrangement »...). Mais à une condition que l'adage paraît bien impliquer, puisqu'il parle de « mauvais » arrangement : que l'on n'aille pas scruter de trop près l'équilibre de ces accords. Après tout, ce que l'on a accepté pour les conventions définitives de divorce – une forme de cécité judiciaire délibérée – devrait pouvoir être admis pour des conventions purement patrimoniales dépourvues de toute coloration familiale. Mais il est évident que tout ce qui est alternatif n'est pas nécessairement juste.

Un excellent exemple en est donné par un film très intéressant, tourné dans un tribunal d'instance dans lequel la conciliation est vivement encouragée. Une école privée assure la préparation à un BTS moyennant une somme importante. Seule une partie des cours est assurée. Le père d'un élève demande que les sommes versées lui soient remboursées. L'école lui oppose la clause selon laquelle les sommes versées ne peuvent être restituées. Le conciliateur suggère qu'un remboursement partiel, tenant compte des cours assurés, pourrait résoudre la difficulté. Le demandeur accepte, mais non l'école. L'affaire va donc à l'audience et le jugement condamne l'école à rembourser la totalité des droits d'inscription puisqu'elle s'était engagée à assurer une préparation pour un examen et non seulement à dispenser des cours à la petite semaine. La solution met à mal cette antienne selon laquelle la justice négociée est, de sa nature, une justice « équitable ».

On en vient donc à redécouvrir l'idée selon laquelle la satisfaction subjective des parties ne coïncide pas nécessairement avec un équilibre économique objectif – supposé qu'il existe. Cette faveur aux solutions conventionnelles n'est pas indifférente. Elle pourrait offrir aux parties le moyen d'éviter l'interventionnisme du juge dans le contrat d'autant que la jurisprudence a donné leur plein effet aux clauses par lesquelles les parties s'engagent à recourir à la conciliation ou à la médiation avant tout procès¹⁰.

7. Com., 8 mars 2005, *Bull. civ. IV*, n° 53.

8. Ch. Mixte, 23 novembre 2004, *Bull.*, n° 4.

9. Civ. 2^e, 16 juin 1993, *Bull. civ. II*, n° 211.

10. Ch. Mixte, 14 février 2003, *Bull.* n° 1.

b) On peut aussi entreprendre une comparaison au niveau macro-économique. Le postulat est qu'aucun État ne peut se passer d'une justice parce que la justice constitue une fonction régalienn¹¹. Un investissement minimum (!) sera donc nécessairement effectué pour répondre aux besoins. L'État ayant fait son travail, doit-on attendre de lui davantage? M. Canivet, par exemple, relevait dans le rapport de la Banque mondiale pour 2005 l'attrait que présentaient pour les acteurs du monde économique les modes alternatifs de règlement des conflits. Quelles qu'en soient les raisons, ces entreprises n'ont nul besoin de la justice d'État pour y recourir et le pullulement des organismes de médiation de conciliation ou d'arbitrage le montre suffisamment. On peut être tenté de transposer la formule de Napoléon à propos du concubinage : ceux qui règlent conventionnellement leurs litiges se passent de la justice, la justice se désintéresse d'eux... Les relations peuvent se réduire au minimum : permettre de contrôler le respect des exigences essentielles d'un côté; faire en sorte que le recours aux modes alternatifs de règlement des conflits n'affecte pas les droits des parties, notamment en ce qui concerne les délais pour agir¹², et assurer l'efficacité de l'accord qui pourra être conclu, autrement dit qu'il puisse être exécuté comme un jugement¹³. Au fond, généraliser la politique de la Cour de cassation relative à l'arbitrage international qui n'est pas loin d'en faire le mode *normal* de règlement des différends du commerce international, avec pour corollaire un contrôle extrêmement réduit de la juridiction arbitrale.

Une justice peu coûteuse devrait, en théorie, dissuader de recourir à d'autres moyens. Mais, la vue est un peu théorique. La justice française n'est pas très chère, comparée à la justice anglaise¹⁴, mais elle demeure assez lente. Cette lenteur la rend coûteuse. On la taxe d'être imprévisible sans que l'on puisse dire avec certitude quelles conséquences cela peut entraîner : recourra-t-on aux modes alternatifs de règlement des conflits par souci de sécurité ou, au contraire, les plaideurs seront-ils encouragés à tenter leur chance? Si on admet, en se fondant sur un bon sens assez approximatif, que le coût de la justice – au sens le plus large du terme – est un facteur dissuasif qui contribue au développement des modes alternatifs de règlement des conflits¹⁵, ce développement pourrait se heurter

11. Postulat qui n'est pas admis par tous : J.-B. RACINE, *Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international*, Journées d'hommages et d'études à la mémoire de Ph. Fouchard, *Rev. arb.* 2005, 305, sp n° 39 et s. Pour une approche économique de cette concurrence entre une justice d'État et la justice de l'ordre spontané, v. B. LEMENNICIER, « L'économie de la justice : du monopole d'État à la concurrence privée? », *Justices*, 1995, n° 1, p. 135. L'économiste admet assez facilement que l'individu peut faire librement n'importe quel choix à n'importe quel moment en n'importe quel lieu, ce qui ne laisse pas d'étonner le juriste.

12. Georges DURRY indique (art. précité) que la durée de la médiation est décomptée de la prescription – très courte il est vrai en matière d'assurances.

13. Sur cette manière d'aborder la médiation, voir l'exposé des motifs de la proposition de directive « sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale ».

14. Dont les coûts sont tellement importants que l'exequatur d'une décision anglaise condamnant un plaideur à payer des frais de procédure a été refusé sur le fondement des articles 27-1° de la Convention de Bruxelles de 1968 et de l'article 6 § 1 (Civ. 1^{re}, 16 mars 1999, *Bull. civ.* I n° 92).

15. B. OPPETIT, art. précité p. 59, *in fine*. Le rapport d'information sur la proposition de directive sur la médiation déposé à l'Assemblée nationale par J. FLOCH fait état du succès de la médiation en Grande-Bretagne dans les 20 dernières années, dans le domaine commercial et dans le domaine social (Rapport, doc. n° 3696, enregistré à la Présidence le 13 février 2007, p. 29).

à un effet pervers qui est celui de la juridictionnalisation des modes alternatifs de règlement des conflits. Bruno Oppetit remarquait que l'évolution avait tendu à faire de l'arbitrage « une sorte de système mixte, à la fois mi-public et mi-privé, mi-contractuel, mi-institutionnel et placé sous une tutelle étroite de l'autorité judiciaire »¹⁶. Le fait que cette tutelle soit, en France, plutôt bienveillante ne met pas en cause la pertinence d'une observation que confirme l'abondance du contentieux. Mais cette évolution de l'arbitrage avait provoqué, selon lui, un choc en retour : « aussi assiste-t-on, par l'effet d'une loi de substitution si souvent vérifiée dans la vie des institutions juridiques, au développement de modes de règlement alternatifs à l'arbitrage lui-même »¹⁷. Où ce mouvement s'arrêtera-t-il si l'on observe que la médiation est maintenant présentée comme une manière de panacée qu'il convient de développer¹⁸? Ce qui devrait relever de la volonté des parties avec toute la souplesse que supposent ces négociations tend à s'ossifier comme si le législateur ne pouvait se résoudre tout à fait à voir s'échapper de la matière litigieuse. Funeste passion des lois...

Si l'on comprend les raisons qui peuvent conduire les parties à préférer au procès un arrangement sous une forme ou une autre, les raisons générales de promouvoir les modes alternatifs de règlement des conflits sont moins claires. Non qu'elles n'existent pas, mais leur nombre même fait que l'on n'entrevoit pas celle qui fournit le ressort principal. On souligne souvent qu'il s'agit d'une forme de justice moderne adapté à un droit moderne, ce que Bruno Oppetit appelait « l'esprit du temps » : « le doute s'empare à l'heure actuelle des esprits, l'heure n'est plus aux certitudes mais à la recherche de solutions consensuelles, personne n'a complètement tort ni tout à fait raison, le droit strict et préétabli s'efface derrière un *soft law* et un droit négocié... »¹⁹. Vu du côté des juges, le phénomène traduirait une « conception moderne de la justice, une justice qui observe, qui facilite la négociation, qui prend en compte l'exécution, qui ménage les relations futures entre les parties et qui préserve le tissu social »²⁰. Mais il y a des raisons plus triviales, moins juridiquement correctes : « L'une des raisons du développement des ADR est d'ordre pratique et conjoncturel : les ADR apportent une réponse aux difficultés d'accès à la justice, auxquelles un grand nombre de pays doivent faire face. Ces difficultés s'expliquent par le fait que les litiges soumis aux tribunaux se multiplient, les procédures tendent à s'allonger et les frais exposés à l'occasion de ces procédures à augmenter. La quantité, la complexité et la technicité des textes législatifs contribuent par ailleurs à rendre plus difficile l'accès à la justice »²¹. Lors de l'installation du groupe de travail présidé par Serge Guinchard, le garde des Sceaux a employé une formule aux conséquences incertaines : « Il faut recentrer la mission des magistrats sur ce qui constitue le cœur de la fonction judiciaire : trancher les litiges qui ne peuvent être résolus autrement ». Il existe certes des contentieux par détermination de la loi, le divorce par exemple,

16. Art. précité p. 55.

17. *Ibid.*

18. V. le rapport J. FLOCH : « il s'agit de rendre la médiation plus structurée... » (p. 10).

19. Art. précité p. 59.

20. G. CANIVET, cité par J. FLOCH, p. 9.

21. Livre vert de la Commission sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial.

qui, techniquement, pourraient être résolus autrement. De manière générale, le rôle attribué au juge en matière gracieuse est susceptible de varier selon les évolutions du droit substantiel. La place du juge peut être plus ou moins importante dans certaines procédures économiques – procédures collectives ou surendettement par exemple. Mais un litige, qui relève par définition de la juridiction contentieuse, est presque toujours susceptible d'être résolu autrement que par un jugement *pour peu qu'on le veuille*²²... Seulement, la supériorité du jugement sur tous les autres modes de solution tient précisément à la possibilité de le provoquer unilatéralement sans avoir jamais à obtenir l'accord de l'adversaire. Parce qu'il permet d'assurer l'application du droit, le jugement est la pire des solutions à l'exception de toutes les autres...

Il faut certainement déplorer la tendance à plaider à outrance. Chacun cependant, devrait être renvoyé à ses responsabilités dans cet état de fait. Une législation incertaine, une jurisprudence ondoyante suscitent le contentieux. Ce n'est pas une vue raisonnable de ne s'attacher qu'au nombre de procès. Si les causes sont celles que l'on dit, il serait judicieux de s'attaquer aux causes plutôt que d'en vouloir tarir les effets.

III. Emprunteraient-ils la même forme, les modes alternatifs de règlement des conflits n'ont probablement pas le même sens selon les cas, ce qui suggère de tenter une rapide typologie.

- Selon les domaines juridiques. Là où la volonté est plus ou moins bridée, l'existence du juge ouvre la voie à des accords qui n'existaient pas auparavant (divorce, régime matrimonial). Ce qui était essentiellement juridictionnel se contractualise et ce passage obligé par le contrôle judiciaire peut même annoncer une « dé-judiciarisation » (art. 1397 C. civ.). La frontière du contractuel et du juridictionnel devient d'autant plus mouvante que le contrat chausse les bottes du jugement (transaction exécutoire, pour ne citer qu'elle²³).
- Selon que la matière est plus ou moins spéciale. Nombre de juridictions sont constituées de juges qui connaissent la matière litigieuse (commerçants, salariés et employeurs avec des formations spécialisées selon les professions, bailleurs et preneurs...). Mais, on ne peut raisonnablement attendre de l'institution judiciaire qu'elle ait des spécialistes de tous les domaines et l'expertise vient apporter à l'institution ce qui lui manque. Cependant, l'expertise n'a jamais accéléré les procédures. On peut donc comprendre que le risque d'erreur lié à l'incompétence technique, évoqué par Me Philippe puisse encourager les parties à associer la compétence d'un spécialiste et les modes alternatifs de règlement des conflits.

22. En principe à travers un concours de volontés. Mais, un litige peut aussi se résoudre unilatéralement en renonçant à contester soit en demande soit en défense (v. *supra*).

23. On pourrait citer aussi l'injonction de payer qui assure l'efficacité du contrat (art. 1405-1°).

- On peut opposer, selon la classification qu'avaient proposée M. Cappelletti et B. Garth, « *one shot litigants* », plaideurs occasionnels, et « *repeat litigants* », plaideurs professionnels²⁴. Ces derniers devraient pouvoir apprécier le procès de manière plus objective, comme un risque naturel de leur activité et, comme tel, susceptible de rationalisation. Mais, cette manière objective de voir les litiges ne fait sans doute peser la balance ni dans un sens ni dans l'autre. Ce sont les circonstances de l'affaire qui dictent le choix, selon que les probabilités sont plus ou moins grandes de gagner. Est-ce dire par ailleurs que les plaideurs d'occasion mettront dans « leur procès » la passion de l'inexpérience? Peut-être, quoique cette inexpérience puisse inciter à se mettre d'accord pour se débarrasser d'une incertitude angoissante.
- La teneur juridique des modes alternatifs de règlement des conflits est très variable. Certaines médiations sont purement économiques, comme celle qu'avait entreprise, lors de la crise immobilière du début des années 1990, le président du tribunal de commerce de Paris. D'autres médiations, prises séparément, semblent insignifiantes, comme ces contrats dont la substance s'épuise dans un échange fugace. Mais ce ne sont pas socialement et pratiquement les moins importantes. Bien souvent, la seule perspective de l'intervention d'un tiers suffit à dissuader une partie de profiter de l'inexpérience ou de l'ignorance de l'autre : passe de n'être pas trop scrupuleux, mais il ne faut pas que cela se sache. À propos de la médiation dans l'assurance, Georges Durry observe que « *la pratique quotidienne des relations entre assureurs et assurés démontre qu'elles reposent bien souvent sur des incompréhensions plutôt que sur d'éventuelles difficultés juridiques* »²⁵. Sans doute peut-on en dire autant de la médiation bancaire²⁶. On connaît aussi des médiations politiques, au sens large, qui servent avant tout à recréer ou tenter de recréer un dialogue entre des parties qui, pour une raison ou une autre, ont décidé de ne plus se parler : catholiques traditionalistes contre modernistes, grévistes contre non-grévistes... Le faible contenu juridique de telles médiations justifie certainement que le droit organise leur mise en œuvre d'autant qu'il ne possédera pas toujours les réponses appropriées. Que l'on pense par exemple à la médiation de M. Rouger entre banques et professionnels de l'immobilier. Dans ce cas, il faut bien admettre que l'application stricte du droit – même assoupli par l'utilitarisme des procédures collectives – aurait probablement eu des conséquences catastrophiques. On pourrait en dire de même de cette médiation entre *Le Monde* et les auteurs du pamphlet à succès qui a étouffé la controverse comme on éteint un feu...

24. « Access to justice », A world survey, dirigée par MM. Cappelletti et Garth, Leyden, London and Boston, A.W. Sijthoff international publishing company, B.V., Milan-Dort. A. Giuffrè editore, 1978.

25. Art. précité, p. 737 col. 1.

26. Art. L. 312-1-3 CME.

IV. Cette discussion a le mérite d'amener le juriste à se poser la question : qu'est-ce que l'efficacité de la justice ?

- Les statistiques du Centre de médiation et d'arbitrage de Paris sont les suivantes : le taux de réussite est de 73 % pour les médiations conventionnelles (85 % des médiations) et de 65 % pour les médiations « judiciaires » (15 %). Ce sont évidemment des résultats impressionnants à condition de ne pas oublier que les résultats de la justice sont de 100 % -si l'on veut un jugement, on l'a nécessairement. Cette observation ne prétend pas épuiser la question.
- L'efficacité de la justice est difficile à définir. D'abord parce que la définition est sans doute affaire de point de vue. Un sociologue s'attachera davantage à l'idée qu'elle doit « faire du lien social » ; un professeur de droit à ce qu'elle décide de manière cohérente et conforme au droit ; un ministre de la Justice à ce qu'elle fasse le mieux possible avec ce qu'elle a. Pour un juge, on peut imaginer une justice idéale, dont M. Canivet a tracé les grands traits²⁷ ou tirer le meilleur parti des moyens dont elle dispose. M. Lamanda a observé que l'encombrement de la Cour de cassation avait été un puissant facteur de réforme de son fonctionnement. Les statistiques l'attestent²⁸.
- L'interférence entre modes alternatifs de règlement des conflits et justice étatique est de plus en plus grande en raison d'une « idéologie » de la justice négociée, évoquée par Evelyne Serverin, supposée supérieure à une justice qui « tranche ». La possibilité pour le juge de recourir à une *injonction* pour favoriser une conciliation²⁹ en est une illustration. Mais, peut-on en même temps exalter le droit au juge ? Le projet ALI-Unidroit contient de ce point de vue des dispositions surprenantes. L'article 24-3 prévoit que « les parties, avant et après le début du procès, coopèrent à toute tentative raisonnable de conciliation ou transaction. Dans sa décision sur les frais de procédure, le tribunal peut tenir compte du refus déraisonnable d'une partie de coopérer ou de son comportement de mauvaise foi lors des tentatives de conciliation ou de transaction ». La sanction de la mauvaise foi peut se comprendre. Celle d'un « refus déraisonnable » est plus préoccupante³⁰. Il faut prendre garde en tout cas que la recherche de l'efficacité des modes alternatifs

27. Évaluation de l'efficacité économique des procédures, in *Mesurer l'efficacité économique du droit*, LGDJ, 2005, sp. p. 85 et s., Quelques remarques sur l'évaluation de l'efficacité de l'administration de la Justice.

28. En dix ans, le stock des affaires en fin d'année est passé de 33887 à 18334 (- 46 %). Le nombre de dossiers jugés est demeuré relativement stable, mais la durée d'une procédure se terminant par un arrêt est passée de 595 jours à 400 jours.

29. Art. 21 de la loi du 8 février 1995, modifié par la loi du 9 septembre 2002.

30. Et illogique à certains égards. Le commentaire du texte souligne que « de telles procédures se trouvent par exemple dans les règles procédurales de la province Ontario (Canada) ou encore dans la Part. 36 des nouvelles règles anglaises de procédure civile. Il s'agit là de procédures formelles au cours desquelles une partie peut faire une offre définitive de transaction et ainsi obliger la partie adverse à accepter ou à décliner cette offre sous la menace de condamnation à des frais additionnels si cette partie n'obtient pas en fin de compte un résultat plus avantageux que l'offre de transaction qui lui avait été faite ». On ne voit pas l'utilité de sanctionner une partie qui reçoit moins que ce qu'elle aurait pu recevoir...

de règlement des conflits ne finisse par se retourner contre eux. La Cour de justice des Communautés européennes a fait toucher du doigt, dans un arrêt du 26 octobre 2006³¹ rendu en matière d'arbitrage, que les règles que l'on chasse par la porte peuvent rentrer par la fenêtre...

31. *Mostaza Claro*, aff. N° 168-05. La Cour, saisie à titre préjudiciel, a dit pour droit que la validité d'une clause abusive qui n'avait pas été contestée dans une procédure arbitrale devait être examinée par le juge saisi d'un recours contre la sentence.

SEPTIÈME PARTIE

**LE TRAITEMENT
DES CONTENTIEUX SPÉCIALISÉS**

Principes économiques du traitement des contentieux

Claude CRAMPES

Professeur à l'École d'Économie de Toulouse (TSE, UT1)

L'analyse économique des contentieux est basée sur la théorie des contrats, donc sur les principes de la théorie des jeux. Il s'agit de comprendre, prédire et éventuellement améliorer les conditions dans lesquelles un petit nombre d'agents rationnels (souvent deux) ayant des intérêts partiellement convergents parviennent à un accord de création et de partage de surplus et comment ils se comportent face à des événements ou à des comportements non prévus. Cet accord, appelé équilibre par les économistes et contrat par les juristes, est presque toujours un objet complexe. L'analyse réductrice qu'en fait l'économiste au travers de modèles de comportement stratégique a pour objectif d'en souligner certains aspects particuliers, notamment le partage des risques ou les incitations aux investissements spécifiques. Les paragraphes qui suivent ne sauraient donc rendre compte de tout le corpus de connaissance sur le sujet¹. Il s'agit simplement de donner un aperçu de la manière dont les économistes interprètent les contentieux (Section 1) puis d'aborder le thème plus complexe du traitement des contentieux en matière de brevets (Section 2).

1. Pour une bonne introduction, voir SALANIÉ, *Théorie des contrats*, Economica, 1994.

Section 1

ASPECTS ÉCONOMIQUES DU CONTENTIEUX

Toute opération économique peut être interprétée comme un contrat explicite ou implicite donnant lieu à la livraison d'une marchandise ou à la prestation d'un service dans des conditions librement acceptées par les parties. Les parties peuvent être des individus, des groupes privés, des autorités publiques. Les conditions portent sur l'objet du contrat (nature, volume, qualité, date, point de livraison, états de la nature, etc.) et ses contreparties financières ou non (conditions de paiements, octroi de droits, etc.).

Le contentieux naît

- i) quand une partie au contrat considère que les conditions d'exécution ne correspondent pas à ce qu'elle en attendait;
- ii) quand une tierce partie estime que ses droits acquis lors de contrats antérieurs sont lésés par le nouveau contrat. On peut faire entrer dans cette catégorie les contestations par une autorité publique de contrats qui lésent les intérêts d'agents qu'elle représente, par exemple les poursuites pour abus de position dominante lancées par le Conseil de la concurrence.

§1. - Pourquoi naît-il des contentieux ?

Dans le cas *i*) parce que les contractants font des erreurs ou se comportent stratégiquement en profitant des lacunes ou des imprécisions du contrat lors de son exécution. Dans le cas *ii*) parce que les parties au contrat n'ont pas internalisé l'ensemble des intérêts des agents économiques réellement ou prétendument concernés par l'exécution. La microéconomie moderne considère que tout agent a un comportement stratégique. Par conséquent, les conditions d'émergence de contentieux sont essentiellement de deux types : information insuffisante sur l'ensemble des états de la nature présents et futurs et coûts de transaction. Il faudrait y ajouter le manque de rationalité des agents économiques mais la théorie économique est basée sur des axiomes très restrictifs de rationalité. La combinaison des coûts de transaction et des lacunes informationnelles explique pourquoi il est impossible de rédiger des contrats complets, mais aussi pourquoi le droit est, par nature, incomplet. Il existe une importante littérature économique sur l'incomplétude des contrats². En revanche, l'incomplétude du droit, c'est-à-dire l'impossibilité de rédiger *ex ante* des règles de droit spécifiant la totalité des conditions dans lesquelles elles sont susceptibles de s'appliquer, a jusqu'ici moins retenu l'attention des économistes³.

Puisque les contrats sont incomplets, ils donneront nécessairement naissance à des différends. Le contentieux et son traitement sont donc des éléments essen-

2. Voir par exemple TIROLE, « Incomplete contracts : where do we stand? », *Econometrica*, vol. 67, n° 4, 741-81, 1999.

3. Pour une introduction, voir OBIDZINSKI, *Économie d'un droit flexible*, Thèse Nancy, 2006.

tiels de l'environnement contractuel. Dans les travaux d'économie positive, ils constituent un ensemble de données exogènes qui contraignent le calcul des agents. Par exemple, en fonction du degré d'insécurité juridique prévalant dans différents pays, on verra les agents recourir plus ou moins volontiers à des contrats formalisés et à des arbitrages par voie officielle en cas de conflit. En complément de ces recherches, l'économie normative des contrats et des conditions de rupture édicte des règles d'efficience pour les législateurs, par exemple pour le calcul des indemnités.

§2. - La résolution d'un contentieux

Elle peut s'analyser comme la recherche d'un équilibre dans un jeu où :

- soit il y a deux agents (les parties au contrat) et éventuellement un arbitre « neutre » qui aide les parties à converger vers un équilibre de Nash, c'est-à-dire une situation où aucune partie ne regrette son choix étant donné le choix de l'autre : c'est la négociation, ou résolution extra-judiciaire des conflits;
- soit il y a trois agents (les parties + la collectivité représentée par le juge qui applique le droit écrit ou la jurisprudence, ou écrit le droit) : c'est le procès, ou résolution judiciaire des conflits.

Sous l'angle économique, le traitement du contentieux consiste en fait à rédiger un nouveau contrat dans lequel la chose est la résolution consentie ou imposée du litige et le prix est la compensation consentie ou imposée des dommages infligés par la non-exécution du contrat initial. L'avantage pour chaque partie de recourir à l'une ou l'autre voie dépend de nombreux éléments⁴. On peut citer en particulier :

- i) le degré d'observabilité et de vérifiabilité des actions. L'action d'une partie au contrat peut être observable par l'autre partie sans pour autant être vérifiable par un tiers, notamment par un juge. Établir des preuves, obtenir des rapports d'huissier sont des actions coûteuses et la partie lésée peut préférer un accord amiable hors tribunal;
- ii) la capacité des parties à faire exécuter l'accord ou le jugement. Le contrôle légal de la procédure de résolution peut exiger un formalisme rédhibitoire, beaucoup trop coûteux pour que la partie bénéficiaire ait intérêt à en demander l'exécution. En revanche, la partie lésée peut compter sur la force publique pour l'aider à être rétablie dans ses droits, alors que l'application des conclusions de la négociation passe par la bonne volonté des parties, et repose en partie sur le souci d'acquiescer à cette occasion une réputation de crédibilité;
- iii) la perte de valeur de la chose en raison de la durée des procédures. Certains litiges perdent tout intérêt s'ils ne sont pas réglés très rapidement, soit parce que les procédés techniques deviennent obsolètes, soit parce que la marchandise concernée ne peut se conserver. Il faut aussi compter avec les effets

4. Pour une analyse formelle dans le cas des brevets d'invention, voir CRAMPES et LANGINIER, « Litigation and Settlement in Patent Infringement Cases », *Rand Journal of Economics*, vol. 33, n° 2, Summer, 258-273, 2002.

de réputation qui peuvent se révéler dommageables dans l'opinion publique ou dans la population des fournisseurs, clients, partenaires et concurrents pour un agent économique trop procédurier. Pour ces raisons, la voie judiciaire de résolution des conflits est souvent jugée trop longue et incertaine;

- iv) l'expertise des représentants des parties. Ester en justice ne requiert pas les mêmes compétences ni les mêmes ressources que négocier à l'abri des regards. Certains secteurs économiques (notamment quand sont traitées des opérations touchant à la sécurité énergétique et à la défense nationale) possèdent des spécialistes de la négociation occulte peu respectueux des règles de droit;
- v) l'insécurité juridique liée au degré d'incomplétude du droit. Cette dimension du problème varie beaucoup selon les pays et la validité des droits de propriété accordés.

Dans certains domaines, notamment le droit de la concurrence, le droit boursier, le droit social, les sûretés, ou encore la propriété intellectuelle, le règlement judiciaire des contentieux passe par des instances et des procédures particulières. Cette singularité peut partiellement s'expliquer par le besoin de juges experts dans des domaines présentant des spécificités techniques. Cette spécialisation présente les mêmes avantages et les mêmes inconvénients que la régulation sectorielle (l'ARCEP pour les télécoms, la CRE pour l'énergie, etc.) : les décisions sont mieux fondées que si elles étaient prises par des juges « généralistes », mais les risques de capture sont accrus.

§3. - Indemnisation

Dans le « contrat de résolution du contentieux », la partie plaignante se voit compensée de deux façons : commercialement par un changement dans le comportement de l'autre partie et financièrement par le versement d'indemnités. Le calcul des indemnités par la voie judiciaire est généralement rétrospectif alors que l'efficacité commanderait une approche prospective. Le calcul rétrospectif peut cependant se justifier en termes de signal envoyé à l'ensemble des agents susceptibles de contracter dans le futur. Il est plus facile à réaliser et il est généralement basé sur des données comptables existantes et non sur des prévisions.

De façon générale, on sait qu'il n'existe pas de règle de calcul des indemnités pouvant se substituer parfaitement aux clauses contingentes d'un contrat efficient. Par exemple, Rogerson (1984) analyse un contrat dans lequel l'une des parties doit engager des dépenses spécifiques à l'opération avant l'échange. Il est prévu que les parties peuvent renégocier s'il y a rupture et elles forment des prévisions sur ce que sera le résultat de ces négociations. Si le contrat ne prévoit aucune clause d'indemnisation en cas de rupture, les risques de hold-up (c'est-à-dire d'appropriation des rentes de l'investissement par la partie qui n'a pas investi), conduisent à un niveau d'investissement inférieur au montant optimal. Les trois modes de calcul des pénalités pour rupture les plus souvent utilisés sont l'obligation de service (forcer la partie défaillante à exécuter le contrat dans les termes fixés; en anglais « *specific*

performance damage »), la compensation (faire payer à la partie défaillante une somme correspondant au manque à gagner du cocontractant consécutif à la rupture; en anglais « *expectation damages* ») et l'indemnisation (la partie reçoit une somme qui la place dans une situation identique à celle qui aurait prévalu si le contrat n'avait pas été conclu; en anglais « *reliance damages* »). Rogerson montre que les trois modalités poussent à un surinvestissement, la performance en termes de surplus des deux parties étant la moins réduite avec l'obligation d'exécution et la plus réduite avec l'indemnisation. De fait, la certitude d'être remboursé en cas de rupture conduit la partie qui investit à dépenser plus que le montant efficient. Mais, comme l'a montré par exemple Shavell⁵, pousser les parties à investir de façon efficiente après qu'elles ont signé le contrat n'est que l'une des dimensions du problème. Il faut aussi que le système de dommages et intérêts soit efficient ex ante (les parties trouvent individuellement intérêt à s'engager quand il est collectivement efficient qu'elles le fassent) et ex post (le contrat doit pouvoir être rompu dans certains états de la nature et uniquement dans ceux-là). Et, comme nous l'avons déjà dit, aucune règle de calcul des indemnités ne peut remplacer un contrat parfaitement contingent.

Section 2

CONTENTIEUX EN MATIÈRE DE PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE

Quand on entre dans le champ de la propriété intellectuelle, aux problèmes de traitement des contentieux évoqués dans la section précédente s'ajoutent les difficultés nées de l'immatérialité des objets sur lesquels portent les droits de propriété.

§1. - L'imprécision des droits de propriété

Les droits de propriété intellectuelle sont alloués automatiquement (droits d'auteurs) ou après démarche administrative (marques, brevets) et donnent lieu à une publicité très variable. Les occasions de contentieux sont donc démultipliées, ne serait-ce que par utilisation illégale mais en toute bonne foi d'objets protégés dont la publicité a été mal faite. À cet égard, les brevets d'invention présentent l'avantage d'exiger un dépôt faisant l'objet d'une publicité normalisée. Dans les paragraphes qui suivent, nous ne traiterons que des brevets. Nous allons voir que la publicité ne les met pas à l'abri de conflits nés de l'imprécision des droits.

Le brevet est un contrat entre la collectivité (représentée par l'INPI - ministère

5. V. SHAVELL, « The Design of Contracts and Remedies for Breach », *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 99, n° 1, February, pp. 121-148, 1984.

de l'Industrie) et l'innovateur, destiné à promouvoir les recherches qui ont des applications commerciales sur lesquelles les agents privés possèdent plus d'information que les représentants de la collectivité⁶. Ce contrat est génériquement incomplet, donc risque d'être contesté : il peut l'être légalement par un tiers titulaire d'un brevet antérieur ou par un tiers contestant la brevetabilité de l'innovation, ou illégalement par un tiers contrefacteur. Le contentieux peut se régler soit par négociation entre le titulaire du brevet contesté et le tiers, soit par voie judiciaire, auquel cas la collectivité (représentée par l'autorité judiciaire) arbitre entre les intérêts du titulaire du droit, ceux du tiers, et les siens.

Parmi les principales sources de contentieux, on trouve la légitimité des droits de propriété octroyés par les offices. Un brevet ne doit être accordé que si l'innovation est nouvelle, ce qui suppose que les employés des offices chargés de les évaluer aient accès à des bases de données exhaustives. Par ailleurs, les compétences des examinateurs sont forcément limitées, ils disposent d'un temps limité et ils peuvent commettre des erreurs. Enfin, ces examinateurs sont eux-mêmes des agents stratégiques; leurs décisions dépendent donc du mode de rémunération et du contrôle dont ils font l'objet. Il n'est donc pas rare, lors de procès pour violation de brevet, de voir le juge invalider certaines, voire la totalité, des revendications enregistrées par l'administration lors de la délivrance du titre de propriété.

Aux États-Unis, le nombre annuel de dépôts de brevets d'invention a plus que doublé au cours de la dernière décennie alors que le flux annuel des brevets délivrés n'augmentait que de 60 %⁷. Cela laisse à penser que les examinateurs sont devenus plus sélectifs, donc plus efficaces et laissent moins passer de brevets qui risquent d'être invalidés. Pourtant, sur la même période, le nombre de procès en contrefaçon ou violation de brevets a lui aussi quasiment doublé, pour atteindre environ 3 000 pendant l'année 2006. Bessen et Meurer⁸ ont cherché à comprendre quels facteurs peuvent expliquer ce développement très rapide des contentieux judiciaires en matière de brevet. Ils montrent que c'est la complexification croissante des innovations, notamment en matière d'ordinateurs et de programmes d'ordinateurs qui empêchent les examinateurs américains d'apporter aux déposants les garanties dont ils auraient besoin pour leurs droits. L'imbrication, réelle ou supposée, des droits détenus provoque plus facilement le déclenchement de conflits, dont une partie importante mais difficile à quantifier se résout à l'amiable par la constitution de « pools de brevets » et la délivrance de licences croisées, ententes qui constituent des risques non négligeables en termes de droit de la concurrence⁹. Une solution à la mauvaise qualité des brevets est actuellement en

6. Voir CRAMPES, « L'objet et le champ de brevets : Qu'est-ce qui mérite d'être breveté? » *Revue Lamy de la Concurrence*, avril-juin, 192-195, 2007.

7. Voir le site www.uspto.gov de l'Office américain des brevets et marques : en 1995, 212 377 dépôts et 101 419 délivrances contre respectivement 425 967 et 173 771 en 2006.

8. BESSEN et MEURER, « The Patent Litigation Explosion, WP 05-18, Boston University school of Law, 2005; « Lessons for Patent Policy from empirical research on patent litigation », WP 05-22, Boston University School of Law, 2005.

9. Voir LERNER et alii, « The Design of Patent Pools : The Determinants of Licensing Rules », *Rand Journal of Economics*, 2007.

phase d'expérimentation aux États-Unis. Il s'agit du projet « Peer to Patent »¹⁰ qui fait appel à l'expertise des internautes pour rechercher l'antériorité des brevets demandés avant qu'ils soient octroyés. Pour l'instant, le système fonctionne sur la base de la mise en ligne volontaire de brevets (notamment par IBM, Intel, Red Hat) pour tester leur nouveauté et ainsi les rendre moins fragiles s'ils sont finalement octroyés.

§2. - Une affaire exemplaire

De façon plus pragmatique, il est intéressant de voir le traitement subi en France par un brevet dont le détenteur considère qu'il fait l'objet de contrefaçon. Voici l'esquisse d'un cas réel (anonymisé) de traitement d'un contentieux en matière de brevet.

Une société française *SF* dépose et obtient quatre brevets en (1979, 1980, 1983 et 1987 respectivement) portant sur un taximètre répondant à des spécifications techniques et commerciales précises. Une société étrangère *SE* importe et distribue en France des taximètres du même type (« version 1 »). En 1994, *SF* fait saisir ces matériels en contrefaçon complète ou partielle des quatre brevets susmentionnés. *SF* demande la confiscation et l'interdiction des importations de *SE* et 5 MF de dommages et intérêts provisionnels. Peu après, *SE* contre-attaque en demandant que soit constatée l'absence de contrefaçon et prononcée la nullité des brevets de *SF*.

En 1998, le Tribunal de Grande Instance de Paris

- i) rejette la demande en nullité des trois premiers brevets détenus par *SF*;
- ii) annule le brevet de 1987;
- iii) dit que *SE* a contrefait certaines des revendications des brevets de 1979 et 1983 et en interdit l'utilisation;
- iv) nomme un expert pour évaluer la réparation du préjudice;
- v) interdit à *SF* d'utiliser les pièces saisies chez *SE*;
- vi) condamne *SE* à payer 20 kF à *SF* et à supporter les dépens.

SA fait alors appel. En février 2000, la Cour d'appel de Paris confirme le jugement du TGIP, sauf qu'elle déclare nulles certaines des revendications du brevet de 1983, déboute *SF* de la demande en contrefaçon dudit brevet et condamne *SF* à une indemnité provisionnelle de 150 kF et aux dépens.

En septembre 2000, *SF* demande la saisie dans les locaux de *SE* d'un nouveau modèle de taximètre (« version 2 ») qui serait en infraction avec certaines des revendications du brevet de 1979. En décembre 2000, le TGIP déclare que ce nouveau matériel est bien contrefaisant des revendications 1 et 5 du brevet de 1979 et condamne *SE* à 100 kF d'amendes et 35 kF de dommages et intérêts provisionnels en attendant un rapport d'expert.

Sur la contrefaçon de la « version 1 », l'expert rend en 2001 son évaluation des dommages subis par *SF* : 140 kF de manque à gagner sur les ventes, 282 kF sur les

10. www.peertopatent.org

pièces détachées et 452 kF sur les réparations. Sur la contrefaçon de la « version 2 », l'expert rend en 2002 un rapport dans lequel il exprime des doutes sur sa mission et ne transmet pas au tribunal une évaluation claire des dommages à indemniser.

Les parties remettent leurs conclusions récapitulatives en 2004. Le jugement du TGIP rendu en décembre 2004 confirme la validité du brevet de 1979 (jusqu'en 1999), condamne SE en réparation de contrefaçon à payer à SF 648 k€ (-4,2 MF) pour la commercialisation de la « version 1 » et 1 M€ (-6,7 MF) pour la commercialisation de la « version 2 » (plus 6k€ au titre de l'article 700 du Code de procédure civile). Finalement, les parties ont trouvé un accord en transigeant sur une somme forfaitaire pour éviter de continuer le procès.

Cette affaire appelle plusieurs commentaires. D'abord, on ne peut manquer d'être impressionné par la durée de la procédure. Il est normal que le juge puisse statuer dans la sérénité, mais il est difficile de comprendre comment les agents économiques peuvent prendre des décisions rationnelles quand les procédures exigent de tels délais, en particulier quand les décisions en matière de dommages se matérialisent alors que le brevet concerné n'est plus opérationnel. On est loin de la sécurité juridique nécessaire à la bonne conduite des affaires.

Ensuite, il est difficile de se sentir satisfait quand on voit que cette débauche procédurière débouche finalement sur un accord. Ne vaudrait-il pas mieux obliger les parties à passer d'abord devant un conciliateur et à verser une caution, laquelle serait perdue s'il apparaît finalement que les parties s'entendent parallèlement à la procédure judiciaire et empêchent ainsi l'institution de s'occuper d'autres affaires?

La troisième remarque concerne le flou existant autour des droits conférés par le brevet. À quoi sert l'Inpi si un juge peut et doit dire que telle ou telle revendication n'est pas fondée? Si le brevet est soluble dans l'institution judiciaire, les contrefacteurs peuvent espérer le faire fondre progressivement avant le terme légal. Comment l'examineur qui a accordé un brevet qui s'avère partiellement ou totalement caduc doit-il être rémunéré? Et comment intégrer cette dimension dans son plan de carrière¹¹?

Enfin, l'examen de cette affaire permet de s'interroger sur le rôle sensible joué par l'expert et sur la méthode qu'il suit pour calculer les dommages-intérêts. Il s'agit ici, suivant la règle habituelle, d'indemniser le plaignant pour le préjudice subi. Cela nécessite des calculs très compliqués à la fois du manque à gagner et de la perte subie, dont la principale caractéristique est qu'ils sont basés sur des informations de nature essentiellement privée. L'expert se trouve donc dans une position stratégique où seul le souci de maintenir sa réputation le protège contre les risques de manipulation et de capture. La nomination d'un second expert serait probablement une façon efficiente pour le juge d'obtenir l'information pertinente¹².

11. Sur ce thème, voir FRIEBEL *et alii*, « Objectives and Incentives at the European Patent Office », Rapport IDEI, décembre 2006.

12. Sur ce sujet, voir GROMB et MARTIMORT, « The Organization of Delegated Expertise », *IDEI Working Paper*, n° 284, mai 2004.

CONCLUSION

La théorie économique des contrats est en plein développement depuis une vingtaine d'années. Les conditions de rupture et le calcul des dommages-intérêts ont fait l'objet de travaux d'abord en termes stratégiques et, plus récemment en termes normatifs pour tenter d'améliorer le cadre juridique dans lequel évoluent les agents économiques. Parallèlement, l'économie des brevets a commencé à s'intéresser au règlement des violations de droits et à la sanction des contrefaçons. Beaucoup de chemin reste à faire avant de disposer d'une théorie englobant l'ensemble de la problématique du traitement des contentieux, notamment en tenant compte explicitement de l'enchaînement et de la durée des procédures. Les progrès en ce domaine ne pourront venir que de la collaboration entre juristes et économistes.

