

LE PARAMÈTRE DE LA MATIÈRE LITIGIEUSE DANS L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DE LA JUSTICE

Marie-Anne FRISON-ROCHE*

L'analyse économique du droit s'intéresse de près à la justice parce que le recours au juge est un coût à mesurer par rapport à l'arrangement et parce que les acteurs sont censés développer leur rationalité économique dans leur stratégie judiciaire. Mais, en cela, elle a par méthode négligé ce qui fait aussi le procès : la matière contentieuse. Or, suivant ce que celle-ci est, le principe même d'une analyse économique, avec notamment ses conséquences sur la gestion de l'institution judiciaire, est plus ou moins accepté. Ainsi, facilement admise lorsque l'objet est purement économique – comme dans les procédures collectives – ou lorsque le règlement des conflits est intégré dans une régulation d'ensemble de l'activité économique – comme dans le droit de la concurrence –, elle est plus difficile à accueillir lorsqu'il s'agit de trancher des questions d'honneur ou d'affects, comme en droit pénal. Mais le droit lui-même ploie sous cette analyse, comme le montre le procès pénal économique qui quitte ce dernier terrain pour s'insérer dans une logique de régulation économique.

The economic analysis of law studies the institution of justice because to go to law has a cost, appreciated in connection with an arrangement's cost, and also because the parties have a strategic conception of trial for winning. But the economic analysis doesn't care about the subject of the trial. Therefore the principle of an economic conception of the justice is approved or not according to this subject and we must go into this consideration. For example, the economic analysis of law is easy to admit

* Professeur à l'Université Paris-Dauphine, Directeur de l'Institut de droit économique, fiscal et social.

if the object of the trial is also economic, as the law of bankruptcy, or if trials and rules are included in a global economic regulation, like in competition law. But it's more difficult if the trial concerns honor or feelings, like in a penal suit. However, the law's evolution goes to an economic conception of justice as we can see in the penal economic law.

1. Pour un peu qu'on s'en occupe, l'analyse économique du droit est l'objet de bien des disputes. On ne s'accorde ni sur la perspective à retenir, analyse microéconomique ou institutionnelle¹, ni sur l'usage qu'il convient de faire des observations, compréhension du fait juridique ou élément de réforme dans le sens de l'efficacité économique des règles de droit.
2. Les oppositions sont d'ailleurs à la fois marquées et relatives dans la mesure où l'institution peut prendre acte des lois comportementales dégagées par l'approche microéconomique pour concevoir une réaction appropriée. L'analyse économique du droit joute alors la science des organisations², voire la théorie des jeux. On remarquera que la justice se prête particulièrement bien à ces approches : cela tient au fait qu'elle est par nature une institution et donc une organisation ; en outre, le comportement des plaideurs et de leurs conseils correspond bien à la figure du jeu non coopératif en asymétrie d'information³.
3. Par ailleurs, sans entrer non plus dans la querelle des causes ou des conditions dans la constitution des objets scientifiques, expliquant le choix et les contours de ceux-ci d'une façon totalement contingente et tactique ou reconnaissant dans ces constructions une sorte de vouloir impérieux et désintéressé de connaître et de comprendre, on admettra qu'en ce qui concerne l'économie de la justice, c'est souvent la contingence qui incite au développement de tels ou tels projets et à la fixation de tel ou tel but.
4. Il peut s'agir de mieux rendre compte des stratégies des entreprises, comme dans l'École de Chicago, et de leur permettre d'accroître leur efficacité, non seulement en les incitant à opérer rationnellement un choix de soumission ou non à la règle (*Chicago Law School*) mais encore, dans le versant contentieux de l'analyse, en leur fournissant des registres argumentatifs performants (*Yale Law School*)⁴. Enfin, la

1. Pour une bonne mise en perspective, v. Th. KIRAT, *Économie du droit*, La Découverte, coll. « Repères », 1999.
2. Th. KIRAT, *Économie et droit. De l'analyse économique du droit à de nouvelles alliances*, *Revue économique*, 1998, pp. 1057-1086, spéc. pp. 1076 s.
3. V., par exemple, J. WALDFOGEL, *Reconciling asymmetric information and divergent expectations theories of litigation*, *The Journal of Law and Economics*, 1998, pp. 451-476. Dans le même courant, B. DEFFAINS, *L'analyse économique de la résolution des conflits juridiques*, *Revue française d'économie*, 1998, pp. 57-97.
4. B.-A. ACKERMAN, *Deux sortes de recherches en « droit et économie »*, in *L'analyse économique du droit : impérialisme disciplinaire ou collaboration scientifique*, *Revue de la recherche juridique*, 1987, pp. 429-441, spéc. p. 433.

confrontation des différents systèmes juridiques à l'aune des critères économiques de performance permet aux opérateurs de mettre ces systèmes en concurrence⁵. Mais cette perspective avant tout centrée sur le comportement des opérateurs, même lorsqu'ils revêtent la qualité du plaideur, laisse dans l'ombre l'analyse économique de l'application des règles par le juge⁶ et plus encore du fonctionnement même de la justice qui les accueille.

5. Pourtant, du point de vue du gouvernement politique des institutions, cela peut correspondre à la volonté égale de mieux connaître les calculs rationnels faits par les opérateurs afin, soit de les conforter dans leur démarche en leur offrant des règles recherchées, soit de les contrer plus efficacement en intégrant l'existence de ces calculs. En tout cas, il s'agit d'opérer rationnellement une sélection des règles juridiques selon le critère de l'efficacité⁷.

6. D'une façon distincte, enfin, l'institution judiciaire peut être prise comme une organisation qu'il convient de gérer, de réformer, de contraindre de sorte qu'elle produise plus, ou plutôt qu'elle remplisse mieux son office. Ce souci, qui correspond à un certain fatalisme politique, est aujourd'hui clairement exprimé par un Ministère de la Justice qui, sans plus pouvoir rêver à un accroissement des budgets, se résout à obtenir plus de l'institution. C'est la loi de l'intendance : on fait avec ce que l'on a, notamment avec le nombre stable et peu élevé de magistrats dont l'État dispose, pour assurer son devoir politique de protection juridictionnelle.

7. Certes, la visée peut refuser le mécanisme de la compensation et tout à la fois espérer l'accroissement de l'efficacité et celui de la justice : comme l'exprime un article récent, *More justice for less money*⁸. Mais le plus souvent, il s'agit, dans ce qui est aisément dénoncé comme une « approche comptable » à l'aune de laquelle le service public de la santé est logé à la même enseigne que le service public de la justice, de fournir plus à un nombre plus grand de citoyens, ce qui serait alors – qui ne serait alors qu' – un service de base. La notion économique de « service universel » est reprise dans les politiques institutionnelles de la justice⁹, notamment pour les questions d'accès, de délais et d'exécution.

8. Il faudrait donc payer l'efficience par une sorte de perte de valeurs. Cette impression de défaite est importante à noter car, même si elle n'est pas justifiée, elle entraînera une admission plus difficile lorsque l'objet du contentieux est

-
5. V., par ex., J.W. HUGUES et E.A. SNYDER, Litigation and settlement under the english and american rules : theory and evidence, *Journal of Law and Economics*, 1995, pp. 225-250.
 6. R.D. COOTER, D.L. RUBINFELD, Economic analysis of legal disputes and their resolution, *Journal of Economic Literature*, 1989, pp. 1067-1097 : « Most analyses relating to the courts have focused on the behavior of the parties prior to and during the litigation process. An important area of study that has received less attention is the role of courts in the lawmaking process » (p. 1091).
 7. G.-L. PRIEST, The common law process and the selection of efficient rules, *Journal of Legal Studies*, 1977, pp. 65-82.
 8. D. FRIEDMAN, More justice for less money, *Journal of Law and Economics*, 1996, pp. 211-240.
 9. V., par ex., M.-A. FRISON-ROCHE, *Principes et intendance dans l'accès au droit et à la justice*, JCP, éd. G., 1997, I, 4051.

sociologiquement considéré comme d'une plus grande valeur que les intérêts matériels et patrimoniaux, notamment parce qu'il n'est pas directement de nature économique¹⁰.

9. Certes, la pauvreté de la Justice est une grande constante, non pas tant de nature budgétaire que de nature politique car les Princes ont toujours craint la justice et sa puissance¹¹. Pourquoi s'en soucier aujourd'hui, au point de songer à une meilleure économie de la justice ? Cela tient sans doute au fait que la justice promet davantage qu'avant, dans un mouvement qui démultiplie les droits, l'accès au droit et les protections juridictionnelles les plus diverses. Or, dès l'instant que l'on répond à, voire que l'on stimule, ce qui serait une « demande » de justice¹², on incline irrésistiblement vers une analyse de l'ajustement entre ce qui serait une offre institutionnelle de justice et cette demande, l'articulation entre l'offre et la demande constituant le paradigme de la théorie économique du marché.

10. Dans ces conditions, le souci d'une meilleure efficacité de la justice afin que les droits, bien que multipliés, gagnent dans le même temps en effectivité traduit tout en même temps une montée en puissance des idéaux de justice et une volonté héroïque de leur concrétisation, par l'acuité du souci de l'efficacité. Par la considération de celle-ci, se croisent sur la tête de l'institution judiciaire le critère clé de l'économie et un souci constant de la sociologie¹³.