BIBLIOGRAPHIE

- BESSEN J. and M. J. MEURER (2005a), « The Patent Litigation Explosion », WP 05-18, Boston University School of Law, www.bu.edu/law/faculty/papers
- BESSEN J. and M. J. MEURER (2005b), « Lessons for Patent Policy from empirical research on patent litigation », WP 05-22, Boston University School of Law, www.bu.edu/law/faculty/papers
- CRAMPES C. (2007), « L'objet et le champ des brevets : Qu'est-ce qui mérite d'être breveté? », *Revue Lamy de la Concurrence*, Avril-Juin, 192-195, idei.fr/doc/by/crapmes/brevets.pdf
- CRAMPES C. et C. LANGINIER (2002), « Litigation and Settlement in Patent Infringement Cases », *Rand Journal of Economics*, volume 33, n° 2, Summer, 258-273.
- FRIEBEL G., A. KOCH, D. PRADY et P. SEABRIGHT (2006), « Objectives and Incentives at the European Patent Office », Rapport IDEI, décembre http://idei.fr/doc/by/seabright/report_epo.pdf
- GROMB D. et D. MARTIMORT (2004), « The Organization of Delegated Expertise », *IDEI Working Paper*, n° 284, mai, idei.fr/doc/wp/2004/organization_delegated.pdf
- LERNER J., M. STROJWAS et J. TIROLE (2007), « The Design of Patent Pools : The Determinants of Licensing Rules », *Rand Journal of Economics*.
- OBIDZINSKI M. (2006), « Économie d'un droit flexible », Thèse Nancy, http://tel.archives-ouvertes.fr/docs/00/13/09/56/PDF/these_marie_6.pdf.
- ROGERSON W. P., « Efficient Reliance and Damage Measures for Breach of Contract » *The Rand Journal of Economics*, vol. 15, n° 1, Spring, pp. 39-53.
- SALANIÉ B. (1994), *Théorie des contrats*, Economica.
- SHAVELL S. (1984), « The Design of Contracts and Remedies for Breach », *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 99, n° 1, February, pp. 121-148.
- TIROLE J. (1999), « Incomplete contracts : where do we stand? », *Econometrica*, vol. 67, n° 4, 741-81.

Le traitement des contentieux spécialisés

Joanna SCHMIDT-SZALEWSKI

Professeur de droit à l'Université Robert Schuman (Strasbourg)

L'affaire des taximètres a été jugée avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007¹ de lutte contre la contrefaçon, dont l'objet principal (mais non unique) est la transposition de la directive n° 2004/48/CE du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle. Toutefois, étant donné que le délai de transposition, qui expirait le 29 avril 2006, a été largement dépassé, les parties auraient pu demander au juge d'interpréter le droit français « dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par celle-ci »². Il n'est pas certain que cette référence aurait modifié l'issue économique du litige. Pour évaluer l'impact des nouvelles dispositions sur la détermination des conséquences civiles de la contrefaçon, il convient de comparer les outils économétriques utilisés dans le système antérieur avec ceux disponibles selon le système de la loi nouvelle.

1. JO du 30 oct. 2007, p. 17775 et rectific. JO 10 nov. 2007, p. 18506.

2. CJCE, 13 nov. 1990, aff. C-106/89, *Marleasing SA c/ La Comercial Internacional de Alimentation SA*, Rec. p. I-4135.

Section 1

LES OUTILS D'ÉVALUATION DES INDEMNITÉS APPLIQUÉS
DANS L'AFFAIRE DES « TAXIMÈTRES »

L'action en contrefaçon paraît revêtir une double nature, à la fois action réelle-corrrection de l'atteinte à un droit privatif- et personnelle-réparation du préjudice subi. Indépendamment des mesures civiles qui tendent à mettre fin à l'activité illicite (interdiction, confiscation), le tribunal doit ordonner l'indemnisation du préjudice découlant de la contrefaçon. « La contrefaçon engage la responsabilité civile de son auteur »³, en créant à sa charge l'obligation de réparer le préjudice causé au breveté. Il faut alors évaluer la somme qui lui sera allouée. En l'absence de dispositions légales spécifiques réglant le régime de cette réparation, on doit appliquer le droit commun de la responsabilité civile délictuelle⁴, qui se contente de mentionner la finalité réparatrice de la dette du responsable : en droit français, les dommages et intérêts sont compensatoires, non punitifs. En application de ce texte, l'indemnité de contrefaçon doit réparer tout le préjudice, mais seulement le préjudice certain et directement imputable à la contrefaçon⁵. Elle ne peut donc ni dépasser le préjudice⁶, ni couvrir celui imputable à d'autres causes. Corrélativement, la réparation ne dépend pas du chiffre d'affaires ou des bénéfices réalisés par le contrefacteur et peut être inférieure ou supérieure à ceux-ci⁷. En effet, on ne cherche pas à savoir ce qu'a gagné le contrefacteur, mais ce qu'a perdu le breveté. Selon cette logique, il a été jugé que le breveté subit un préjudice résultant de l'atteinte à son droit, même si le contrefacteur n'a pas exploité commercialement l'invention⁸. Les juges du fond en déterminent souverainement le montant⁹ à la date de sa liquidation et non à celle des faits illicites¹⁰.

Afin de calculer l'indemnité, on doit cerner l'ampleur réelle du préjudice résultant de la contrefaçon. Ceci impose d'effectuer successivement deux opérations : il convient, tout d'abord, de déterminer l'étendue de la contrefaçon, ce que l'on dénomme la « masse contrefaisante » ; par rapport à cette masse, on déterminera ensuite le dommage subi par le breveté.

La masse contrefaisante qui sert d'assiette de calcul de l'indemnité de contrefaçon consiste dans l'ensemble des objets contrefaisants. Elle est évaluée en tenant compte du nombre d'objets et de leur valeur marchande. La masse contrefaisante

3. C. propr. intell., art. L. 615-1, al. 2, à propos des brevets d'invention.

4. C. civ., art. 1382 et 1383.

5. Paris, 1^{er} juill. 1986 : *PIBD* 1986, 401, III, 403, reprenant cette formule expressément.

6. Cass. com., 19 oct. 1999 : *PIBD* 2000, 689, III, 3.

7. Lyon, 29 janv. 2004 : *RDPI* 2004, n° 157, p. 20 ; *PIBD* 2004, 786, III, 282.

8. Toulouse, 5 avr. 2000 : *PIBD* 2000, 704, III, 404. – Paris, 19 nov. 1997 : *PIBD* 1998, 647, III, 69 ; *RTD com.* 1998, 588, obs. Azéma, « la contrefaçon, constituant une atteinte au monopole conféré par le brevet, s'analyse en toute hypothèse en la perte d'une chance de vendre le produit protégé ».

9. Cass. com., 27 oct. 1992 : *PIBD* 1993, 537, III, 76 ; *RTD com.* 1994, p. 46, obs. Chavanne – Cass. com., 24 oct. 2000 : *PIBD* 2001, 716, III, 125.

10. Paris, 30 oct. 1996 : *PIBD* 1997, 625, III, 78.

comporte non seulement les objets contrefaits eux-mêmes, mais aussi les accessoires qui se vendent nécessairement avec eux et qui forment un « tout commercial »¹¹. Ainsi, dans l'affaire des taximètres, le Tribunal de grande instance de Paris¹² détermine le préjudice subi par le breveté en commençant par évaluer la masse contrefaisante ; à cet égard, il retient les chiffres proposés par le rapport de l'expert : le dispositif anti-fraude breveté faisait partie intégrante des taximètres dont il était indissociable ; il formait avec celle-ci un « tout commercial ». En conséquence, la masse contrefaisante est constituée par la totalité des ventes réalisées par les contrefacteurs, à savoir 3 189 unités du taximètre 1 145 et 3 294 unités du taximètre 1 150. En revanche, le tribunal refuse d'inclure dans la masse contrefaisante les pièces détachées et adaptateurs électroniques, en considérant qu'il s'agit là de ventes simplement hypothétiques.

C'est par rapport à cette « masse contrefaisante » que seront ensuite calculés les éléments du préjudice réparable qui, conformément au droit commun de la responsabilité, sont d'une part la perte subie et, d'autre part, le gain manqué par le titulaire du brevet¹³.

S'agissant d'évaluer le gain manqué, la jurisprudence distingue selon que le breveté exploitait ou non son titre. Si le breveté n'a ni exploité ni concédé de licence, le préjudice est généralement estimé au prix de la licence que le contrefacteur aurait dû payer pour pouvoir exploiter licitement le brevet¹⁴. Tenant compte des critiques adressées à cette solution, qui ne dissuadait pas suffisamment les contrefacteurs¹⁵, la jurisprudence s'oriente vers une majoration de l'indemnité par rapport au simple montant des redevances de licence, au motif que le titulaire du droit n'avait pas l'obligation d'accorder de licence et aurait pu la refuser au contrefacteur si celui-ci la lui avait demandée¹⁶.

Si le breveté exploite son titre, le manque à gagner est généralement fixé en évaluant les bénéfices nets qu'il aurait pu réaliser en l'absence de contrefaçon¹⁷. Il s'agit des bénéfices qui auraient probablement été réalisés dans le cours normal des affaires, c'est-à-dire si la contrefaçon n'avait pas eu lieu. Il n'existe pas de règles bien définies pour statuer sur cette question. Il faut prendre en considération la situation de la concurrence sur le marché considéré : moins il y a de concurrents s'agissant du produit contrefait, plus il est probable que le breveté aurait vendu lui-même les produits à la place du contrefacteur. À la limite, s'il n'y a pas de produits substituables au produit breveté, c'est la totalité du marché qui aurait été occupée par le breveté : il dispose alors d'un véritable monopole au sens économique du terme¹⁸. Tel était le cas dans l'affaire des taximètres, où le tribunal a

11. Paris, 24 avr. 1986 : *PIBD* 1986, 397, III, 309. – Cass. com., 24 oct. 2000 : *PIBD* 2001, 716, III, 125.

12. TGI Paris, 10 déc. 2004, inédit.

13. C. civ., art. 1149 à propos de la responsabilité contractuelle.

14. Paris, 30 nov. 1977 : *PIBD* 1978, 216, III, 225. – 12 nov. 1991 : *PIBD* 1992, 519, III, 194. – Cass. com., 11 janv. 2000 : *JCP E* 2000, p. 346 ; *PIBD* 2000, 697, III, 217.

15. J. FOYER et M. VIVANT, *Droit des brevets*, PUF, 1991, p. 352.

16. Paris, 28 sept. 1993 : *PIBD* 1993, 556, III, 698. – 24 avr. 1998 : *Dossiers Brevets* 1998, II, 2.-Lyon, 29 janv. 2004, préc.-V. pour un exemple de calcul : Paris, 2 juin 2006 : *PIBD* 2006, 835, III, 549.

17. Paris, 17 oct. 1978 : *Dossiers Brevets* 1980, I, 6. – 7 avr. 2004 : *PIBD* 2004, 789, III, 375.

18. Paris, 3 juin 1998 : *RDPI* 2000, n° 114 ; Paris, 30 avril 1997 : *PIBD* 1997, III, 461.

considéré que le préjudice devait se mesurer par rapport au total des ventes réalisées par les contrefacteurs, dans la mesure où tout taximètre devait obligatoirement comporter un dispositif anti-fraude et qu'aucune autre technique n'était offerte sur le marché. Toutefois, le breveté qui était le seul fabricant des dispositifs anti-fraude, n'était pas seul sur le marché, les vendant à sa filiale, à son licencié et à des tiers. De plus, jusqu'à 1996, un autre contrefacteur a existé, ayant par la suite cessé ses agissements illicites. En l'absence de contrefaçon, le nombre d'appareils vendus se serait réparti entre ces compétiteurs dans une proportion analogue à leur part de marché.

À ce stade, se pose la question de savoir comment déterminer en pratique quelle aurait été la situation du titulaire du droit en l'absence de contrefaçon. Le breveté aurait-il vendu la même quantité de taximètres supplémentaires? Ou bien le contrefacteur aurait-il vendu la même quantité de taximètres différents, non contrefaisants? Ou un autre concurrent aurait-il profité de la situation et vendu une certaine quantité de taximètres? On le voit, il est difficile, voire impossible de répondre avec précision à ces questions.

Les tribunaux traitent ces problèmes en considérant la capacité industrielle et commerciale du breveté. Si l'exploitation contrefaisante dépassait ses possibilités d'exploitation personnelle, on répare la perte d'exploitation pour les actes que le breveté aurait pu accomplir et la perte de redevances pour le reste¹⁹. À l'inverse, le breveté leader du marché subit une perte plus importante²⁰. Ainsi, dans l'affaire des taximètres, le tribunal observe que l'expert « a relevé que le breveté, en dépit de sa petite taille, avait la possibilité de s'adapter rapidement à des variations de commandes ». Il avait donc la capacité de produire et de vendre l'ensemble des appareils vendus par le contrefacteur.

Encore reste-t-il à déterminer l'étendue du dommage résultant des ventes perdues. Ici, le breveté doit dévoiler les détails comptables concernant ses profits sur les ventes des produits. L'expert devra conduire une analyse attentive des coûts de l'entreprise du breveté et celle des coûts supplémentaires que celui-ci aurait encourus pour vendre les produits contrefaits. Dans l'affaire des taximètres, le Tribunal relève que la vente des produits dont il a été privé n'aurait pas généré pour le breveté de charges supplémentaires qui auraient dû être déduites de sa marge bénéficiaire. Le préjudice subi par le breveté consiste donc dans la part d'affaires manquées au sein de la masse contrefaisante, multipliée par la marge bénéficiaire brute qu'il réalisait sur chaque cession de taximètre. Cette marge était variable selon la qualité de l'acheteur : filiale ou tiers; pour les ventes perdues par le licencié, la perte de redevance est évaluée à 500 F (environ 75 euros) par appareil. Le tribunal retient les chiffres proposés par le rapport d'expert à l'issue de ces opérations arithmétiques : 648 229 euros pour le taximètre 1145 et 1 029 100 euros pour le taximètre 1150.

Les bénéfices perdus ne consistent pas seulement dans les profits que le breveté aurait pu faire en l'absence de contrefaçon, mais encore dans la diminution de ses

19. Cass. com., 27 oct. 1992 : *PIBD* 1993, 537, III, 76.

20. Lyon, 29 janv. 2004 : *PIBD* 2004, 786, III, 282; *RDPI* 2004, n° 157, p. 20.

profits en conséquence de la diminution des prix à laquelle il a dû consentir pour se maintenir sur le marché suite à la contrefaçon. Tel n'était pas le cas dans l'affaire des taximètres.

Les pertes subies consistent, en général, dans le dommage qui excède la privation de bénéfices. Tel est le cas, par exemple, lorsque le contrefacteur a provoqué la dépréciation du produit breveté, en commercialisant un produit bon marché de qualité médiocre²¹, ou que la situation a découragé d'éventuels licenciés ou cessionnaires du brevet²². Il ne faut pas oublier le préjudice moral, qui a pu être subi par le titulaire des droits à cause de la contrefaçon : atteinte à la réputation, à l'image de marque, etc. Le breveté peut réclamer au contrefacteur une indemnité pour couvrir les « peines et soins du procès » et les dépenses qu'il a dû engager pour faire respecter son droit (saisie-contrefaçon, consultations, expertise, etc.). Cette indemnisation peut être fondée sur l'article 700 du Code de procédure civile²³. Dans l'affaire des taximètres, le tribunal condamne les défendeurs au paiement de 6 000 euros à ce titre.

Le tribunal peut ordonner la publication des extraits de sa décision aux frais du condamné dans des journaux qu'il énumère²⁴. Il doit limiter le nombre et coût de ces insertions, dont le but est de compléter la réparation du dommage subi par le breveté et d'avertir les tiers²⁵.

Les méthodes d'évaluation du préjudice subi par la victime de la contrefaçon seront-elles différentes sous la loi nouvelle?

Section 2

LES OUTILS D'ÉVALUATION DES INDEMNITÉS SELON LA LOI NOUVELLE

La loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon (préc.) édicte des dispositions communes et harmonisées pour tous les droits de propriété industrielle (le droit d'auteur demeure soumis à certaines des règles spécifiques). Elle réserve l'action en contrefaçon aux titulaires des droits (et sous certaines conditions aux licenciés exclusifs); harmonise les délais de prescription à trois ans; introduit des innovations importantes dans le procès en contrefaçon, tant à propos des mesures probatoires et conservatoires, que de l'évaluation de la réparation due

21. Paris, 21 mars 1979 : *PIBD* 1979, 243, III, 309; *Dossiers Brevets* 1980, II, 7. – Lyon, 5 mars 1992 : *PIBD* 1992, 525, III, 363).

22. Paris, 29 nov. 1978 : *PIBD* 1979, 236, III, 190.

23. Paris, 16 sept. 2005 : *PIBD* 2006, 821, III, 36, les frais de saisie-contrefaçon sont exclus des dépens et compris dans l'indemnité au titre de l'art. 700 CPC (arrêt rendu à propos de la contrefaçon de logiciel) et sur l'article 1382 du Code civil (Amiens, 29 nov. 2002 : *RDPI* 2003, n° 143, p. 16).

24. Paris, 30 sept. 1983 : *PIBD* 1984, 339, III, 7. – C. LALANNE GOBET, « Publication judiciaire des décisions en matière de contrefaçon », *JCP E* 1999, p. 1091.

25. Paris, 28 janv. 2005 : *PIBD* 2005, 806, III, 229, le breveté ne peut dépasser ces limites sans engager sa responsabilité.

par le contrefacteur. Dans le cadre limité de cette contribution, il sera question de ces dernières.

La loi traite des conséquences civiles, les aspects répressifs n'entrant pas dans le domaine de la directive. Une proposition de directive concerne également les mesures pénales en matière de contrefaçon²⁶. Toutefois, la loi s'intéresse aux aspects répressifs de la contrefaçon, notamment en prévoyant des peines complémentaires de rappel des marchandises contrefaisantes, de leur destruction et confiscation, ainsi que de publication de la décision. Elle étend aux actes de contrefaçon portant sur « des marchandises dangereuses pour la santé, la sécurité de l'homme ou de l'animal » les peines aggravées déjà appliquées pour le délit de contrefaçon en bande organisée²⁷.

De nouvelles dispositions concernent les modalités de détermination de l'indemnisation. Toutefois, la loi française n'a pas retenu la distinction entre le contrefacteur de bonne et de mauvaise foi, qui figure dans la directive (art. 13) en tant qu'option. La CJCE sera probablement interrogée sur le caractère impératif ou non de cette distinction. Sur le plan des principes, la directive précise (consid. 26) que son but n'est pas d'introduire des dommages et intérêts punitifs, mais « de permettre un dédommagement fondé sur une base objective tout en tenant compte des frais engagés par le titulaire des droits, tels que les frais de l'identification et de la recherche » (du contrefacteur). La fixation des indemnités reste donc soumise au principe indemnitaire contenu dans l'article 13 de la directive : elles doivent être « adaptées au préjudice que celui-ci (le titulaire) a réellement subi du fait de l'atteinte ». Le législateur et le juge français doivent respecter cet objectif d'harmonisation communautaire. Dans la version définitive de la directive, ses rédacteurs n'ont pas retenu les dispositions de la proposition du 30 janvier 2003²⁸, qui permettaient l'octroi de dommages et intérêts punitifs. L'ensemble des dispositions de la directive et son approche générale indiquent l'intention de permettre une meilleure indemnisation des victimes de la contrefaçon, qui souvent se plaignent de ce que les dommages et intérêts ne dissuadent pas suffisamment les contrefacteurs potentiels. À l'avenir, les tribunaux devront évaluer l'indemnisation conformément à la nouvelle loi française, mais dans le respect des objectifs de la directive et de l'interprétation que la CJCE en aura donnée. Le juge national doit « assurer le plein effet » des normes communautaires, en laissant au besoin inappliquée de sa propre autorité ou sur demande des parties, toute norme nationale contraire à la directive. Il n'a pas à demander ou à attendre l'élimination de pareille norme par la voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel²⁹. L'évaluation des indemnités de contrefaçon devra donc tenir compte de ces impératifs et en particulier des réponses que la CJCE va apporter aux questions préjudicielles que vont

26. Doc. COM (2005) 0276final, mod. 26 avr. 2006 : Doc (2006), 168final : *RTD com.* 2006, n° 2, p. 338, obs. Galloux.

27. CPI, art. L. 615-14, pour les brevets.

28. COM (2003)46 final. Voir : W. CORNISH, J. DREXL, R. HILTY & A. KUR, Proposal for a Directive on Measures and Procedures to Ensure the Enforcement of Intellectual Property Rights- A First Statement : *IIC* vol. 34, 2003, p. 530.

29. CJCE, 9 mars 1995, *Simmenthal* : *Rec.*, p. 629.

lui poser les juridictions des différents États membres. De plus, l'Accord sur les Aspects des Droits de propriété intellectuelle liés au commerce (ADPIC), annexé à la convention instituant l'Organisation mondiale du commerce de 1994, comporte une série de dispositions relatives aux « Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle » (art. 41 à 61). Or, la CJCE a estimé, à propos des mesures provisoires (ADPIC, art. 50), que dans les domaines où la Communauté a déjà légiféré, les autorités judiciaires des États membres sont tenues d'appliquer leurs règles nationales « dans la mesure du possible » à la lumière du texte et de la finalité de cet accord³⁰. Cette règle s'imposera donc au juge français lors de l'interprétation de la nouvelle loi de lutte contre la contrefaçon.

Tout en restant sous l'emprise du principe indemnitaire, le contenu concret des règles relatives à l'indemnisation s'éloigne des principes suivis en la matière par les tribunaux français. En effet, la nouvelle loi prévoit, conformément à la directive (art. 13.1, a) deux méthodes possibles de calcul des indemnités.

La première méthode d'évaluation conduit à prendre en considération « les conséquences économiques négatives, dont le manque à gagner, subies par la partie lésée, les bénéfices réalisés par le contrefacteur et le préjudice moral causé au titulaire du droit du fait de l'atteinte ». Cette disposition est répétée pour chacun des droits de propriété industrielle³¹; elle est même introduite à propos de la protection des indications géographiques (art. L. 722-6). S'il paraît conforme au principe indemnitaire de prendre en considération « les conséquences économiques négatives » que subit le titulaire du droit auquel la contrefaçon a porté atteinte, il peut paraître plus surprenant de tenir compte des bénéfices réalisés par le contrefacteur.

« Les conséquences économiques négatives » consistent dans le manque à gagner, la perte de chance et la perte subie. Le traitement de cette question ne devrait pas se trouver modifié sous l'empire de la loi nouvelle. Pour déterminer quelle aurait été la situation du titulaire du droit en l'absence de contrefaçon, les tribunaux continueront, sans doute, à évaluer tout d'abord la « masse contrefaisante » (*supra*), par rapport à laquelle ils définiront le dommage subi par la victime de la contrefaçon³².

Sans innover par rapport aux solutions antérieures, la loi nouvelle mentionne le préjudice moral, suivant l'article 13.1, a) de la directive, selon lequel les autorités judiciaires prennent en considération « (...) dans des cas appropriés, des éléments autres que des facteurs économiques, comme le préjudice moral (...) ». La prise en compte du dommage moral s'imposera ainsi même dans les États qui ne l'admettaient pas jusqu'à présent, tels l'Allemagne. Pareil préjudice pourrait consister, par exemple, dans l'atteinte à la réputation de l'entreprise victime de la contrefaçon.

30. CJCE, 14 déc. 2000, aff. C-300 et 392/98, *Parfums Christian Dior et al.* : *Rec.*, p. I-11307; *PIBD* 2001.727, III, 469; *RLD aff.* 2001, n° 2347, obs. Simon; *Comm. com. électr.* 2001, comm. n° 96, note Caron.

31. Nouveaux articles L. 521-7 pour les dessins et modèles; L. 615-7 pour les brevets; L. 623-28-1 pour les certificats d'obtention végétale; 716-14 pour les marques.

32. J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4^e éd., 2007, n° 234, p. 95.

On peut se demander quel rôle va jouer la nouvelle prise en considération les « bénéfices réalisés par le contrefacteur » dans la fixation des dommages et intérêts. Il ne s'agit plus de dommages et intérêts punitifs qui avaient figuré dans la proposition de directive de 30 janvier 2003 ; la somme accordée à ce titre à la victime de la contrefaçon ne pourra donc pas dépasser le montant du préjudice qu'elle a subi. Les rédacteurs de la loi n'ont pas reproduit à propos de ces bénéfices l'adverbe « injustement » figurant dans le texte de la directive. Ils souhaitaient sans doute ainsi distancer le droit français de la restitution de l'enrichissement injuste, au sens de « restitution » du droit anglo-américain. De toute manière, la directive n'envisage pas la « restitution » des profits du contrefacteur, mais seulement la « prise en considération » de ceux-ci dans l'évaluation des dommages et intérêts. En effet, le demandeur ne peut réclamer à la fois l'indemnisation de son dommage et la restitution des profits faits par le défendeur, car il pourrait ainsi obtenir une somme excédant son préjudice, ce qui serait contraire au principe indemnitaire affirmé par la directive. Pourtant, à propos de la contrefaçon de droit d'auteur, il existe déjà la possibilité de confiscation et de remise des recettes procurées par le délit (CPI, art. L. 335-6). Il restera à préciser si cet élément est à prendre en compte impérativement ou de manière facultative. En tout cas, les deux sommes sont distinctes et les bénéfices réalisés par le contrefacteur ne sont pas une notion abstraite, mais nécessitent une analyse des comptes de celui-ci. Le rôle des experts va être nécessairement accru dans le nouveau système, puisqu'ils devront analyser non seulement la perte subie par le titulaire du droit, mais encore les profits réalisés par le contrefacteur.

L'expérience de la jurisprudence allemande peut être utile pour éclairer les difficultés pratiques de cette méthode, pratiquée depuis longtemps en Allemagne. Le contrefacteur est traité comme s'il avait fait des profits pour le compte du titulaire du droit. Les discussions portent sur l'évaluation des profits que le contrefacteur a évidemment tendance à minorer. Le *Bundesgerichtshof* (BGH) fut appelé à dire si le contrefacteur pouvait déduire de son chiffre d'affaires lié à la contrefaçon non seulement les frais et coûts directement liés à celle-ci, mais encore un pourcentage des frais fixes de son entreprise. La Cour suprême allemande déclara que seuls les frais et coûts variables, directement liés à la production des marchandises contrefaisantes pouvaient être déduits, à l'exclusion des frais fixes, tels que les loyers, ou l'amortissement du matériel, car ces frais auraient été encourus de toute façon par l'entreprise du contrefacteur. Cette solution a pour résultat économique d'augmenter considérablement les profits résultant de la contrefaçon. De plus, le BGH réforma l'arrêt d'appel en ce que celui-ci avait accordé à la victime seulement 70 % des profits réalisés par le contrefacteur, après avoir admis que 30 % de ces profits étaient dus aux efforts personnels du contrefacteur (l'utilisation de ses fichiers personnels des clients, utilisation de son savoir-faire commercial, etc.). Selon la Cour suprême, ces efforts ne peuvent pas être invoqués par le contrefacteur. Il va de soi qu'il appartient au contrefacteur d'apporter la preuve de tous les frais qu'il entend déduire. Toutefois, la doctrine allemande considère que la restitution des profits de la contrefaçon ne constitue pas une méthode détournée pour accorder des dommages et intérêts punitifs. La discussion continue en Allemagne

à propos de la détermination des frais et coûts qui auraient été encourus de toute manière, même en l'absence de contrefaçon. Il est à prévoir que les juridictions allemandes poseront des questions préjudicielles à la CJCE sur ces points lorsqu'il s'agira d'appliquer la loi transposant la directive n° 2004/48 ; les réponses s'imposeront évidemment aux juridictions françaises, sous le contrôle de la Cour de cassation.

Le second système prévu par la nouvelle loi en accord avec la directive (art. 13.1, b) est beaucoup plus novateur, puisqu'il permet à la victime de demander une indemnisation forfaitaire, ce qui était traditionnellement condamné par la Cour de cassation³³. Celle-ci ne pourra être inférieure « au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrefacteur avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte ». Dans la version définitive de la directive a été supprimée la disposition figurant dans la proposition de 2003 qui, s'inspirant de la jurisprudence allemande, fixait les dommages et intérêts au double de la redevance de licence normale. Cette modification s'explique par le reproche adressé à cette solution, qui équivalait à des dommages et intérêts punitifs. Les tribunaux français et allemands pratiquaient déjà cette méthode depuis longtemps, mais sans fixer de règles précises quant à la détermination des redevances de la licence fictive (*supra*). La directive ne semble pas interdire des dommages et intérêts supérieurs à cette redevance fictive, puisqu'elle prévoit qu'elle ne peut pas être « inférieure à » celle-ci. Dans tous les cas, il faut néanmoins recourir à une expertise, ne serait-ce que pour déterminer le montant « normal » de la redevance, par rapport à laquelle des ajustements sont à effectuer. Dans la situation la plus favorable, le titulaire a passé des licences sur le brevet contrefait, ce qui permet de se référer aux redevances contractuelles réelles. En l'absence de telles licences, le titulaire peut apporter la preuve d'accords relatifs à des brevets similaires, ou dans le même domaine de la technique.

La loi nouvelle complète l'éventail des mesures pouvant être prononcées à l'encontre des contrefacteurs. Dans tous les cas, le juge peut ordonner le rappel ou la mise à l'écart des circuits commerciaux des marchandises contrefaisantes, ainsi que leur destruction ou confiscation. Toutefois, il n'est pas expressément prévu d'adresser au contrefacteur et aux intermédiaires une injonction d'avoir à cesser les actes illicites (dir., art. 11) ; les moyens procéduraux de droit commun continueront à être utilisés. La loi prévoit la possibilité pour le tribunal d'ordonner la publication des extraits des décisions, y compris par voie électronique aux frais du contrefacteur. Alors qu'elle était pratiquée depuis longtemps en France, cette mesure trouve ainsi une base légale.

33. Cass. com., 29 juin 1999 : *Comm. com. électr.* 1999, comm. 41, note Caron.

CONCLUSION

La loi française de lutte contre la contrefaçon ne conduira pas nécessairement à une aggravation des sanctions, car celles-ci semblent rester soumises au principe indemnitaire. Toutefois, les magistrats devront suivre les nouvelles méthodes d'évaluation des dommages et surtout agir dans le respect des objectifs et du contenu de la directive, tels qu'ils seront interprétés par la jurisprudence communautaire. C'est peut-être là que réside la principale innovation du nouveau système.

BIBLIOGRAPHIE

- Ch. CARON, La loi du 29 octobre 2007 dite « de lutte contre la contrefaçon », *JCP E*, 2007, 2419.
- Y. CHARTIER, L'évaluation du préjudice en cas de perte de gains, *RID comp.*, 1986, p. 441.
- J.-C. COMBALDIEU, « La réparation du préjudice en matière de contrefaçon et ses méthodes d'évaluation » : *JCP CI* 1977, II, 12382.
- P. DE CANDÉ, G. MARCHAIS, « La loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon : une harmonisation bienvenue des moyens de lutte contre la contrefaçon », *Prop. Intell. Jan.* 2008, n° 26, p. 52.
- J.-P. GASNIER, « Quelques observations à propos de la loi de lutte contre la contrefaçon », *Prop. ind. déc.* 2007, Et. 25 ; « L'évaluation du préjudice de la contrefaçon », *Dossier in Cah. dr. entr.*, n° 4/2007.
- J.-P. MARTIN, « Le Gatt et les sanctions financières de la contrefaçon de brevet d'invention », *RDPI* 1995, n° 58, p. 17.
- B. MAY, « Améliorer l'indemnisation de la contrefaçon : la loi ne suffira pas », *Prop. ind.*, mars 2008, Et. 4.
- A. KUR, The Enforcement Directive-Rough Start, Happy Landing?, *IIC* vol. 35, 7/2004, Special Issue in Honor of Professor William R. Cornish, p. 821.
- J.P. STENGER, « Sanctions de la contrefaçon », *J.-Cl. Brevets*, Fasc. 4680, 2001.
- P. MASSOT, « Les sanctions de la contrefaçon », *CCIP, Cahiers de l'IRPI*, 2005.
- P. MATHÉLY, « De l'évaluation de l'indemnité de contrefaçon », *Ann. Prop. ind.*, 1963, p. 249.
- M. NUSSENBAUM, « L'évaluation du préjudice né de la contrefaçon », *Gaz. Pal.*, 20-21 déc. 2006, p. 13.
- S. LIPOVETSKY, « Lutte contre la contrefaçon : l'exemple américain en matière de réparation de nature civile », *Comm. com. électr.*, n° 6/2006, Alerte, p. 124.
- C. RODHAIN, « Contrefaçon, réparation, indemnisation », *Gaz. Pal.* 1980, II, doct. p. 470.
- J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « La détermination des conséquences civiles de la contrefaçon selon le projet de loi de lutte contre la contrefaçon », *Prop. ind. nov.* 2007, Et. 22.

HUITIÈME PARTIE

LE RISQUE DE LA PREUVE

Le risque de la preuve Le point de vue de l'économiste

Bruno DEFFAINS

Professeur agrégé de Sciences économiques
Professeur de Sciences économiques
à l'Université Paris II Panthéon Assas
Professeur associé à Sciences Po

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

Alexis de Tocqueville

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

Jean Carbonnier

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

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

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

La clef du problème semble plutôt résider dans l'intervention du juge. On ne saurait en effet se contenter de considérer le risque de la preuve à travers le face-

à-face entre les parties (en matière de preuve, l'échange a lieu entre le juge et les parties). Le véritable enjeu consiste donc à apprécier les conséquences de la décision du juge quand le doute persiste. Le risque de la preuve invite à comprendre de quelle façon le système judiciaire gère (ou devrait gérer) le doute. Le but est principalement d'expliquer de quelle manière le juge raisonne (ou devrait raisonner) pour régler une question sur laquelle un doute persiste. Par extension, il s'agit de comprendre comment le juge fait face au risque d'erreur de jugement. Ce qui nous renvoie à la définition des règles du jeu probatoire et aux instruments à la disposition du juge pour « contrôler » ce risque. Par exemple, la manière dont le tribunal détermine la responsabilité d'un défendeur dépendra fondamentalement du critère (« standard », diraient les Anglo-saxons) de preuve utilisé. Si ce critère est très exigeant, il y a peu de risque de déclarer à tort responsable un défendeur innocent, mais on augmente le risque de ne pas déclarer responsable un défendeur « fautif ». Ce sera l'inverse avec un critère peu exigeant¹.

Ce constat est en réalité assez banal : si dans un examen on décide d'être plus sévère, on recevra moins de mauvais élèves, mais on en recalera plus de bons. Mais c'est bien dans le domaine de la justice que ce problème a fait l'objet d'innombrables débats passionnés entre mathématiciens, philosophes et politiques. Condorcet le premier proposait en 1785² une formule permettant, sous certaines hypothèses, de calculer la probabilité de condamner un innocent. Laplace en 1830³, précisant la formule, l'appliquait aux jugements en Cour d'Assises, où les jurys comprenaient douze membres, la condamnation étant prononcée à la majorité (7 voix contre 5). Laplace montrait que le risque d'erreur était alors de 1/4, valeur manifestement intolérable ! À l'arrivée des libéraux aux affaires, en 1830, la proportion était reportée à 8 voix contre 4 ; mais même avec cette modification, le risque d'erreur restait encore très élevé, Arago exposait à la Chambre des Députés que « sur 8 hommes qui montent à l'échafaud, il y en a un d'innocent » ! Et de proposer de rabaisser le risque à 1/16... Si les multiples débats et les nombreux ouvrages consacrés à la « statistique des jugements » ne sont pas l'ébauche du test statistique, elles partent de ses prémisses : « il est de notre nature, remarquait Condorcet, de ne pouvoir juger que sur des probabilités, il n'est donc pas injuste de condamner un innocent, pourvu que l'on soit assuré qu'il y a une grande probabilité que la décision rendue soit exacte ». C'était bien proposer la politique du risque consenti, avec intervention du calcul des probabilités. Et si l'on considérait comme obligatoire de condamner le plus rarement possible, mais quand même de temps à autre, un innocent, c'est bien qu'on prenait en compte, implicitement sinon explicitement, l'autre risque, celui de relaxer un coupable...

Dans cette conférence, nous entendons réfléchir à la manière dont l'analyse économique peut contribuer à éclairer les conditions de l'intervention du juge en situation de doute. Pour cela, nous chercherons à comprendre comment l'analyse

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

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

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

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

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

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

Sur tous ces points, les différences entre les droits de tradition romano-germanique et les droits de *Common Law* sont importantes. Ainsi en droit français, même si la question fait débat, il est souvent argumenté que le juge va chercher à établir la « vérité » dans son jugement⁴. Aux États-Unis en revanche, le principe général veut que le tribunal confronte les versions de chaque partie, afin de faire triompher la plus vraisemblable à l'audience. Vérité contre vraisemblance ?

De même, si la production des éléments de preuve repose avant tout sur l'initiative des parties, l'ampleur de la tâche peut varier considérablement selon que celle-ci s'effectue en vertu des principes de *Common Law* (production très complète de tous les éléments de preuve, favorables ou défavorables, dont peut disposer une partie suivant la procédure de *discovery*) ou du droit de tradition civiliste (production des éléments de preuve aptes à soutenir les prétentions des parties). Aux États-Unis, ce sont en effet les parties (i.e. leurs avocats) qui définissent les éléments de fait et de droit à soumettre au juge, qui rassemblent les éléments de preuve et qui conduisent les auditions des témoins au cours du débat. Le rôle du

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

juge est relativement passif. De leur côté, les pays de tradition romano-germanique ne connaissent pas de procédure similaire à la *discovery* et n'obligent d'ailleurs pas les parties à produire des éléments de preuves avant le procès. Le contradictoire est assuré en cours de procès, au fur et à mesure que des éléments sont communiqués au tribunal, ils le sont aussi à la partie adverse.

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

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

Section 1

LE PROCÈS COMME « JEU DE RECHERCHE DE RENTES »

Dans la plupart des systèmes juridiques, rien ne garantit que toutes les informations pertinentes soient révélées à l'occasion d'un procès. En effet, il est tentant pour une partie de ne présenter que les informations clairement à son avantage. Cela semble d'autant plus évident que chacun va essayer de susciter des doutes sur les révélations faites par la partie adverse (c'est le fondement même du principe du contradictoire). Même en cas d'application d'une procédure de type *discovery* à l'américaine (garantissant que tous les éléments de preuve présentés au juge seront normalement connus des deux parties avant le début du procès), le problème subsiste.

Dans de telles conditions, le procès apparaît avant tout comme un moyen d'éprouver la solidité des preuves et la véracité des arguments portés à la connaissance du tribunal. D'un point de vue économique, il est la manifestation d'un « jeu » où vont s'opposer des arguments caractérisés par leurs degrés de vraisemblance⁵. L'adage *idem est non esse et non probari* exprime l'idée que sans preuve il n'y a pas de droit. Ce sera donc bien du degré de vraisemblance imposé par le régime de preuve appliqué par les tribunaux que dépendra l'issue du procès. Nous y reviendrons.

Dans l'immédiat, commençons par souligner que la recherche d'éléments de

5. C'est d'ailleurs en termes de jeu que certains auteurs décrivent le fait que la charge de la preuve passe d'une partie à l'autre dans le procès. A.-L. SIBONY et E. BARBIER DE LA SERRE décrivent in « Charge de la preuve et théorie du contrôle en droit communautaire de la concurrence : pour un changement de perspective », *RTD Eur.* 2007, ce jeu comme un match de tennis.

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 Posner⁶, 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 dollars 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 généralement appréhendé par l'analyse économique comme une activité coûteuse pour les parties⁷. La littérature s'est donc naturellement concentrée sur le procès civil comme un jeu où les incitations des parties dépendent des coûts et des gains qu'elles anticipent. On parle de jeux de recherche de rentes dans la mesure où la probabilité de succès d'une partie dépend des dépenses qu'elle réalise en vue de fournir des éléments de preuve au tribunal. Dans un article célèbre⁸, Gordon Tullock décrit ainsi la procédure accusatoire comme un jeu de recherches de rentes économiquement inefficace dans la mesure où il est susceptible d'engendrer des dépenses excessives pour les deux parties. En utilisant cette approche en termes de dépenses relatives, l'économiste peut alors chercher à mesurer le niveau optimal de dépenses (i.e. de recherche d'éléments de preuve) pour chaque partie⁹. On identifie alors des comportements où les dépenses sont tantôt dissuasives, tantôt provocatrices en fonction de leur probabilité de gagner le procès (ce qui suppose de la prévisibilité!). Parisi¹⁰ analyse également la manière dont les parties déterminent leur niveau d'effort pour rechercher des éléments de preuve. Cet effort sera fonction du montant de l'enjeu (sous forme de dommages-intérêts) et du niveau d'effort fourni par la partie adverse pour trouver des éléments de preuve. D'un point de vue analytique, on remarquera que cette approche en termes de recherche de rentes ne peut se justifier que si la décision judiciaire a des conséquences purement « redistributives » (un procès en responsabilité par exemple, un conflit commercial entre un vendeur et un acheteur). Cela rend plausible une modélisation en termes de recherche de rentes ainsi que la dissipation d'une partie de la rente en frais de justice.

6. POSNER in, R.A. (1999), « An economic approach to the law of evidence », *Stanford Law Review* 51, 1477-1546.

7. À relativiser toutefois dans le cas français, le problème étant souvent celui de la capacité à prouver. Ce qui peut avoir un effet sur le mode de résolution du litige (transaction plutôt que jugement). Toutefois, cela revient à dire qu'une partie est incapable d'apporter la preuve phrase incomplète revient de fait à admettre que le coût de la démonstration est prohibitif (le droit lui-même en a conscience lorsqu'il prévoit des dispositifs spécifiques, par exemple en matière d'état civil si les registres sont détruits). C'est d'ailleurs aux États-Unis, où les coûts des procédures sont les plus élevés que l'incitation à aller vers les modes alternatifs de règlement des litiges sont les plus fortes.

8. TULLOCK, G. (1980), *Trial on Trials : The Pure Theory of Legal Procedure*, Columbia University Press, New York.

9. KATZ, A. (1988), « Judicial decision making and litigation expenditure », *International Review of Law and Economics* 8, 127-143.

10. PARISI, F. (2002), « Rent-seeking through litigation : adversarial and inquisitorial systems compared », *International Review of Law and Economics* 22, 193-216.

La question évoquée ici est donc essentiellement de montrer comment l'économie peut aider à identifier la manière la plus efficiente d'organiser le contradictoire en tant que principe fondamental de bonne justice reconnu dans les systèmes romanistes comme dans les systèmes de Common Law.

De ce point de vue, le problème de ces modèles est qu'ils ne nous renseignent pas vraiment sur la manière dont les arguments portés à la connaissance du tribunal sont interprétés par le juge. Ils sont également vagues sur la valeur des prétentions des parties (valeur relative à l'objet de la demande et valeur par rapport aux prétentions adverses), de sorte que leur utilité pour analyser les mérites respectifs des systèmes juridiques apparaît pour le moins très limitée.

Une première tentative de dépassement a été développée par Froeb et Kobayashi¹¹. Ces auteurs intègrent une réflexion plus approfondie sur le comportement des juges ainsi que sur la possibilité de voir les éléments de preuve manipulés par les parties. Même si la représentation du tribunal demeure assez naïve, il s'agit d'une approche plus conforme à la réalité puisqu'elle se fonde sur une recherche séquentielle des éléments de preuve. Les dépenses ne sont donc pas prédéterminées et les éléments présentés au juge vont orienter sa décision.

On peut alors raisonner en termes de signal. 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 les caractéristiques du défendeur. Dans ces analyses, les éléments de preuve n'ont pas de contenu informationnel en eux-mêmes, c'est la différence dans les dépenses observées qui est censée révéler les caractéristiques du défendeur. Selon les travaux de Rubinfeld et Sappington¹², ou Sanchirico¹³, il serait en particulier 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 innocent¹⁴. Le caractère coûteux de la production des preuves jouerait donc un rôle utile car il permettrait de renseigner le tribunal sur les caractéristiques 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 éléments de preuve supportés par les parties. On devine toutefois les dérives possibles découlant de ce type d'approche dès lors que l'on introduit les différences de richesses entre les justiciables puisque le coût de production du signal variera avec le niveau des ressources mobilisables. Ce constat invite à aller plus avant dans la compréhension « économique » du rôle du juge et dans la comparaison des systèmes juridiques.

11. FROEB, L.K. et B.H. KOBAYASHI (2001), « Evidence production in inquisitorial vs. adversarial regimes », *Economics Letters*, 66, 267-272.

12. RUBINFELD, D.L. et E.M. SAPPINGTON (1987), « Ed cient awards and standards of proof in judicial proceedings », *Rand Journal of Economics* 18, 308-315.

13. SANCHIRICO, C.W. (2001), « Relying on the information of interested and potentially dishonest parties », *American Law and Economics Review* 3 (2), 320-357.

14. Cependant, on peut discuter ce point, en se référant pour cela aux travaux de CÉSARO : CÉSARO (2003), *Le doute en droit privé*, Presse de Paris II Panthéon Assas.

Section 2

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 parties et il va devoir s'efforcer de rassembler le maximum d'éléments afin de se rapprocher de la décision qui serait prise en situation d'information parfaite. Ainsi, il apparaît que face au risque de la preuve, deux systèmes sont théoriquement concevables selon que le juge se base sur les éléments que les parties informées mais intéressées vont lui révéler ou selon qu'il recherche 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 ancré 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-germanique¹⁵.

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 prendre sa décision en mettant en perspective les arguments du demandeur et du défendeur. Le procès est « dirigé » par les parties. Elles dépensent leurs ressources pour obtenir des informations (notamment par un recours aux experts) et les présenter au juge dont le rôle est passif. Il consiste essentiellement à s'assurer que le débat se déroule « selon les règles ». 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.

Faut-il donner au juge les moyens procéduraux d'obtenir (à un certain coût à supporter par les parties et/ou le service public de la justice) une information indépendante ? Pour Posner¹⁶, la réponse est plutôt négative, le système accusatoire semble préférable car il permet aux parties qui supportent les coûts et les bénéfices du procès de diriger la procédure. Cette argumentation est critiquée par Tullock¹⁷ 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

15. Cette opposition entre procédures inquisitoire et accusatoire peut paraître insatisfaisante dans la mesure où en pratique il y a toujours une dose de procédure accusatoire tant dans le procès civil de *Common Law* que de droit civil. C'est la raison pour laquelle nous privilégions la distinction entre juge actif et juge passif.

16. POSNER, *op. cit.*

17. TULLOCK, *op. cit.*

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 faire émerger la vérité à propos 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. Le raisonnement est intéressant dans la mesure où il relativise l'idée que le système de Common Law serait intrinsèquement plus efficace, mais il ne permet pas de différencier les conditions de résolution du risque de la preuve.

Les recherches se sont donc efforcées de déterminer la procédure susceptible de minimiser le risque d'erreur de jugement. Les travaux se sont notamment concentrés sur les 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 Roberts¹⁸ 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. C'est la mise en concurrence des révélations des parties (combinée au scepticisme du juge) qui conduit à ce résultat. En revanche, si l'information des parties est imparfaite, même avec un décideur sophistiqué, le risque de comportement opportuniste existe. Les « jeux de persuasion » permettent alors de mettre en évidence les conditions sous lesquelles les parties ne vont présenter au juge qu'une partie de leurs informations, selon les thèses de Sobel¹⁹, Shavell²⁰ et Shin²¹. Pour prendre sa décision, le juge (passif) se base uniquement sur les révélations des parties mais ne sait pas dans quelle mesure les parties elles-mêmes sont bien informées. C'est la raison pour laquelle ces dernières peuvent être incitées à ne pas révéler tout ce qu'elles savent.

On comprend dès lors que le juge peut avoir intérêt à rechercher lui-même des éléments de preuves pour prendre sa décision. On identifie ici un fondement possible pour justifier une démarche de type inquisitoire, afin d'obtenir une information non biaisée et de réduire ainsi la survenance des erreurs de jugement.

La question essentielle peut être posée de la manière suivante : la production d'information doit-elle être le fait de parties intéressées ou d'un agent impartial ?

18. MILGROM, P. et J. ROBERTS (1986), « Relying on the information of interested parties », *Rand Journal of Economics* 17, 18-32.

19. SOBEL, J. (1985), « Disclosure of evidence and resolution of disputes : who should bear the burden of proof? », in A.E. Roth, Ed., *Game Theoretic Models of Bargaining*, Cambridge University Press, 341-361.

20. SHAVELL, S. (1989), « Optimal sanctions and the incentive to provide evidence to a legal tribunal », *International Review of Law and Economics* 9, 3-11.

21. SHIN H.S. (1998), « Adversarial and inquisitorial procedures in arbitration », *Rand Journal of Economics* 29, 378-405.

Shin²² 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. Dewatripont et Tirole²³ et Palumbo²⁴ comparent les procédures accusatoire et inquisitoire en termes de coûts pour motiver les parties à produire et partager des informations vérifiables. Emons et Fluet²⁵ prolongent l'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 jeux 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 toujours de savoir comment les règles de procédure peuvent efficacement définir les arrangements efficaces pour écouter les parties.

La conclusion de ces travaux n'est pourtant pas claire. La plupart concluent à la supériorité « économique » de la procédure accusatoire dans les hypothèses les moins contraignantes partant de l'idée qu'elle est plus favorable au partage de l'information. Mais il convient de souligner que ces travaux négligent les aspects liés aux différences de ressources des justiciables ainsi que le pouvoir d'initiative des juges, en particulier leur capacité à encadrer la présentation des éléments de preuve par les parties. Il semble utile de mentionner ici les travaux à vocation plus empirique. Par exemple, Schrag²⁶ analyse le rôle du juge managérial introduit dans les Cours fédérales américaines pour limiter les excès du discovery (tels que dénoncés par Tullock). Cette notion de juge managérial (en fait le juge actif) semble en effet à rapprocher de celle du juge de la mise en état en droit français et plus généralement du rôle du tribunal de tradition civiliste dans l'établissement des faits²⁷. Dans le même sens, on ne peut s'empêcher de penser au rapport Woolf qui soulignait les inconvénients du système accusatoire et proposait notamment de donner aux tribunaux anglais et gallois les moyens de gérer la procédure et de contrôler les expertises. D'une certaine manière ces évolutions traduisent un alignement de la tradition de Common Law sur celle des pays romanistes.

22. SHIN, *op. cit.*

23. DEWATRIPONT, M. et J. TIROLE (1999), « Advocates », *Journal of Political Economy* 107, 1-39.

24. PALUMBO, G. (2001), « Trial procedures and optimal limits on proof-taking », *International Review of Law and Economics* 21, 309-327.

25. EMONS, W. et C. FLUET (à paraître), « Accuracy versus falsification casts : the optimal amount of evidence under different procedures », *Journal of Law, Economics, and Organization*.

26. SHRAG, J. (1999), « Managerial judges : an economic analysis of the judicial management of legal discovery », *Rand Journal of Economics* 30(2), 305-323.

27. Se reporter pour cela, et notamment pour une comparaison avec la *Common Law*, aux écrits de LANGBEIN. LANGBEIN, J.M. (1985), « The German advantage in civil procedure », *The University of Chicago Law Review* 52(4), 823-866.

Section 3

ÉCONOMIE DES « STANDARDS DE PREUVE »

Au terme du procès, le tribunal doit rendre une décision même s'il subsiste encore des doutes. La société doit se faire à l'idée qu'une décision sera prise en dépit du fait de la persistance d'une dose d'incertitudes. 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.

Dans le cadre d'un procès de *Common Law*, nous avons vu que chaque partie cherche à démontrer le bien-fondé de ses arguments. Le degré de persuasion du tribunal varie cependant selon le « standard 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*). 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 standards de preuve me semblent exprimer, d'une part, un arbitrage entre d'une part les risques ou les coûts imposés aux justiciables et, d'autre part, un intérêt social à réprimer certains comportements.

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 vraie excède celle qu'il soit faux. Autrement dit, le standard exige qu'aucune preuve ne soit admise si sa probabilité ne dépasse pas 50 %. Par conséquent, les arguments des deux parties sont « mis en concurrence » et le demandeur et le défendeur partagent le risque de la preuve à 50-50.

Il n'existe pas à proprement parler de standard de preuve pour un procès civil dans la tradition romano-germanique, en particulier en France. 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 conviction²⁸ renvoie en effet à une forme d'exigence morale supérieure. Ces différences font qu'un demandeur qui gagne un procès civil dans le cadre de la *Common Law* aurait pu le perdre dans un pays de droit civil par le simple jeu du standard retenu.

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 ». Les articles 1321 et 1322 indiquent

28. Même si cette notion signifie aussi qu'il revient au juge d'apprécier la valeur des preuves (dans la mesure où le législateur ne dit pas au juge comment il doit le faire).

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 probable²⁹. Une illustration est fournie par un arrêt de la Cour de cassation³⁰. La Cour admet qu'une Cour d'appel n'a pas commis d'erreur de droit en retenant qu'était prouvé un fait (en l'espèce le lien de causalité entre une transfusion et une contamination) dont les experts avaient dit qu'il était probable à 80 %.

La différence avec le système nord-américain de la prépondérance de la preuve résiderait donc essentiellement 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 liée à l'efficacité du mode de preuve utilisé, c'est-à-dire à la définition d'un seuil de fiabilité par rapport au risque d'erreur.

De ce point de vue, il est intéressant de souligner que le standard de prépondérance de preuve 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. 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 justifie sur cette base le recours au standard de prépondérance de preuve dès lors que l'objectif du système juridique serait de réduire la somme des erreurs de jugement de type I et II (sous l'hypothèse cependant que les erreurs de jugement à l'égard du demandeur et du défendeur entraînent des coûts symétriques du point de vue de la société).

En suivant le raisonnement de Condorcet cité en introduction, il convient toutefois de remarquer que le « standard » plus exigeant des pays de Droit Civil semble se préoccuper plus nettement de réduire la probabilité de survenance des erreurs de jugement à l'encontre du défendeur (i.e. condamner un innocent). Avec l'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 répartis entre les deux parties. Autrement dit, dans la gestion du risque de la preuve, le droit français se préoccupe plus de l'erreur de type 1 alors que le droit américain pondère également les deux types d'erreurs.

Pour étendre la réflexion à propos de l'objectif de minimisation des erreurs, on peut souligner un autre problème lié à l'application du standard de prépondérance

29. AMMAR D. (1993), « Preuve et vraisemblance : contribution à l'étude de la preuve technologique », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 499-533.

30. Civ. 1, 14 novembre 1995, n° 92-18199.

de preuve utilisé dans la *Common Law* nord américaine. Il s'agit des règles d'irrecevabilité (*eviendary rules*) de certaines informations. En guise d'illustration, si une étude sociologique parvenait à démontrer que les femmes sont plus prudentes que les hommes, l'argument 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 comme le prévoit la procédure accusatoire, les croyances (c'est-à-dire les probabilités) ne peuvent pas influencer la décision du juge³¹. Il y a là quelque chose de paradoxal d'un point de vue économique dès lors que l'on admet que la preuve relève plus du domaine du « probable » que du « certain ». En tout état de cause les règles d'irrecevabilité privent le tribunal de certaines informations qui pourraient être utiles pour limiter la survenance d'erreurs.

Le standard de la prépondérance de preuve, avec l'hypothèse de neutralité des *a priori* sur les parties, aurait surtout pour effet d'inciter les parties à maximiser leurs efforts en termes de prévention (choix du comportement préventif optimal en matière de responsabilité civile). 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 réduire la fréquence des dommages et des procès (ce qui rejoint la thèse de Posner sur l'efficacité de la *Common Law*).

D'un point de vue économique, il y aurait un arbitrage entre la réduction des erreurs de jugement et la création d'incitations à la prévention. La manière dont ces objectifs sont poursuivis par un pays peut se refléter dans les caractéristiques de son système juridique, notamment dans le droit de la preuve. Lorsque fournir des incitations est l'objectif dominant, 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.

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 rejetée 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. Cette conférence a voulu poser la question du degré d'initiative dont doit disposer le juge dans le traitement de la preuve. Les systèmes

31. La question de la preuve des croyances renvoie également aux règles d'expérience (voir thèse A-L SIBONY).

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 (en matière de traitement des risques d'erreurs de jugement). 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 plutôt passif du juge. Au contraire, si l'on se concentre sur le risque de la preuve, il apparaît que le choix d'un dispositif reflète des arbitrages entre prévention et risque d'erreurs d'une part et risques d'erreur de type I et de type II d'autre part (reflet également des préférences sociales – ref étude université Columbia sur les erreurs judiciaires).

Le risque de la preuve Le point de vue du juriste

Mustapha MEKKI
Agrégré des Facultés de droit
Professeur à l'Université Paris-Nord (Paris XIII)
Membre de l'IRDA

L'attribution du risque de la preuve consiste à désigner celui qui doit succomber au procès. Il se présente alors, *a priori*, comme une conséquence de la charge de la preuve. Cette dernière est largement servie par des analyses doctrinales anciennes et contemporaines à tel point qu'il pourrait être tentant de simplement les transposer à la question du risque de la preuve¹. Cependant, ce dernier se déploie au-delà des strictes limites de la charge de la preuve, tant par le raisonnement qui le sous-tend que par l'instrumentalisation dont il est l'objet².

La charge de la preuve répond à la question de savoir qui, lors d'un procès, doit prouver ce qu'il allègue. Par une induction amplifiante, l'article 1315 du Code civil a été sacralisé comme le pilier d'un principe général : *actori incumbit probatio*³. C'est au demandeur de prouver ce qu'il allègue. Résoudre la question

1. Sur les liens entre charge de la preuve et risque de la preuve, v. not. J.-Fr. CÉSARO, *Le doute en droit privé*, Préf. B. Teyssié, Éditions Panthéon-Assas, LGDJ, 2003, spéc. n° 115 et s., p. 180 et s.; J. DEVÈZE, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, Thèse Toulouse, 1980, spéc. p. 19 et s.; X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, Préf. J. Ghestin, Tome 239, LGDJ, 1994, spéc. n° 128 et s., p. 203 et s.; R. LEGEAIS, *Les règles de preuve en droit civil, permanences et transformations*, LGDJ, 1955, spéc. p. 169 : « le problème de la charge de la preuve (...) est double (...) Il s'agit, en effet, non seulement de savoir qui doit réunir les preuves mais surtout qui perdra le procès dans le cas où la lumière ne sera pas faite »; Fr. BOULANGER, « Réflexions sur le problème de la charge de la preuve », *RTD civ.*, 1966, p. 736 et s., spéc. n° 5.

2. Sur la réduction de la charge de la preuve à une question de risque de la preuve, J.-Fr. CÉSARO, th. préc., n° 115, p. 180; J. GHESTIN, et G. GOUBEAUX, *Introduction générale*, LGDJ, 3^e éd., 1990, n° 581, p. 537; R. LEGEAIS, th. préc., p. 101. Comp. Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, Defrénois, 2004, n° 168, p. 123 et n° 171, p. 125.

3. Sur cette induction, J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, n° 582 et 583, p. 539 et s.

de la charge de la preuve par l'invocation de cette seule disposition est une vue de l'esprit qui ne correspond pas à la pratique judiciaire⁴.

En effet, qui est ce demandeur au procès sur lequel est censé peser *a priori* le fardeau de la preuve? Au cours du procès, la qualité de demandeur et de défendeur est alternative, voire cumulative⁵. Chaque partie avance en permanence une suite d'allégations et de prétentions tout en contestant « réciproquement » celles de l'adversaire. L'article 10 alinéa 1^{er} du Code civil décrit cette situation « normale » des plaignants⁶ : « Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité ». Au vrai, dans un procès, il est plus important de savoir ce qu'il advient de la prétention des parties en cas de doute persistant dans l'esprit d'un juge qu'elles n'ont pas réussi à convaincre de leur bon droit⁷. À ce titre, le raisonnement fondé sur le risque de la preuve paraît plus à même de faire la lumière sur le processus décisionnel du juge.

Le risque de la preuve, au sens strict, renvoie à la question de savoir « à qui le juge devra-t-il donner satisfaction lorsque la lumière ne sera pas faite »⁸. Il transcende la distinction tripartite du droit français entre objet, charge et mode de preuve⁹. Toute règle probatoire tenant à l'objet et aux modes de preuve a une incidence sur les contours du risque de la preuve. Au sens le plus large, le risque de la preuve renvoie aux aléas probatoires du procès et à la nécessité d'en améliorer la gestion.

Le risque de la preuve est la traduction d'un dialogue entre le juge et chacune des parties¹⁰. Ces dernières doivent fournir un effort probatoire afin de convaincre le juge du bien-fondé de leurs prétentions. Réciproquement, le juge doit les

4. V. J. CHEVALIER, *Cours de droit civil approfondi. La charge de la preuve*, Les cours de droit, 1958/1959, p. 225.

5. Comp. Fr. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 7^e éd., 2006, n° 590 et s. p. 480 et s., qui, conscient de cette réalité, en parlant notamment de « jeu de raquettes », n'en continue pas moins d'accorder toute sa place au raisonnement fondé sur la charge de la preuve.

6. A.-L. SIBONY et E. BARBIER DE LA SERRE, « Charge de la preuve et théorie du contrôle en droit commercial de la concurrence : pour un changement de perspective », *RTD eur.*, 2007, p. 205 et s.

7. V. J. GHESTIN et G. GOUBEUX, *op. cit.*, LGDJ, n° 581, p. 537 et 538 : « peu importe, au fond, d'où proviennent les éléments de conviction sur lesquels le juge peut fonder sa décision. Lorsque la vérité est connue, il est indifférent de savoir qui était spécialement chargé de la dévoiler. Mais quand aucune preuve n'est suffisante, quand l'incertitude subsiste, le juge ne peut pas refuser de statuer. Obligé de trancher le litige, il le fera à l'encontre du plaideur sur qui pesait le fardeau de la preuve et qui n'a pas réussi à entraîner la conviction ».

8. R. LEGEAIS, th. préc., p. 101.

9. Sur l'inadéquation de cette distinction, v. not., A.-L. SIBONY et E. BARBIER DE LA SERRE, *op. cit.*, n° 12 et s. Pour une illustration de ce rapprochement de l'objet, de la charge et du mode de preuve en présence de conventions relatives aux modes de preuve, v. Cass. 1^{re} civ., 30 mars 1999, *Bull. civ. I*, n° 113; *D.*, 2000, p. 596, note Ammar; *CCC*, 1999, n° 108, obs. L. Leveneur; *JCP (G)*, 2000, II, 10334, note C. Ghica-Lemarchand; *RTD civ.*, 1999, p. 642, obs. P.-Y. Gautier.

10. La procédure pénale offre une illustration topique de l'importance du dialogue en matière de preuve. Ainsi une preuve procurée en toute déloyauté, voire en toute illégalité par une personne privée, et dans une certaine mesure par une personne publique (v. not. Cass. crim., 13 oct. 2004, *Bull. crim.*, n° 243), est néanmoins recevable dès lors qu'elle est ensuite soumise à l'appréciation du juge dans le cadre d'un débat contradictoire, v. not. J. PRADEL, *Procédure pénale*, Cujas, 13^e éd., 2007, n° 415 et s., p. 371 et s.; B. BOULOC, *Procédure pénale*, Dalloz, 20^e éd., 2006, spéc. n° 146, p. 114 et s.

convaincre, ainsi que les tiers, de la légitimité de sa décision, au moyen, notamment, d'une motivation suffisante.

L'équilibre de cette relation entre le juge et les parties dépend du type de procès. Lorsqu'il est accusatoire, un rôle prédominant dans l'établissement de la preuve est accordé aux parties. Lorsqu'il est inquisitoire, le rôle du juge est plus actif. Le premier traduirait le système de *common law*, alors que le second se rapprocherait davantage du modèle romano-germanique¹¹. Juridiquement, cependant, ce découpage ne sied plus réellement au procès français¹². En augmentant, du moins dans le procès civil, les prérogatives du juge, notamment celles du juge de la mise en état, la répartition des rôles est modifiée et le juge prend une part plus active dans le débat probatoire¹³. Cependant, les parties n'en conservent pas moins un rôle déterminant. Ainsi, elles introduisent l'instance (art. 1 CPC). Elles la conduisent sous les charges qui leur incombent (art. 2 CPC). L'article 4 du même Code prévoit que l'objet du litige est déterminé par les parties. En vertu de l'article 5, le juge doit se prononcer sur ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé par les parties. Elles allèguent les faits propres à fonder leurs prétentions (art. 6 CPC) et les prouvent (art. 9 CPC). Le juge statue uniquement sur des faits dans le débat (art. 7 CPC). Éclairante énumération qui confirme la place déterminante qu'il revient aux parties dans le procès civil français.

La relativité de la distinction entre procès accusatoire et inquisitoire vient également de l'influence du droit au procès équitable de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme¹⁴. Cette stipulation conventionnelle façonne un procès mi-accusatoire mi-inquisitoire qui peut être qualifié de « mixte »¹⁵. Cette tendance est renforcée par l'importance des principes de loyauté et de dialogue¹⁶ mis au service d'un principe plus général de « coopération »¹⁷.

Penser la preuve en termes de risques permet, en outre, d'exprimer l'omniprésence du doute dans le procès, celui des parties dans le succès de leurs prétentions, celui du juge dans le prononcé de la « bonne » décision¹⁸. Le risque de la preuve se présente comme un raisonnement par défaut, comme à regret. L'objectif n'est pas d'en étendre le champ d'application mais de réduire la part d'aléa qu'il présup-

11. Sur l'inquisitoire et l'accusatoire, v. L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Litec, 5^e éd., 2006, n° 516, p. 328.

12. Sur la relativité du principe même de la distinction, v. C. AMBROISE-CASTEROT, *Dictionnaire de la justice*, PUF, V^e Procédure accusatoire/Procédure inquisitoire, p. 1058 et s. qui évoque l'émergence de « procédure(s) mixte(s) ». *Adde.* L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Litec, 5^e éd., 2006, n° 516, p. 328.

13. Art. 10, 11 al. 2, 132 al. 2, 138, 145, 146 al. 1, CPC.

14. Sur l'idée selon laquelle le procès équitable serait devenu le modèle universel, v. S. GUINCHARD (dir.), *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, Dalloz, 4^e éd., 2007, n° 223 et s., p. 407 et s.

15. C. AMBROISE-CASTEROT, *op. cit.*, p. 1061.

16. S. GUINCHARD, « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire », in *Clés pour le siècle. Droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion*, Université Panthéon-Assas (Paris II), Dalloz, 2002, n° 1236 et s., p. 1135 et s., spéc. n° 1290, p. 1189 (sur le principe de dialogue) et n° 1184, p. 1287 (sur le principe de loyauté). *Adde.* M.-E. BOURSIER, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Préf. S. Guinchard, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des Thèses, vol. 23, 2003.

17. Sur ce principe, v. L. CADIET et E. JEULAND, *op. cit.*, spéc. sur la preuve n° 535 et s., p. 342 et s.

18. J.-Fr. CESARO, th. préc., n° 69 et s., p. 98 et s. et n° 115 et s., p. 180 et s.

pose. Le risque de la preuve doit rester, comme le doute qui le soutient, subsidiaire et résiduel, ce à quoi s'efforce le droit positif. Pour autant, la vérité n'est pas le but exclusif, ni même dominant, du procès civil et, dans une moindre mesure, du procès pénal¹⁹. Il suffit de faire état, par exemple, de la *restorative justice* en matière pénale, née aux États-Unis, où le procès a pour fonction d'apaiser le conflit²⁰. En France, également, dans le procès civil, l'article 21 du Code de procédure civile dispose qu'« il entre dans la mission du juge de concilier les parties ». Dans le même esprit, le dernier Rapport remis au Parlement européen sur le projet de directive relative à la conciliation et à la médiation dans les pays de l'Union européenne témoigne de la faveur qui est accordée aux modes de règlement amiable des conflits²¹. En somme, la preuve est à la croisée de deux exigences : trancher définitivement un litige au nom de la paix civile et répondre aux attentes de l'auditoire que le juge doit convaincre²².

Le risque de la preuve pose, à dire vrai, le débat, non pas en termes de vérité, ni même d'erreur de jugement, mais de responsabilité. *Respondere* renvoie bien à la question de savoir qui doit répondre de ses actes ou d'une situation, qui doit supporter les risques du doute persistant²³. Le risque de la preuve est une des traductions françaises de ce que les réalistes américains appellent les *hard cases*, cas difficiles qui invitent le juge à pondérer les intérêts en présence et à faire preuve de pragmatisme²⁴. Cet état de fait renseigne alors sur la fonction de la preuve : prouver n'est pas en priorité dire la vérité, mais avant tout convaincre²⁵. La preuve est ainsi « ce qui persuade l'esprit d'une vérité »²⁶. C'est en ce sens que les « standards de

19. V. not., J. DEVÈZE, th. préc., p. 576 : « Pas plus [...] plus qu'elle ne constitue une finalité première du droit substantiel, la recherche de la vérité ne fournit l'unique clef de sa réalisation judiciaire ». Si la vérité peut être une des finalités du procès, elle n'est que relative. Une partie est ainsi amenée à apporter au juge des « motifs suffisants » de décider que la « charge de la preuve » pèse sur son adversaire, Ch. AUBRY et Ch.-Fr. RAU, *Cours de droit civil français*, 5^e éd., par E. BARTIN, § 749. Les exigences relatives à la légalité et à la loyauté dans l'administration de la preuve confirment le caractère relatif de la vérité dans le procès, sur cette question, v. not. A. LEBORGNE, « L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe », *RTD civ.*, 1996, p. 535 et s. Adde, A.E. CREDEVILLE, « Vérité et loyauté des preuves », in *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2004, p. 51 et s. V. en matière pénale, P. LEMOINE, « La loyauté de la preuve (à travers quelques arrêts récents de la Chambre criminelle) », in *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2004, p. 165 et s. Sur les obstacles « extérieurs » au système probatoire, v. J. GHESTIN et G. GOUBEUX, *op. cit.*, n° 592 et s., p. 553 et s.

20. J.-P. JEAN et G. DEHARO (dir.), « Justice réparatrice », « justice restaurative », in *La justice en perspectives*, Travaux de l'ENM et du GIP Droit et justice, 2003.

21. *Rapports sur la proposition de directive du parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation civile et commerciale (COM(2004)0718 – C6-0154/2004-2004/0251(COD))*, 22 mars 2007, par A. MCCARTHY.

22. Sur cette idée, X. LAGARDE, *Dictionnaire de la justice*, PUF, V° Preuve, p. 1033, spéc. p. 1034.

23. Comp., X. LAGARDE, *Ibid.*, p. 1035 : « Et l'on comprend que celui qui succombe est celui qui a failli dans une charge procédurale qui lui incombait. On perçoit alors l'habileté du droit français qui déplace quelque peu les responsabilités, à telle enseigne que si la demande de vérité n'est pas satisfaite, les parties devront comprendre qu'elles ont, autant que le juge, sinon plus, leur part dans cet échec ». V. déjà, du même auteur, X. LAGARDE, th. préc., n° 135, p. 214 et 215.

24. Ces « cas difficiles » renvoient aux règles juridiques à texture ouverte avec une large marge d'appréciation qui rend l'application au cas d'espèce difficile, v. par ex. H.L.A. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, Bruylant, 2^e éd., 1980, spéc. p. 159 et s.

25. V. not. X. LAGARDE, « Vérité et légitimité dans le droit de la preuve », *Revue Droits*, 1993, n° 23, p. 31 et s.; Ph. THÉRY, « Les finalités du droit de la preuve en droit privé », *Revue Droits*, 1996, n° 23, p. 41 et s.

26. J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, éd. Cavelier, Tome 1, 1771, p. 204.

preuve »²⁷, évoqués par M. Deffains, du droit américain peuvent être utilement adaptés à la réalité de la procédure française. En définitive, « le juge ne recherche pas une vérité absolue; il se borne à relever les indices qui engendreront dans son esprit un sentiment de probabilité »²⁸.

Enfin, dans sa fonction instrumentale, l'attribution du risque de la preuve est aussi une information adressée aux justiciables et aux sujets de droit. Selon l'attribution et le degré du risque probatoire, les justiciables sont découragés de, ou incités à, agir en justice. Cette fonction incitative permet de renforcer l'effectivité de certaines règles de droit²⁹. Le risque de la preuve confirme le lien qui doit exister entre les règles de preuve et les règles de fond³⁰.

En définitive, le risque de la preuve est un mode de raisonnement qui amène le juge à prendre en compte les circonstances et les aléas du procès, évinçant ainsi une vision statique de ce dernier et où les rôles seraient attribués dès le départ. Cependant, il ne s'agit pas non plus d'encourager l'improvisation. Il paraît utile d'expliquer de quelle manière le juge raisonne, ou pourrait raisonner, pour régler une question sur laquelle un doute subsiste. À la différence de la charge de la preuve, pour qui les jeux sont faits, le risque de la preuve invite à poser des règles du jeu probatoire.

Lors de son analyse, Bruno Deffains a privilégié trois aspects : le procès comme « jeu de recherche de rentes », le « rôle actif ou passif du juge » et les « standards de preuve ». Ce triptyque répond à deux questions juridiques récurrentes : comment se manifeste le risque de la preuve et quelle est son utilité?

À cet égard, le risque de la preuve est à la fois un raisonnement judiciaire (Section 1) et un instrument juridique au service d'un but (Section 2).

27. V. *infra*.

28. R. FERROT, note sous Cass. civ., 29 mai 1951, *JCP (G)*, 1951, II, 6421.

29. V. not. sur cette idée en droit du travail, D. JACOTOT, « Effectivité des règles de droit, aptitude à la preuve : vers une nouvelle attribution de la charge de la preuve », in *Au cœur des combats juridiques. Pensées et témoignages de juristes engagés*, sous la dir. E. DOCKÈS, Dalloz, Thèmes et commentaires, Actes, 2007, p. 277 et s.

30. Sur ce lien, Ph. THÉRY, *op. cit.*, spéc. p. 42; J. CHEVALIER, *Cours de droit civil approfondi. La charge de la preuve*, Les cours de droit, 1958/1959, spéc. p. 227; J. DEVÈZE, th. préc., p. 517 et s. Certains articles relatifs au doute sont ainsi à mi-chemin entre la charge de la preuve et une question de fond, v. par ex. art. 1162 C. civ. et art. L. 133-62 C. cons. Par ailleurs, les visés de la Cour de cassation confirment ce lien, l'article 1315 du Code civil étant souvent accolé à un article relatif à une règle de fond, v. par ex. Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2007, *JCP (G)*, 2007, II, IV, 1823, qui vise l'art. 1315 C. civ. et l'art. 53, 9^e de la loi du 31 décembre 1971 modifiée; Cass. 3^e civ., 26 janvier 2005, *CCC*, comm., 82, obs. L. Leveneur, qui vise les articles 1315, 1792 et 2270 C. civ.; Cass. 2^e civ., 8 avril 2004, *RCA*, 2004, comm., 245, H. GROUDEL, qui vise les articles 1315 C. civ. et L. 511-1 C. ass. Les conséquences sont multiples : considérée comme une règle de fond, la règle de preuve n'est pas soumise au principe de l'effet immédiat applicable aux lois nouvelles relatives aux règles de procédure, v. not. Cass. soc., 13 décembre 2007, *D.*, 2007, A.J., p. 162 : les règles relatives à la charge de la preuve ne constituent pas des règles de procédure applicables aux instances en cours mais touchent le fond du droit, de sorte que le harcèlement moral allégué devait en l'espèce être examiné au regard des dispositions de l'article L. 122-52 du Code du travail dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003.

Section 1

UN RAISONNEMENT

Pour comprendre quel rôle est imparti au juge en cas de doute probatoire, il convient d'identifier les rouages du raisonnement fondé sur le risque de la preuve. De savantes réflexions ont à cet effet mis en lumière l'existence d'un mécanisme rationnel de répartition des risques de la preuve dans le procès. Cependant, des zones d'ombre persistent. Pour affiner le raisonnement, il est possible de se livrer à une analyse centrée davantage sur la notion de doute, maillon fort du raisonnement fondé sur le risque de la preuve. Le doute se présente comme une condition préalable (§1). S'il y a un doute établi alors le raisonnement du risque de la preuve se déploie comme un mécanisme rationnel (§2).

§1. - La condition préalable du doute

Les études menées sur le risque de la preuve se sont concentrées tantôt sur l'objet de ce qui est allégué par les parties, tantôt sur les critères *a priori* d'attribution de la charge de la preuve³¹. Parmi ces réflexions, une notion fondamentale doit néanmoins être isolée en amont du raisonnement fondé sur le risque de la preuve. Il s'agit du doute³².

Le droit positif tente, autant que faire se peut, de réduire le champ du doute et, corrélativement, celui du risque de la preuve.

À cet effet, le législateur peut évincer le doute en amont et réduire la part d'aléa en posant diverses présomptions irréfragables³³. Il peut aussi alléger la charge de la preuve d'une partie en exigeant de simples allégations qui rendent la prétention vraisemblable. Ainsi du salarié victime de discrimination ou de harcèlement qui est de cette manière favorisé³⁴.

Dans l'hypothèse où le doute n'a pas été évincé en amont, il devient une condition *sine qua non* du risque de preuve³⁵.

31. V. *infra*.

32. Sur cette place centrale du doute dans le raisonnement, v. J. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 217 et s.; R. LEGEAIS, *th. préc.*, p. 101 et s.; J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, n° 581, p. 537 et 538. V. égal. H. LÉVY-BRUHL, *La preuve judiciaire. Étude de sociologie judiciaire*, Librairie Marcel Rivière et Cie, 1964, spéc. p. 15 : « Toute preuve implique l'existence d'un doute. Là où tout est clair et sans ambiguïté, là où aucune question ne se pose, on ne saurait user de la preuve, de même qu'une personne en bonne santé n'a que faire des remèdes ».

33. Sur cette éviction, J.-Fr. CESARO, *th. préc.*, p. 226, spéc. note 285.

34. Art. L. 123-1 C. trav. : « En cas de litige relatif à l'application du présent article, le salarié concerné ou le candidat à un recrutement présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, directe ou indirecte, fondée sur le sexe, la situation de famille ou la grossesse. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ». Pour une vue d'ensemble, v. J.-Fr. CESARO, *th. préc.*, n° 204 et s., p. 240 et s., spéc. n° 257 et s., p. 288.

35. Cass. soc., 31 janvier 1962, *Bull. civ.* IV, n° 105, p. 85 : « l'incertitude et le doute subsistant à la suite de la production d'une preuve doivent nécessairement être retenus au détriment de celui qui avait la charge de cette preuve ».

Il convient alors de déterminer à partir de quel degré de doute, le juge est autorisé à raisonner en termes de risque de la preuve. Il n'est pas encore question à ce stade d'imputer le risque.

L'exigence d'un doute suffisant n'est pas ignorée par la Cour de cassation. Elle a ainsi, à de multiples reprises, censuré la décision de juges du fond qui avaient raisonné en termes de risque de la preuve pour débouter une partie de ses prétentions alors que le doute faisait défaut³⁶. Dans de nombreux cas, la Cour de cassation est amenée à contrôler l'existence réelle d'un doute. Ainsi du doute qui profite au salarié³⁷.

Pour faciliter l'établissement de ce seuil, les réflexions de Bruno Deffains sur les standards de preuve pourraient être exploitées. Ces standards peuvent aider à comprendre quel degré de doute autorise le raisonnement en termes de risque de la preuve sans pour autant en faire des critères de jugement.

Le standard de preuve détermine le degré de sévérité dont le juge doit faire preuve lorsqu'il examine les preuves qui lui sont soumises³⁸ et explique que le degré du doute varie en fonction de la matière litigieuse. Il existe deux formes de standard de preuve. Le plus large est appelé *balance of probabilities* qui suppose du plaignant qu'il prouve que le fait qu'il allègue est plus probable qu'improbable. Plus spécialement, le juge doit retenir les preuves les plus convaincantes avancées par les deux parties. Il s'agit de la *preponderance of evidence*³⁹. L'autre standard, plus strict, le *beyond reasonable doubt* oblige le juge, pour retenir la culpabilité d'un individu, à n'avoir aucun doute raisonnable sur les éléments caractéristiques de l'infraction⁴⁰. Même si ces standards laissent au juge une marge de manœuvre importante, ils conviennent parfaitement à l'établissement du doute suffisant. Que ce soit en matière civile ou en matière pénale, l'exigence d'un doute sérieux autorisant à raisonner en termes de risque de la preuve peut être perfectionnée par référence à ces deux standards de preuve.

En raison de la prohibition du déni de justice (art. 4 C. civ.), le juge doit trancher le litige quand bien même les parties ne seraient pas parvenues à le convaincre. Cependant, pour que l'existence de ce doute ne soit pas préjudiciable à l'autorité de la décision, il ne doit pas apparaître formellement dans la motivation des juges. C'est une question d'efficacité et de légitimité de la décision ainsi rendue.

V. cep. le débat selon lequel le doute n'existerait pas, notamment parce que les motifs dubitatifs sont prohibés par la Cour de cassation, X. LAGARDE, *th. préc.*, n° 137 et s., p. 216 et s. et les critiques formulées par M. J.-Fr. CESARO, *th. préc.*, n° 157 et s., p. 210 et s.

36. V. par ex. Riom, 23 septembre 1991, *JCP (E)*, 1991, pan., 1150 : où le raisonnement au fondement d'un doute n'est possible que si les juges se sont livrés à un minimum de recherches.

37. V. par ex. Cass. soc., 16 juin 1993, *Dr. soc.*, 1993, p. 773; Cass. soc., 5 novembre 1991, pourvoi n° 90-41288.

38. V. not. A.-L. SIBONY et E. BARBIER DE LA SERRE, *op. cit.*, n° 11 et s.

39. *Black's Law dictionary*, abridged sixth edition, West, V° « Burden of proof » : « Burden of proof is a term which describes two different concepts : first, the « burden of persuasion », which under traditional view never shifts from one party to the other at any stage of the proceeding and second, the « burden of going forward with the evidence », which may shift back and forth between the parties as the trial progresses ».

40. *Ibid*, V° « Reasonable doubt ».

Par ailleurs, il n'est pas simplement question de déplacer le curseur et les difficultés afférentes. Prendre conscience de l'existence de cette première étape a de nombreux avantages. Elle permet de mieux distinguer ce qui relève, en amont, de l'existence du doute et ce qui relève, en aval, de l'imputation du risque. Cette division du raisonnement enrichit également le droit de la preuve. Autant la distinction entre charge, objet et mode de preuve rend difficile toute appréciation sociologique et économique de la question, autant la notion de standard de la preuve pourrait permettre d'introduire ce type de considérations. Notamment, la notion de probabilité prend ici un autre sens lorsqu'elle est enrichie d'une approche sociologique et économique. Le standard de preuve dans sa conception large suppose de la partie au procès qu'elle démontre que la situation dont elle se prévaut est plus probable qu'improbable. La probabilité s'affirme ici, non pas comme un critère d'imputabilité du risque⁴¹, mais comme une condition préalable à l'attribution du risque. En somme, il y aurait doute dès lors que les parties se présentent au juge avec le même degré d'incertitude. Enfin, l'identification de la condition préalable du doute explique que le risque de la preuve est une question qui diffère selon les matières. Le degré de doute exigé pour raisonner en matière de risque de la preuve varie selon les intérêts en jeu.

L'efficacité de cette phase de filtrage en vue de réduire le champ du risque de la preuve dépendra, notamment, du degré d'exigence des magistrats de la Cour de cassation⁴². Un arrêt inédit rendu par la Première chambre civile de la Cour de cassation le 30 janvier 2007 peut servir d'illustration. Une expertise incomplète a été réalisée à l'occasion d'un litige portant sur la garantie des vices cachés. Les juges du fond en ont conclu que ce vice n'était pas établi. Le demandeur en résolution de la vente a dû supporter le « fardeau » de la preuve. La Cour de cassation a cassé la décision de la cour d'appel aux motifs « [qu'il appartenait à la cour d'appel], si elle estimait que le rapport de l'expert judiciaire, désigné à l'occasion du litige, était insuffisamment précis pour établir la réalité des vices invoqués et leur nature, d'interroger ce dernier ou le cas échéant d'ordonner un complément d'expertise »⁴³. Il est vrai qu'un juge doit prendre toutes les mesures utiles, mais il ne peut le faire en palliant la carence des parties. Cette décision paraît adresser une directive aux juges du fond : exclure autant que faire se peut, en amont, le doute du procès.

Une fois qu'un doute suffisant est établi, il est alors possible aux juges d'imputer le risque de la preuve au moyen d'un mécanisme rationnel d'attribution.

41. V. *infra*.

42. V. sur cette idée de subsidiarité en droit du travail à propos de la cause réelle et sérieuse du licenciement, Déc. n° 98-258, D.C. du 25 juillet 1989, JO 28-7 : « c'est dans le cas où le juge sera dans l'impossibilité au terme d'une instruction contradictoire de forger avec certitude sa conviction sur l'existence d'une cause réelle et sérieuse justifiant le licenciement qu'il sera conduit à faire application du principe selon lequel le doute profite au salarié ».