11. Mais cet héroïsme d'un politique qui soudainement armerait la justice ou plutôt qui, du fait des contraintes budgétaires, aiguiserait les maigres armes dont dispose l'institution, peut être analysé d'une façon plus soupçonneuse. En effet, ce désir de collecte de données économiques sur les juridictions et leurs fonctionnements, cette envie de disposer d'une perception économique des faits juridictionnels, s'associent facilement à une volonté de confier à l'intérieur des tribunaux des responsabilités de gestion à des administrateurs formés à cette fin¹⁴.

12. En outre, le rapprochement de l'institution de justice et du modèle de l'entreprise réduit la première à un souci gestionnaire qui l'éloigne de sa tradition de résistance au politique. Ce ne sont pas dans des structures entrepreneuriales que se fomentent les Révolutions politiques.

10. V. *infra* n° 34 s.

11. Pour ne pas rester sur l'exemple français, v., par ex., E. BOSHAB, La misère de la justice et justice de la misère en République démocratique du Congo, *Revue de recherche juridique*, 1998, pp. 1163-1184.

12. Th. CÔME et G. ROUET, L'assurance de protection juridique : concurrent ou complément de la justice ?, in *Recherches en économie du judiciaire, Cahiers du CERAS*, 1992, n° 7, pp. 5-62.

13. V., not., J. CARBONNIER, Effectivité et ineffectivité de la règle de droit, *Année sociologique*, 1957, repris in *Flexible droit*, 8^e éd., L.G.D.J., pp. 133 s. ; P. LASCOUMES et É. SERVERIN, Théories et pratiques de l'effectivité en droit, *Revue Droit et Société*, 1986, pp. 101 s. ; J.-F. PERRIN, *Sociologie empirique du droit*, Helbing & Lichtenhahn, Genève, 1997, spéc., pp. 69 s. ; v. aussi *Travaux de l'Association H. Capitant*, 1985, t. XXXVI, *L'effectivité des décisions de justice*, Économie, 1987.

14. E. GUIGOU, La justice au service du citoyen, in *Le service public de la justice*, Odile Jacob, 1998, pp. 11-27, spéc. pp. 22 s.

13. Mais quelles que soient les préférences dogmatiques et méthodologiques, l'inclination pour l'économie ou celle pour la sociologie que traduisent de telles analyses du droit, il est acquis que le phénomène contentieux a eu l'honneur de nombreuses études. Cela tient au fait que malgré toutes les divergences théoriques, le recours au tribunal est toujours déterminant, qu'il s'agit de mesurer l'usage que les opérateurs économiques font de la violation de la règle ou de mesurer la dialectique institutionnelle entre système juridique et système économique.

14. Les travaux sont donc nombreux sur l'usage de l'institution juridictionnelle ou sur le choix des règlements alternatifs des litiges, hypothèse fréquemment chérie parce que ceux-ci sont davantage compatibles avec l'idée économique d'ajustement et de convention, et qu'ils paraissent un moyen peu coûteux de dérivation du contentieux. Dans la mesure où le présent numéro thématique retrace et discute ces types de travaux en eux-mêmes, lesquels se rattachent à leur tour à un *corpus* bien constitué de recherches¹⁵, qu'il soit permis à la présente étude de se contenter d'une autre interrogation.

15. Celle-ci porte sur une sorte de tiraillement. D'une façon très générale, l'analyse économique du droit a pu être critiquée par l'articulation du grief suivant : l'économie réduit la vie, les sentiments et les valeurs à un calcul marchand, lequel ne vaut plus qu'à travers un postulat de rationalité économique de poursuite du bien-être particulier. Or, parce que la justice exprime une valeur, appelée parfois équité, que son institutionnalisation vise à concrétiser celle-ci¹⁶, elle serait méconnue, dénaturée par une telle approche, à laquelle les politiques peuvent d'ailleurs avoir intérêt à la réduire, la limitant à être une machine aliénée de production de solutions en séries, si possible répétitives et substituables.