43. Cass. 1^{re} civ., 30 janvier 2007, pourvoi n° 06-11.028, *Procédures*, 2007, comm. n° 79, obs. R. Perrot; *JCP (G)*, 2007, I, 200, n° 17, obs. E. Jeuland.

§2. - Un mécanisme rationnel

Le risque de la preuve est un mécanisme intégrant un processus judiciaire. Pour en faire état, une acception méthodique est généralement défendue (A), complétée par la mise en œuvre de critères objectifs d'attribution des risques (B).

A. UNE MÉTHODE

L'acception méthodique rend compte des réflexions doctrinales qui ne se sont pas limitées à désigner *a priori* celui qui doit, tout au long du procès, supporter le fardeau de la preuve⁴⁴. Cette charge varie en fonction des circonstances et des faits allégués. En ce sens, Ch. Aubry et Rau ont tenté d'assouplir l'impression dogmatique dégagée par l'article 1315 du Code civil. Ils estiment, notamment, que celui qui invoque un droit doit justifier des faits matérialisant sa naissance. Celui qui s'oppose à un droit doit réciproquement prouver l'existence d'un obstacle ou établir une évolution du droit, qu'il soit demandeur ou défendeur à l'instance. Cette théorie a le mérite de ne pas attribuer définitivement à l'une des parties le rôle de demandeur ou de défendeur et ce quel que soit le type de procès. Elle pêche cependant par son imprécision et par son abstraction excessive⁴⁵. En outre, les auteurs mènent un raisonnement davantage ancré sur la charge de la preuve que sur le risque de la preuve.

Plus précises sont les théories proposées par Henri Motulsky et par Jacques Chevalier.

Henri Motulsky part de la distinction entre le présumé de la règle et ses effets⁴⁶. Le présumé renvoie à toutes les circonstances de fait permettant de déclencher la règle afin qu'elle produise ses effets, à savoir la procuration d'un avantage matériel ou moral. L'auteur précise que, dans le procès, il existe deux étapes bien distinctes : celle de l'allégation et celle de la preuve proprement dite.

Le demandeur à l'action, celui qui réclame le bénéfice d'un droit subjectif, doit alléguer tous les éléments qui fondent son droit. La charge de l'allégation « se définit comme la nécessité pour toute partie faisant valoir un droit subjectif en justice d'alléguer, sous peine d'être déboutée de sa prétention, toutes les circonstances de fait répondant aux éléments générateurs de ce droit »⁴⁷. Le juge se demande alors si ces déclarations satisfont aux conditions d'application de la règle de droit invoquée⁴⁸. Il n'est pas encore question de preuve. Le demandeur peut, à ce stade du processus, bénéficier de « dispenses » liées au « bon sens » ou prévues par la loi, qui l'autorisent à ne pas alléguer certains faits⁴⁹. Si les faits s'avèrent insuffisants, la partie succombe. En revanche, si les faits allégués sont suffisants pour fonder la

44. Ch. AUBRY et Ch.-Fr. RAU, *Droit civil français*, Tome XII, Paris, 5^e éd., 1922, spéc. § 749, p. 84 et s.

45. V. les critiques de Bartin, note 19 *quinquies* sous la 5^e éd. de Ch. AUBRY et Ch.-Fr. RAU, *op. cit.*, § 749, p. 86 et note 20bis p. 91.

46. H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)*, Sirey, 1948.

47. *Ibid.*, p. 106.

48. *Ibid.*, p. 107 et s.

49. *Ibid.*, p. 121 et s.

prétention, le juge se livre alors à l'examen des prétentions du défendeur. Ce dernier peut ne pas contester les faits. Le demandeur à l'allégation n'a pas alors à prouver ce qu'il allègue. Il s'agit d'une « *dispense rationnelle* » de preuve⁵⁰, proche de la « *théorie des faits constants* »⁵¹. À l'inverse, le défendeur peut nier un ou des éléments avancés par le demandeur⁵². Ce dernier doit désormais prouver les faits contestés. Le défendeur peut, pour sa part, affirmer que le droit a été détruit ou modifié. C'est une « *contre-action* »⁵³. Les faits ainsi allégués, s'ils sont eux-mêmes contestés par le demandeur initial, devront être prouvés. À ce stade, chacune des parties doit convaincre le juge de l'existence des allégations qui correspondent à sa prétention, à moins de bénéficier d'une dispense rationnelle tirée, notamment, de l'interprétation des textes de loi⁵⁴. Celui qui a fait la preuve des éléments nécessaires à la naissance du droit qu'il réclame n'a pas à établir que ce droit n'a pas été ensuite modifié ou restreint. C'est à l'adversaire qu'il incombe de prouver qu'un fait nouveau a entraîné le changement de cette situation juridique.

La distinction ainsi réalisée par Henri Motulsky est séduisante mais elle reste une construction de l'esprit. Sa théorie est souvent décrite comme étant schématique et didactique. Il est rare, en effet, que le juge découpe de manière aussi incisive le processus d'allégation des faits et le processus de preuve⁵⁵. En outre, il existe de nombreuses hypothèses où le découpage proposé par l'auteur ne convient pas, ainsi en droit communautaire de la concurrence⁵⁶. De plus, les distinctions et dispenses évoquées par l'auteur ne sont pas toujours faciles à manier, amenant certains auteurs à considérer le système proposé par Henri Motulsky comme une simple « *hypothèse de recherche* »⁵⁷.

Si l'on recherche une conception plus empirique, la théorie proposée par Jacques Chevalier semble la plus séduisante.

En cas de doute, affirme l'auteur, le juge retiendra une proposition qui « *sera tenue pour vraie tant que la proposition contraire n'aura pas été établie* »⁵⁸. Dans chaque procès, le juge peut s'appuyer sur une présomption anté-judiciaire : « *entre les deux propositions contraires relativement au fait à prouver, [la présomption anté-judiciaire] indique celle qui devra être prouvée de telle manière que l'autre sera retenue comme motif de décision si la preuve n'est pas faite ou est insuffisante et comme ce choix est nécessairement préalable à l'examen de la preuve et (...) à son mécanisme, elle ne comporte par elle-même et à elle seule aucune indication sur le déroulement ultérieur de la preuve soit quant à sa décomposition du fait à prouver soit quant aux moyens qui seront recevables pour faire la preuve* »⁵⁹.

50. *Ibid.*, p. 90 et s.

51. V. Th. LE BARS, « La théorie du fait constant », *JCP (G)*, 1999, I, 178.

52. *Ibid.*, p. 119 et s.

53. *Ibid.*, p. 121.

54. *Ibid.*, p. 96.

55. Pour une critique d'ensemble, v. J.-Fr. CESARO, th. préc., n° 132, p. 191 et s.

56. En ce sens, A.-L. SIBONY et E. BARBIER DE LA SERRE, *op. cit.*, n° 5.

57. J. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 245.

58. *Ibid.*, *op. cit.*, p. 217.

59. *Ibid.*, p. 219. La formule est initialement celle de J. J. BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, 3^e éd., Bruxelles, 1840, Tome II, Chap. II, p. 11 et s.

L'auteur précise, par la suite, la méthode par laquelle le juge est amené à déterminer ces présomptions anté-judiciaires. La loi est la première source d'information. Elle n'est cependant pas la seule car le juge joue également un rôle déterminant⁶⁰. Ces présomptions n'ont rien de commun avec les présomptions légales classiques qui déplacent l'objet de la preuve⁶¹ ou qui imposent un certain mode de preuve. Parmi ces présomptions anté-judiciaires légales, il existe l'article 1162 du Code civil qui dispose que « *Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation* ». Dans le même esprit, peuvent être cités l'article 2268 du Code civil qui pose la présomption de bonne foi, l'article 312 du même Code sur la présomption *Pater is est...*, ou encore l'article 1202 qui exclut toute présomption de solidarité en matière civile.

Cette clarification du rôle actif du juge sur fond de présomptions anté-judiciaires est l'apport principal de cette théorie. Cependant, parmi diverses critiques, l'auteur ne fournit pas suffisamment d'indices pour identifier les différentes présomptions anté-judiciaires⁶². Il donne uniquement l'exemple du juge qui peut étendre les présomptions anté-judiciaires prévues par la loi, sans autres précisions.

Ces réflexions doctrinales ont au moins le mérite de mettre l'accent sur l'existence d'un mécanisme méthodique qui se moule au processus judiciaire. Loin d'être un mécanisme d'attribution des risques imprévisible, il repose sur un ensemble de « *critères* » rationnels.

B. DES CRITÈRES

Bruno Deffains a abordé la question des « *standards de preuve* », traitant ainsi sous un angle singulier la question des critères rationnels d'attribution des risques de la preuve. De même, le « *jeu de recherche de rentes* » analysé par l'auteur n'est pas sans rappeler le critère souvent avancé par les juristes d'aptitude à la preuve.

Préciser le critère d'imputation du risque est un moyen pour le justiciable d'être informé des risques probatoires d'un procès et un moyen pour le juge de légitimer sa décision. Malgré la diversité des « *critères* » proposés, deux se présentent, sinon comme des critères, du moins comme des indices fédérateurs. Il s'agit de l'aptitude à la preuve (1) et de la probabilité (2).

1. L'aptitude à la preuve

L'idée d'aptitude à la preuve est pleine de « *bon sens* ». Doit prouver celui qui est le plus apte, le plus enclin à établir l'existence d'un fait. La force de l'évidence dont est entouré ce critère a ainsi séduit Jérémy Bentham qui affirmait déjà que « *L'obligation de la preuve doit être, dans chaque cas individuel, imposée à celle des*

60. *Ibid.*, p. 224.

61. Telles que celles posant différents cas de responsabilité de plein droit.

62. En ce sens not. J.-Fr. CESARO, th. préc., n° 142, p. 198.

parties qui peut la remplir avec le moins d'inconvénient, c'est-à-dire le moins de délais, de vexations et de frais »⁶³.

Même si cette référence à l'aptitude comporte une part de subjectivité importante⁶⁴, elle inspire un grand nombre de règles probatoires. À cet égard, si l'aptitude ne peut être considérée comme un critère exclusif, elle est néanmoins un indice pertinent aidant le juge à prendre sa décision. Bruno Deffains observe que la question est, en matière économique, à la fois plus large, puisqu'elle intègre l'aptitude du juge, et plus restrictive, en ce qu'elle se réduit à une approche en termes de coûts. Il s'agit ainsi de répondre à la question de savoir qui du juge ou des parties, voire quelle partie, est le plus apte, au regard de la vérité et eu égard au coût de l'opération, à établir l'existence d'un fait.

Le contentieux de la discrimination (art. L. 1134-1) et celui du harcèlement moral et sexuel (art. L. 1154-1 C. trav.) peuvent être présentés comme des applications du « critère » de l'aptitude à la preuve. L'employeur étant le plus apte à apporter la preuve d'une absence de discrimination ou de harcèlement, le risque de la preuve lui est attribué. L'aptitude à la preuve semble également guider l'attribution des risques de la preuve lorsque les justiciables sont confrontés à une forme de *probatio diabolica*. Il en va ainsi tant en droit de la propriété⁶⁵ qu'en matière d'obligation d'information des professionnels⁶⁶. La solution rendue par la Chambre commerciale le 2 octobre 2007 peut être analysée sous l'angle de l'aptitude à la preuve. Une cliente de la Banque Postale a formé opposition le 10 avril 2004 à l'utilisation de sa carte déclarée perdue le 9 avril 2004. Des prélèvements ont cependant été opérés avant l'opposition. La Banque Postale a décidé de les imputer en totalité à la cliente aux motifs que le titulaire de la carte de paiement est responsable de toutes les opérations réalisées lorsque le code confidentiel a été utilisé. La cliente a alors assigné la banque en restitution des sommes portées au débit de son compte. La question consistait à savoir s'il incombait à la banque qui n'entend pas restituer des prélèvements consécutifs à l'utilisation frauduleuse par un tiers d'une carte de paiement avant toute opposition de démontrer que le titulaire de cette carte a commis une faute lourde.

La Chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé, par un arrêt de principe largement diffusé, qu'« en cas de perte ou de vol d'une carte bancaire, il appartient à l'émetteur de la carte qui se prévaut d'une faute lourde de son titulaire, au sens de l'article L 132-3 du code monétaire et financier, d'en rapporter la preuve et que la circonstance que la carte ait été utilisée par un tiers avec composition du code confidentiel est, à elle seule, insusceptible de constituer la preuve d'une telle faute »⁶⁷. La difficulté qu'il y aurait pour un client à prouver l'absence de faute

63. J. J. BENTHAM, *op. cit.*, Tome II, p. 172. V. égal. J. CARBONNIER, *Droit civil, introduction*, PUF, coll. Thémis, 26^e éd., 1999, p. 346; P. ESMELIN, « Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle », *RTD civ.*, 1933, p. 627 et s., spéc. n° 9 et s.

64. En ce sens, H. MOTULSKY, *Principes... op. cit.*, p. 139.

65. Sur ce point, v. not. J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Les biens*, LGDJ, 2^e éd., 2010.

66. V. not. Cass. 1^{re} civ., 25 février 1997, *Bull. civ. I*, n° 75; *RTD civ.*, 1997, p. 434, obs. P. Jourdain; *JCP (G)*, 1997, I, 4025, n° 7, obs. G. Viney.

67. Cass. com., 2 octobre 2007, *JCP (G)*, 2007, II, note E. Bazin.

lourde justifie probablement que le risque de la preuve, et non la charge en l'espèce, ait été attribué à la Banque Postale. Il est effectivement plus question de risque de la preuve dans la mesure où le banquier sera lui aussi dans l'impossibilité pratique d'apporter une telle preuve et devra supporter le « fardeau » de celle-ci.

Aussi séduisante soit-elle, l'aptitude à la preuve ne règle pas toutes les difficultés. Qui doit l'emporter, par exemple, en cas d'égale aptitude à la preuve? Elle est, en outre, une approche trop générale du problème sans distinction entre les faits à établir. À l'égard de certains d'entre eux, en effet, une partie peut se montrer plus apte que l'autre et inversement. Enfin, la jurisprudence manque dangereusement de rigueur. Ainsi le contrat de prêt consenti par un professionnel du crédit peut servir d'illustration. Considéré désormais comme un contrat qui « n'est pas réel » lorsqu'il est consenti par un professionnel du crédit⁶⁸, la remise des fonds ne conditionne plus l'existence de ce contrat. L'objet de la preuve, à la charge du prêteur, se réduit ainsi à celle d'un accord de volontés. Cependant, dans l'hypothèse où le prêteur demande à ce que les fonds lui soient restitués, il demande l'exécution de l'obligation de restitution. Or cette obligation suppose l'établissement préalable de la remise des fonds. Au regard de l'aptitude à la preuve, il semble plus rationnel d'exiger du prêteur qu'il prouve cette remise. Il semble en effet plus difficile pour l'emprunteur de prouver que les fonds ne lui ont pas été remis. C'est pourquoi la cour d'appel avait débouté le prêteur de ses prétentions au motif qu'il n'établissait pas la preuve de la remise effective des fonds, sans contester pour autant l'existence du contrat de prêt. Cette décision est pourtant censurée par la Cour de cassation qui a jugé, au visa de l'article 1315 du Code civil, sans nuances, que « le contrat de prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel, de sorte que la preuve du contrat de prêt requiert seulement que soit établi l'accord de volontés, le tribunal n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a inversé la charge de la preuve »⁶⁹. Or, même si la remise des fonds n'est plus une condition d'existence du prêt consenti par un professionnel du crédit, l'obligation de restitution suppose d'établir au préalable la remise effective des fonds!

Quoi qu'il en soit, cet indice, parmi d'autres, a le mérite d'être un standard ouvert. Il peut s'imprégner d'informations d'ordre non juridique. L'aptitude n'est en effet pas seulement intellectuelle. Elle peut également être de nature économique. L'aptitude est aussi la recherche du moindre coût, cher à Jérémy Bentham. L'analyse économique permet ainsi d'affiner cet indice. Plus directement, cette analyse sied parfaitement à un autre « critère » : la probabilité.

68. Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2000, *Bull. civ. I*, n° 105; *GAJC, Tome II*, 11^e éd., Dalloz, n° 269-270.

69. Cass. 1^{re} civ., 27 juin 2006, *CCC*, 2006, n° 221, obs. L. Leveneur. Alors que cet article était sous presse, un arrêt a opéré un revirement de jurisprudence et a jugé de manière plus cohérente que la preuve de la remise des fonds pesait sur le prêteur, Cass. 1^{re} civ., 14 janvier 2010, n° 08-13160.

2. La probabilité

Quoi de plus probable que la normalité? Celui qui se prévaut d'une situation anormale doit en établir la preuve⁷⁰. Reste à préciser ce qu'il convient d'entendre par « normalité ».

Celle-ci peut, tout d'abord, renvoyer à une situation qui a persisté dans le temps : est plus probable ce qui est déjà acquis⁷¹. Dans ces conditions, l'acquis doit être préféré. En un sens, *Quieta non movere*, les choses doivent rester en l'état. À ce titre, cette situation acquise ne peut être remise en cause qu'à la condition de prouver qu'elle a changé. Il est cependant difficile d'y voir un véritable critère à la disposition du juge⁷². Le mérite de cette solution est au moins de proposer une solution qui, parfois, s'avère être la moins coûteuse. Reste, cependant, que les fonctions attribuées au procès sont loin d'être respectées car ni la vérité, ni l'apaisement, ne sont ici servis par l'idée de situation acquise.

La probabilité-normalité ne se réduit pas à l'idée de situation acquise⁷³. Une application de la normalité au-delà de la seule situation acquise est parfois faite par la Cour de cassation qui la rapproche alors de la notion d'apparence. Est normal ce qui est apparent⁷⁴. La situation est ainsi souvent acquise en apparence, notamment en matière de prescription. Certains arrêts sont cependant difficiles à concilier entre eux. Ainsi, la normalité est-elle du côté de la gratuité d'un acte ou de son onérosité? Sur fond d'histoire et de sociologie, il est enseigné que l'onérosité est devenue le principe et la gratuité serait devenue suspecte⁷⁵. Ainsi en matière de mandat, la Cour de cassation présume son caractère à titre onéreux lorsque le mandataire fait de la gestion des affaires d'autrui sa profession habituelle. Il appartient à celui qui invoque sa gratuité d'en apporter la preuve⁷⁶. Cependant, à d'autres occasions, la Cour de cassation a pu juger, à l'inverse, qu'il « *incombait à [une société] de prouver l'existence du contrat de louage de choses sur le fondement duquel celle-ci agissait en paiement de ladite somme* »⁷⁷. Il lui appartenait

70. Avec des nuances selon les auteurs, v. Fr. GÉNY, *Science et technique en droit positif*, Tome III, Paris, Sirey, 1927, n° 231 (situation acquise); G. MARTY et P. RAYNAUD, *Introduction générale*, Sirey, n° 213; J. THÉVENET, *Essai d'une théorie de la charge de la preuve en matière civile et commerciale*, Thèse Lyon, 1921 (apparence). Pour une critique, v. J. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 234 et s.; Fr. BOULANGER, *op. cit.*, n° 2 qui souligne qu'il est souvent difficile d'identifier ce qui « paraît normal ». *Adde*, J. GHESTIN et G. GOUBEUX, *op. cit.*, n° 583, p. 541 : « *Surtout, le problème paraît mal posé : si l'apparence existe, elle constitue un indice qui est déjà une preuve; il appartient à celui qui veut la combattre de faire la démonstration contraire. La question reste entière en cas d'incertitude complète* ».

71. En ce sens Fr. GÉNY, *Science et technique...*, *op. cit.*, n° 231.

72. Le juge créerait la normalité plus qu'il ne s'y référerait.

73. La répartition du risque de la preuve pourrait ainsi être conditionnée par une distinction touchant au fond du droit : principe/exception; règle générale/règle spéciale...

74. V. en ce sens, Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *op. cit.*, n° 172, p. 127 : « *Ce qui est normal et apparent n'a pas à être prouvé* ». Comp. J. RIVERO, « Fictions et présomptions en droit public français », in *Les présomptions et les fictions en droit*, 1974, p. 108. Pour un ex., v. Cass. soc., 7 janvier 1997, *JCP (G)*, 1997, II, 22931, note C. PUIGELIER : « *en présence d'un contrat de travail apparent, il appartient à celui qui invoque son caractère fictif d'en rapporter la preuve* ».

75. Pour une vue d'ensemble, *La gratuité, une question de droit?*, sous la dir. G. KOUBI, G. J. GUGLIELMI et M. BAZEX, L'Harmattan, coll. Logique juridique, 2003.

76. Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 1989, *Bull. civ. I*, n° 399; Cass. 1^{re} civ., 16 juin 1998, *CCC*, 1998, comm. n° 127.

77. Cass. 1^{re} civ., 15 mars 2005, *CCC*, 2005, comm. n° 126, obs. L. Leveneur : même si les faits pouvaient expliquer en l'espèce l'exigence de prouver le caractère onéreux du contrat.

donc de prouver le caractère onéreux du contrat conclu⁷⁸. Enfin, l'apparence laisse souvent sa place à la simple vraisemblance. Il n'est pas alors réellement question de risque de la preuve mais de conviction du juge⁷⁹.

À dire vrai, la notion de normalité laisse une marge de manœuvre au juge afin de s'adapter à la singularité des faits et d'observer dans chaque cas d'espèce s'il y a des raisons de présumer l'onérosité ou la gratuité. La normalité est donc appréciée *in concreto*, ce qui confirme son statut d'indice et non de critère⁸⁰.

En tout état de cause, sans être un critère d'attribution des risques de la preuve, la probabilité est un indice qui aide le juge à rendre sa décision. En outre, cet indice peut s'enrichir d'un recours plus fréquent à d'autres sciences humaines. Il s'agit de la sociologie, capable de fournir un appareil statistique très dense, mais aussi de l'analyse économique probablement à même de mettre au service du droit de la preuve des grilles de probabilités⁸¹.

On perçoit alors à l'analyse de la loi et des solutions jurisprudentielles les limites du raisonnement logique. L'aptitude, comme la normalité, étant perçues comme des indices, constituent déjà des preuves. Le problème du risque n'est alors pas résolu mais simplement reporté. Par ailleurs, comme le souligne M. X. Lagarde, les critères d'attribution du risque de la preuve constituent un simple discours; un discours destiné à rassurer les parties au procès, en particulier, et les justiciables, en général⁸². À ce titre, le risque de la preuve n'est pas seulement un raisonnement logique, il est aussi un instrument juridique au service d'un but.

Section 2

UN INSTRUMENT

Le modèle du marché gagne les sphères du procès⁸³. Il y a une « marchésation » de la justice au sein de laquelle le juge et les parties constitueraient une véritable équipe managériale. Cette acception donne, en bien ou en mal, une prise plus

78. C'est à celui qui invoque l'absence d'intention libérale de la prouver, Cass. 1^{re} civ., 24 octobre 2006, *Bull. civ. I*, n° 439.

79. Un parallèle peut être fait avec la juridiction des référés, « théâtre d'apparence » (R. MARTIN, « Le référé, théâtre d'apparence », *D.* 1979, Chr. p. 158) et les procédures d'injonction de payer exigeant que la créance paraisse « fondée dans son principe » (art. 1409 CPC).

80. V. en ce sens, Cass. soc., 7 janvier 1997, préc.; Cass. 1^{re} civ., 15 mars 2005, préc.

81. Comp. J.-Fr. CESARO, th. préc., n° 130, p. 190 : « *Les bases de données statistiques qui seules permettraient de donner une assise scientifique au critère de normalité n'existent pas. Faute d'un critère opératoire, la solution est laissée au sentiment, aux inclinaisons personnelles du juge* ».

82. Comp. X. LAGARDE, th. préc., p. 11 et s. et p. 271 et s., spéc. n° 160, p. 272 : « *La notion de charge de la preuve constitue un moyen de faire peser sur les justiciables les faiblesses de l'institution judiciaire, et ce moyen est d'autant plus efficace qu'il autorise un renversement de perspective, les insuffisances étant finalement imputées aux parties elles-mêmes* ».

83. Sur le modèle conquérant du marché, v. M.-A. FRISON-ROCHE, « Le modèle du marché », in *Droit et esthétique*, APD, Tome 40, Sirey, 1995, p. 286 et s.

grande à l'analyse économique. Dans ce contexte, le risque de la preuve se présente comme un instrument à la disposition du juge et, dans une certaine mesure, à celle des parties. En tant qu'instrument, le risque de la preuve est mis au service de certains objectifs.

L'instrumentalisation du risque de la preuve renvoie donc, d'une part, aux acteurs du procès (§1) et, d'autre part, aux objectifs poursuivis (§2).

§1. – Les acteurs

Selon l'analyse de Bruno Deffains, le juge français serait plus actif alors que le juge de *common law* adopterait un rôle passif. À dire vrai, le risque de la preuve révèle davantage la recherche d'un équilibre entre les prérogatives du juge (A) et celles des parties (B).

A. LES PRÉROGATIVES DU JUGE

Bruno Deffains a clairement démontré que le choix d'un système accusatoire ou inquisitoire dépendait des coûts engendrés par le procès. Cette approche en termes de coût n'est pas inconnue du régime probatoire français. Il suffit de lire l'article 147 du Code de procédure civile : « *Le juge doit limiter le choix de la mesure [d'instruction] à ce qui est suffisant pour la solution du litige, en s'attachant à retenir ce qui est le plus simple et le moins onéreux* ».

Spécialement en matière civile, les prérogatives du juge n'ont cessé d'augmenter notamment afin d'améliorer la qualité, le coût et la rapidité du procès. Ce rôle plus actif justifie que le risque de la preuve ne soit pas seulement le résultat d'un combat entre les deux parties mais implique également le juge. L'article 10 du Code de procédure civile énonce en ce sens que « *le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction, légalement admissibles* ». Dans le même esprit, les articles 138 et suivants Code de procédure civile sont consacrés aux règles relatives à l'obtention des pièces détenues par un tiers. Quant aux articles 143 et suivants du même Code, ils traitent des mesures d'instruction définies comme des mesures, ordonnées par le juge à la demande d'une partie ou d'office, afin d'établir les faits dont dépend la solution du litige. Le juge peut, également, solliciter des constatations ou une consultation⁸⁴ voire des mesures plus lourdes d'expertise⁸⁵. Le juge semble donc dominer le procès civil mais ne doit pas pallier la carence des parties (art. 146 CPC).

La ligne de partage tracée entre le droit français et la *common law* peut ainsi être relativisée. Certes, la *Discovery* oblige les parties à produire l'ensemble des informations favorables ou défavorables⁸⁶ et le droit français ne connaît pas cette procédure. Un principe s'y opposerait d'ailleurs, c'est celui selon lequel nul n'est obligé de prouver contre soi-même⁸⁷. Cependant, ce principe doit être atténué, notam-

84. Art. 249 et s. CPC.

85. Art. 282 et s. CPC.

86. H. MUIR-WATT, *Dictionnaire de la justice*, op. cit., V° *Discovery*, disclosure, p. 337.

87. Sur ce principe qui doit être relativisé, v. C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, Tome 29, n° 209. *Contra*, R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, Librairie A. Rousseau, n° 211.

ment sous la pression d'un « droit à la preuve » émergent⁸⁸. Sa traduction réside dans les multiples pouvoirs conférés au juge pour obliger les parties, à la demande ou d'office, à produire des documents ou certains éléments de preuve. D'une manière générale, les parties sont obligées de communiquer les pièces à l'adversaire et ce dans un délai utile. La mesure est plus encadrée et limitée que dans la *Discovery*, en raison notamment du pouvoir d'appréciation du juge, mais elle atteste de l'obligation de collaboration qui peut être imposée aux parties⁸⁹.

Le risque de la preuve, dans le silence de la loi, est en quelque sorte géré par le juge au moyen des diverses mesures d'instruction à sa disposition. Cette gestion du risque probatoire est aussi l'affaire des parties.

B. LES PRÉROGATIVES DES PARTIES

Il n'est pas question d'attribuer aux parties le pouvoir de décider qui devra supporter le risque de la preuve en cas de doute. Elles ne peuvent au cours du procès décider de l'attribution de ces risques. Elles ont, cependant, l'opportunité d'anticiper en réduisant l'étendue de l'aléa probatoire et, corrélativement, de réduire le champ d'application du risque de la preuve.

On a pu, tout d'abord, observer la recevabilité croissante des expertises privées sous réserve d'un débat contradictoire devant le juge⁹⁰. Ce succès illustre le rôle important des parties dans le rassemblement des éléments de preuve. Mais cette situation met aussi en avant certains dangers. L'aptitude financière variable entre les parties risque d'entraîner une différence de traitement entre ceux qui ont les capacités financières et ceux qui ne les ont pas.

Ensuite, les parties peuvent être amenées à gérer le risque probatoire au moyen de la technique contractuelle⁹¹. Ces conventions permettraient de réduire la part d'aléa liée au risque de la preuve⁹². En effet, les règles relatives à la charge de la preuve ne semblent pas être d'ordre public⁹³ dès lors qu'il est question de droit dont les parties ont la libre disposition⁹⁴.

88. G. GOUBEUX, « Le droit à la preuve », in *La preuve en droit*, Études publiées par Ch. Perelman et P. Foriers, 1981, p. 277 et s. Pour une vue d'ensemble, J. GHESTIN et G. GOUBEUX, op. cit., n° 587 et s., p. 544 et s.

89. C'est tout l'esprit qui se dégage de l'art. 10 C. civ.

90. V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 11 mars 2003, *Bull. civ. I*, n° 70; *D.* 2005, p. 46 et s., note Cavalier. Dans le même sens, Cass. 2^e civ., 14 septembre 2006, *Bull. civ. II*, n° 225; *Procédures* 2006, n° 264, obs. R. Perrot.

91. Sur les conventions relatives à la preuve, v. not. J. CHEVALIER, op. cit., p. 296 et s. : pour l'auteur deux précautions sont à prendre face à des conventions relatives à la charge de la preuve. Il faut limiter leur validité aux hypothèses où la preuve porte sur des droits dont les parties ont la disponibilité. Il faut, ensuite, vérifier qu'elles ont fait l'objet d'un consentement libre et éclairé; M. COCURAL, *Étude théorique et jurisprudentielle des conventions des parties en matière de preuve, en droit civil français*, Thèse Toulouse, 1933, spéc. p. 88 et s.; V. DEPADY-SEBAG, « Les conventions sur la preuve », in *La preuve*, sous dir. C. PUIGELIER, *Economica*, coll. Études juridiques, n° 19, 2004, p. 13 et s.

92. V. par ex., Cass. com., 19 juillet 1965, *Bull. civ. III*, n° 456, à propos d'un mandat d'intérêt commun et d'une attribution de la charge de la preuve de l'abus.

93. Il faut néanmoins souligner que cette affirmation à propos de la charge de la preuve n'existe pas formellement. D'autre part, la plupart des arrêts validant les conventions relatives à la preuve relèvent des modes de preuve.

94. En ce sens, R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil*, Tome 9, n° 1164; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, Tome VII, LGDJ, 1952, n° 1422.

Il faut cependant être prudent et veiller au respect d'une certaine égalité des armes. Outre le droit européen des droits de l'homme parfois sollicité pour des questions relatives à la preuve⁹⁵, le droit de la consommation, par le biais des clauses abusives, peut être à ce titre utile. Il conviendra de vérifier que ces clauses ne réduisent pas excessivement l'accès au juge. Les nouveaux articles R. 132-1 et R. 132-2 du Code de la consommation seront dans ce cadre très utiles. À l'égard de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, il faudra vérifier non seulement que le recours existe mais en outre qu'il est effectif⁹⁶.

Dans le même ordre d'idées, d'autres clauses contractuelles peuvent contribuer à réduire indirectement le risque de la preuve. Il s'agit des diverses clauses de discussion, d'entretien, de conciliation que l'on peut rapprocher en *Common law* des *preaction protocols*. Ces phases de discussion sont notamment l'occasion d'éprouver ses chances de succès au procès et donc notamment ses preuves. Là encore, ce serait un moyen de réduire le champ du doute et du risque de la preuve corrélatif. Également, la loi offre parfois une option à certaines victimes. Elles peuvent ne pas s'exposer au risque de la preuve en concluant, par exemple, une transaction⁹⁷.

La loi met aussi à la disposition des parties les moyens de réduire la marge d'incertitude probatoire. En ce sens, l'article 145 du Code de procédure civile relatif aux mesures d'instruction *in futurum* devient un outil de gestion indispensable du risque de la preuve au service des parties. Une phase de pré-jugement se met en place dans le procès civil offrant aux justiciables la possibilité, sinon de se préconstituer une preuve avant tout procès, du moins de mettre leurs preuves à l'épreuve. Cette mesure d'instruction *in futurum* permet en amont d'atténuer le risque de preuve en réduisant la part d'incertitude avant le procès. Dans un contexte de prolifération des droits fondamentaux – respect de la vie privée, secret des correspondances, vie personnelle du salarié –, cet outil peut s'avérer très utile. Ainsi, souvent un employeur perd le procès car il n'a pas pu établir, par exemple, l'existence d'une faute du salarié qui utilise sur son ordinateur des fichiers personnels contenant les preuves d'une concurrence déloyale. On perçoit tout l'intérêt de faire appel à

95. V. not. Cass. 2^e civ., 10 mars 2004, *RDC*, 2004, p. 938 et s., obs. Ph. STOFFEL-MUNCK et p. 1080 et s., obs. A. DEBET : « En admettant que la preuve du sinistre, qui est libre, puisse être limitée par le contrat, la Cour d'appel a violé les articles 1315 du Code civil et 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme ». L'arrêt se fonde sur l'article 1315 du Code civil alors qu'il était question d'une clause portant sur un procédé de preuve, attestant ainsi de la relativité de la distinction entre objet/mode/charge de la preuve lorsqu'il existe une convention relatives à la preuve.

96. L'accès au juge doit non seulement exister (CEDH, 21 févr. 1975, n° 1/1973/11/18, *Golder c/ Royaume-Uni*, Rec. CEDH, série A, n° 18, § 36), mais également être effectif (CEDH, 9 oct. 1979, n° 3/1978/26/41, *Airey c/ Irlande*, Rec. CEDH, série A, n° 32).

97. Il en va ainsi en matière d'accidents de la circulation, d'accidents médicaux... Sur le procès comme risque à éviter, c'est l'ensemble de l'analyse économique du procès qui mérite d'être approfondi, v. not. B. DEFFAINS, « L'analyse économique de la résolution des conflits juridiques », *Revue française d'économie*, 1997, n° 3, p. 57 et s. ; B. DEFFAINS et M. DORIAT, « Approche économique comparée du comportement des parties dans les procédures alternatives au jugement », *Economie appliquée*, 2001 a, n° 3, p. 75 et s. ; des mêmes auteurs, « Équilibre et régulation du marché de la justice : délais versus prix », *Revue économique*, 2001 b, n° 5, p. 969. Ce qui renvoie à la question plus large du risque judiciaire, v. J. COURROUY, « Réflexions sur quelques aspects de l'assurance de protection juridique », *D.* 1992, p. 169 et s. ; B. CERVEAU et D. TRIBONDEAU, *L'assurance de protection juridique, un moyen moderne d'accès à la justice*, Paris, éd. Argus, 1991.

l'article 145 du Code de procédure civile. Il permet de modifier l'équilibre dans la répartition des risques dans les limites du raisonnable. En effet, l'article prévoit la mise en œuvre de « mesures légalement admissibles » et l'existence d'un « motif légitime ». En outre, le contrôle du juge, l'intervention de l'huissier et la contradiction sont autant de garde-fous. La marge de manœuvre reste néanmoins importante grâce à la souplesse de la notion de « motif légitime ». Une partie peut ainsi, avant le procès au fond, tenter de réunir un certain nombre d'éléments de preuve, réduisant le champ du doute et, partant, du risque de la preuve. Ainsi de cet arrêt rendu au visa de l'article 145 par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 23 mai 2007 qui a jugé que : « Vu l'article 145 du nouveau code de procédure civile, ensemble les articles 9 du code civil et L. 120-2 du code du travail ; Attendu que le respect de la vie personnelle du salarié ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du nouveau code de procédure civile dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées »⁹⁸.

Cette disposition a les faveurs de la Cour de cassation et traduit l'émergence d'un authentique procès probatoire. La Cour de cassation a, dans cet esprit, par un arrêt de la Troisième chambre civile du 28 mars 2007⁹⁹ jugé que l'existence d'une clause de conciliation préalable obligatoire ne fait pas obstacle à la saisine d'un juge sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile. Il existerait non une contradiction entre la clause et cette mesure d'instruction mais une complémentarité. Cette dernière pourrait consister à réduire la part d'aléa propre à tout procès au moyen d'un instrument judiciaire, l'article 145 du Code de procédure civile, et d'un autre de nature contractuelle, la clause de conciliation préalable.

Dans le même ordre d'idées, l'élargissement du domaine de l'article 145 du Code de procédure civile est également visible dans un arrêt rendu par la Chambre commerciale du 11 avril 1995. Selon la Cour de cassation, l'article 145 du Code de procédure civile peut être utilisé pour forcer une partie à produire certains documents (art. 142 CPC)¹⁰⁰. C'est encore un véritable procès probatoire qui se met en place fondé sur un « intérêt né et actuel probatoire » selon la formule du Doyen Jacques Héron¹⁰¹. Cette instance probatoire n'est pas sans rappeler la proposition faite par Jérémy Bentham de mettre en place une séance préalable à l'issue de laquelle le juge pourrait déterminer celui qui devra supporter le risque de la preuve.

Le risque de la preuve doit donc rester un mode de raisonnement judiciaire résiduel ce que révèle le travail conjugué du juge et des parties. Plus encore, cette ges-

98. Cass. soc., 23 mai 2007, *Procédures 2007*, comm. n° 159, obs. R. Perrot, *Comp. sur le secret des affaires* qui n'est pas non plus un obstacle à la mise en œuvre de l'art. 145 CPC, Cass. 2^e civ., 7 janvier 1999, *Bul. Civ. II*, n° 4 ; *Procédures 1999*, comm. n° 60, obs. R. Perrot.

99. Cass. 3^e civ., 28 mars 2007, *Procédures 2007*, comm. 104, obs. R. Perrot ; *JCP (G)*, 2007, I, 200, n° 9, obs. Th. Clay.

100. Cass. com., 11 avril 1995, *RD bancaire et bourse*, 1995, n° 49, p. 94, obs. Th. Bonneau.

101. J. HÉRON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, coll. Domat, 3^e éd., 2006, n° 398 et s., p. 320 et s.

tion est orientée vers la satisfaction d'un but. Le risque de la preuve remplit une fonction instrumentale en ce qu'il sert à la poursuite de certains objectifs.

§2. – Les objectifs

Le risque de la preuve est un instrument au service d'une politique juridique¹⁰², optique qui est celle de M. Bruno Deffains dans nombre des questions qu'il a traitées.

L'approche juridique, cependant, ne se réduit pas aux questions de coûts. L'analyse économique doit rester au service du juste. Il faut alors revenir sur les politiques poursuivies (A) qui révéleront les principales fonctions du risque de la preuve (B).

A. LES POLITIQUES JURIDIQUES

Ces politiques consistent à protéger une catégorie de personnes, soit pour des raisons d'infériorité, économique ou intellectuelle, soit pour des raisons éthiques.

« La charge de la preuve obéit aussi à une politique juridique visant à protéger les intérêts de parties placées en position d'infériorité »¹⁰³. Cette situation d'infériorité, tout d'abord, peut expliquer qu'en droit du travail le salarié profite du doute en matière de licenciement pour cause réelle et sérieuse¹⁰⁴. Elle peut également servir à comprendre qu'un régime de faveur lui soit attribué en matière de discrimination, de harcèlement et de temps effectif de travail. La plupart du temps, le salarié doit alléguer certains faits rendant vraisemblable un cas de discrimination, de harcèlement ou son temps effectif de travail¹⁰⁵. L'employeur a alors la charge de prouver et supporte le risque de la preuve. Le salarié a la charge de l'allégation et l'employeur la charge du risque.

C'est encore l'idée d'infériorité qui peut justifier que le doute profite au consommateur en cas de rédaction douteuse d'une clause contractuelle au sens de l'article L. 133-2 du Code de la consommation.

Le risque de la preuve est, ensuite, parfois mis au service d'une finalité éthique étroitement liée à la question de dignité des personnes. Dans cet esprit, certaines

102. J. DEVÈZE, th. préc., p. 596 : « [...] l'attribution du risque de la preuve peut apparaître comme un instrument privilégié de la technique au service de la politique juridique du législateur et de la jurisprudence ». L'auteur ajoute que cette technique est plus souple dans sa mise en œuvre. V. égal. p. 619 : « L'attribution du risque de la preuve apparaît également comme l'une des techniques délibérément utilisées par le législateur et la jurisprudence pour parvenir à la solution pratique considérée comme opportune ou équitable ».

103. Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *op. cit.*, n° 172, p. 127 et 128 : « La charge de la preuve obéit aussi à une politique juridique visant à protéger les intérêts de parties placées en position d'infériorité (ex. : locataire, assuré, salarié, patient ou client d'un professionnel tenu à un devoir d'information...) ou, à l'inverse, les intérêts du commerce. Ces considérations de fond brouillent la cohérence du droit de la preuve ».

104. À relativiser lorsque l'on sait que pour la défense de ses droits, le salarié peut produire devant le juge des documents qui ont été volés à l'entreprise, v. not. Cass. soc., 30 juin 2004, *Bull. civ.* V, n° 187 ; *D.* 2004, p. 2326, note Gaba ; *JCP (G)*, 2005, I, 122, n° 15, obs. P. Morvan. Dans le même sens, Cass. crim., 11 mai 2004, *RTD com.*, 2004, p. 823, obs. B. Bouloc.

105. Pour une vue d'ensemble, v. B. TEYSSTÉ, « La preuve en droit du travail », in *La preuve*, Economica, coll. Études juridiques, Tome 19, 2004, p. 73 et s.

victimes peuvent bénéficier d'un régime de faveur. C'est le cas, par exemple, de l'article 102 de la loi du 4 mars 2002 qui, en matière de contamination par le virus de l'hépatite C, dispose qu'« en cas de contestation relative à l'imputabilité d'une contamination par le virus de l'hépatite C antérieure à la date d'entrée en vigueur de la présente loi, le demandeur apporte des éléments qui permettent de présumer que cette contamination a pour origine une transfusion de produits sanguins labiles ou une injection de médicaments dérivés du sang. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que cette transfusion ou cette injection n'est pas à l'origine de la contamination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Le doute profite au demandeur ».

Dans le même ordre d'idées, le doute qui profite à l'accusé est un choix d'ordre éthique protégé par des textes fondamentaux. L'article 9-1 du Code civil prévoit ainsi que « Chacun a droit au respect de la présomption d'innocence ». Le choix est politique : il s'agit de promouvoir un principe qui se situe au sommet de notre hiérarchie des valeurs.

Ces différentes manifestations politiques du risque de la preuve renseignent alors sur les fonctions du risque de la preuve.

B. LES FONCTIONS

Bruno Deffains a exposé diverses théories abordant la question de la preuve comme un moyen de filtrer l'accès aux tribunaux, les procédures étant, aux États-Unis notamment, longues et coûteuses. Le risque de la preuve aurait en quelque sorte une fonction incitative. En droit français, cette incitation recouvre une double nature à la fois processuelle et substantielle.

Sur le plan processuel, on peut se demander si, en France, le risque de la preuve est un moyen de filtrer l'accès aux tribunaux. Cette question paraît cruciale. Une analyse statistique pourrait ainsi révéler l'impact de l'attribution du risque de la preuve sur le nombre d'actions en justice. Un certain détournement du procès est d'ailleurs déjà à l'œuvre, en France, par l'instauration d'un régime de preuve légale, spécialement en matière civile. À l'inverse, l'espoir qu'un doute puisse profiter à une partie, sans attribuer dès le départ la charge de la preuve sur la base de critères déterminés, pourrait inciter à agir plus souvent en justice. C'est l'analyse qui peut être faite des cas de plus en plus nombreux où le législateur distingue la charge de l'allégation des faits et le risque de preuve. Par ce biais, on facilite l'accès au juge. Le raisonnement en termes de risque de la preuve en cas de doute encourage davantage les actions en justice qu'un raisonnement fondé sur la charge de la preuve. Jérémy Bentham remarquait légitimement qu'il y a un lien entre l'image que l'on a du procès et la charge de la preuve¹⁰⁶. En mettant la charge de la preuve sur le dos du demandeur, on décourage les actions en justice, signe d'une haine du procès. En raisonnant aujourd'hui en termes de risque de la preuve, on manifeste probablement une certaine faveur pour le procès, ce qui reste à démontrer.

106. J. BENTHAM, *op. cit.*, p. 11 et s.

La fonction incitative est également de nature substantielle. Le risque de la preuve joue une fonction normative voire punitive en encourageant l'adoption de certains comportements. Cette fonction incitative se perçoit, par exemple, dans le contentieux de l'interprétation des actes juridiques. Lorsque le législateur précise que le doute profite au débiteur (art. 1162 C. civ.) ou au consommateur (L. 133-2 C. cons.), il est possible d'y déceler une forme de sanction, de punition du rédacteur qui n'aurait pas pris les précautions nécessaires. On incite alors celui qui est le mieux à même de faire évoluer les choses à prendre plus de précautions en lui attribuant le risque de la preuve.

Cette fonction incitative du risque de la preuve amène également à s'interroger sur la place des conventions relatives à la charge de la preuve. Les parties sont incitées à anticiper sur le procès et à multiplier les conventions par lesquelles elles vont, par précaution, répartir le risque de la preuve en agissant sur l'objet, la charge et/ou le mode de preuve. Elles peuvent aussi prévoir des séances préalables de discussion où les preuves vont pouvoir être éprouvées.

Sur le plan substantiel toujours, le risque de la preuve peut aussi agir sur l'effectivité de la règle de droit. Le risque de la preuve sera attribué afin de permettre à la règle d'atteindre ses objectifs¹⁰⁷. C'est probablement pour cette raison que le risque de la preuve est attribué à l'employeur en matière de discrimination et de harcèlement. À défaut, la règle ne produirait pas ses effets en raison des difficultés rencontrées par le salarié pour réunir les éléments de preuve. Reste qu'aucune étude sur ce point n'a pour l'instant été sérieusement menée¹⁰⁸.

En définitive, le dialogue entre juristes et économistes est possible grâce à cette fonction instrumentale du risque de la preuve qui met en exergue des enjeux tant substantiels, l'effectivité des politiques juridiques, que processuels, la gestion du contentieux.

Janvier 2008.

NEUVIÈME PARTIE

L'EFFICIENCE DES DÉCISIONS DE JUSTICE CIVILE

107. En ce sens, D. JACOTOT, *op. cit.*, p. 277 et s.

108. Cette effectivité se retrouve également en matière pénale. La présomption d'innocence est ainsi tempérée au service d'une certaine politique criminelle; ainsi en matière d'infraction de stupéfiants et d'infraction routière, v. J.-Fr. CESARO, *th. préc.*, n° 294 et s., p. 322 et s.

L'efficience des décisions de justice civile¹

Pierre CALLÉ

Professeur à l'Université de Caen Basse-Normandie

Ce cycle de conférences étant placé sous le signe de l'interactivité, il me revient la lourde charge de répondre au Professeur Wasmer. À vrai dire, je n'ai pas grand-chose à lui répondre, non que les économistes et les juristes n'aient rien à se dire, bien au contraire, mais plus généralement parce que je ne peux que prendre acte des conclusions économiques. Si l'on reprend les conclusions auxquelles Monsieur Wasmer a abouti, l'efficacité des décisions de justice tient dans une exécution rapide et dans un droit prévisible pour asseoir une meilleure anticipation des opérateurs économiques, et donc réduire l'aléa moral². De ce constat, je ne peux qu'en prendre acte. La question qui se pose, en partant de cette analyse, est de savoir s'il convient de reconsidérer nos règles au regard d'un objectif économique déterminé. S'il faut certainement s'interroger sur la pertinence de nos règles, notamment sur leur impact économique, il faut prendre garde à ne pas prendre en compte que des considérations économiques.

Oscar Wilde reprochait aux économistes de manière assez provocatrice de connaître le prix des choses, et non leur valeur. Le propos est certainement très exagéré et caricatural, mais il faut peut-être y voir une invitation à s'attacher davantage à la valeur des choses qu'à leur prix. Dissipons tout malentendu : rechercher un système qui assure un meilleur développement économique à un moindre coût pour la société est un objectif que nul ne contestera. Mais il faut prendre garde de ne pas réduire le droit à une analyse économique, car, c'est une banalité de le dire, mais il est d'autres richesses que l'argent. Le droit peut protéger des valeurs

1. La notion de justice civile sera prise dans son sens le plus large par opposition aux justices répressive et administrative. Justice civile *lato sensu* aurait-on pu préciser qui englobe donc aussi bien la justice civile au sens strict, que la justice commerciale ou la justice sociale.

2. V. la conférence de E. Wasmer. Certains auteurs n'ont pas été à même de remettre leur contribution.

morales, encourager des politiques familiales, défendre des valeurs sociales. Le droit est fondamentalement une science de l'humain. Il doit assurer la paix sociale autant que la prospérité économique, considérer les rapports humains autant que les échanges économiques³. Dit autrement, la spécificité de la justice interdit de faire de la rationalité économique le seul critère d'appréciation de l'efficacité de l'institution judiciaire⁴. L'efficience économique des décisions de justice n'est donc qu'une efficience relative⁵ car elle ne peut pas être davantage. Cette réserve ne remet nullement en cause l'intérêt de l'analyse économique. Même si l'efficacité économique n'est pas l'unique objectif du droit, il reste important de connaître les conséquences économiques de la poursuite des autres objectifs.

Les termes du débat étant ainsi très grossièrement posés, deux axes de réflexions peuvent être distingués en partant des résultats de Monsieur le Professeur Wasmer. Le premier touche à l'efficience économique du droit jurisprudentiel en lui-même. Le droit porté par une décision de justice est-il suffisamment accessible, prévisible, pour permettre aux opérateurs économiques de le prendre en compte dans leurs prévisions économiques ? Le droit créé par la jurisprudence est-il plus, ou moins, efficace économiquement que celui créé par la voie législative ?

Au-delà de cette question d'ordre général, s'en pose une seconde plus spécifique aux parties au litige. Faire trancher un litige en soi ne présente guère d'intérêt si l'on en reste à une simple déclaration de principe. Il faut que la déclaration de principe se concrétise, que l'on passe de l'affirmation solennelle des droits à leur réalisation effective. Le caractère exécutoire de la décision de justice fait partie intégrante de sa capacité à être efficace et les conditions auxquelles l'octroi de ce caractère exécutoire est subordonné mériteront donc d'être analysées. Or, ces conditions ont nécessairement un impact économique. Monsieur le Professeur Wasmer vient de le démontrer en prenant l'exemple du contentieux locatif : la procédure nécessaire à un bailleur pour exécuter une décision d'expulsion a des répercussions économiques sur le marché immobilier. Mais au-delà de cette influence sur un marché donné qui a parfaitement été analysée, elle a aussi un impact économique direct sur les parties au litige. Plus il sera compliqué de passer de la proclamation officielle des droits à leur réalisation concrète, plus le coût économique supporté par le gagnant sera important. Les droits qui ont été judiciairement proclamés par la décision de justice sont-ils suffisamment effectifs ? Peuvent-ils l'être davantage ?

Deux axes se dégagent donc : l'efficience économique des décisions de justice prises dans leur globalité, ou dit autrement l'efficience économique du droit jurisprudentiel (Section 1) et l'efficience économique d'une décision de justice prise isolément, dans son aspect juridictionnel, notamment au regard des parties au litige (Section 2).

3. *Association Henri Capitant. Les droits de tradition civiliste en question. À propos des rapports Doing business de la Banque mondiale*, volume I, Société de législation comparée, 2006, n° 107.

4. L. CADIET, « L'hypothèse de l'américanisation de la justice française. Mythe ou réalité », *Arch. phil. droit*, t. 45, 2001, p. 89, spéc. p. 106. V. plus généralement, H. MUIR WATT, « Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil », in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Cujas, 2002, p. 37.

5. L. CADIET, « Les conflits de légalité procédurale dans le procès civil », in *La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, 2006, p. 57, spéc. n° 14.

Section 1

L'EFFICIENCE ÉCONOMIQUE DU DROIT JURISPRUDENTIEL

La question peut être posée simplement : le droit issu de la jurisprudence est-il économiquement efficace ? Mais la question doit tout de suite être précisée : il ne s'agit pas de savoir si le contenu de telle ou telle jurisprudence est économiquement efficace. Une telle interrogation, pour intéressante qu'elle soit, doit être effectuée matière par matière et ne relève pas de notre problématique. Notre propos se veut plus général. Il porte sur la source jurisprudentielle du droit. Est-ce que la source jurisprudentielle du droit, en partant de l'hypothèse que son contenu en lui-même est neutre, lui permet d'être économiquement efficace ?

S'il est un atout économique du droit jurisprudentiel, c'est sa flexibilité. Il peut facilement s'adapter aux évolutions de la société et éviter de devenir un fardeau pour le développement économique de par son archaïsme. Ainsi, la jurisprudence s'est dégagée des conditions légales de la stipulation pour autrui posées à l'article 1121 du Code civil, qui auraient empêché par exemple le développement de l'assurance-vie⁶. Le changement d'interprétation de l'article 1129 du Code civil, qui exige un objet déterminé ou déterminable, a, quant à lui, permis d'admettre la détermination unilatérale du prix dans les contrats de fourniture de biens ou de services, qui, lorsqu'ils sont conçus pour régir le long terme, se prêtent mal à l'exigence d'un prix déterminé ou déterminable⁷. La jurisprudence permet donc au droit français de s'adapter à certaines réalités économiques de notre société.

Mais pour que le droit jurisprudentiel soit réellement économiquement efficace, il faut, le Professeur Wasmer nous l'a expliqué, qu'il soit connu des opérateurs économiques, de telle sorte que ces derniers puissent le prendre en compte, et que leurs prévisions ne soient pas déjouées. À cet égard, le droit jurisprudentiel paraît avoir deux faiblesses par rapport à un droit législatif codifié : la première tient dans son accessibilité (§1), la seconde dans son imprévisibilité (§2).

§1. – L'accessibilité du droit jurisprudentiel

Une règle jurisprudentielle est accessible lorsqu'elle est connue et comprise, lorsqu'elle est accessible matériellement (A) et intellectuellement (B).

A. L'ACCESSIBILITÉ MATÉRIELLE

L'accessibilité matérielle renvoie à la question de la publicité des décisions de justice. Elle est de prime abord bien assurée. Les plus intéressantes sont publiées au bulletin, tandis que l'intégralité est consultable gratuitement sur le site de Légi-

6. Cass. civ., 16 janvier 1888, *GAJC*, t. II, Dalloz, 11^e éd., 2000, n° 169, par H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, et les références citées.

7. Cass. ass. plén., 1^{er} décembre 1995, 4 arrêts, *GAJC*, préc., n° 151-154, et les références citées.

France. Mais sous cette apparente accessibilité, se cache en réalité une réelle difficulté qui tient dans la masse de décisions accessibles. Le constat est connu : trop d'informations fait qu'on peine à trouver l'information pertinente.

B. L'ACCESSIBILITÉ INTELLECTUELLE

L'accessibilité intellectuelle, c'est l'intelligibilité des règles posées⁸. Pour la jurisprudence, c'est par leur motivation que la décision devient intelligible⁹. À cet égard, on peut noter une certaine diminution des exigences : de la possibilité offerte aux juges de se contenter d'un simple visa des conclusions des parties au lieu d'exposer leurs prétentions respectives, à celle désormais ouverte à la Cour de cassation de déclarer non admis les pourvois irrecevables ou non fondés sur un moyen sérieux¹⁰. La motivation est alors quasiment inexistante, la Cour de cassation se contentant de préciser que le moyen, tel qu'il est annexé, n'est pas de nature à permettre l'admission du pourvoi.

Si de telles règles favorisent une certaine économie de la justice à court terme en faisant gagner du temps aux magistrats dans la rédaction de leurs décisions, nuisent-elles à l'intelligibilité du droit issu de la jurisprudence ? Je ne le pense pas. La procédure de non-admission peut même paradoxalement limiter le nombre de décisions juridiquement significatives, en améliorant ainsi la cohérence du droit jurisprudentiel. Ces allègements de motivation ne constituent donc pas un danger tant que ces facilités offertes aux magistrats restent dans des limites raisonnables. Mais là est la principale difficulté. Il y a une tentation évidente pour un magistrat qui estime un pourvoi mal fondé de le déclarer non admis. Pourquoi perdre du temps à motiver un arrêt si c'est pour le pourvoi ? Les chiffres de non-admission sont d'ailleurs très importants et il a déjà été relevé quelques décisions de non-admission, tout à fait critiquables, par exemple à propos d'un moyen qui, huit mois plutôt, avait conduit une autre chambre de la Cour de cassation à prononcer une cassation¹¹. Surtout, il y a le risque réel que ces allègements ponctuels de motivation incitent à un allègement général de la motivation. On se souvient des interprétations différentes qu'a pu donner un arrêt en 2004¹², quant à l'existence ou non d'une obligation de renégocier en cas de bouleversement économique. Il reste regrettable qu'un haut magistrat soit obligé d'apporter son éclairage sur

8. A. VIGNON-BARRAULT, « Les difficultés de compréhension d'un arrêt : point de vue du lecteur », *LPA* 25 janvier 2007, n° 19, p. 22.

9. S. GJIDARA, « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », *LPA* 26 mai 2004, n° 105, p. 3, spéc. n° 57. Cette considération a pu conduire certains à préconiser une motivation plus explicite des décisions de justice (A. TOUFFAIT et A. TUNC, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de cassation », *RTD civ.* 1974, 487, spéc. n° 14 et s.).

10. Article L. 1014 du Code de procédure civile.

11. Cass. com., 8 octobre 2003, *JCP* 2004, II, 10096, note F. Descorps Declère ; *RTD civ.* 2004, 778, obs. R. Perrot.

12. Cass. civ. 1^{re}, 16 mars 2004, *JCP E* 2004, 737, p. 817, obs. O. Renard-Payen ; *RTD civ.* 2004, 290, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC* 2004, 642, note D. Mazeaud ; *D.* 2004, juris. p. 1754, note D. Mazeaud. Et sur les divergences de lecture, J. GHESTIN, « L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation », *D.* 2004, chron. p. 2239 et A. BÉNABENT, « Doctrine ou Dallas ? », *D.* 2005, point de vue, p. 852.

l'interprétation qu'il convenait de faire de l'arrêt¹³. C'est à tout le moins le signe d'une certaine imprécision dans la motivation.

Plus encore, la jurisprudence présente l'inconvénient qu'elle ne se forme qu'au gré des espèces qui sont soumises aux tribunaux. C'est la politique des petits pas. Une décision jurisprudentielle est souvent peu explicite quant au domaine ou à la portée de la règle qu'elle énonce. Elle ne devient explicite qu'en la comparant aux autres décisions qui ont été rendues, en ordonnant les décisions les unes par rapport aux autres. Et certaines règles jurisprudentielles restent incertaines faute de principe clairement dégagé : songeons à la responsabilité générale du fait d'autrui sur le fondement de l'article 1384 alinéa 1^{er}, qui, depuis l'arrêt fondateur de 1991, *Blieck*¹⁴, continue d'évoluer au gré des espèces, sans qu'on puisse dégager de manière certaine la portée, le régime, de cette nouvelle cause de responsabilité. À cet égard, un droit écrit, codifié présente en principe de meilleures garanties. La codification, si elle est bien faite, ordonnance le droit, le rationalise, le hiérarchise, présente clairement le principe et les exceptions. Bien sûr, ce à quoi nous habitue le législateur contemporain est assez éloigné de cet idéal législatif. Le Conseil constitutionnel a même franchi le pas en censurant une loi pour complexité excessive¹⁵. Mais c'est alors le contenu du texte qui est en cause, pas la technique législative en elle-même.

À cette première source d'infériorité par rapport à un droit écrit, s'en ajoute une seconde : le droit jurisprudentiel est un droit difficilement prévisible, au moins dans ses évolutions.

§2. - La prévisibilité du droit jurisprudentiel

Le Professeur Wasmer a pu nous démontrer que sur un marché donné, les choix d'un opérateur économique reposent en partie sur la prévisibilité du droit. En portant atteinte à cette prévisibilité, il est porté atteinte au dynamisme économique. Lorsque le droit est de source jurisprudentielle, la règle n'est donnée qu'après coup pour la solution de tel litige particulier. Ce caractère imprévisible est particulièrement sensible en cas de modification de la jurisprudence, ou plus radicalement de revirement de jurisprudence. Cette imprévisibilité tient au caractère en principe nécessairement rétroactif des revirements de jurisprudence¹⁶.

La cause en est bien connue : la consécration d'une solution nouvelle dans une espèce implique en principe la réitération de la même règle à tous les litiges postérieurs qui surviendront, y compris ceux statuant sur des faits antérieurs à sa consé-

13. V. la note d'O. RENARD-PAYEN, préc.

14. Cass. ass. plén., 29 mars 1991, *JCP* 1991, II, 21673, concl. H. Dontenville, note J. Ghestin ; *D.* 1991, juris. p. 324, note C. Larroumet ; *RTD civ.* 1991, 312, obs. J. Hauser et 541, obs. P. Jourdain.

15. Décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, « Loi de finances pour 2006 ».

16. J. RIVERO, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA* 1968, 15 ; O. SALVAT, *Le revirement de jurisprudence. Étude comparée de droit français et de droit anglais*, Thèse dactyl., Paris II, 1983, spéc. n° 81. Pour une présentation différente, T. BONNEAU, « Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement », *D.* 1995, p. 24.

cration. La solution nouvelle s'applique à des faits antérieurs. Or, une telle rétroactivité a des implications économiques non négligeables, car le revirement de jurisprudence peut avoir pour conséquence d'imposer aux justiciables l'application d'une règle dont ils ne pouvaient anticiper l'existence. Il peut contredire les prévisions des acteurs économiques, lesquelles étaient d'autant plus légitimes, que c'est le droit lui-même dans son état antérieur qui imposait, ou au moins acceptait, un tel comportement. Les revirements de jurisprudence, par l'imprévisibilité qu'ils génèrent, peuvent donc produire des effets néfastes pour le développement économique¹⁷.

Les exemples sont eux aussi connus. En particulier, lorsque la Cour de cassation a décidé, par un arrêt du 7 octobre 1998¹⁸, que le médecin avait l'obligation d'informer son patient même des risques exceptionnels qu'il encourrait et que, dans un arrêt de 2001¹⁹, elle a appliqué cette nouvelle règle à des faits remontant à 1974, elle a déjoué toutes les prévisions des médecins puisqu'il leur était reproché de ne pas avoir respecté une règle qu'ils ne pouvaient connaître au moment des faits. Le même constat pourrait être fait pour l'évolution des conditions de validité des clauses de non-concurrence dans les contrats de travail, qui étaient, jusqu'en juillet 2002, parfaitement licites même en l'absence de contrepartie financière, et qui sont désormais nulles en l'absence d'une telle contrepartie²⁰.

Devant ce constat, la Cour de cassation a opté, dans sa formation la plus solennelle, pour la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence²¹. Le revirement n'opère que pour l'avenir. D'un point de vue économique, la solution est parfaite, encore que, pour qu'elle soit efficace, elle supposera le maintien dans le temps de la jurisprudence antérieure pour de longues années. Il ne suffira pas d'annoncer un revirement et de ne pas l'appliquer à l'espèce. Il faudra maintenir la solution jurisprudentielle antérieure pour toutes les instances futures qui statuent sur des faits antérieurs au revirement. Ainsi, si la Cour de cassation avait entendu moduler dans le temps la jurisprudence imposant désormais une contrepartie financière aux clauses de non-concurrence dans les contrats de travail, il aurait fallu qu'elle maintienne sa jurisprudence antérieure pour tous les contrats de travail conclus avant le revirement, soit avant 2002. Ce n'est qu'à cette condition qu'une certaine prévisibilité aurait été garantie. Sous cette réserve pratique, qui entraînera de fait une certaine complexité, deux jurisprudences cohabitant pendant de longues années, la solution paraît économiquement souhaitable.

17. Pour le constat et des propositions de modulation dans le temps des revirements, *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, Litec, 2005, p. 15. V. déjà, C. MOULY, « Le revirement pour l'avenir », *JCP* 1994. I. 3776, spéc. n° 8 et s. ; « Comment limiter la rétroactivité des arrêts de principe et de revirement ? », *LPA*, 4 mai 1994, n° 53 ; « Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, La Documentation française, 1994, p. 123 et s.

18. Cass. civ. 1^{re}, 7 octobre 1998, pourvoi n° 97-12.185.

19. Cass. civ. 1^{re}, 9 octobre 2001, *JCP* 2002. II. 10045, note O. Cachard.

20. Cass. soc., 10 juillet 2002, *D.* 2002. 2491, note Y. Serra ; *Dr. soc.* 2002. 949, note R. Vatinet ; *RDC* 2003. 17, obs. J. Rochfeld ; *Rép. Defrénois* 2002. 1619, note R. Libchaber ; *LPA*, 31 janvier 2003, p. 16, note N. Damas.

21. Cass. ass. plén., 21 décembre 2006, *RTD civ.* 2007. 72, obs. P. Deumier ; *D.* 2007. 835, note P. Morvan. V. déjà, Cass. civ. 2^e, 8 juillet 2004, *Bull. civ.* II, n° 387 ; *RTD civ.* 2005. 176, obs. Ph. Théry.

D'un point de vue juridique, elle est plus discutable, car, même si la jurisprudence se fonde sur le droit au procès équitable, il reste qu'elle s'attribue ici un pouvoir qu'elle n'a pas, et qu'elle ne doit pas avoir car elle n'est pas légitime à l'avoir. Que la Cour de cassation ait de fait un rôle créateur de droit tient pour une bonne part aux carences du législateur : inflation de textes, médiocre qualité de leur rédaction, désordre normatif. Le juge doit donc interpréter, compléter la loi et, partant, fait œuvre créative. Mais il n'est pas certain que cela légitime pour autant la pratique de revirement non rétroactif. Le juge n'est légitime à créer des règles que dans la finalité de trancher un litige. La règle que le juge est conduit à poser n'est légitime que si elle gouverne le litige dont la résolution a imposé une telle création normative²². La fonction du juge est d'énoncer ce qu'était le droit lorsque se sont produits les faits litigieux, pas d'énoncer le droit pour l'avenir. « On ne dit pas le droit pour l'avenir : pour l'avenir, on légifère »²³. Or, dans notre système de séparation des pouvoirs, le juge n'est pas investi de la compétence législative²⁴.

Fallait-il sacrifier à de pures considérations économiques, si fondées soient-elles, une des bases de notre équilibre institutionnel ? La discussion est ouverte. Ce qui est peut-être regrettable, c'est que tout n'ait pas été tenté avant. Or, des moyens intermédiaires étaient envisageables pour prendre en compte la nécessité économique de prévisibilité : la multiplication de la pratique des *obiter dictum*, cette incidente ajoutée dans un raisonnement inutile à la solution de l'espèce, mais instructive pour l'avenir²⁵. C'est un excellent moyen pour la Cour de cassation de laisser transparaître ses intentions futures.

Il aurait surtout été possible de réfléchir à l'institutionnalisation d'une communication entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire. L'indépendance des pouvoirs ne signifie pas qu'ils doivent fonctionner en vase clos. Bien sûr, par sa pratique du rapport annuel, la Cour de cassation fait déjà œuvre de proposition, mais peut-être aurait-il été envisageable de donner davantage de publicité à ses propositions, un peu à l'image de ce que peut faire la Cour des comptes dans son rapport annuel. S'il en était ainsi, le législateur aurait peut-être écouté davantage les propositions de modification de législation que peut faire la Cour de cassation. L'institutionnalisation d'un certain dialogue aurait permis d'éviter que la jurisprudence ne s'attribue un pouvoir qui n'est fondamentalement pas le sien et qu'elle n'assume qu'en raison d'une carence du législateur.

Et puis, il reste en toute hypothèse possible au législateur de revenir sur l'effet rétroactif d'un revirement de jurisprudence. L'hypothèse n'est pas d'école. Quand

22. T. REVET, « La legisprudence », in *Philippe Malaurie. Liber Amicorum*, Defrénois, 2005, p. 377, spéc. p. 386. V. aussi, P. SARGOS, « L'horreur économique dans la relation de droit (libre propos sur le "Rapport sur les revirements de jurisprudence") », *Dr. soc.* 2005. 123, spéc. p. 125 ; V. HEUZÉ, « À propos du rapport sur les revirements de jurisprudence. Une réaction entre indignité et incrédulité », *JCP* 2005. I. 130, spéc. n° 4 et s.

23. *Ibid.*

24. Sur le rejet de cette analyse, O. TOURNAFOND, « Considérations sur les nouveaux arrêts de règlement. À partir de quelques exemples tirés du droit des obligations et du droit des biens », in *Libre propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 547.

25. C. MOULY, « Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ? », *LPA*, 18 mars 1994, n° 33, spéc. n° 18.

la Cour de cassation a décidé que l'absence dans une offre de prêt d'un échéancier précisant la répartition du remboursement entre le capital et les intérêts entraînait la déchéance du droit aux intérêts²⁶, c'est l'équilibre économique du crédit immobilier qui était en cause, compte tenu du nombre de crédits en cours. Le législateur a alors pris ses responsabilités. Il a tout à la fois consacré la jurisprudence en incluant expressément dans la loi cette obligation²⁷, tout en validant les offres de prêt émises avant le 31 décembre 1994, ne déstabilisant pas ainsi le marché immobilier. C'est davantage par des techniques de coopération entre législateur et jurisprudence que pourront être conciliés les impératifs économiques avec les nécessités d'un système démocratique.

Il est désormais temps de changer de perspective, de passer de l'efficience économique du droit jurisprudentiel à celle d'une décision de justice prise dans son individualité en se demandant, si, pour la partie gagnante notamment, la décision qui lui donne raison est efficace économiquement. C'est ici l'aspect juridictionnel des décisions de justice qui nous intéressera, et non plus leur aspect jurisprudentiel. C'est alors l'efficience économique d'une décision de justice envisagée isolément qu'il convient d'examiner.

Section 2

L'EFFICIENCE ÉCONOMIQUE D'UNE DÉCISION DE JUSTICE

Monsieur le Professeur Wasmer l'a démontré : le droit à l'exécution rejoint totalement les considérations économiques. Un jugement est un coût inutile s'il reste une déclaration solennelle et si les droits judiciairement affirmés ne peuvent être concrétisés. Pour favoriser l'exécution d'une décision, il faut faciliter son exécution dans le temps (§1) et faciliter son exécution dans l'espace (§2).

§1. – Faciliter l'exécution des décisions dans le temps

Améliorer l'efficacité des décisions dans le temps, permettre que la proclamation solennelle des droits se concrétise le plus rapidement possible, est un des moyens de favoriser l'efficacité économique des décisions de justice. Pour garantir une exécution rapide, la voie la plus évidente est celle de l'exécution provisoire, ou plus radicalement de l'exécution immédiate des décisions de première instance.

Le débat sur l'exécution des décisions de première instance est souvent résumé en une alternative : soit faire de l'effet suspensif des voies de recours le principe et de l'exécution provisoire des décisions de première instance une exception que le

26. Cass. civ. 1^{re}, 16 mars 1994, *Bull. civ.* I, n° 100.

27. Article 87 de la loi n° 96-314 du 12 avril 1996, modifiant l'article L. 312-8 du Code de la consommation.

juge pourrait autoriser avec d'éventuelles possibilités d'arrêts (c'est notre système actuel, du moins celui figurant dans le Code de procédure civile), soit inverser le principe et faire de l'exécution immédiate des décisions de première instance le principe auquel viendrait déroger la possibilité offerte au juge de suspendre cette exécution immédiate.

Le débat ainsi présenté est assez stérile car les arguments sont aussi valables dans un sens que dans l'autre. On invoque d'un côté les risques réels d'infirmité de la décision de première instance et les difficultés de remise en état ; on invoque de l'autre la nécessité de lutter contre les appels dilatoires, ou la lenteur d'une instance d'appel et la nécessité, pour des raisons qui tiennent presque à la confiance en la justice, que le plaideur victorieux soit rapidement rempli de ses droits²⁸. On pourrait discuter indéfiniment des avantages et inconvénients respectifs du principe de l'effet suspensif des voies de recours.

En pratique, il semble que l'exécution provisoire des décisions civiles soit relativement fréquente et qu'au-delà du principe figurant dans le code, la réalité soit tout autre. On ajoutera que l'exécution provisoire de plein droit ne cesse de s'étendre. À la liste de l'article 514, alinéa 2, du Code de procédure civile²⁹, il faut ajouter toutes les dispositions annexes contenues dans d'autres codes. Un mécanisme d'exécution provisoire de plein droit, voire d'exécution immédiate, existe en matière prud'homale³⁰, en matière de procédure d'insolvabilité³¹ ou encore de procédures d'exécution³². La question essentielle ne me paraît pas celle de savoir s'il convient ou non d'inverser le principe. La question est de savoir quelles sont les décisions qu'il est opportun d'exécuter sans attendre et quelles sont celles pour lesquelles il est opportun d'attendre.

Les premières décisions pour lesquelles il me semble opportun d'attendre, ce sont pardonnez-moi l'expression, les mauvaises décisions. Le simple bon sens conduit à prendre en compte les chances de réformation ou de confirmation de la décision attaquée³³. Si une décision est mauvaise, il est aberrant de la laisser s'exé-

28. Sur ce débat, L. CADIET, « Feu l'exécution immédiate des jugements », *JCP* 2002, act. 346, p. 1489 ; « L'exécution des jugements, entre tensions et tendances », in *Mélanges Pierre Julien, La justice civile au vingt et unième siècle*, Edilait, 2003, p. 49 et s., spéc. n° 16 et s. ; J.-Cl. MAGENDIE, « L'exécution immédiate des décisions de justice : l'injuste critique d'une réforme nécessaire », *D.* 2002, point de vue, p. 2411 ; Ph. HOONAKKER, « L'exécution immédiate ou de l'incohérence à la cohérence du droit à l'exécution », in *Mélanges Pierre Julien*, préc., p. 209 ; S. GUINCHARD, « Un bon exemple de la France d'en haut contre la France d'en bas : le projet de suppression de l'effet suspensif de l'appel », *LPA*, 5 juin 2002, n° 112, p. 4 ; « Pour une exécution provisoire à visage humain et le droit de libre critique des choses de la justice », *LPA*, 28 octobre 2002, n° 215, p. 7 ; T. LE BARS et J. VILLACÈQUE, « Vers une suppression de l'effet suspensif de l'appel ? », *D.* 2002, point de vue, p. 1987.

29. Ordonnances de référé, décisions qui prescrivent des mesures provisoires pour le cours de l'instance, décisions qui ordonnent des mesures conservatoires, ordonnances du juge de la mise en état qui accordent une provision.

30. Articles R. 1454-16 et R. 1454-28 du Code du travail visant les décisions du bureau de conciliation et certaines décisions du bureau de jugement.

31. Article R. 661-1 du Code de commerce, qui après avoir posé le principe, sauf exceptions, de l'exécution provisoire de plein droit, précise que le premier président de la cour d'appel peut arrêter l'exécution provisoire de certaines décisions si « les moyens invoqués à l'appui de l'appel paraissent sérieux ».

32. Articles 30 et 31 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992.

33. J. HÉRON, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 3^e éd., 2006, par T. LE BARS, n° 514.

cuter au motif qu'elle ne devrait pas entraîner des conséquences manifestement excessives. Le premier président de la Cour d'appel devrait donc pouvoir arrêter, comme c'est le cas en matière de droit des entreprises en difficultés, toute exécution d'une décision dès lors que les moyens à l'appui de l'appel paraissent sérieux.

Est-ce à dire ensuite que toutes les autres devraient bénéficier d'une exécution provisoire ou immédiate ? De prime abord, il est tentant de répondre par l'affirmative : une bonne décision doit être exécutée sans tarder quelles que soient ses conséquences. D'ailleurs, c'est un peu reculer pour mieux sauter, car, si la décision est juste, il faudra bien l'exécuter un jour. Mais il faut ici faire intervenir une autre considération. L'instance d'appel n'a de sens que si une possible infirmation de la décision ne se heurte pas à l'impossibilité de remise en état. Aussi, le premier président devrait pouvoir arrêter une exécution provisoire ou immédiate s'il y a un risque réel d'impossibilité de remise en état, parce que par exemple le perdant sera contraint à la liquidation judiciaire s'il paye ce à quoi il a été condamné. Au risque de priver le double degré de juridiction de toute effectivité, il faut s'assurer que le débiteur peut payer, et que le créancier pourra rembourser.

On pourrait d'ailleurs envisager des systèmes intermédiaires. Actuellement, le premier président ne peut faire que du tout ou rien. Il peut arrêter ou laisser exécuter avec éventuellement un système de garantie. Pourquoi ne pourrait-il pas arrêter partiellement, à la hauteur de la partie de la condamnation qui produit des conséquences manifestement excessives ?

Mais l'exécution rapide d'une décision de justice ne se limite à la question de l'exécution provisoire. À supposer qu'une décision soit revêtue de l'exécution provisoire, encore faut-il qu'elle soit effectivement exécutée, le plus spontanément possible. Ici les considérations économiques, qui plaident pour une exécution rapide, me semblent rejoindre des considérations plus juridiques. C'est une question de crédibilité dans l'institution judiciaire que de faire en sorte que les décisions, dont il a été décidé qu'elles devaient être exécutées, le soient réellement. Le droit à l'exécution fait d'ailleurs partie intégrante des droits protégés par l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme³⁴. Plusieurs réformes récentes me semblent ainsi aller dans le sens de la promotion de ce droit à l'exécution, comme la radiation du rôle de la cour d'appel à défaut d'exécution d'une décision dotée de l'exécution provisoire³⁵. On pourrait aussi songer à user plus souvent des astreintes pour tendre à l'exécution la plus rapide et la plus spontanée possible des décisions.

Ces évolutions, passées ou futures, vers une exécution plus rapide, trouvent leur pendant au sein de l'espace judiciaire européen, où l'exécution d'une décision dans un autre ordre juridique se veut toujours plus simple.

34. CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby c/ Grèce*, JCP 1997. II. 22949, note O. Dugrip et F. Sudre ; D. 1998. juris. p. 74, note N. Fricéro ; *Gaz. Pal.*, 21 juillet 1998, juris. p. 475, note I. Huet ; *Rev. gén. proc.* 1998. 230, obs. J.-F. Flauss.

35. Article 526 du Code de procédure civile.

§2. – Faciliter l'exécution des décisions dans l'espace

Faciliter l'exécution des décisions de justice dans l'espace, et notamment faciliter leur libre circulation au sein de l'espace judiciaire européen, participe à l'évidence de la recherche d'une certaine économie procédurale. Une décision de justice exécutoire dans un État de l'Union européenne doit pouvoir être exécutée dans les autres États, sans qu'une seconde procédure au fond doive y être menée. Les avancées de droit communautaire dans cette recherche de la libre circulation des décisions de justice sont notables, soit qu'ont été simplifiées à l'extrême les mesures intermédiaires, soit qu'elles ont été purement et simplement supprimées. Beaucoup de textes sont déjà en vigueur : le règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 relatif à la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, ou le règlement n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale. D'autres seront prochainement en vigueur : le règlement n° 1896/2006 du 12 décembre 2006 qui institue une procédure européenne d'injonction de payer ou celui n° 861/2007 du 11 juillet 2007 qui crée une procédure européenne de règlement des petits litiges. D'autres enfin sont en préparation, comme le futur règlement sur la saisie des avoirs bancaires. L'efficacité des décisions de justice dans l'ordre communautaire est en marche.

Mais, le texte le plus novateur sur ce point est certainement le règlement n° 805/2004 du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées. Si l'objectif du règlement était évidemment louable, sa lecture laisse un sentiment d'insatisfaction, car il n'est pas certain que l'on n'ait pas trop sacrifié sur l'autel de l'efficience économique des décisions de justice.

Le principe même du titre exécutoire européen n'est pas en cause. L'objectif est que tout créancier muni d'un titre exécutoire national, certifié en tant que titre exécutoire européen, puisse l'exécuter dans tout État membre sans formalité aucune. Un jugement allemand certifié en tant que titre exécutoire européen peut être exécuté en France sans aucune formalité, et inversement. Il n'y a plus d'apposition de la formule exécutoire française sur les titres étrangers, pas davantage que d'apposition de la formule exécutoire étrangère sur les titres exécutoires français.

Là où le règlement devient contestable, c'est que, contrairement à son intitulé, il n'est pas réservé aux créances incontestées, puisqu'il permet de déduire du défaut du défendeur à l'instance étrangère son acceptation de la créance monétaire, serait-elle en réalité litigieuse. Le silence vaut, pour le règlement, acceptation de la créance. Il y a ainsi ce paradoxe inexplicable que les jugements qui circuleront le plus aisément dans l'Union européenne seront ceux qui n'auront pas donné lieu à un débat contradictoire³⁶. Or, cette présomption de non-contestation est largement infondée. Ce n'est pas parce qu'une partie est défaillante à une procédure à l'étranger qu'elle reconnaît la créance litigieuse. Elle peut tout à l'inverse par son

36. E. JEULAND, « Le titre exécutoire européen : un château en Espagne ? », *Gaz. Pal.*, 28 mai 2005, n° 148, p. 15, spéc. p. 16.

absence contester le principe même de la saisine du juge étranger, estimant qu'il est incompétent pour statuer.

En soi, une telle constatation ne devrait pas porter à conséquence. Après tout, les considérations économiques imposent tout autant que les décisions contestées puissent être exécutées le plus simplement possible dans l'espace judiciaire européen, au moins aussi facilement que les décisions incontestées. Cela est exact, sauf qu'en raison de ce prétendu caractère incontesté de la créance, les normes minimales de procédure à respecter ont été réduites à un niveau dangereux. Notamment, il est admis que la notification de l'acte introductif d'instance puisse ne pas toucher la personne même de son destinataire³⁷. Il est possible de se contenter d'un simple dépôt dans la boîte aux lettres³⁸, voire, si la procédure nationale le permet, d'un envoi électronique assorti d'un accusé de réception automatique³⁹. Et ces exigences n'auraient-elles pas été respectées, que la juridiction d'origine pourrait encore rattraper l'irrégularité et procéder à la certification. Il suffira que la décision, une fois rendue, ait été notifiée au débiteur et que celui-ci n'ait pas exercé de recours, mais là encore le procédé de notification peut ne pas garantir la preuve de sa réception par le débiteur⁴⁰.

Autant dire que pourront circuler des actes au motif que la créance est incontestée, déduction faite du défaut du débiteur, alors que la certitude que le débiteur ait été ne serait-ce qu'au courant de la procédure intentée contre lui n'est pas acquise. Je n'insisterai pas sur les recours, quasi inexistant dans l'État d'exécution et insuffisamment garantis dans l'État d'origine⁴¹.

Tôt ou tard, il faudra reconsidérer ces règles qui ont trop sacrifié à un objectif d'efficacité. Il conviendra alors de ne pas tomber dans l'excès inverse, et trouver enfin ce juste équilibre entre les considérations économiques et les valeurs que doit porter la justice. Il sera alors nécessaire d'écouter avec la même attention les économistes et les juristes.

Janvier 2008.

37. V. l'article 14 du Règlement.

38. Article 14 § 1 c.

39. Article 14 § 1 f : si le débiteur a par avance consenti à cette modalité.

40. Article 18 du Règlement.

41. V. sur ce point, L. D'AVOUP, « La circulation automatique des titres exécutoires imposée par le règlement 805/2004 du 21 avril 2004 », *Rev. crit. DIP* 2006. 1, spéc. n° 26 et s.

DIXIÈME PARTIE

LE TEMPS DE LA PROCÉDURE

Le temps de la procédure Une analyse économique

Saïd SOUAM
Professeur d'économie
à l'Université Paris XIII (CEPN) et CREST-LEI

La question du temps dans la procédure judiciaire est à la fois intéressante et redoutable. Elle est intéressante car fondamentale et d'actualité. La lenteur de la procédure judiciaire est en effet la source de nombreuses discussions et focalise l'attention des citoyens qui ont eu affaire à la justice, des magistrats, des avocats et aussi des politiques qui tentent d'y répondre de manière plus ou moins efficace. De nombreuses réformes judiciaires ont ainsi vu le jour en France ces dernières années. Il s'agit également d'un phénomène international qui touche des pays de tous les continents quels que soient leurs niveaux de développement économique, juridique, etc. C'est enfin une des préoccupations importantes du Conseil de l'Europe qui a créé en 2002 la CEPEJ (Commission européenne pour l'efficacité de la justice) dont l'objet est l'amélioration de l'efficacité et du fonctionnement de la justice dans les États membres, et le développement de la mise en œuvre des instruments élaborés par le Conseil de l'Europe dans ce but. Elle commence à produire des études intéressantes notamment du point de vue comparatif. La question du temps dans la procédure judiciaire est aussi redoutable car non seulement elle est au cœur des préoccupations, mais elle touche pratiquement à presque tous les thèmes développés dans ce cycle de conférences « Droit et économie du procès civil ».

Dans cet article, nous partons du constat largement relayé par différents rapports et commissions que ce soit en France, en Europe ou même aux États-Unis d'une crise de la justice. Celle-ci se traduit notamment par un engorgement des tribunaux et donc des délais d'attente avérés ou du moins perçus par les justi-

ciables comme trop importants. Ce « déni » de justice, comme on le souligne parfois, se traduit par une perte de confiance des Français envers le service public de la justice, qui arrive loin derrière les autres services publics de transport ou d'électricité par exemple¹.

De nombreuses réformes portant sur la procédure civile et ayant pour objectif de la simplifier et de l'accélérer ont été mises en œuvre en France et ailleurs dans le monde. La durée de la procédure est un critère très utilisé car plus facile d'accès. Il reste toutefois un critère parmi d'autres de la qualité de la justice² sur les indicateurs de performance de la justice. Dans le cadre de cette contribution, nous proposons une grille économique de lecture afin de comprendre les enjeux des réformes, leurs impacts et en fin de compte leur efficacité supposée ou avérée. Dans une première partie, nous évoquerons de manière succincte l'analyse économique de la résolution des conflits. Dans une deuxième partie, nous traiterons des sources potentielles de délais dans la période pré-contentieuse et durant la négociation entre les parties. Dans une troisième partie, nous mentionnerons les effets potentiels des délais sur le comportement des acteurs et notamment leur demande de procès. Dans une quatrième partie, différentes réformes portant sur la procédure civile seront analysées dans un cadre simple d'offre et de demande de justice. Dans la mesure du possible, tous les éléments d'analyse économique théorique seront supportés par de l'évidence empirique.

Section 1

L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DE LA RÉOLUTION DES CONFLITS

L'analyse économique s'intéresse à la résolution des conflits pour plusieurs raisons. Tout d'abord, la manière et la fréquence avec lesquelles les conflits sont résolus ont un impact direct sur les coûts du système judiciaire dans sa globalité. Ensuite, l'analyse économique peut s'avérer intéressante pour expliquer et prédire le comportement de parties rationnelles en matière de résolution des conflits et pourrait de ce fait suggérer des pistes pour baisser les coûts des litiges. Enfin, la manière dont les parties résolvent leurs conflits impacte la structure même des règles de droit qui affectent à leur tour les investissements réalisés par les individus pour éviter précisément les conflits.

D'un point de vue économique, selon le théorème dit de Coase, deux parties en conflit devraient trouver un accord à l'amiable dès que les coûts de transaction sont négligeables. De ce fait, on ne devrait pas avoir besoin *a priori* d'aller voir un juge pour résoudre le conflit ainsi né. Si les coûts de négociation sont

1. BREEN, E. (sous la dir.), *Évaluer la justice*, PUF, 2002.

2. BREEN, E. (sous la dir.), *ibid.*

beaucoup plus faibles que les coûts d'un procès, on pourrait même se demander pourquoi des conflits ne se résolvent pas à l'amiable et deviennent des litiges.

Ce point de départ que l'on retrouve dans la quasi-totalité des livres d'analyse économique du droit et des articles de recherche se voit conforté par la réalité de la justice aux États-Unis. En 2005, les cas allant jusqu'au procès ne représentent en effet que 5,4 % des affaires civiles terminées. Notons toutefois que les coûts du procès dans ce pays sont excessivement élevés.

Avant de rappeler brièvement comment les économistes ont traité de la question, il est important nous semble-t-il de se poser la question de la finalité du système judiciaire. S'agit-il uniquement de résoudre les conflits au moindre coût auquel cas les solutions à l'amiable sont *a priori* les meilleures et le développement de procédures alternatives de règlement des conflits devrait être encouragé. On devrait donc assister à la diminution de l'activité des tribunaux, voire même à sa disparition pure et simple si les incitations à la résolution à l'amiable sont suffisantes. Aux États-Unis, certains parlent de « *vanishing of the civil trial* » et se demandent même si le juge n'est pas devenu un simple médiateur. Ce serait aller vite en besogne et oublier le caractère incitatif du procès. En effet, si l'on veut dissuader celui qui est à l'origine du conflit (adoptant une action ou un comportement néfastes), le procès pourrait s'avérer meilleur que la recherche d'un arrangement car il augmente les incitations à prendre des précautions. Le raisonnement derrière ce résultat est assez simple à comprendre. Pour qu'un arrangement en dehors du système judiciaire soit possible, il faudrait que le gain espéré du plaignant en allant au procès soit plus faible que la perte espérée au procès du défendeur. De ce fait, n'importe quel montant entre ces deux valeurs améliorerait la situation des parties en cas d'arrangement. À partir du moment où le défendeur anticipe le règlement à l'amiable, il paiera moins cher qu'au procès et prendra donc moins de précaution qu'il ne devrait en prendre. Cette baisse du niveau de précaution pourrait ainsi parfois s'avérer non socialement souhaitable³. Le caractère dissuasif du procès est même renforcé par une règle d'allocation des coûts du procès à l'anglaise ou à la française dans lesquelles le perdant supporte la totalité ou une grande partie des coûts du procès. Il se pourrait même qu'il soit trop dissuadé par rapport à ce qui est socialement optimal. Ce détour est, nous semble-t-il, fondamental si l'on veut analyser de manière claire et économiquement fondée la question du temps dans la procédure. La clarification de la finalité et des objectifs du système judiciaire est de ce fait primordiale. Et une attention toute particulière devrait être portée à ce point par les différents acteurs et institutions judiciaires. Ce n'est qu'à cette condition que le débat entre les économistes et les juristes, pourrait être réellement fécond.

L'analyse économique a abordé la question de la résolution des conflits à travers essentiellement deux types de modèles.

3. Voir l'article de POLINSKY et RUBINFELD (1988) qui traite du cas où la responsabilité est stricte et la règle d'allocation des coûts de procès est à l'américaine.

Le modèle de l'optimisme (ou des perceptions différentes)

Les parties en conflit peuvent être en désaccord sur l'issue du procès en se basant sur des opinions différentes. Dans ce cadre, il y aura arrangement à l'amiable si le gain espéré par le plaignant en allant au procès est plus faible que la perte espérée du défendeur et tout montant S compris entre ces deux valeurs pourrait être un arrangement possible pour les deux parties ($P_p V - C_p \leq S \leq P_d V + C_d$). P_p (resp. P_d) représente la probabilité perçue par le plaignant (resp. le défendeur) avec laquelle il pense gagner (resp. perdre) le procès et C_p (resp. C_d) le coût du procès pour le plaignant (resp. le défendeur). Cette condition se réécrit ainsi $(P_p - P_d)V \leq C_p + C_d$. On voit alors facilement que s'il n'y a pas de différence de perception (*i.e.* si les deux probabilités sont identiques), l'arrangement est toujours possible : les deux parties ont intérêt à éviter les coûts du procès.

Le modèle d'asymétrie d'information

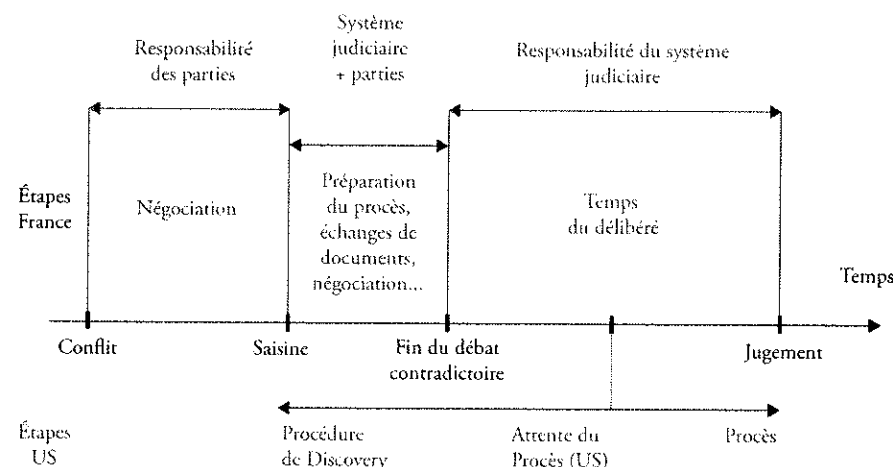
Une deuxième classe de modèles théoriques explique l'occurrence des procès comme le résultat d'une asymétrie d'informations entre les parties en conflit. Cette asymétrie représente de ce fait une source alternative de croyances différentes entre les deux parties. Celle-ci peut porter soit sur la pertinence des cas de l'une ou des deux parties en conflit, soit sur les coûts réels du procès. Prenons l'exemple d'un plaignant qui dispose d'une information privée relative à sa probabilité de succès au procès et dont le défendeur ne connaît que la distribution *a priori*. Le défendeur fait alors une offre à prendre ou à laisser que le plaignant peut accepter ou refuser. Il s'avère alors que seuls iront jusqu'au procès les plaignants dont la probabilité de gagner est suffisamment élevée.

L'analyse économique permet également de mesurer les différences d'incitation d'un point de vue social et d'un point de vue privé à aller jusqu'au procès. En décidant de porter un conflit devant un tribunal, le plaignant est à la source de deux types d'externalité. La première est *négative* du point de vue social puisqu'elle induit une hausse des coûts du défendeur. La seconde est *positive* et traduit l'incitation à la prévention de la part du défendeur qu'une menace crédible de poursuite crée. Selon l'intensité de ces deux externalités, on pourrait aboutir à trop ou trop peu de poursuites par rapport à ce qui est socialement optimal.

Dans les sections suivantes, nous analysons les sources de délai ainsi que leurs impacts sur le comportement des parties et comment les réformes pourraient améliorer les choses tant d'un point de vue théorique qu'empirique (à travers l'analyse de certaines réformes). Afin de bien suivre notre raisonnement économique analytique, nous avons représenté les différentes étapes de la procédure civile en France et aux États-Unis dans la figure 1. Celle-ci est une représentation schématique très simplifiée des différentes étapes et temps de la procédure civile ainsi que des responsabilités des acteurs. Elle permet de visualiser facilement les différentes sources de délai et de suivre notre cheminement logique. Il est important de signaler à ce niveau que même si les juristes français sont dans leur majorité hostiles à une comparaison directe entre la procédure française et la procédure américaine, d'un point de vue économique les outils utilisés sont valables pour les deux. Les effets

quantitatifs pourraient être très différents car les étapes n'ont pas la même importance dans les deux systèmes. Toutefois, qualitativement les résultats sont tout à fait similaires et les mécanismes sous-jacents identiques. Il nous semble donc important de garder ce point à l'esprit.

Figure 1. Les étapes et temps de la procédure civile en France et aux États-Unis



Section 2

SOURCES DE DÉLAI DANS LA PÉRIODE PRÉ-CONTENTIEUSE ET DURANT LES NÉGOCIATIONS

Même si *a priori* il s'avère plus efficace d'aboutir à des règlements à l'amiable, ceux-ci peuvent soit ne pas avoir lieu (par exemple à cause d'un désaccord sur le partage du « gâteau » entre les deux parties), soit être retardés pour différentes raisons. Dans cette section, nous allons passer en revue quelques arguments avancés dans la littérature économique qui montrent pourquoi la période pré-contentieuse et les négociations peuvent durer. Le phénomène de délai d'attente avant règlement à l'amiable ou saisine du tribunal est de ce fait un phénomène qui apparaît à l'équilibre.

§1. – Existence d'un Deadline Effect : l'analyse de Spier

L'article de Spier⁴ est le premier à avoir analysé de manière rigoureuse une configuration dans laquelle une négociation séquentielle entre une partie qui dispose

4. SPIER, K., « The Dynamics of Pretrial Negotiation », *Review of Economic Studies*, Vol. 59, 93-108.

d'une information privée sur le dommage subi (par ex. le défendeur) et un plaignant non informé. Elle considère le cas où le plaignant peut faire des offres d'arrangement à l'amiable à chaque période jusqu'à la date du procès. Le défendeur accepte ou refuse cette offre. On parle de modèle de *screening* ou *filtrage* car c'est la partie non informée qui fait des propositions. Dans le cas où c'est la partie informée qui fait des offres, on dit qu'on a un modèle de *signal*. La partie informée se signale en faisant des offres plus ou moins intéressantes à la partie non informée.

Il s'avère alors que s'il existe des coûts fixes de préparation du procès et si le niveau des dommages est connu des deux parties, l'arrangement a lieu dès le début de la procédure. S'il n'y a pas de coûts fixes de négociation et si la valeur des dommages est une information privée, il existe un pur *effet limite* (*deadline effect*). À l'équilibre, tous les cas qui se résolvent à l'amiable le sont sur les « marches du palais » (*courthouse steps*), soit juste avant le procès.

En combinant ces deux éléments (coûts fixes de négociation par période et information asymétrique), Spier montre que la résolution du jeu de négociation fait apparaître une structure en forme de U pour les arrangements qui ont lieu à l'équilibre. Ceci provient de deux forces opposées : les coûts avant le procès poussent vers un arrangement rapide alors que les considérations stratégiques donnent naissance à un *deadline effect*. Le délai dans les négociations et les inefficacités (dues à des procès qu'on aurait pu éviter) apparaissent donc comme des phénomènes d'équilibre.

Cet article a reçu de nombreuses validations empiriques aux États-Unis. D'autres études ont testé sa validité dans certains pays européens. Fenn et Rickman⁵ ont ainsi montré l'existence d'un tel effet limite dans le cas de la responsabilité en matière de santé en Angleterre entre 1990 et 1995. Le délai est d'autant plus grand que les coûts de négociation sont faibles, les dommages estimés élevés et que le défendeur pense qu'il n'est pas responsable de l'accident. À notre connaissance, il n'existe en France qu'une seule étude de Deffains et Doriat⁶ qui a testé cette hypothèse sur des données provenant des tribunaux d'instance et des tribunaux de grande instance pour l'année 1995. Cette étude montre l'existence d'un effet limite pour les TI mais pas pour les TGI. Elle montre également des taux d'arrangement à l'amiable relativement faibles (TI : 25 %, TGI : 20 %) comparés aux États-Unis et une forte variabilité selon la nature des litiges.

§2. – Utilisation stratégique du délai : l'analyse de Miceli (1999)

Considérons une situation dans laquelle l'attente représente pour le plaignant une dis-utilité que l'on peut mesurer par un coût qui peut être soit élevé soit

5. FENN, R. et RICKMAN, N., « Delay and Settlement in Litigation », *The Economic Journal*, vol. 109, 476-491, 1999.

6. DEFFAINS, B. et DORIAT-DUBAN, « Équilibre et régulation du marché de la justice : délais *versus* prix », *Revue Économique*, vol. 52 (5), 940-974, 2001.

faible. Le défendeur ne connaît pas ce coût mais il connaît sa distribution *a priori* dans la population des plaignants. Miceli⁷ montre que quand la croyance du défendeur sur un coût faible est petite, il peut être dans son intérêt de filtrer les différents types de plaignants en proposant des arrangements à l'amiable faibles payables tout de suite qui seraient acceptés par un plaignant ayant un coût élevé d'attente. Au contraire, un plaignant de coût faible refuse cette offre et préfère *a priori* le procès (ou accepte un compromis sur les marches du palais). Cette utilisation stratégique du délai permet au défendeur de faire baisser ses coûts. Toutefois, l'auteur montre qu'elle n'augmente pas nécessairement les coûts sociaux par comparaison avec la configuration où les délais ne sont pas possibles. De ce fait, l'existence de délais avant qu'un arrangement n'ait lieu ne s'avère pas nécessairement mauvaise du point de vue social comme on pourrait le penser de prime abord.

§3. – Négociation et délai : le rôle de l'information externe (Hyde, 1997)

Considérons toujours le cas d'une partie non informée sur le coût d'attente (élevé ou faible) de l'autre partie. Hyde⁸ analyse les situations où il est possible pour la partie non informée de s'engager dans un processus d'apprentissage à partir d'un signal exogène et coûteux (investigation privée, experts, etc.). Il est alors possible de renforcer son pouvoir de négociation par des croyances de gain plus optimistes.

La partie non informée peut vouloir investir de manière stratégique dans le signal coûteux (investigation qui se traduit par un *délai* avant la conclusion d'un accord à l'amiable) dans les cas où ses croyances sont pessimistes mais pas trop (la croyance *a priori* que le coût d'attente soit élevé est faible) et où l'investigation est suffisamment informative mais pas trop.

Pour en finir avec cette section, il est utile de comprendre l'intérêt d'analyser la période pré-contentieuse car non seulement elle fait partie intégrante de la période de conflit pour les parties mais elle influence également directement la demande de justice de leur part. Ainsi, une moindre fluidité de la négociation pré-procès est souvent synonyme soit d'absence de justice pour ceux qui n'ont pas les moyens d'aller devant un tribunal ou dont le coût d'attente est trop important, soit une demande trop importante de procès qui se traduirait par un allongement de la procédure judiciaire. Par ailleurs, il est également important de souligner le caractère bi-univoque de la relation. En effet, les délais dans les procès peuvent aussi accroître les délais pour aboutir à un arrangement⁹.

7. MICELI, T., « Settlement Delay as a Sorting Device », *International Review of Law and Economics*, 1999.

8. HYDE, C., « Bargaining and Delay : The Role of External Information », *Theory and Decision*, vol. 42, 81-104, 1997.

9. KESSLER, P., « Institutional Causes of Delay in the Settlement of Legal Disputes », *The Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 12 (2), 432-460, 1996.

Section 3

IMPACT D'UN DÉLAI SUR LE COMPORTEMENT DES ACTEURS¹⁰

Dans cette section, nous montrons la manière dont l'analyse économique a étudié l'impact d'un délai sur le comportement des différents acteurs et sur l'efficacité du système judiciaire dans son ensemble.

§1. – La durée d'attente avant le jugement final

L'attente avant qu'un jugement final soit prononcé (ou que le procès commence) affecte les bénéfices nets espérés d'un procès pour un plaignant de différentes manières. Tout d'abord par un facteur d'actualisation (on reçoit le dédommagement uniquement à la fin du procès) qui induit *a priori* moins d'incitations à poursuivre en justice, ensuite éventuellement par une probabilité de gagner qui pourrait diminuer avec le temps à cause par exemple d'une détérioration de la qualité des preuves. La mise en place d'un taux d'intérêt légal restaure au moins en partie la valeur du gain pour le plaignant. Toutefois, l'effet sur son comportement de poursuite n'est pas complètement déterminé. Cela dépend des valeurs du taux d'intérêt légal, du taux d'actualisation et de la baisse de probabilité de succès au procès. Pour ce qui est du défendeur, son coût total actualisé d'un procès diminue avec l'attente. Il est donc *a priori* plus incité à aller au procès.

D'un point de vue empirique, Kessler¹¹ a analysé les litiges pour responsabilité en matière d'accident automobile avec dommages corporels pour deux années (1977 et 1987) aux États-Unis. Entre les deux dates, il y a eu des réformes dans la plupart des États qui ont imposé des pénalités sous forme d'intérêt avant jugement à partir de la date d'occurrence de l'accident. Ces réformes censées faire baisser la durée moyenne pour aboutir à un arrangement, se sont en fait traduites par une augmentation (toutes choses égales par ailleurs) de celle-ci entre les deux périodes.

§2. – Impact sur le nombre de procès

Le fait que le plaignant ait moins envie d'aller au procès alors que le défendeur a plus envie d'y aller fait qu'*a priori* l'effet total est indéterminé. Cela dépend des élasticités de la demande par rapport au délai d'attente du plaignant et du défendeur (qui sont de signes opposés). Dans le cas où il n'y a pas d'optimisme de la part des parties, une augmentation du délai se traduit par une baisse de la demande de procès. En revanche, en cas d'optimisme l'arbitrage se fait entre moins de poursuites engendrées par une hausse du délai d'attente mais plus de procès en cas de poursuite (moins d'accords à l'amiable précisément à cause de l'optimisme). Il se

10. Cette section est en grande partie basée sur l'article de VERECK et MÜHL (2000).

11. KESSLER, D., *ibid.*

pourrait alors que dans certaines circonstances la hausse du délai d'attente se traduise *in fine* par une hausse du nombre de procès.

§3. – Les coûts sociaux d'un délai

Les délais permettent, en limitant les litiges, de minimiser les coûts sociaux de conflit et de litige (*effet positif*) mais au détriment de demandes légitimes de la part du plaignant (*effet négatif*). Ils réduisent par ailleurs les possibilités d'arrangement avant procès. Ce qui pourrait se traduire *in fine* par une augmentation des procès une fois la poursuite engagée.

Enfin, les délais sont la source d'une autre inefficacité. En effet, la perte supportée par le justiciable due à cette attente n'est compensée par aucun gain équivalent pour le tribunal.

Après avoir brièvement décrit les sources de délai dans les différentes étapes de la procédure civile et leurs motivations et impacts, il est important de se poser la question de l'intérêt et des impacts des réformes judiciaires dont l'objectif avoué est la réduction du temps de la procédure civile.

Section 4

ANALYSE MICROÉCONOMIQUE DES RÉFORMES PORTANT SUR LE TEMPS

Malgré le fait que la justice soit un service à part et que son marché soit fortement réglementé notamment en France, une analyse de type demande et offre de justice est néanmoins possible et offre des perspectives d'analyse et de discussion fort intéressantes.

Dans ce qui suit, nous nous inspirons de l'article de Deffains et Doriat-Duban¹² pour analyser les différentes politiques possibles en matière de réforme du temps de la justice et surtout nous détaillerons les mécanismes économiques sous-jacents qui permettent de prédire au moins en partie l'efficacité de telles réformes.

Plusieurs facteurs déterminants de la demande de justice ont été soulignés tant par l'analyse économique théorique qu'empirique. Ainsi, aux États-Unis, la taille de la population, la superficie de la juridiction ainsi que la durée espérée de règlement du litige (une augmentation de 10 % de la durée espérée se traduit par une baisse de 2,6 % des poursuites) et la probabilité d'aller jusqu'au procès sont autant de variables qui influencent directement et de manière significative le nombre de poursuites devant les tribunaux fédéraux pour le règlement d'un litige¹³.

12. DEFFAINS, B. et DORIAT-DUBAN, M., « Équilibre et régulation du marché de la justice : délais versus prix », *Revue Économique*, vol. 52 (5), 949-974, 2001.

13. LANDONI, M., « Justice Delayed... An Overview of the Options to Speed Up Federal Justice », *Journal of Public and International Affairs*, vol. 18, 127-148, 2007.

Les décisions des parties aux différentes étapes de la procédure civile sont impactées directement et indirectement par les coûts de la procédure (rédaction des rapports, rémunération des avocats, des experts, frais d'instance...). Elles dépendent également des délais de la procédure. D'un point de vue juridique, les délais de procédure sont nécessaires à l'accomplissement des actes de justice (assignation, actes d'avocat à avocat, actes du palais...). Dans l'analyse économique, il paraît opportun de distinguer entre deux types de délais : ceux nécessaires à la négociation entre les parties (rédaction de mémoires, échanges de dossiers...) et ceux qui correspondent au temps requis à l'élaboration du jugement dans le cas où aucun accord à l'amiable n'a été trouvé.

De manière très schématique, on décrit la demande de procès de la part des justiciables comme une fonction décroissante des deux types de temps et des coûts du procès pour les deux parties en conflit : $D = D(l, t, C_p, C_D)$.

l représente (par abus de langage) le « *temps de la procédure* », entre la naissance du litige et la fin du débat contradictoire (mené ou pas par le juge selon que l'on est dans une procédure à la française ou à l'américaine). Celui-ci dépend largement du comportement des parties.

t représente le « *temps du management de la justice* » dans le cas où il n'y a pas d'accord amiable. Il s'agit du temps requis pour élaborer le jugement qui dépend de ce fait du fonctionnement du tribunal.

Du côté de l'offre, on considère qu'elle est donnée à court terme et dépend des ressources fournies par l'État (nombre de juges, tribunaux, greffiers...). Comme le coût de la justice est fortement régulé, en cas de déséquilibre de la demande, la seule variable qui puisse s'ajuster est le temps du management de la justice. En effet, les frais de procès et le prix des services rendus par les tribunaux ne varient pas avec les excès de la demande. Ce qui aboutit en général à un rationnement inefficace de la demande de justice car le coût supporté par les parties (allocation d'un dédommagement retardée pour le plaignant) n'est pas un gain pour le tribunal.

Dans ce qui suit, nous passons en revue l'impact de différentes réformes possibles portant respectivement sur une réduction des deux types de temps et sur les coûts de la justice pour les parties.

§1. – Modifications du temps de la procédure ou du temps des parties

Intéressons-nous dans un premier temps à une réforme qui tente de faire baisser le temps de la procédure, visant par exemple à accélérer la transmission des pièces et la constitution des dossiers ou encore à accélérer les négociations. Cette amélioration se traduit ainsi, comme nous l'avons supposé, par une hausse de la demande de justice. Toutefois, du fait que l'offre de justice est exogène (au moins à court terme) une baisse de l provoque un ajustement par l'intermédiaire de la variable de management de la justice. Ainsi, cette réforme induit une hausse de t . De ce fait,

un effet positif *a priori* sur le délai de la justice engendre un second effet indésirable. Il est même possible que cette réforme conduise en fin de compte à un accroissement de la durée totale du procès. Cela dépend des élasticités de la demande de procès par rapport aux deux variables l et t .

Nous pouvons donc tirer une première conclusion concernant les politiques de réformes liées au temps de la procédure. Toute réforme de la procédure visant à réduire le temps de négociation impacte *a priori* la demande de procès et pourrait avoir pour effet global d'augmenter la durée totale de la procédure. Peut-on pour autant dire que c'est nécessairement un échec? Si l'on pense uniquement aux délais d'attente, la réponse est affirmative. En revanche, supposons qu'une réforme n'induisse finalement pas de changement dans la durée totale d'attente. Les deux situations ne sont toutefois plus comparables. En effet, on traitera plus de cas dans la seconde configuration mais à un coût social plus important. Il apparaît à ce niveau que la clarification des objectifs du système judiciaire est fondamentale si l'on souhaite que l'économiste donne un avis circonstancié sur la question du temps dans la procédure civile. Au niveau fédéral aux États-Unis, on a observé¹⁴ entre 1992 et 2005 une stagnation de la durée médiane de la procédure civile (voire même une baisse à la suite notamment de certaines réformes portant sur le management de la justice) malgré une hausse de la population de 15 %. Ceci s'est réalisé toutefois au détriment de la durée médiane d'attente avant le début du procès pour les cas qui y vont (16,9 mois en 1992, 19,3 mois en 1998 et 23,3 mois en 2005).

§2. – Effets d'un accroissement de l'offre de justice

L'accroissement de l'offre de justice se traduit par deux effets. Le premier effet est direct et se traduit par une baisse du délai d'attente et donc un *effet négatif* sur le stock d'affaires. Le second effet est indirect et concerne le fait que la demande de procès augmente à la suite précisément de la baisse du délai d'attente. Il s'agit d'un *effet positif* sur le stock d'affaires. Au total, le stock d'affaires peut augmenter si l'élasticité de la demande par rapport au délai d'attente est suffisamment grande. Cet effet est même accentué à long terme à cause du fait que l'élasticité de la demande à long terme est plus forte qu'à court terme.

Nous pouvons ainsi tirer une deuxième conclusion. Une réforme des délais d'accès à la justice du côté de l'offre doit être appréciée à long terme avec risque *a priori* d'augmentation du stock d'affaires.

Landoni¹⁵ propose une analyse très intéressante des options possibles pour accélérer la justice. Son analyse empirique est basée sur des données issues de 90 des 94 tribunaux fédéraux de district aux États-Unis pour la période allant de 1992 à 2005. Il met en lumière plusieurs résultats intéressants. Ainsi, la charge par juge n'explique qu'une très petite part (3 %) de la différence d'activité entre les

14. LANDONI, M., « Justice Delayed... An Overview of the Options to Speed Up Federal Justice », *op. cit.*

15. LANDONI, M., « Justice Delayed... An Overview of the Options to Speed Up Federal Justice », *op. cit.*

districts. De ce fait, selon cette étude, l'augmentation du nombre de juges, toutes choses égales par ailleurs, n'est pas synonyme d'une réduction significative des délais de la procédure civile.

Il analyse également les effets de la réforme sur les procédures aux États-Unis, le *Civil Justice Reform Act* (1996) dont l'objectif était de « ...improve access to justice for all persons who wish to avail themselves of court and administrative adjudicatory tribunals to resolve disputes ».

Entre 1991 et 1994, un projet pilote sur 10 districts a été mis en place par la *Rand Corporation's Institute for Civil Justice*. Son but était de tester un certain nombre de réformes ayant pour objectif d'améliorer le service de la justice par une accélération de la procédure et une baisse des coûts. La durée de celle-ci dénommée *Time to civil disposition* représente le temps en mois entre le début de la poursuite en justice et le règlement final par un arrangement ou par un jugement. Plusieurs dispositions ont ainsi été mises en œuvre : management différentiel des cas, management judiciaire précoce (le juge intervient tôt pour amener les parties à se mettre d'accord), surveillance et contrôle des cas complexes, encouragement de la procédure de *discovery*, aiguillage vers les ADR appropriées...

Le rapport de la *Rand* en 1996 à la fin de la période d'essai a jugé leurs effets relativement marginaux. En ce qui concerne par exemple les recommandations relatives à l'utilisation des procédures alternatives de règlement des conflits, celles-ci étaient déjà utilisées par les tribunaux. Il semblait en revanche que les réformes consistant à fixer rapidement une date de procès et un seuil rapide d'arrêt de la procédure de *discovery* étaient plus prometteuses (réduction de 9 à 5 mois du délai moyen de la procédure).

Pour conforter l'analyse économique précédente, il est intéressant d'étudier la durée médiane de la procédure. Durant la période d'essai, on a observé une réduction significative de cet indicateur. Toutefois, quand la réforme a été étendue à tous les districts en 1996, la durée médiane a augmenté progressivement jusqu'à 9,5 mois. La réforme s'est en fait traduite par un accroissement important de la demande de justice. Un rallongement de la durée s'est opéré à la suite pour rééquilibrer la situation. Cet effet d'éviction reflète parfaitement la discussion théorique menée ci-dessus.

Landoni mentionne également les effets potentiellement significatifs de l'introduction des TIC dans le management de la justice¹⁶. Ainsi, en 2005 pour les tribunaux de district qui ont adopté depuis au moins deux ans ce programme, on a observé une baisse d'un mois de la durée médiane de la procédure civile comparée aux tribunaux similaires qui ne l'avaient pas encore adopté. Il tempère toutefois son propos en affirmant que ces effets positifs pourraient être évincés par une hausse de la demande de justice.

16. *Case Management/Electronic Court Filing program* (mis en place progressivement entre 2001 et 2006).

§3. - La régulation de la demande de justice par les coûts du procès

Enfin, on pourrait penser également à augmenter les coûts du procès pour réguler la demande de justice. Théoriquement cela reste possible et probablement efficace d'un point de vue économique. Toutefois, ce type d'action n'est pas équitable au sens où ce sont les individus et notamment les plus vulnérables d'entre eux qui seraient évincés de la justice. Or, un des objectifs majeurs de la justice réside dans l'égalité d'accès des citoyens à ce service. D'ailleurs, de nombreux pays de par le monde ont adopté des systèmes d'aide juridictionnelle. Cette dernière a d'ailleurs un impact *a priori* ambigu sur le nombre de procès¹⁷.

Une autre manière de faire consiste à réallouer les coûts du procès entre les parties afin de limiter la demande de justice. Une simple comparaison permet en effet de montrer que la probabilité d'occurrence d'un arrangement à l'amiable est plus importante sous la règle américaine que sous la règle française qui fait mieux que la règle anglaise. Cela ne montre toutefois pas la supériorité absolue de la règle américaine à partir du moment où un plaignant perdra plus s'il ne va pas jusqu'au procès sous les règles anglaise et française face à un défendeur coupable. De même, la prise en compte de l'impact des différentes règles sur le niveau de précaution des parties et la prévention des accidents permet d'infléchir ce résultat.

D'autres règles concernant la ré-allocation des coûts sont utilisées. Aux États-Unis, a été introduite une règle¹⁸ qui énonce qu'un plaignant qui refuse une offre d'arrangement et qui lors du procès se trouverait moins bien loti devrait payer les coûts post offre du défendeur. L'impact supposé d'une telle règle serait *a priori* d'augmenter le taux d'arrangement comparé à la règle américaine simple. Elle opère toutefois une redistribution des richesses en faveur des défendeurs¹⁹.

CONCLUSION

En guise de conclusion, il est important de préciser certains points fondamentaux pour la compréhension de l'intérêt et surtout de l'impact des réformes de justice portant notamment sur le temps de la procédure civile. Ainsi, pour avoir une vision claire et surtout réaliste de l'impact des réformes, il semble pertinent d'inclure l'ensemble de la période de la naissance d'un conflit jusqu'à sa résolution définitive soit à l'amiable soit par l'intermédiaire de la justice. En effet, comme nous l'avons déjà souligné, ces différentes étapes interagissent entre elles de manière

17. DORLAT-DUBAN, M., « Analyse économique de l'accès à la justice : les effets de l'aide juridictionnelle », *Revue Internationale de Droit Économique*, vol. 15 (1), 77-100, 2001.

18. *Rule 68 Federal Rules of Civil Procedure*.

19. Voir COURSEY et STANLEY, « Pre-trial bargaining behaviour within the shadow of the law : Theory and experimental evidence », *International Review of Law and Economics*, vol. 8, 161-179, 1988 pour une évidence expérimentale de ce point.

complexe et les réformes portant sur l'une d'entre elles impactent souvent les autres. On l'a vu, les mécanismes en jeu peuvent avoir souvent des effets opposés sur la demande de procès. De ce fait, sans une connaissance plus précise de la sensibilité de la demande par rapport aux deux types de temps analysés, il semble délicat même au niveau théorique de prédire l'impact de certaines réformes portant sur le management du temps de la justice. Le cas de la réforme américaine est à ce titre éloquent et permet de mettre le doigt sur un point critique. Notons que les nombreuses références à la procédure civile américaine dans cet article tiennent en premier lieu au fait que les économistes et les juristes de ce pays développent depuis longtemps des analyses théoriques et empiriques sur l'économie du droit. De plus, les outils économiques et les mécanismes sur lesquels se basent notre grille de lecture et notre analyse ne sont pas propres au système américain et sont parfaitement adaptés à l'analyse de la procédure civile française et plus généralement du système judiciaire français.

Il faudrait enfin souligner le fait que l'introduction de procédures de règlement alternatives ou à l'amiable casse au moins en partie le caractère dissuasif du procès²⁰. Il semble donc fondamental de partir des objectifs clairement identifiés du système judiciaire afin de trouver les politiques idoines de réforme portant sur le management de la justice ou sur le déroulement du jeu entre les parties à un conflit et surtout pour les évaluer. En effet, à partir du moment où l'offre de justice ne peut de toute façon être augmentée indéfiniment alors que la demande de justice peut quant à elle beaucoup évoluer, le délai dans le rendu de la justice joue le rôle de la variable d'ajustement pour équilibrer l'offre et la demande. La question qui se pose alors est la suivante : ce délai est-il raisonnable et supportable par les justiciables et par la société ?

20. Voir également CHONÉ, SOUAM et VIALFONT (« Commitments in Antitrust », mimeo CREST-LEI, 2008) pour une analyse des effets de l'introduction d'une procédure d'engagement en droit de la concurrence sur la dissuasion des abus de position dominante.

BIBLIOGRAPHIE

- BREEN, E. (sous la dir.), *Évaluer la justice*, PUF, 2002.
- CHONÉ, P., S. SOUAM et A. VIALFONT (2008), *Commitments in Antitrust*, mimeo CREST-LEI.
- COURSEY, D. et L. STANLEY (1988), « Pre-trial bargaining behaviour within the shadow of the law: Theory and experimental evidence », *International Review of Law and Economics*, vol. 8, 161-179.
- DEFFAINS, B. et M. DORIAT (1999), « The Dynamics of Pretrial Negotiation in France: Is There a Deadline Effect in the French Legal System? », *International Review of Law and Economics*, vol. 19, 447-470.
- DEFFAINS, B. et M. DORIAT-DUBAN (2001), « Équilibre et régulation du marché de la justice : délais versus prix », *Revue Économique*, vol. 52 (5), 949-974.
- DORIAT-DUBAN, M. (2001), « Analyse économique de l'accès à la justice : les effets de l'aide juridictionnelle », *Revue Internationale de Droit Économique*, vol. 15 (1), 77-100.
- FENN, P. et N. RICKMAN (1999), « Delay and Settlement in Litigation », *The Economic Journal*, vol. 109, 476-491.
- HYDE, C. (1997), « Bargaining and Delay: The Role of External Information », *Theory and Decision*, vol. 42, 81-104.
- KESSLER, D. (1996), « Institutional Causes of Delay in the Settlement of Legal Disputes », *The Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 12 (2), 432-460.
- LANDONI, M. (2007), « Justice Delayed...An Overview of the Options to Speed Up Federal Justice », *Journal of Public and International Affairs*, vol. 18, 127-148.
- MICELI, T. (1999), « Settlement Delay as a Sorting Device », *International Review of Law and Economics*, vol. 19, 265-274.
- POLINSKY, M. et D. RUBINFELD (1988), « The Deterrent Effect of Settlements and Trials », *International Review of Law and Economics*, vol. 8, 109-116.
- SPIER, K. (1992), « The Dynamics of Pretrial Negotiation », *Review of Economic Studies*, vol. 59, 93-108.
- VERECK, L. et M. MÜHL (2000), « An Economic Theory of Court Delay », *European Journal of Law and Economics*, vol. 10 (3), 243-268.

Analyse économique et temps du procès

Soraya AMRANI-MEKKI
Agrégee des Facultés de droit
Professeur à l'Université de Paris Ouest-Nanterre La Défense
Membre du Centre de Droit pénal et de criminologie

Il est parfois des liaisons dangereuses car contre nature. Ainsi de celles que tente de nouer la belle, pure et vertueuse justice avec l'analyse économique du droit, sorte de jeune premier, dynamique, efficace mais peut-être trop beau pour être sincère.

Née dans les années 1960¹, l'analyse économique moderne tente de séduire les processualistes français pour apporter une réponse aux maux de la justice, le pire d'entre eux étant sa lenteur². Cette dernière est accolée à l'image de la justice. Les réformes de Maupeou et de Lamoignon n'avaient déjà d'autres finalités que de simplifier les procédures pour les rendre plus rapides. La préoccupation est, par ailleurs, récurrente dans les discours de rentrée solennelle³. Dès 1811, le procureur général de la Cour d'appel de Limoges traitait de « l'activité et [de] la célérité dans l'expédition des affaires ».

Crise de confiance, crise de croissance, crise de conscience⁴, la justice fait face à une explosion du contentieux et à une dévalorisation corrélative de son image⁵.

1. La naissance de l'analyse économique est le plus souvent fixée aux années soixante du fait de la création en 1958 de la revue *Journal of Law and Economics* à l'Université de Chicago et de la parution, en 1960, du célèbre article de l'économiste Ronald COASE, intitulé « *The Problem of Social Cost* », 3 J. L. & Econ. 1 (1960), même si les racines historiques peuvent être plus anciennes, v. not. M. KLOEPFER-PELESE, *Contribution à l'étude des offres publiques d'acquisition en droit français et américain*, Thèse Paris I, 2007, spéc. intro.

2. CEPEJ, *Un nouvel objectif pour les systèmes judiciaires : le traitement de chaque affaire dans un délai optimal et prévisible*, spéc. n° 6 : le texte évoque un « syndrome de lenteur ».

3. J.-C. FARCY, *Magistrats en majesté : les discours de rentrée aux audiences solennelles des cours d'appel XIX-XX^e siècle*, CNRS Éditions, 1998.

4. L. CADIET, « Civil justice reform : access, cost and delays, the french perspective », in *Civil justice in crisis*, sous la dir. de A.A.S. ZUCKERMAN, PU Oxford, 1999, pp. 291 et s.

5. P. HEBRAUD, « Observations sur la notion de temps en droit civil », in *Mélanges P. Kayser*, PU Aix Mar-

Cette opinion populaire reste encore à prouver car de belles études ont démontré que les statistiques judiciaires sont à manier avec précaution. Premièrement, le choix des méthodes de comptabilisation n'est pas anodin⁶. Il n'est pas permis de comparer brutalement les données chiffrées du ministère de la Justice car elles ont été recueillies par le biais de méthodes de calcul qui ont évolué dans le temps⁷. Il est, deuxièmement, nécessaire de rechercher les liens entre le phénomène judiciaire d'allongement du temps du procès et son environnement social. Si celui-ci s'explique par un accès facilité au juge, les critiques seront à tempérer. Troisièmement, il est difficile de faire parler les chiffres surtout lorsqu'il s'agit de moyennes alors que la Justice implique du sur-mesure, au moins par catégorie de litige. Les dernières statistiques du ministère de la Justice font apparaître une durée moyenne de procédure de 8,8 mois devant le TGI, mais de 18,9 mois dans une procédure de divorce pour faute; de 14,7 mois devant la Cour d'appel, mais de 21 mois en matière sociale⁸. Quatrièmement, la manière de présenter les chiffres peut donner une image plus ou moins alarmante de la situation. Un auteur a relevé que « les réformateurs de la justice sont enclins (...) à utiliser les catégories psychologiques, en rattachant les évolutions à un comportement des justiciables⁹ ». L'instrumentalisation des chiffres aurait pour finalité de justifier les réformes visant à augmenter les obligations d'un justiciable perçu comme un quérulent. Souhaite-t-on effrayer la justiciable de moins de 50 ans¹⁰?

Au surplus, il est regrettable que les statistiques de la justice donnent une vision tronquée de la réalité en ne prenant pas en compte, ce qui est matériellement quasiment impossible, l'avant procès¹¹. Tout comme le calcul du délai raisonnable,

seille, 1979, T. II, pp. 1 et s., spéc. n° 29, p. 50 : « On le ressent comme une gêne, une entrave, un facteur extrinsèque paralysant la réalisation des droits, une scorie de la vie du droit. Ce sentiment a pris une grande force à l'égard de la justice; on dénonce sans cesse, et sans doute avec excès, ses lenteurs, et l'accélération de la procédure est devenue un thème majeur de tous les projets de réforme et de toutes les innovations législatives récentes ». V. not. J.-M. COULON, *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, La Documentation française, coll. des rapports officiels, 1997, spéc. p. 14-15 : « le volume des affaires portées devant les juridictions et la durée des instances qui en découlent laissent à penser que la justice sera probablement paralysée, essentiellement au niveau des cours d'appel en l'an 2000 »; H. HAENEL et J. ARTHUIS, *Propositions pour une justice de proximité*, Mission du garde des Sceaux, 1994; C. JOLIBOIS et P. FAUCHON, *Quels moyens pour quelle justice?*, Mission d'information de la commission du Sénat, 1996.

6. E. SERVERIN, « De la statistique judiciaire civile et de ses usages », in *De l'économie de la justice*, RIDE, 1999-2, pp. 281 et s.

7. E. SERVERIN, *op. cit.*, spéc. p. 287 : le choix de passer du jour de l'assignation à celui de la requête initiale en matière de divorce a ainsi mécaniquement pour effet d'augmenter le volume contentieux qui n'est plus dégrossi des affaires résolues par conciliation des époux.

8. *Annuaire statistique de la justice*, La Documentation française, 2007 : il traite des chiffres de l'année 2005, 4,9 mois devant le TI, 5,5 mois devant le Tribunal de commerce, 12,1 mois devant le conseil des prud'hommes et

9. E. SERVERIN, *op. cit.*, spéc. p. 292.

10. V. en matière pénale, D. MULLIEZ, L'urgence dans l'intervention judiciaire en matière d'enfance en danger et de délinquance des mineurs, Site consacré à la justice des mineurs, 2001 : « la décision s'adresse plus au spectateur qu'au justiciable ».

11. J.-M. BELORGEY, « La situation générale du temps des procédures devant les juridictions », in *Le temps et la procédure*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1996, pp. 5 et s., spéc. pp. 6-7 : « (...) il faudrait surtout, si l'on veut vraiment se placer du point de vue de l'utilisateur de la justice et de l'intérêt général, élargir les bornes du décompte, et vers l'amont, les faits ayant donné lieu au litige, et vers l'aval, son véritable dénouement, c'est-à-dire y inclure : d'un côté des opérations pré-contentieuses, et recherches de solutions amiables ou légalement requises (...) de l'autre, l'exécution des jugements et les rebondissements auxquels cette exécution donne lieu ».

celui de la durée des procédures débute avec l'enrôlement de la demande. La phase pré-contentieuse de tentative de conciliation n'est malheureusement pas comptabilisée. Or, le développement de la jurisprudence sur la clause de conciliation préalable est le signe d'une procéduralisation de cette pré-instance qui compte dans la perception du temps du règlement du litige par les parties. Le temps réel serait alors bien plus alarmant.

Dans ce contexte, l'accélération du temps juridique et judiciaire¹² devient une préoccupation majeure. *Time is money*, la pression économique donne une valeur au temps plus précieuse. Or, à l'heure de la concurrence des droits¹³, les modes d'évaluation des systèmes judiciaires ont pointé du doigt la procédure française comme passablement lente et inefficace¹⁴. Il en ressort une désaffection pour son système qui ne serait pas choisi lors de contentieux internationaux. Tableau pessimiste d'une justice évaluée du dehors selon des critères qu'il faudrait éprouver. La détermination des critères influence sensiblement le classement¹⁵. L'art est dans la manière de poser les questions. Préfère-t-on un abattage des litiges ou un traitement plus long mais de qualité¹⁶?

Partant d'un postulat instable de lenteurs et d'inefficacité de la justice, le souci de célérité de celle-ci devient obsédant au point qu'il a été préconisé d'en faire un principe directeur de la procédure¹⁷. Déjà consacré dans la procédure américaine qui pose l'objectif de rapidité¹⁸, il aurait notamment influencé les règles transnationales de procédures établies par *l'american law institute* et Unidroit¹⁹. La question se concentre ainsi sur les moyens d'accélérer le cours des procédures. Raison-

12. P. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERGOVE (Dir.), *L'accélération du temps juridique*, pub. des fac. univ. Saint-Louis, Bruxelles, 2000.

13. V. Les séminaires attractivités économiques des droits, cycle de conférence à l'Université de Paris X Nanterre.

14. V. Le rapport Doing Business de la banque mondiale, français.doingbusiness.org : Il mesure la législation des affaires dans 178 pays. C'est « un instrument d'évaluation et de comparaison des législations et réglementations qui affectent directement la croissance économique ». Le site internet propose même un « simulateur de réformes » quel serait l'impact d'une réforme sur le classement du pays? » Changez la valeur des indicateurs dans cette feuille afin de connaître l'impact des réformes sur les classements. Cet exercice sous-entend que les autres pays ne réforment pas ».

15. V. not. Les critères établis par la CEPEJ pour évaluer et permettre une comparaison utile des États membres : *checklist* d'indicateurs pour l'analyse des délais de procédure dans le système judiciaire adopté par la CEPEJ lors de sa 6^e réunion plénière en 2005. Cette *checklist* n'est pas un questionnaire mais un outil à usage interne de ses destinataires dont l'objectif est d'aider les systèmes judiciaires à obtenir l'information nécessaire et analyser la durée des procédures judiciaires en vue de réduire les délais excessifs, d'assurer l'effectivité des procédures et d'assurer la transparence et la prévisibilité nécessaires aux usagers de la justice.

16. Il apparaît cependant que la durée des procédures devant la Cour d'appel de Paris incite les justiciables à porter leurs recours contre des sentences arbitrales devant la Cour de Londres.

17. S. GUINCHARD (dir.), *Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 4^e éd., Dalloz, spéc. n° 563 et s., pp. 1064 et s.; S. GUINCHARD, « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire », in *Clés pour le siècle*, Université Panthéon Assas, Dalloz, 2002, spéc. p. 1201 et s.; M. RAYNAUD, *Le principe de célérité, conférence au Palais de justice de Paris du 1^{er} mars 1984*, Impr. TGI de Paris. V. égal. D. CHOLET, *La célérité de la procédure en droit processuel*, préf. G. Giudicelle-Delage, LGDJ 2006, S. AMRANI MEKKI, « Le principe de célérité », *RF adm. publ.* 2008, n° 125.

18. *Rule 1, Federal rules of civil procedure* : « la solution juste et en même temps rapide des litiges apparaît comme un but essentiel ».

19. V. les travaux de F. FERRAND.

nant en terme d'efficacité, voire de rentabilité de la machine judiciaire, la séduction de l'analyse économique se fait jour.

Il faut éviter toute vision caricaturale de la justice assimilée à une simple entreprise²⁰. Il ne nous apparaît pas non plus qu'un « *besoin de plus en plus infini rencontr(ant) des ressources de plus en plus finies il y a « des choix (...) désormais inéluctables* »²¹. Sous ces réserves, il est permis de la concevoir comme un objet possible de l'analyse économique. « (La) *spécificité de l'activité judiciaire n'est pas un argument pour laisser la lenteur se perpétuer* »²². L'analyse économique du procès est une nouveauté. Elle pourrait offrir un autre regard sur la justice. L'analyse économique séduit par son mode de raisonnement et par l'ambition affichée de perfectionner, dans la mesure du possible, le système. Affranchi de tout préjugé sur cet étranger que l'on ne connaît pas et qui nous fait peur, ouvrons-lui les portes de la justice pour l'accueillir et échanger.

À l'étude, l'analyse économique use d'une méthode particulière, objective et rationnelle, qu'elle tente d'appliquer à la justice pourtant si humaine et si sensible. La méthode appliquée relève d'une démarche nouvelle qu'il convient d'apprécier en la plongeant dans l'univers du procès. L'analyse économique tente alors quelques propositions. Par une sorte d'audit, elle pourrait offrir un bilan de performance utile à la condition d'en relativiser singulièrement la portée pour ne pas passer « *insensiblement de la justice servante de l'économie à la justice asservie à l'économie* »²³. Il ne faut pas oublier que le terme même de procès est consubstantiel au temps. Procès vient du latin *procedere* qui signifie marche en avant²⁴. Il n'y a guère que pendant la période révolutionnaire que l'on a pu rêver de jugements rendus sur le champ, niant par là même l'idée de procédure.

L'accueil de l'analyse économique en procédure ne peut se faire qu'en évitant ces principaux écueils, ce qui passe par la mise en exergue, en premier lieu, de la relativité de sa méthode (Section 1) mais également, en second lieu, de la relativité de ses résultats (Section 2).

20. B. LEMMENICIER, « L'économie de la justice : du monopole de l'État à la concurrence privée? », *Justices*, 1995-1, pp. 135 et s.

21. A. GARAPON, « Vers une nouvelle économie politique de la justice? » Réactions au rapport remis au garde des Sceaux par J.-M. COULON sur la réforme de la procédure civile, *D.* 1997, Chr., 69. « Le temps procédural n'est pas linéaire et la durée de la procédure doit se convertir en un temps productif qui mature le dossier et le conduit vers sa résolution... On mesure la distance avec l'idée traditionnelle de l'office du juge sans prix devant ignorer superbement tout impératif de rentabilité » et p. 71-72 « l'évolution de la justice démocratique vers un bien de consommation courante, parce que très investie symboliquement et politiquement, brouille le sens de la justice et nous confronte à une situation inédite... la justice a désormais un prix ce qui pose la double question de la rareté et de la sélection juste des affaires ».

22. CEPEJ, *op. cit.*, spéc. n° 25 : « Les juges, les procureurs, les greffiers, les avocats, doivent garder la maîtrise de leur temps, mais, simultanément, trouver les moyens de distinguer le "temps utile" du "temps gaspillé" ».

23. L. CADIEU, *édito*, in *De l'économie de la justice*, *RIDE* 1999-2, pp. 143 et s.

24. S. GUINCHARD, « Le temps en procédure civile », in *Le temps en procédure*, XV^e colloque I.E.J., *Ann. de la fac. de Clermont Ferrand*, Fasc. 20, LGDJ, 1983, pp. 21 et s., spéc. n° 13 : « L'instance est inséparable de la notion de durée. Qui dit procédure dit processus et par définition un processus est une suite d'événements, est évolutif ». Sur la notion de procès, v. S. AMRANI MEKKI, V^e Procès, In *Dictionnaire de la justice*, L. CADIEU (dir.), PUF, 2004.

Section 1

LA RELATIVITÉ DE LA MÉTHODE

L'École de Chicago propose une analyse économique de la procédure qui repose sur la théorie classique des choix rationnels des individus, en l'occurrence les justiciables, faits en vertu des informations dont ils disposent. Le justiciable, *homo oeconomicus*, décide d'agir ou non selon un calcul économique de l'utilité que lui apportera le procès au regard de son coût monétaire mais également temporel. Cette analyse doit être éprouvée en procédure civile où il apparaît que la rationalité des choix, d'une part (§1), et la réalité de l'information, d'autre part, sont à relativiser (§2).

§1. - La rationalité des choix

La rationalité de l'acteur du procès est toute relative, ce qui limite l'efficacité du raisonnement économique. Les économistes eux-mêmes admettent que « *le modèle microéconomique n'est qu'une représentation de leur comportement. Il suffit de supposer que les individus se comportent « comme si » ils procédaient à ce calcul complexe, bien qu'en réalité ils n'y procèdent pas. Le modèle simule leur comportement* »²⁵. Cette simulation doit être relativisée, tout d'abord, au regard de l'objet du choix (A) et, ensuite, en considération du sujet qui y procède (B).

A. L'OBJET

Les choix rationnels reposent sur une raison qui peut, selon l'objet auquel elle s'applique, être plus ou moins contrôlée. L'école du public choice a montré qu'il est possible d'appliquer le paradigme de l'*homo oeconomicus* à des institutions non marchandes²⁶, notamment au marché politique. Ce n'est donc pas parce qu'il est difficile de l'appliquer à la justice que cela est impossible. Pourtant, l'analyse économique ne peut se concevoir pour tout type de litige²⁷. À côté des contentieux dits « froids », dont les contentieux économiques sont l'archétype, il existe des contentieux « chauds » où l'affect a une part importante qui semble échapper à toute rationalité²⁸.

25. Chr. BARRERE, « Les approches économiques du système judiciaire », in *Économie de la justice*, *RIDE*, 1999-2, pp. 153 et s., spéc. p. 155.

26. En 1965, Gordon TULLOCK et James BUCHANAN ont créé la Public Choice Society pour permettre des échanges entre économie, science politique et sociologie.

27. M.-A. FRISON-ROCHE, « Le paramètre de la matière litigieuse dans l'analyse économique de la justice », in *De l'économie de la justice*, *RIDE*, n° spécial, 1999-2, pp. 223 et s. V. égal. B. BERGER-PERRIN, « Les modulations du temps dans la procédure suivant l'objet du litige », in *Le temps dans la procédure*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1996, pp. 25 et s.

28. F. TERRE, « Sociologie du procès », in *Le procès*, *APD*, T. 39, Sirey, 1995 pp. 267 et s. L'auteur opère une distinction entre un contentieux chaud et un contentieux froid. Le contentieux chaud est celui dans lequel les parties s'investissent personnellement et mettent en cause des valeurs, des idéologies. C'est, par exemple, le cas du droit de la famille. Le contentieux froid est celui qui doit principalement ajuster des intérêts et qui se résout en dehors d'un système de valeur. C'est le cas, par exemple, des procédures collectives.

Les procédures collectives constituent l'illustration topique des contentieux « froids » susceptibles d'être appréhendés par l'analyse économique. Ce contentieux atteste de ce que la matière litigieuse imprime parfois sa singularité aux règles du procès et partant, à son temps. Cette matière litigieuse se prête parfaitement à l'analyse économique dans le sens où le calcul économique y est omniprésent. « *Figure emblématique de la magistrature économique*²⁹ », le juge s'y comporte en *manager*. Sa mission n'est pas de trancher un litige mais de redresser l'entreprise. Le contentieux n'y est pas subjectif mais objectif et doit prendre en compte des intérêts aussi divers que ceux de l'entreprise, des salariés ou encore des créanciers³⁰. Les règles de procédure y sont bousculées, les notions déformées³¹. Ce constat justifie que le règlement conventionnel y soit particulièrement bienvenu comme résultat d'un calcul économique. La loi du 26 juillet 2005 révèle d'ailleurs que la séduction pour le conventionnel, institutionnalisé, brouille aujourd'hui ses frontières avec le procès³².

Pourtant, même en cette matière, les choix peuvent être irrationnels, qu'il s'agisse du débiteur, chef d'une entreprise familiale qui ne supporte pas l'évidence économique, ou du créancier qui instrumentalise le jugement d'ouverture pour faire pression et être payé par préférence aux autres créanciers³³.

Pour les contentieux « chauds », il est difficile de déterminer des choix rationnels. La raison ne commande-t-elle pas de divorcer à l'amiable, de façon paisible pour le bénéfice de tous, conjoints et éventuellement enfants? D'un autre côté, le contentieux du divorce ne peut se séparer du juge car le travail du procès permet aussi un travail psychologique des époux pour prendre la mesure de leur séparation. En responsabilité civile également, la nécessité de voir affirmer la faute de l'auteur du dommage a parfois une vertu aussi importante que celle de la compensation. L'existence des dommages moraux, de l'euro symbolique, marque la valeur morale, éthique, du procès en dehors de toute rationalité économique.

En excluant ce type de contentieux, le champ d'investigation de l'analyse économique est sensiblement réduit. Il n'est d'ailleurs pas anodin de souligner que les

29. D. VIDAL, « Le juge commissaire », in *Les juges uniques*, XX^e colloque IEJ, Toulon, sous la dir. de C. BOLZE et P. PEDROT, pp. 61 et s.; S. CASTELLAN, *Le juge commissaire dans la faillite et le règlement judiciaire*, Bibl. de droit comparé, Sirey, 1965.

30. V. not. R. BADINTER, « Les intentions du législateur », in *Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises*, RTD com., 1996, n° spécial, T. I., spéc. p. 3; M.-A. FRISON-ROCHE, « Vers un droit procesuel économique? », *Justices*, 1995-1, pp. 91 et s., spéc. p. 100 : « Il ne s'agit plus guère de trancher les litiges, dans la mesure où l'enjeu économique de la société, de l'entreprise ou du marché dépasse les intérêts particuliers dont la poursuite anime les parties. Il s'agit bien plus pour l'organe de remplir une tâche d'intérêt général, dont la complexité lui est certes soumise par les personnes mais dont la solution dépasse ces dernières ».

31. V. en ce sens, S. AMRANI MEKKI, *Le temps et le procès civil*, Préf. L. CADIET, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, vol. 11, 2002, spéc. n° 424 et s.; D. MELEDO-BRIAND, *Nature du droit des entreprises en difficulté et système de droit*, Thèse Rennes, 1992, spéc. n° 324, p. 206 : « Ainsi, la différence de nature des relations juridiques soumises au juge engendre quant au régime judiciaire une perturbation des règles puisque la logique procédurale se fonde sur une identité, ou une quasi-identité, des relations de fond et des relations d'instance »; O. STAES, *Procédures collectives et Droit judiciaire privé*, Thèse Toulouse I, 1995;

32. Y. CHAPUT, « Une nouvelle architecture du droit français des procédures collectives? », *JCP* 2005, I, n° 184.

33. Cass. Com., 1^{er} mars 2005, *Bull. civ.* IV, n° 41, p. 47, *Procédures* 2005, n° 157, obs. R. PERROT, *D.* 2005, p. 712, note A. LIENHARD.

règles transnationales de procédure affirmant la nécessité de mener promptement l'instance sont limitées aux contrats du commerce international.

Ainsi la théorie économique se construit parfois volontairement indépendamment de la réalité pour atteindre un niveau d'abstraction suffisant. Comme le faisait remarquer Mme M.-A. Frison Roche, « *faire ressortir la substance de la matière litigieuse comme donnée pertinente, cela peut (sic) compliquer et affaiblir la théorie. Il faut choisir de quel côté la théorie doit s'aveugler pour continuer d'être éclairante* ³⁴ ». Cette relativité est heureusement perçue par certains économistes qui précisent qu'« *on peut envisager d'introduire des types de rationalités différenciés* ³⁵ ».

Si l'objet du choix est réduit, la détermination des sujets qui y procèdent est également importante.

B. LES SUJETS

Limitant le domaine de l'analyse économique du procès aux contentieux économiques, encore faut-il savoir quel est le sujet de l'analyse. En effet, le procès civil met en jeu un système de représentation. La rationalité n'est pas la même si elle est celle d'une partie ou de son représentant auxiliaire de justice.

L'analyse économique invite à l'étude des choix rationnels pour déterminer si l'acteur va former ou non une demande en justice. Elle se situe donc en amont de l'exercice de l'action en justice. À ce stade, le justiciable *lambda* a souvent une connaissance du système judiciaire qui ne va guère au-delà de l'opinion publique communément admise et à partir de laquelle il va déterminer son choix d'agir ou non. Malgré les efforts pour améliorer les systèmes judiciaires, si la mauvaise réputation précède la connaissance des délais, rien ne dit que le choix est rationnel.

La rationalité peut réapparaître lorsque le justiciable bénéficie d'un représentant *ad litem*, auxiliaire de justice censé connaître le système judiciaire et pouvoir informer son client du délai prévisible du procès. Il s'agirait là d'un argument supplémentaire dans le débat actuel sur la généralisation de la représentation obligatoire, notamment au stade de l'appel³⁶. L'avoué est censé pouvoir informer le justiciable du coût financier et temporel de son appel ainsi que des chances de succès de celui-ci afin d'opérer un filtrage. Celui-ci serait d'autant plus efficace que le monopole des avoués, à l'instar de ceux des avocats aux conseils, éviterait toute tentation économique d'inciter à l'action.

Pourtant, même en présence d'un représentant *ad litem*, il n'est pas certain que la rationalité soit au rendez-vous. Les consultations négatives de certains avocats aux conseils n'empêchent pas certains pourvois voués à l'échec. La passion née du litige brouille souvent le discernement qu'un représentant a peine à restaurer. Certains économistes admettent d'ailleurs, à l'instar de M. F. Facchini, que

34. M.-A. FRISON-ROCHE, « Le paramètre de la matière litigieuse dans l'analyse économique de la justice », in *De l'économie de la justice*, RIDE, n° spécial, 1999-2, pp. 223 et s., spéc. n° 17, p. 228.

35. Chr. BARRERE, *op. cit.*, spéc. p. 165.

36. J.-M. COULON, *op. cit.*, Chapitre II, I, L'élargissement du domaine de la représentation obligatoire, p. 37 et s.

« la principale faiblesse de l'école de Chicago est d'ignorer que l'homme a une conscience, des intentions et des traditions ³⁷ ».

La rationalité du représentant n'est, enfin, pas toujours celle de la partie. Ainsi des procès test où la rationalité du choix dépasse le cas d'espèce. Un syndicat ou une association peut vouloir agir malgré les lenteurs et les coûts pour obtenir une solution exemplaire. Les rationalités sont plus complexes lorsqu'elles mêlent intérêts particuliers et intérêts collectifs. À l'extrême, il est possible de concevoir un conflit d'intérêts entre le représentant et la partie. En matière d'action de groupe, l'intérêt à transiger n'est pas toujours le même. Surtout, comme l'a souligné un avocat spécialisé en la matière, « dans un contentieux où un avocat a cent mille clients, à vrai dire il n'a aucun client : il est son propre client et il est maître du litige ³⁸ ».

La rationalité économique doit donc être tempérée par l'objet auquel elle s'applique et par les sujets qui opèrent les choix. Quoi qu'il en soit, dans le domaine réduit où elle peut jouer, tout dépend, en outre, de l'information qui alimente le choix.

§2. – La théorie de l'information

L'analyse économique met en jeu des acteurs qui décident de l'utilité d'une action en justice à la lumière des informations détenues ³⁹. Si on peut admettre une part d'abstraction nécessaire pour la construction de l'analyse économique, c'est à la condition de souligner l'extrême relativité de l'information. L'information sur les chances de succès, sorte d'information substantielle est, tout d'abord, grandement limitée par la difficulté à saisir le droit et le litige (A). L'information sur le temps du procès comme critère de choix, sorte d'information processuelle, est, ensuite, d'autant plus complexe que le temps résulte d'actions combinées et entremêlées (B).

A. L'INFORMATION SUBSTANTIELLE

L'aléa judiciaire est une réalité car, si le juge applique la règle de droit applicable, c'est sans compter le pullulement de textes, la décrétinomanie et l'extrême complexité du droit. De ce fait, l'anticipation sur la solution à venir est délicate. Dépourvue de système du précédent anglo-saxon, l'insécurité des revirements de jurisprudence apporte encore à la confusion de l'information ⁴⁰. En ce sens, toute

37. F. FACCHINI, « Les effets sur les décisions de justice de l'irréductibilité du devoir au principe d'optimisation », in *Économie de la justice*, RIDE, 1999-2, pp. 207 et s., spéc. p. 219.

38. Discours de S. LANDERS, *Discours in Pour mieux réparer les préjudices collectifs : Une class action à la française?*, Table ronde organisée par Droit et Démocratie, *Gaz. Pal.*, 2001, pp. 1475 et s., spéc. p. 1475 « dans le premier dossier de "class action" dont j'ai eu à traiter, le demandeur était en fait le fils de l'avocat et la "class action" n'a pas été certifiée parce que le Tribunal a jugé qu'il n'avait pas les mêmes intérêts que les autres dans le groupe, l'avocat étant son père l'intérêt du demandeur était surtout de gagner des honoraires pour son père ».

39. L'analyse économique du droit repose sur la théorie d'efficience des marchés qui est elle-même fonction de l'information qui circule.

40. *La modulation dans le temps des revirements de jurisprudence*, Rapport remis au premier Président CANIVET, Litec 2005. V. égal. Cass. ass. plén., 21 décembre 2006, *JCP*, 2007, II, 10111, n. X. Lagarde.

amélioration de la motivation des décisions, de la clarté et de l'accessibilité du droit est une avancée ⁴¹.

De plus, l'information suppose que le problème soit clairement posé, ce qui est loin d'être évident et explique le succès des clauses à dire d'expert ⁴². Les parties en litige le sont en effet souvent parce qu'elles ne comprennent pas l'objet de celui-ci. L'intervention d'un tiers expert permet de clarifier la situation, ce qui emporte une conciliation dans nombre d'hypothèses. Économiquement, cela pourrait correspondre au modèle de l'optimisme ou des perceptions différentes ⁴³. S'il n'y a pas de perception différente, l'arrangement est toujours possible.

Surtout, la masse litigieuse est susceptible d'évolution dans le cours du procès. Le principe d'immutabilité du litige a vécu et a cédé la place à un principe de mutabilité contrôlée du litige ⁴⁴. Qu'on le déplore ou non, l'appel est pour l'heure une réelle voie d'achèvement du litige. Si les demandes nouvelles y sont prohibées, sauf en matière prud'homale, les preuves, faits et parties nouvelles sont possibles. L'anticipation du résultat d'une affaire dépend donc de la connaissance d'une matière litigieuse qui n'apparaîtra le plus souvent qu'en cours de procès. Cette clarification du litige a notamment motivé la création de la requête conjointe qui permet une fixation des points litigieux dès le premier acte de procédure.

La question de l'information se pose donc plus efficacement non au seuil de l'instance mais à sa fin. C'est en ce sens que J. Miguet préconisait la multiplication des accords de procédure au stade ultime de l'instance car c'est à ce moment que les parties savent le mieux à quoi elles renoncent ⁴⁵. Malheureusement, cette faveur tardive pour la conciliation n'accélère en rien les procédures.

Le meilleur moyen d'assurer l'efficacité de l'information serait de prendre pour base une procédure qui aurait d'ores et déjà consacré le principe de concentration au seuil de la première instance. Autrement dit, les prétentions, les moyens et les preuves ne pourraient évoluer pendant le cours du procès, ce qui est un gage de célérité de la procédure. Cependant, l'efficacité de l'analyse économique ne doit pas commander les règles applicables à son objet.

B. L'INFORMATION PROCESSUELLE

Les économistes distinguent le temps de la procédure de celui du procès.

Le temps de la procédure, tout d'abord, renvoie semble-t-il à celui des parties, ce qui comporte deux écueils. Premièrement, une place importante est donnée au

41. Décision CC. 16 décembre 1999, v. not. M.-A. FRISON-ROCHE et W. BARANES, « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *D.* 2000, Chr. pp. 361 et s. V. égal. en ce sens la loi n° 2007-1187 du 21 décembre 2007 sur la simplification du droit.

42. L. CADIET, *Clauses relatives au litige*, J.-Cl. Contrat Distribution, Fasc. 190, 2003, spéc. n° 17-18.

43. V. la contribution de M. S. SOUAM.

44. En ce sens, v. C. LEFORT, *Théorie générale de la voie d'appel*, LGDJ, spéc. n° 915, p. 767 : « Dans ces conditions tend à s'ancre l'idée que se substitue au principe d'immutabilité du litige en cause d'appel un principe de mutabilité contrôlée du procès ».

45. J. MIGUET, « Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit », in *Mélanges P. Hebraud*, Préf. M. Despax, PU Toulouse, 1981, pp. 567 et s., spéc. p. 593 : « C'est la liaison *a posteriori* qui semble la plus naturelle ».

pré trial, d'importance aux États-Unis puisque 90 % des litiges sont résolus pas des modes alternatifs alors que cette pré-instance est encore en gestation en France⁴⁶. Surtout, deuxièmement, ce temps n'est pas exclusif aux parties. Même dans une pré-instance, le juge des référés, juge d'appui, peut fausser l'attribution du temps qui s'écoule⁴⁷. Une même remarque peut être faite lorsque l'instance est introduite. Le temps est partagé par les parties et le juge, ce qui justifie un principe de coopération⁴⁸. Si les parties conduisent l'instance, c'est sous la surveillance, voire la direction du juge⁴⁹. Ce partage du temps se confirme à l'étude des critères du délai raisonnable de la procédure qui prend en compte tant le comportement des parties que celui du juge. Démêler les temps des parties et celui du juge est une opération délicate. La conciliation elle-même est aussi de l'office du juge dans le procès français. Les choix des parties sont liés à ceux du juge et c'est de leur interaction que naît le temps de la procédure en général. 2+1 = la procédure⁵⁰! Il est alors facile de comprendre pourquoi un simulateur de réformes tel qu'il existe sur le site *doingbusiness.org* ne peut pas être pris au sérieux.

Le temps dit du procès, ensuite, découle selon les économistes de deux éléments qui semblent pourtant bien distincts. Le temps du délibéré, premièrement, est censé être exclusif au juge alors qu'il pourrait être pollué de notes d'autant plus facilement admises que la loyauté aura été atteinte⁵¹. Considéré, malgré la réflexion qu'il suppose, comme un temps administratif à combattre, il est parfois perçu comme un temps d'attente insupportable du justiciable et un temps d'oubli de l'affaire par son représentant. Temps compressible, les tentatives pour le réduire en imposant un délai modèle d'un mois sous la surveillance des chefs de cours ont échoué⁵².

Le *management* judiciaire, deuxièmement, renvoie aux moyens matériels et humains fournis au service public de la justice. L'allocation des ressources doit, d'abord, s'y faire avec cohérence. Le Portugal a ainsi pu expérimenter à ses dépens qu'une augmentation du nombre des juges n'avait pas d'impact sur le temps, dès lors que le nombre de greffiers n'avait pas été augmenté dans une proportion équi-

46. B. OPPEIT, « Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique », *Justices* 1995, n° 3, pp. 53 et s.; L. CADIEU, « Solution judiciaire et règlement amiable des litiges, de la conciliation à la contradiction », in *Mélanges Champaud*, Dalloz, 1997, spéc. n° 21.

47. Cass. Civ. 3, 28 mars 2007, *JCP* 2007, I, spéc. n° 9, obs. T. CLAY; *Procédures* 2007, n° 104, obs. Perrot, *Dr. et patrim.* 2008, à paraître, obs. S. Amrani-Mekki.

48. L. CADIEU et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Litec, 5^e éd. 2006, spéc. n° 516 et s., pp. 328 et s.; A.A.S. ZUCKERMAN, *Le coût du procès en Angleterre*, op. cit., pp. 253 et s.; *Civil justice in crisis: Comparative dimensions of procedures*, op. cit.; J. MARTIN, « Administration de la justice et techniques et management : l'exemple anglais », in *De l'économie de la justice*, op. cit., pp. 267 et s.

49. S. AMRANI MEKKI, *Le temps et le procès civil*, op. cit., spéc. n° 252 et s. « la régulation conjointe du temps de la procédure ».

50. M.-A. FRISON-ROCHE, « - 2+1= La procédure », in *La justice, l'obligation impossible*, sous la dir. de W. BARANES et M.-A. FRISON-ROCHE, Autrement, série Morales, n° 16, octobre 1994, pp. 193 et s.; P.-Y. GAUTIER, « Les nombres sacrés », in *Mélanges G. Cornu*, PUF, 1994, pp. 163 et s. : l'auteur évoque un « triangle juridictionnel ».

51. Cass. Civ. 1, 7 juin 2005, *Procédures* 2005, repère, p. 8, H. CROZE, *D.* 2005, p. 2570, n. M.-E. BOURSIER, *Dr. et patrim.* 2006, spéc. p., obs. S. Amrani-Mekki.

52. P. ESTOUP, « La mise en œuvre de l'art 450 NCPC », *D.* 1985, Chr., 163; E. DU RUSQUEC, « Une réforme nécessaire, l'article 450 du NCPC », *Gaz. Pal.*, 1994, I, 797.

valente⁵³. L'effet de la réforme a été désastreux. Lorsque l'on sait que le nombre de greffiers est passé à la Cour d'appel de 3 à 1 par magistrat, la précision est utile. L'augmentation du nombre de magistrats n'est d'ailleurs pas toujours souhaitable si on veut bien considérer l'exigence en termes de compétence mais aussi d'autorité de leurs décisions. Il est ainsi plus intéressant d'augmenter le nombre d'assistants pour aider les magistrats dans leurs tâches administratives afin de les laisser se concentrer sur leur fonction juridictionnelle. À l'heure d'une certaine déconcentration de la justice, la précision est importante⁵⁴. Ensuite, cette allocation de ressources dépend du budget de l'État qui doit opérer des arbitrages selon une politique publique. Il a été judicieusement relevé qu'« une même affaire mobilise une pluralité de logiques d'actions qui s'appuient chacune sur une temporalité propre »⁵⁵. C'est pourquoi les économistes précisent que leur réflexion prend pour repère un marché relatif, exclusion faite des autres marchés. Est-ce possible, voire souhaitable, dans la mesure où cela peut fausser la réflexion? Il s'agit, sans doute, d'une condition nécessaire au progrès de la réflexion. Plus simplement, il s'agit probablement de la conséquence pragmatique tirée du constat que les ressources sont « finies » face aux besoins infinis de justice. Cette donnée n'est pas ignorée des réformateurs. À cet égard, il est intéressant de noter que la mission Magendie avait justement pour objectif de réfléchir à un perfectionnement du temps judiciaire de première instance « à moyens constants »⁵⁶.

Ce raisonnement complexe, en réseau, explique que le temps du procès est impropre à une réglementation et est, plus naturellement, sujet à une régulation par le juge. L'appréciation du délai raisonnable, qui se fait *in concreto* et *in globo*, révèle parfaitement toute la difficulté à apprécier le temps du fait de la multitude des facteurs intervenant dans sa détermination. Cette notion de délai raisonnable ne suffit cependant pas à appréhender le temps du procès car elle ne donne qu'une

53. M.M.L. MARQUES, C. GOMES et J. PEDROSO, *The portuguese system of civil procedure, in Civil justice in crisis*, op. cit., pp. 413 et s. V. égal. V. Y. LEONARD, *La justice, Cahiers français*, La Documentation française, n° 251, Mai-Juin 1991, spéc. p. 52 : « L'efficacité de l'institution judiciaire repose tout autant sur les magistrats que sur les fonctionnaires qui les assistent. Ces deux corps sont non seulement complémentaires, mais également interdépendants. Un équilibre numérique entre eux est indispensable pour que les magistrats soient efficacement secondés dans leur mission (...) ce déséquilibre oblige les magistrats à exécuter des tâches matérielles et à se détourner de leurs fonctions essentielles ».

54. L. CADIEU, *JCP* 2007, I, spéc. « On ne tiendra donc pas pour accessoire le Décret n° 2007-352, 14 mars 2007 relatifs aux services administratifs régionaux judiciaires (JO 18 mars), qui fait entrer dans le code de l'organisation judiciaire une pratique administrative, celle du SAR, qui a quelques années déjà (art. R. 241-1 à 242-7). Cette déconcentration de l'administration judiciaire donne naissance, institutionnellement, à une nouvelle fonction, celle de « directeur délégué à l'administration régionale judiciaire », placé sous l'autorité conjointe – pour combien de temps? – du premier président et du procureur général (art. R. 213-29-1 et R. 242-1). Il est notable que ce directeur de l'administration judiciaire régionale pourra être magistrat ou greffier en chef, les greffiers en chef devenant des « directeurs de greffe », ce qui participe de la revalorisation d'une fonction ingrate et pourtant essentielle. Les instruments de l'autonomie à venir de cette administration sont en place : délégation de signature au directeur du service, moyens « rattachés » au budget opérationnel de programme de la cour d'appel, création d'une assemblée des membres du service d'administration régionale ».

55. M. BESSIN, « La temporalité de la pratique judiciaire », *Droit et Société* 1998, ou des pratiques judiciaires, *Temporaliste*, n° 41, juin 2008.

56. J.-C. MAGENDIE, *Célérité et qualité de la justice*, Rapport remis au garde des Sceaux, La Documentation française, 2004.

vision *a posteriori* et négative du temps des procédures. « Cette norme constitue une « limite basse » (qui sépare la violation de la non-violation de la convention), et ne peut en aucun cas être considérée comme un résultat suffisant, s'il est atteint⁵⁷ ».

Cela ne signifie pas qu'il faut rejeter toute utilisation de l'analyse économique. Il s'agit plutôt d'écarter ce qu'on a pu appeler le « réductionnisme économiste » de l'École de Chicago qui considère qu'« il n'y a pas de spécificité fondamentale de la logique juridique par rapport à la logique économique (...) [et que] non seulement l'économique peut aider la science juridique, mais elle a elle-même à fonder cette dernière en lui offrant la seule base solide, l'étude de l'allocation optimale des ressources⁵⁸ ». Certains économistes placent au contraire l'analyse économique aux côtés de la théorie générale du droit et de la sociologie judiciaire pour éclairer et apporter une aide. Les courants économiques sont nombreux et il serait dangereux de juger de l'analyse économique globalement sans opérer de distinction selon les conceptions qui les animent. L'approche hayekienne de l'évolution des organisations et des ordres sociaux et l'analyse institutionnaliste relativisent le constructivisme rationaliste de l'École de Chicago⁵⁹. Autrement dit, il n'est pas opportun de rejeter une matière par un jugement hâtif et superficiel de l'un de ses courants. Il convient de laisser une chance à l'analyse économique et sous les réserves méthodologiques indiquées, il faudrait, en second lieu, étudier les résultats auxquels elle conduit.

Section 2

LA RELATIVITÉ DES RÉSULTATS

Partant de l'idée que la justice est lente et qu'il faut l'accélérer, l'objectif consisterait à trouver un moyen d'influencer *l'omo oeconomicus* afin de réduire la demande de justice. La théorie des jeux non coopératifs enseigne que le procès est le résultat d'un échec de la négociation. L'idée subséquente serait d'encourager la conciliation pour limiter la masse contentieuse et ainsi accélérer la justice. Si le juriste se permettait une perception schématique et quasi caricaturale de l'analyse économique, il relativiserait ces résultats en s'interrogeant, d'une part, l'utilité de l'action en justice (§1) et, d'autre part, sur la nécessité d'étudier l'efficacité des modes alternatifs de règlement des litiges (§2).

57. CEPEJ, un nouvel objectif pour les systèmes judiciaires : le traitement de chaque affaire dans un délai optimal et prévisible, spéc. n° 4.

58. Chr. BARRERE, *op. cit.*, spéc. p. 165-166.

59. Chr. BARRERE, *op. cit.*, p. 170 et p. 174 : « L'analyse institutionnaliste se présente comme une critique de l'analyse standard du *Law and Economics*. Elle en critique la méthode, l'individualisme méthodologique, et particulièrement le recours à un postulat de rationalité substantielle abstraite. De façon générale, l'institutionnalisme insiste sur le conditionnement social et institutionnel des comportements individuels et cherche à constituer une analyse dialectique du couple comportements-institutions ». V. pour une présentation générale, Th. KRAT, *Économie du droit*, La Découverte, coll. « Repères », 1999.

§1. - L'utilité de l'action en justice

L'analyse économique recherche les moyens d'influencer les choix rationnels des justiciables pour les inciter à ne pas agir en justice. Elle prend en compte, pour ce faire, deux externalités dont l'étude peut mettre en lumière l'utilité de l'action en justice⁶⁰. L'externalité négative, tout d'abord, consiste à décourager l'exercice de l'action et met en question le droit au juge (A). L'externalité positive, ensuite, prend en compte son utilité sociale sous l'angle du respect de la norme (B).

A. EXTERNALITÉ NÉGATIVE ET DROIT AU JUGE

L'externalité négative consiste à décourager l'action. Cependant, qu'un justiciable décide de ne pas aller au procès du fait de ses lenteurs supposées connues donnerait une piètre image de la justice. Si tel est le cas, ne devrait-on pas militer pour inverser la tendance, savoir réduire les délais du procès pour inciter à agir ? Un véritable choix politique doit être opéré entre traiter moins d'affaires de meilleure manière et gérer la masse avec toutes les difficultés matérielles que cela suppose, réduisant ainsi la qualité de la décision rendue. Choix cornélien, s'il en est, que le législateur ne peut trancher nettement et globalement. Ainsi, lorsque par la loi du 25 juin 2001, il crée une procédure de non-admission des pourvois à la Cour de cassation⁶¹, cela ne l'empêche pas de créer un juge de proximité pour faire venir des litiges qui échappaient auparavant à la justice⁶². Or, les jugements des juges de proximité ne sont, pour l'essentiel, pas susceptibles d'appel et seul le pourvoi en cassation est ouvert. Autrement dit, l'accès à la justice commande des dispositions contraires à l'efficacité entendue comme une pure question de rentabilité. Le dilemme est le même pour les actions de groupe avec, cependant, une réponse plus nuancée. En effet, soit on considère qu'il n'y aura qu'un procès au lieu de plusieurs, soit on soutient qu'une telle institution va inciter à l'action. Le Président Jacques Chirac, qui incitait à la création d'une action de groupe dans son discours, visait cette seconde analyse visant à amener au procès des litiges qui y échappent pour l'heure, du fait de la modicité de leur valeur⁶³.

Il faut, au vrai, préciser que l'efficacité ne peut se concevoir en dehors de toute idée de qualité. Elle suppose une balance entre le gain de temps obtenu et la perte de qualité consentie. Au-delà de la seule question d'agir ou non, toutes les règles de procédure résultent de cette pondération. Ainsi de la question récurrente de l'efficacité des ordonnances de référé dont on sait bien qu'elles sont devenues *de facto* définitives. À leur égard, deux attitudes sont possibles. Ou bien on considère

60. D. FLOUZAT et C. PONDAVEN, *Économie contemporaine. Les fonctions économiques*, Tome 1, 19^e éd., PUF, Coll. Thémis économie, 2004, spéc. p. 488 : « Considérées comme une défaillance du marché, les externalités, appelées également effets externes, désignent une situation économique dans laquelle l'acte de consommation ou de production d'un agent, influe positivement ou négativement sur l'utilité d'un autre agent, sans que cette influence ne se traduise par une variation du niveau des prix. La pollution constitue un exemple classique d'externalité négative, tandis que l'augmentation de la valeur immobilière d'un bien engendrée par les travaux d'aménagement ou de rénovation d'un quartier illustre une externalité positive ».

61. L. CADIEU et S. AMRANI-MEKKI (Dir.), *La sélection des pourvois à la Cour de cassation*, Economica, 2005.

62. Y. DESDEVISES, « Proximus, proxima, proximum », in *Mélanges P. Julien*, Edilax, 2003, pp. 156 et s.

63. J. CHIRAC, Discours du 4 janvier 2005.

que les référés ont « *sauvé l'honneur judiciaire de la France* »⁶⁴. Dans ce cas, la rentabilité de ce type de procédure permet de préconiser, à l'instar du rapport Magendie, de conférer une autorité de chose jugée définitive aux ordonnances non contestées passé un certain délai⁶⁵. Ou bien on s'attache au strict respect des droits de la défense en ne se contentant, ni du temps suffisant laissé au défendeur, ni du jugement selon les apparences⁶⁶. En ce cas, il faut alors décider que l'absence d'exercice au fond d'une demande dans un certain délai entraîne la caducité de l'ordonnance⁶⁷.

Il en est de même du rôle du magistrat, notamment au regard de la motivation de ses décisions dont certains souhaiteraient la réduction⁶⁸. Cependant, non seulement cette réduction serait choquante au regard de la qualité de la justice, mais encore le gain de temps n'a jamais été réellement démontré. L'absence de motivation ou une motivation superficielle empêche la compréhension de la décision et, partant, son exécution spontanée. Elle incite à l'exercice de voies de recours qui seront d'autant plus difficiles à mettre en œuvre que la décision sera allusive. En revanche, le recours à des attendus stéréotypés, à une « *bible d'attendus* »⁶⁹ peut être parfois utile dans des litiges à répétition comme système d'aide à la décision⁷⁰. À ce titre, toute réflexion sur l'accélération du temps du procès ne peut être menée sans une analyse des efforts des magistrats⁷¹. La maximisation de leur effort pourrait se faire au détriment de la qualité de leur décision. Une étude empirique a montré que « *l'intérêt personnel pousse le juge, conscient des directives ministérielles, à augmenter la vitesse de traitement de ses dossiers* »⁷². Pour assurer un niveau de qua-

64. J. VASSOGNE, *Préface au Traité sur les procédures rapides*, T. I, par C. CEZAR-BRU, P. HEBRAUD et J. SEGNOLLE par G. ODOUL.

65. J.-C. MAGENDIE, *Célérité et qualité de la justice*, op. cit., spéc. p. 70 et s.

66. R. MARTIN, « Le référé, théâtre d'apparence », *D.* 1979, Chr. 158.

67. Cass. Civ. 1, 16 juillet 1997, *JCR* 1997, I, 4064, n° 13, obs. L. CADIET, II, 22964, note E. DURIEUX; L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Litec, 5^e éd., 2006, spéc. n° 642, p. 416 : « Cette sorte d'obligation judiciaire d'agir au principal restituée à l'ordonnance des référés sa véritable nature de décision provisoire dont les effets devraient être limités dans le temps ». Il faut noter qu'en Italie, la procédure de référé n'est possible qu'à la condition qu'une action au fond soit engagée dans le même temps, v. S. CHARLONI, « Civil justice and its paradox : an italian perspective », in *Civil justice in crisis*, op. cit., pp. 263 et s.

68. Pour une position extrême, J.-Y. CARO, *Les dimensions économiques de la décision judiciaire, perceptions et pratiques des magistrats : entretiens avec des magistrats du siège*, Ass. d'études et de recherches de l'École nationale de la magistrature, 1990, p. 90 : « Les partisans de la motivation allégée brocardent le magistrat rédigeant son jugement dans l'esprit du chef-d'œuvre moyenâgeux, alors que le justiciable n'est intéressé que par les dernières lignes ».

69. V. par exemple, le système DIVA, qui permet une composition automatique d'un jugement de divorce. Pour une étude détaillée, v. V. FORTIER, « La modélisation du jugement de divorce », in *L'informatique et le droit*, Ann. de l'IRETIJ, Montpellier, CNRS, n° 3, 1991, spéc. pp. 47 et s.

70. V. J.-L. BILON, *L'aide à la décision juridique*, EPICURE, *Homme et société*, n° 17, prélude de P. LEGENDRE, présentation de J.-L. SCHMIDT, Pub. de la Sorbonne, 1991, pp. 211 et s., spéc. p. 219. En matière de divorce, par exemple, « il résulte de réponses obtenues de magistrats qu'il leur faut entre 1 heure ½ et 2 heures, après lecture du dossier. Avec le système que nous avons mis au point, les magistrats pourront motiver leur décision en 10 ou 15 minutes. Et ils arriveront strictement au même résultat ».

71. Mais il faut être prudent dans le calcul de l'efficacité d'un magistrat. S'il est établi, depuis 1995, en Finlande des indicateurs de performance des tribunaux, le calcul qui consiste à diviser le nombre d'affaires traitées par le nombre de personnel d'une juridiction exclut toute prise en compte de la qualité. V. H. PAULIAT, « L'administration de la justice au service d'une meilleure maîtrise du temps de justice », in *Le temps, la justice et le droit*, Textes réunis par S. GABORIAU et H. PAULIAT, PULIM, 2003.

72. A. COULANGE, 1994, p. 15.

lité, l'incitation salariale, autrement dénommée salaire d'efficacité⁷³, mais aussi des efforts quant à la formation des juges, sont autant d'éléments de réflexion⁷⁴.

B. EXTERNALITÉ POSITIVE ET RESPECT DE LA NORME

L'externalité positive consiste, quant à elle, à considérer les effets positifs de l'action sur le respect de la norme. Au-delà de l'accès au juge, il faut reconnaître à l'action en justice une utilité qui dépasse les parties au litige. R. von Ihering considèrerait qu'agir en justice est un devoir. En défendant son droit, le justiciable défend le Droit. Cette pensée se retrouve dans les jeux du temps et du procès. Le temps poursuit certes une finalité courte qui est de mettre fin au litige, mais également une finalité longue, celle de protéger le Droit⁷⁵. Doit entrer dans l'équation le fait que l'objectif du procès va au-delà du seul apaisement du conflit. Les économistes traitent ainsi de ce qui est « *socialement optimal* »⁷⁶.

Ce qui est socialement optimal s'entend, certes, du respect de la norme substantielle, mais doit également prendre en compte l'efficacité du procès. Il n'est pas socialement souhaitable que les procès soient d'une durée telle qu'elle confine au déni de justice⁷⁷. Ainsi de l'exemple pris par M. Chr. Barrère qui concerne un redressement judiciaire qui « *a duré si longtemps (vraisemblablement sous l'effet de stratégies explicites de l'un des protagonistes) que le blocage intervenu a contraint les actionnaires minoritaires à vendre leurs actions alors qu'ils ont finalement eu en grande partie gain de cause; d'où le paradoxe d'une partie, juridiquement, gagnante, et, éco-*

73. S. HARNAY et I. VIGOUROUX, « L'indépendance du juge : qualité de la décision judiciaire en présence d'asymétries informationnelles », in *Économie de la justice*, RIDE 1999-2, p. 185 et s., spéc. p. 198 : « L'efficacité productive d'un salarié dépend en partie de son sentiment d'être « bien traité » par l'employeur ».

74. La même difficulté peut provenir de la généralisation du juge unique dont il serait naïf de croire qu'elle implique mécaniquement trois fois plus de décisions (L. CADIET, « Le juge unique en question », in *Les juges uniques, dispersion ou réorganisation*, XXI^e colloque IEJ, Toulon, Dalloz, thèmes et commentaires, 1996, sous la dir. de C. BOLZE et P. PEDROT, pp. 1 et s. : Il y a une « relativité du lien entre le juge unique et l'accélération de la justice ». Dans le même sens, v. M. NAUDET-SENECHAL, *Le juge unique, Essai d'une théorie générale*, Thèse Paris II, 2000, spéc. n° 225, p. 210, n° 317, p. 295). Le juge unique est parfois gage de qualité dans les litiges qui gagnent à être traités par un dialogue direct avec le juge. Le juge unique est en réalité une bonne ou mauvaise chose selon le type de litige qui lui est soumis. Dégager une solution générale est donc sinon impossible, du moins inopportune. La collégialité, elle-même source *a priori* de qualité de la décision rendue, risque de conduire à l'effet inverse par une dilution des responsabilités, voire à des « *comportements déviant en termes de minimisation de l'effort ou d'action divergeant des intérêts des justiciables* » (S. HARNAY et I. VIGOUROUX, « L'indépendance du juge : qualité de la décision judiciaire en présence d'asymétries informationnelles », in *Économie de la justice*, RIDE 1999-2, p. 185 et s., spéc. p. 190).

75. S. VAN DE DROOGHENBROECK, « Le temps, la proportionnalité et le juge européen des droits de l'Homme », in *L'accélération du temps juridique*, op. cit., pp. 335 et s.

76. A.-M. POLINSKY, *Responsabilité optimale quand les informations de l'injurer sur la perte de la victime sont imparfaites*, examen international de la loi et sciences économiques, vol. 7, numéro 2, pp. 139-147, (décembre 1987).

77. TGI, Paris, 6 juillet 1994, *Gaz. Pal.*, 1994, p. 37, note S. Petit, *JCP* 1994, I, 3805, n° 2, obs. L. Cadiet, *Dr. et Patrimoine*, 1995, p. 9, note F. de la Vaissière, *RTD civ.*, 1995, p. 957, obs. R. Perrot. V. égal. M.-A. FRISON-ROCHE, « La responsabilité des magistrats, l'évolution d'une idée », *JCP* 1999, I, 174, spéc. n° 67; « Déni de justice et interprétation de la loi par le juge », *J.-Cl. Civil*, art 4, 11, 1996, spéc. n° 24 : « La première hypothèse de déni de justice concerne les décisions de justice qui sont rendues si tardivement qu'elles en perdent leur sens. À travers l'exigence du délai raisonnable exprimé par l'art 6-1 de la convention européenne des droits de l'Homme, c'est bien le spectre du déni de justice qu'il s'agit d'écarter ».

nomiquement, perdante⁷⁸ ». Il en découle qu'il n'est pas socialement optimal d'inciter à l'action au risque de la rendre inutile. Le calcul est complexe, la réflexion à plusieurs détentes.

L'analyse économique a, en outre, l'inconvénient de mettre sur un pied d'égalité le respect de la norme par jugement ou par convention. Or, cela reste à démontrer.

§2. – L'efficacité des modes alternatifs de règlement des litiges

L'analyse économique repose sur le principe que les parties auront tendance à se concilier pour éviter un procès qui leur coûtera plus qu'il ne peut leur apporter. Il convient, tout d'abord, de comprendre quels sont les moyens d'action possibles pour inciter à la conciliation, afin de vérifier si la fin justifie les moyens, (A) et de prendre en compte, ensuite, l'efficacité du résultat obtenu (B).

A. EFFICACITÉ DE LA DÉMARCHÉ

« Les procédures alternatives de règlement des litiges peuvent être des moyens institutionnels d'économie de temps judiciaire⁷⁹ ». Pour parvenir à inciter les parties à ne pas agir et à préférer le mode amiable de résolution des conflits, deux voies sont proposées. La première est largement relativisée puisqu'elle consiste à considérer qu'une augmentation des délais de procédure est gage de faveur pour la conciliation. Cet effet du temps est évidemment négatif, d'autant plus qu'il ne produit aucune utilité pour le service public de la justice. L'analyse économique enseigne d'ailleurs que « toute réforme de la procédure visant à réduire le temps de négociation impacte a priori la demande de procès et pourrait avoir pour effet global d'augmenter la durée totale de la procédure⁸⁰ ». Cet enseignement est intéressant en ce qu'il incite à réformer avec un autre regard sur les moyens à mettre en œuvre. On pourrait ainsi considérer que si, malgré la réforme permanente de la procédure civile, les délais ne s'amenuisent pas en proportion, ce serait peut-être justement parce que les réformes sont efficaces!

La seconde voie consiste à augmenter le coût financier de l'action en justice, mais l'analyse est délicate et aboutit à des résultats contradictoires. Les économistes ont ainsi comparé les systèmes américain, anglais et français de répartition des coûts du procès pour tenter d'établir une corrélation avec la demande de justice⁸¹. Il en ressort que le système américain décourage à l'action dans la mesure où quelle que soit l'issue du procès, chaque partie supporte ses frais de procédure. Un service leur a été rendu qui a un coût. Au contraire, le système anglais, qui fait

peser le coût sur le perdant, aurait pour effet d'inciter à agir la partie qui estime pouvoir gagner le procès. Le système français serait entre deux eaux puisque si les dépens sont à la charge du perdant, les frais irrépétibles ne le sont pas. Mais c'est sans compter sur l'article 700 du Code civil de procédure civile et sur la faculté du juge de répartir différemment les dépens. Surtout, comme l'ont démontré M. B. Deffains et Mme M. Doriat, l'existence de l'aide juridictionnelle remet en cause les effets d'une telle politique. L'étude peut, d'ailleurs, aussi bien amener à des résultats diamétralement opposés. Afin d'éviter le supporter les coûts du procès, le justiciable anglais peut être incité à agir. Il apparaît que l'analyse économique dépend de la personne considérée, celui qui est « coupable » ou celui qui est « innocent ». Enfin, elle ne tient pas toujours compte de la présence de l'avocat. Pour M. B. Deffains, « on raisonne en fait comme si les parties n'étaient jamais représentées par un avocat ou, plus exactement, comme si l'avocat et son client ne constituaient qu'une seule et même partie⁸² ». Pourtant, le coût de la représentation est primordial. L'existence d'un pacte de *quota litis*, par exemple, devrait inciter à l'action puisque la partie ne supporte pas le coût de la représentation.

Cette analyse en termes de coût est d'autant plus délicate qu'elle ne se contente pas d'appréhender les coûts de la représentation en justice mais envisage également le coût de la durée du procès. Ce coût est supporté par le débiteur si les intérêts de retard commencent avec la demande en justice. « La possibilité donnée à un justiciable d'agir en justice est ici conçue comme une simple phase dans l'exécution d'un rapport d'obligation purement privé dont l'existence ne doit rien à l'interventionnisme judiciaire⁸³ ». C'est le principe applicable aux créances de sommes d'argent qui s'explique par « la règle de procédure que l'on a coutume de traduire en disant que les jugements ont un effet déclaratif ou rétroactif⁸⁴ ». En revanche, le coût est supporté par le créancier pour les créances indemnitaires du fait de la nature constitutive du jugement, ce qui est choquant lorsque c'est un tiers payeur qui agit en remboursement de la somme versée⁸⁵. De cette présentation schématique, il ressort que le débiteur qui se sait en tort a néanmoins tout intérêt à agir et à faire durer le procès.

Cette réflexion a cependant ses limites. D'abord, elle suppose une information solide sur les chances de gains du procès. Ensuite, elle implique une information sur la nature déclarative ou constitutive du jugement qui est une question théorique délicate. Enfin, elle fait fi du pouvoir régulateur du juge qui est de nature discrétionnaire⁸⁶ lorsqu'il s'agit de faire remonter les intérêts au jour de la demande

78. Chr. BARRERE, V° Temps (point de vue de l'économiste), in *Dictionnaire de la justice*, L. CADIEU (Dir.), 2004.

79. Chr. BARRERE, *op. cit.*

80. Texte de M. S. SOUAM transmis avant la conférence.

81. B. DEFFAINS et M. DORIAT, « Équilibre et régulation du marché de la justice : délais versus prix », *Revue Économique*, 2001-b, n° 5, pp. 949 et s. spéc. p. 960.

82. B. DEFFAINS, « L'analyse économique de la résolution des conflits juridiques », *Revue économique*, 1997, pp. 57 et s., spéc. p. 90.

83. V. P. ANCEL et M. COTTIN, « Le coût de la durée du procès pour les parties : les intérêts de retard dans le procès civil », in *De l'économie de la justice*, RIDE, n° spécial, 1999-2, pp. 239 et s. spéc. n° 4, p. 241.

84. H. SOLUS, obs. sous Civ., 21 décembre 1926, *RTD civ.*, 1927, n° 3, pp. 483 et s., spéc. p. 485.

85. V. en ce sens, P. ANCEL et M. COTTIN, *op. cit.*, spéc. n° 9, p. 244 : Ce système « aboutit très clairement à faire peser le coût de la durée du procès sur les tiers payeurs, puisqu'ils vont obtenir plusieurs mois ou plusieurs années après les avoir versées le montant nominal des sommes déboursées, et sans même pouvoir, comme une victime ordinaire, profiter de la réévaluation de leur créance au jour de la décision ».

86. A.P., 3 juillet 1992, *JCP* 1992, II, 21898, concl. D.-H. Dotenville, note A. Perdriau; v. cep, Civ. 2, 29 avril 1997, *D.* 1998, p. 321, note P. Ancel et C. Beroujou : la Cour de cassation reproche aux juges du fond

en justice, même pour un jugement constitutif. Cette fixation, faite au cas par cas, permet au juge de balancer les intérêts des parties en présence en prenant justement en compte la durée du procès. Le jeu est donc dangereux. Globalement, tous les pouvoirs régulateurs du juge perturbent cette anticipation des acteurs économiques du procès⁸⁷.

B. EFFICACITÉ DU RÉSULTAT

« *Même en supposant des comportements rationnels et l'absence de coûts de transaction, (les transactions) ne conduisent pas nécessairement à l'efficacité*⁸⁸ ». Il faut se méfier des voies parallèles trop séduisantes.

La conciliation extrajudiciaire, tout d'abord, devrait permettre *a priori* un désengorgement des tribunaux. Toute l'évolution de son régime juridique montre cependant une tendance à la procéduralisation de cette phase contractuelle de résolution des litiges. « *Procédure sans procès* », cette phase doit garantir un équilibre des rapports de force des parties. Surtout le souci d'en assurer l'efficacité pour améliorer les rendements judiciaires a amené à sanctionner son non-respect par une fin de non-recevoir⁸⁹. Invocable en tout état de cause, elle risque d'exiger un « préalable » de conciliation après des années de procédure devenues inutiles⁹⁰. De plus, l'accord obtenu n'a qu'une valeur contractuelle. Pour en renforcer l'efficacité, le nouvel article 1441-4 du Code de procédure civile issu du rapport de M. J.-M. Coulon⁹¹, permet de demander au juge de lui conférer force exécutoire. Cette intervention judiciaire peut faire basculer l'accord dans une procédure en raison des recours possibles contre l'ordonnance rendue⁹². En outre, la procédure de conciliation peut se faire avec le juge des référés comme juge d'appui, qu'il s'agisse d'obtenir des mesures urgentes ou une mesure d'instruction⁹³. Enfin,

d'avoir fixé le point de départ des intérêts moratoires d'une créance indemnitaire au jour de la demande en justice. La décision se fonde sur le fait que les juges devaient vérifier le lien de causalité. Cela fait référence au jugement constitutif et est en contradiction avec l'arrêt de l'Assemblée plénière.

87. Notons enfin que le coût de la durée des procédures devrait être supporté par l'État lorsque les lenteurs sont de son fait. Mais cela est difficile à prouver et à mettre en œuvre. V. not., P. ANCEL et M. COTTIN, *op. cit.*, spéc. n° 20, p. 252 : « Le déroulement du procès ne dépend pas en effet seulement de la diligence des parties (ou de celles de leurs mandataires) mais également de la capacité du tribunal à y répondre (...) ne peut-on alors imaginer qu'un débiteur invoque les lenteurs de la justice pour tenter de reporter sur l'État le montant des intérêts de retard auxquels il a été condamné envers son créancier, ou à l'inverse qu'un créancier d'indemnité ou de restitution demande réparation de la perte financière résultat de la longueur du procès? ». Il a été suggéré de distinguer selon la qualité des parties pour traiter différemment le salarié qui doit restituer une somme à son employeur de la société commerciale, ce qui empêcherait toute anticipation, v. JEOL, concl. sur AP 3 mars 1995, *Gaz. Pal.* 1995, I, 258.

88. B. DEFFAINS, « L'analyse économique de la résolution des conflits juridiques », *Revue économique*, 1997, pp. 57 et s., spéc. p. 64.

89. Cass. C.M., 14 février 2003, *Bull. ch. mixte*, n° 1, p. 1; D. 2003, p. 1386, note P. Ancel et M. Cottin; *RTD civ.* 2003, p. 349, obs. R. Perrot; *RDC* 2003, p. 182 et s., obs. L. Cadiet et X. Lagarde.

90. Cass. Com. 22 février 2005, *RTD civ.* 2005, p. 405, obs. R. Perrot.

91. J.-M. COULON, rapport remis au garde des Sceaux, La Documentation française, 1997.

92. Cass. Civ. 2, 24 mai 2007, *JCP* 2007, IV, 2311; *Procédures* 2007, n° 180, obs. Perrot, *JCP* 2007, I, 200, spéc. n° 14, obs. T. Clay, *JCP* 2007, II, 10172, note H. Croze et O. Fradin, *Procédures* 2007, com. n° 180, R. Perrot, *Dr et patrim.* 2008, obs. S. Amrani-Mekki.

93. Cass. civ. 3, 28 mars 2007, *JCP* 2007, I, spéc. n° 9 obs. T. Clay, *Procédures* 2007, n° 104, obs. R. Perrot, *Dr et patrim.*, janvier 2008, obs. S. Amrani-Mekki.

cette phase de conciliation peut elle-même avoir un coût qu'il faut faire entrer dans l'équation. La loi du 18 décembre 1998 a d'ailleurs admis d'étendre l'aide juridique aux conciliations pour éviter que ce coût ne soit un obstacle à son efficacité.

La conciliation judiciaire, ensuite, est malheureusement elle-même dévoreuse de temps sans que sa réussite soit bien mesurée. Ainsi, du préalable obligatoire de conciliation devant le conseil des prud'hommes qui mêle conciliation et pré-mise en état de l'affaire pour ne pas perdre de temps et dont les statistiques sont *a priori* défavorables. La comptabilisation de ces conciliations est cependant difficile dans la mesure où elles ne sont pas nécessairement formalisées par un acte.

La tendance à vouloir tout analyser et rationaliser amène certains droits, tel le droit américain⁹⁴, repris en cela par les règles transnationales de procédure civile, à poser des règles dangereuses. Ainsi de celles qui précisent qu'en cas de refus d'une transaction pour obtenir un jugement finalement moins favorable, les frais de procédure seront à la charge de celui qui a refusé la transaction. Une telle sanction est rigoriste et perverse. Le refus de la transaction peut résulter de la méconnaissance de la réalité de ses droits, d'une désinformation. La pression de l'argent peut, en outre, inciter à admettre des transactions déséquilibrées ce qui n'est pas non plus souhaitable. L'intérêt de la masse contentieuse, de la gestion des flux, prime alors le strict respect de la norme et la qualité de la justice.

CONCLUSION

En définitive, cette quête du temps paraît être un voyage périlleux. Il en ressort que, à l'instar des conclusions des travaux menés par la CEPEJ, il faut poursuivre un temps « *optimal et prévisible* »⁹⁵. Le temps optimal renvoie à l'idée qu'il faut combattre les temps inutiles, les temps morts, mais conserver ceux qui ont un intérêt. Le temps prévisible est, quant à lui, une voie possible vers la réconciliation du temps et de la procédure⁹⁶. Que ce soit pour inciter les parties à se concilier ou pour leur permettre de mieux supporter, de mieux vivre le temps de celui-ci, il apparaît indispensable de les renseigner sur cette durée. Si les calendriers de procédure sont un excellent moyen⁹⁷, l'information pourrait plus simplement être donnée par les magistrats au seuil de l'instance, sans nécessaire accord sur son déroulement.

94. *Rule 68 Federal Rules of Civil Procedure*.

95. CEPEJ, *Un nouvel objectif pour les systèmes judiciaires : le traitement de chaque affaire dans un délai optimal et prévisible*, 13 septembre 2005.

96. CEPEJ, *op. cit.*, spéc. n° 50 : « Les usagers ont en fait autant besoin d'une prévisibilité des procédures (dès le commencement) que d'un délai optimal ».

97. L. CADJET, S. AMRANI-MEKKI, T. CLAY, E. JEULAND et Y.-M. SERINET, « Le procès à son point d'équilibre? », *JCP* 2006, I, spéc. n° 8 : « Ce calendrier permettra aux parties de prévoir à l'avance le temps de la procédure et ce, jusqu'à la date du prononcé de la décision. Un temps prévu, un temps sur mesure, est un temps mieux accepté ».

Comme l'a parfaitement mis en lumière M. Chr. Barrère, « *le système judiciaire est particulièrement riche puisqu'il réunit des acteurs publics et des acteurs privés, des acteurs autonomes et des institutions, des formes marchandes et des formes non marchandes, des formes privées (l'arbitrage) et des formes publiques. S'il connaît des échanges, il connaît également la hiérarchie et la contrainte... on voit ainsi que le programme de travail ainsi ouvert est considérable. L'approche économique du judiciaire a alors de beaux jours devant elle*⁹⁸ ». L'analyse économique du droit doit encore faire ses preuves. La phase de séduction n'est pas achevée et il est bien trop tôt pour publier les bans.

Paris, décembre 2008.

Index

(Les numéros renvoient aux pages)

A

Accès à la justice, 6, 25 et s.
 aide juridictionnelle, 59 et s.
 concret, 42
 coût, 15, 245
 effectif, 212, 245
 filtration de l' –, 215
 modalité d'accès au juge, 34 et s.
 – par d'autres personnes que par la victime, 111
 Accusation, *v. Procédure*
 Action en justice
 de groupe, *v. Class action*
 droit d'agir, 58
 incitation par la preuve, 199
 rémunération de l'avocat, 63
 représentation à l'action, *v. Représentation*
 utilité, 261 et s.
 ADR (Alternative Dispute Resolution), 131, *v. Conciliation, Médiation, Mode alternatif de règlement des conflits*
 Aide juridictionnelle, 41 et s., 55 et s.
 budget, 45

bureau de l'AJ, 43, 60
 coût, 14, 15
 financement privé, 47, 52
 financement public, 53
 Arbitrage, 124 et s., 147 et s.
 choix, 31, 32, 37, 143
 coût, 141, 142
 notion, 124, 125
 Avocat
 contribution de l' – à l'aide juridictionnelle, 47 et s., 58
 honoraires, 15, 18, 42
 initiative d'une Class action, 98 et s., 116
 mode de rémunération, 70 et s.
 recours à un –, 41
 représentation, *v. ce mot*

B

Brevet, 163 et s., 170 et s.

98. Chr. BARRÈRE, *op. cit.*, spéc. p. 181-182.

C

Célérité de la procédure en justice, 251, *v. Principes directeurs du procès*

Class actions, 6, 36, 81 et s., 107 et s., 256

augmentation nombres de procès, 100

avantages, 116 et s.

collective, action, 94 et s.

enjeu, 84

initiative de l'avocat, 98 et s., 116

initiative des victimes, 88

indemnisation de/des victimes(s), 91

inconvenients, 109 et s.

opt in / opt out, 81, 99, 100, 103, 110, 111, 112

renonciation à l'action en justice, 88

Clause d'exécution loyale, 128

Clause d'arrangement amiable, 128

Collégialité, *v. Droit au juge*

Conciliation, 129, 131, 149, 150, 154, 155, 198, 260, 264 et s.

utilité, 30

Contentieux

alternatives au —, *v. MARC, Conciliation, Médiation, Transaction*

brevet, *v. ce mot*

coût, *v. Accès à la justice*

de la discrimination, 206

de masse, *v. Class action*

dualité, 32

enjeu, 16

évolution, 249 et s.

indemnisation, 162

locatif, 220

spécialisé, 159 et s.

Contrefaçon

contentieux des « Taximètres », 169 et s.

D

Décision de justice, *v. Exécution des jugements*

Droit à un juge, 14, 31

droit à plusieurs juges, collégialité, 33

droit au juge, 261

Droits fondamentaux, 28, 31, 32, 37, 212

E

Effectivité de l'accès à un tribunal

mesure, *v. Accès à la justice*

Égalité d'accès à un tribunal, *v. Accès à la justice*

Égalité

des armes, 60, 61, 112, 212

des parties, 8, 113

Exécution des jugements, 12, 14, 33

efficacité dans le temps, 226 et s.

efficacité dans l'espace, 229 et s.

Exercice de l'action en justice

demande en justice, 255, 265

G

Garantie de bonne justice, 7, 28, 28, 32, 37, 114

et class actions, 119

H

Honoraires, *v. Avocat*

I

Indemnisation, 162 et s.

class action, 115

efficacité du procès, 12, 20

modalités de détermination, 174 et s.

J

Juge

choix d'un juge, 29 et s.

et MARC, *v. ce mot*

fonction juridictionnelle, 259

modalité d'accès au juge, 34 et s.

office, *v. ce mot*

rôle dans le procès civil, 184 et s.

Juridiction

autonomie de la juridiction spécialisée, 32 et s.

dualisme, 32

encombrement, 123

et MARC, 138, 151

et règlements conventionnels, 129, 130

gestion, 27

M

Médiation, 128, 129 et s., 147 et s.

Déroulement, 144

Statistiques, 154

type de médiation, 153

utilité, 30

Modes alternatifs de règlement des conflits (MARC), 123 et s., 147 et s.

et juge, 30

et règlement juridictionnel des litiges, 148 et s., 154

juridictionnalisation, 151

procéduralisation, *v. ce mot*

N

Norme

respect, 263, 267

O

Office du juge, 21, 188 et s., 210

encadrement des éléments de preuve, 184 et s., 191, 194

et conciliation, 154, 258

et médiation, 144

et procédures alternatives judiciaires, 130 *v. aussi Juge*

P

Parties

égalité des armes, 18

représentation, *v. ce mot*

Prescription, 69, 137, 173, 208

Preuve

charge, 19

enjeu, 184, 187

et arbitrage, 125

et contentieux, 161

initiative des parties, 185

risque de la preuve, 183 et s., 195 et s.

Principes directeurs du procès civil, 34 et s.

célérité, 35

contradictoire, 7, 11, 18, 186, 211

dialogue, 34

impartialité, 9, 129

loyauté, 35, 197, 198, 258

Principe dispositif, 8, 11, 17, 20 et s.

Procéduralisation

des MARC, 31, 151

et conciliation, 251

Procédure

accusation, 8, 11, 17 et s., 187, 189, 191, 193, 197

définition, 3

étapes, 237

inquisition, 189, 190, 197

jugement, 11

réforme de la procédure civile, *v. ce mot*

Procès équitable, 4, 29, 32, 197, 225

Projet de règles transnationales de procédure civile, 36, 251, 255, 267

Propriété industrielle, *v. Brevet*

R

Réforme de la procédure civile

enjeu, 234

Renonciation

et class action, *v. ce mot*

Représentation des parties, 67 et s.

efficacité de la représentation, 265

rémunération de l'avocat, *v. Avocat*

S	V
Spécialité des juridictions, <i>v. Contenteux</i>	Voies de recours, 6, 212
Statistiques	absence de motivation du jugement, 262
fiabilité, 250	effet suspensif, 226, 227
médiation et arbitrage, 154	
T	
Théorie des jeux, 139	
Transaction, 129	

Table des matières

Préface.....	V
--------------	---

Première partie L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DE LA PROCÉDURE CIVILE EST-ELLE PERTINENTE?

Légitimité, opportunité et efficacité de l'analyse économique des procès civils	
Marie-Anne FRISON-ROCHE.....	3
Prolégomènes sur <i>légitimité, efficacité et opportunité</i>	5
Section 1. L'analyse économique propre à la procédure, vis-à-vis du jugement.....	11
§1. – La pertinence de l'isolement de la procédure par rapport au jugement.....	11
§2. – La difficulté à disposer d'informations économiques sur les procès civils.....	15
Section 2. Les points de contact entre analyse économique et procès civils.....	17
§1. – Analyse économique, procès civil et principe accusatoire.....	17
§2. – Analyse économique, procès civil, principe dispositif et jeu stratégique.....	20

Deuxième partie L'ACCÈS AU JUGE

L'accès au juge. Le point de vue du juriste	
Serge GUINCHARD.....	25

Section 1. L'analyse économique dans le choix d'un juge.....	29
§1. – Un juge ou pas?	30
§2. – Un juge public ou un juge arbitral?.....	31
§3. – Le choix d'un juge au sein des institutions juridictionnelles étatiques.....	32
Section 2. L'analyse économique dans les modalités d'accès au juge.....	34
§1. – Le choix d'un type de procédure civile et le respect des principes directeurs du procès.....	34
§2. – Le choix d'un corpus de règles.....	36
Conclusion.....	36

Troisième partie L'AIDE JURIDICTIONNELLE

Aide juridictionnelle : assistance ou assurance?	
Alain TRANNOY et Yves DOAZAN	41
Introduction.....	41
Section 1. Une esquisse de bilan de l'aide juridictionnelle.....	44
§1. – Une tentative de bilan de l'aide juridictionnelle.....	44
A. Quelques éléments de satisfaction relatifs à l'investissement du barreau	44
B. Un effet de ciseau quantité-prix	45
§2. – Des pistes de réforme de l'aide juridictionnelle.....	46
Section 2. Intégrer l'aide juridictionnelle dans la protection juridique	49
§1. – Une assurance de protection juridique élargie aux bénéficiaires de l'aide juridictionnelle.....	50
§2. – La relation État-assurances	51
§3. – La relation assuré-assurance	52
§4. – La relation assurance-avocat	52
§5. – L'intérêt des sociétés d'assurances et des mutuelles	52
§6. – L'intérêt de l'État	53
Conclusion.....	53
Bibliographie.....	54
L'aide juridictionnelle et l'analyse économique du droit	
Emmanuel JEULAND	55
Section 1. La critique du recours généralisé à l'assurance.....	56
Section 2. Peut-on repenser l'aide juridictionnelle d'un point de vue juridique?.....	59

§1. – Un raisonnement juridique	60
§2. – Des propositions	62

Quatrième partie LA REPRÉSENTATION DES PARTIES EN JUSTICE

Éléments d'analyse économique de la représentation des parties dans le procès civil	
Éric AVENEL	67
Section 1. Mode de rémunération et adaptation des services rendus au client.....	70
Section 2. Mode de rémunération et risque de surfacturation des services rendus	73
Bibliographie.....	77

Cinquième partie LE CONTENTIEUX DE MASSE (CLASS ACTIONS, ACTIONS COLLECTIVES)

Class action from an Economic Point of View	
Dominique DEMOUGIN.....	81
Section 1. Introduction	81
Section 2. The basic problem.....	84
Section 3. The plaintiff's decision to go to court	88
Section 4. Multiple victims.....	91
Section 5. Collective actions.....	94
Section 6. Some remarks on the optimal design of collective actions.....	95
§1. – The entrepreneurial lawyer	98
§2. – Participating in a collective action	99
Section 7. Collective actions and producers.....	100
Section 8. Concluding remarks.....	102
References	103
Introduire des actions de groupe en droit français?	
Réactions à l'analyse du pr. Demougin	
Dany COHEN	105
Section 1. Méconnaissance des inconvénients?.....	107
§1. – Obstacles.....	107

A. Prohibition des arrêts de règlement.....	107
B. Action possiblement engagée par d'autres que les victimes elles-mêmes, le cas échéant sans que ces dernières le sachent.....	108
C. Entorse aux principes de la responsabilité civile.....	111
§2. – Effets pervers.....	111
Section 2. Les considérations juridiques rejoignent l'analyse économique...	114
§1. – Intérêt et nécessité de l'action de groupe.....	115
A. Accroître l'effectivité de la loi.....	115
B. Œuvrer à une bonne administration de la justice.....	117
§2. – Dangers d'un refus d'action collective.....	117

Sixième partie

LES MODES ALTERNATIFS DE RÈGLEMENT DES LITIGES

Les modes alternatifs de règlement des litiges. Le point de vue de l'économiste

Jérôme PHILIPPE.....	121
Section 1. Présentation et évolution des modes alternatifs de règlement des litiges.....	122
§1. – Les litiges entre parties privées.....	122
A. Les solutions extrajudiciaires.....	122
B. Les solutions judiciaires.....	127
§2. – Les litiges avec l'État.....	129
A. Commission européenne.....	130
B. Conseil de la concurrence.....	130
C. DGCCRF.....	134
Section 2. Que penser de ces diverses voies processuelles du point de vue de l'analyse économique?.....	135
§1. – Application de la théorie des jeux à l'analyse économique des MARLs.....	137
A. Principe de la théorie des jeux.....	137
Les modes alternatifs de règlement des litiges. Le point de vue du juriste Philippe THÉRY.....	145

Septième partie

LE TRAITEMENT DES CONTENTIEUX SPÉCIALISÉS

Principes économiques du traitement des contentieux

Claude CRAMPES.....	157
---------------------	-----

Section 1. Aspects économiques du contentieux.....	158
§1. – Pourquoi naît-il des contentieux?.....	158
§2. – La résolution d'un contentieux.....	159
§3. – Indemnisation.....	160
Section 2. Contentieux en matière de propriété industrielle.....	161
§1. – L'imprécision des droits de propriété.....	161
§2. – Une affaire exemplaire.....	163
Conclusion.....	165
Bibliographie.....	166
Le traitement des contentieux spécialisés	
Joanna SCHMIDT-SZALEWSKI.....	167
Section 1. Les outils d'évaluation des indemnités appliqués dans l'affaire des « taximètres ».....	168
Section 2. Les outils d'évaluation des indemnités selon la loi nouvelle.....	171
Conclusion.....	176
Bibliographie.....	177

Huitième partie

LE RISQUE DE LA PREUVE

Le risque de la preuve. Le point de vue de l'économiste

Bruno DEFFAINS.....	181
Section 1. Le procès comme « jeu de recherche de rentes ».....	184
Section 2. Juge actif ou juge passif?.....	187
Section 3. Économie des « standards de preuve ».....	190
Conclusion.....	192

Le risque de la preuve. Le point de vue du juriste

Mustapha MEKKI.....	195
Section 1. Un raisonnement.....	200
§1. – La condition préalable du doute.....	200
§2. – Un mécanisme rationnel.....	203
A. Une méthode.....	203
B. Des critères.....	205
Section 2. Un instrument.....	209
§1. – Les acteurs.....	210

A. Les prérogatives du juge.....	210
B. Les prérogatives des parties	211
§2. – Les objectifs.....	214
A. Les politiques juridiques	214
B. Les fonctions	215

Neuvième partie

L'EFFICIENCE DES DÉCISIONS DE JUSTICE CIVILE

L'efficacité des décisions de justice civile

Pierre CALLÉ.....	219
Section 1. L'efficacité économique du droit jurisprudentiel.....	221
§1. – L'accessibilité du droit jurisprudentiel	221
A. L'accessibilité matérielle	221
B. L'accessibilité intellectuelle.....	222
§2. – La prévisibilité du droit jurisprudentiel.....	223
Section 2. L'efficacité économique d'une décision de justice	226
§1. – Faciliter l'exécution des décisions dans le temps	226
§2. – Faciliter l'exécution des décisions dans l'espace.....	229

Dixième partie

LE TEMPS DE LA PROCÉDURE

Le temps de la procédure. Une analyse économique

Saïd SOUAM.....	233
Section 1. L'analyse économique de la résolution des conflits.....	234
Section 2. Sources de délai dans la période pré-contentieuse et durant les négociations.....	237
§1. – Existence d'un <i>Deadline Effect</i> : l'analyse de SPIER.....	237
§2. – Utilisation stratégique du délai : l'analyse de MICELI (1999).....	238
§3. – Négociation et délai : le rôle de l'information externe (Hyde, 1997)	239
Section 3. Impact d'un délai sur le comportement des acteurs	240
§1. – La durée d'attente avant le jugement final	240
§2. – Impact sur le nombre de procès.....	240
§3. – Les coûts sociaux d'un délai.....	241
Section 4. Analyse microéconomique des réformes portant sur le temps.....	241
§1. – Modifications du temps de la procédure ou du temps des parties ...	242

§2. – Effets d'un accroissement de l'offre de justice	243
§3. – La régulation de la demande de justice par les coûts du procès	245
Conclusion.....	245
Bibliographie.....	247
Analyse économique et temps du procès	
Soraya AMRANI-MEKKI.....	249
Section 1. La relativité de la méthode	253
§1. – La rationalité des choix.....	253
A. L'objet	253
B. Les sujets	255
§2. – La théorie de l'information	256
A. L'information substantielle.....	256
B. L'information processuelle	257
Section 2. La relativité des résultats.....	260
§1. – L'utilité de l'action en justice.....	261
A. Externalité négative et droit au juge.....	261
B. Externalité positive et respect de la norme.....	263
§2. – L'efficacité des modes alternatifs de règlement des litiges	264
A. Efficacité de la démarche	264
B. Efficacité du résultat	266
Conclusion.....	267
Index	269
Tables des matières	273