16. Il peut être profitable d'avoir une conception moins radicale des choses, aboutissant alors à une appréciation moins abrupte. Mais pour cela, il faut donner pertinence à la matière litigieuse concernée et distinguer selon qu'elle est civile ou commerciale, personnelle ou patrimoniale, etc. Certes, cette perspective peut soulever des objections dans deux directions. En premier lieu, à travers la considération de la matière litigieuse, c'est le droit substantiel qui réapparaît et trouble l'analyse qui ne devrait être que de l'institution. Mais ce mélange des genres que le droit dogmatique récuse en logeant dans des branches du droit distinctes droit substantiel et droit institutionnel et procédural, est très présent dans la réalité juridique. Cela est même accru du fait qu'aujourd'hui plus qu'hier le droit substantiel se réalise à travers les interprétations qu'en donnent les juges. Même s'il est par ailleurs difficile de

15. V., par ex., Ch. BARRÈRE, La dimension économique de l'institution judiciaire, in *Recherches en économie du judiciaire*, préc., pp. 63-94 et *Les approches économiques du système judiciaire*, ce numéro ; P. ANCEL, *La prise en compte par le droit du coût de la durée du procès. Les intérêts de retard dans le procès civil*, CERCRID, Université de Saint-Étienne, 1999, et P. ANCEL et M. COTTIN, Le coût de la durée du procès pour les parties : les intérêts de retard dans le procès civil, ce numéro.

16. V., par ex., *La justice : l'obligation impossible*, Seuil, 1999.

cerner ce que serait le « procès économique »¹⁷, il est dangereux d'analyser le fonctionnement de la justice sans considérer la nature des dossiers que les juges ont à connaître.

17. Une seconde objection sur le principe même de la pertinence de la matière litigieuse dans l'analyse économique du droit peut se formuler ainsi : on conviendra qu'une théorie n'est efficace, n'est explicative, que dans sa capacité à abstraire, c'est-à-dire à appauvrir, les contours concrets de la réalité. L'indifférence des économistes du droit pour le fonctionnement concret de celui-ci est de nature méthodologique¹⁸. En cela, faire ressortir la substance de la matière litigieuse comme donnée pertinente, cela peut être compliquer et affaiblir la théorie. Il faut choisir de quel côté la théorie doit s'aveugler pour continuer d'être éclairante.

18. Mais il est ici proposé de mettre davantage en relief la nature du contentieux sur lequel porte l'analyse économique, ses effets et ses arrière-pensées, parce que les résultats de l'analyse sont plus ou moins bien pertinents et acceptés en considération de la matière litigieuse. En effet, le lien entre logique de marché, que décrit mais aussi qu'encouragerait l'analyse économique du droit, et la perte des valeurs et de l'esprit de résistance par rapport au politique qu'il impliquerait, est souvent évoqué. Mais il se distingue suivant qu'il porte sur des contentieux que l'on pourrait dire impliquant des valeurs économiques ou sur des contentieux impliquant d'autres valeurs¹⁹. Cela est notamment un discours constant dans la profession d'avocat²⁰. Cela explique sans doute que l'analyse économique du contentieux a souvent porté sur le contentieux économique (1). Faut-il pour autant poser que plus on s'éloigne de ce type de contentieux, plus la perspective est difficile à justifier, plus la question de sa légitimité *a priori* se pose, plus l'action de réforme est périlleuse ? (2).

1 LA LÉGITIMITÉ DU CALCUL ÉCONOMIQUE APPLIQUÉE AU CONTENTIEUX ÉCONOMIQUE

19. La perspective retenue n'est donc pas intrinsèque mais porte sur le caractère plus ou moins accepté, plus ou moins acceptable, d'une mise en valeur de l'institution judiciaire à l'aune de ses coûts et de ses rendements. De fait, lorsque le contentieux, la matière litigieuse, est lui-même de substance économique, le discours économique sur la justice paraît naturellement recevable et efficace (1.1). Il en est de même

17. M.-Cl. RIVIER, Le procès judiciaire, in *Les magistratures économiques*, cette revue, 1997, pp. 263-269, spéc. p. 263.

18. B.-A. ACKERMAN, Deux sortes de recherches en « droit et économie », préc., p. 432.

19. On laissera ici de côté la question de l'aptitude de la pensée économique à récupérer sous ses critères d'efficacité les autres valeurs, telles les valeurs morales, ce qui est au cœur de la déontologie mais n'interfère que peu dans la présente perspective.

20. L. KARPIK, *Les avocats. Entre l'État, le public et le marché. XIII^e-XX^e siècles*, Gallimard, coll. « Bibliothèque des sciences humaines », 1995.

lorsque la justice est elle-même intégrée dans un système plus large de régulation économique (1.2).

1.1 L'acceptabilité du discours économique sur la justice en cas d'homonymie avec la matière litigieuse

20. On dispose de nombreuses études économiques, notamment diligentées par l'INSEE, en matière de procédures collectives, sans que cela indispose²¹. Plusieurs paramètres peuvent expliquer cela. Tout d'abord, le droit de la faillite a nettement posé le caractère économique de son objet – la défaillance des entreprises – et de son dessein – remédier à cette défaillance ou contrarier les effets économiques et sociaux délétères de celle-ci. Le remède s'appuie lui-même sur un certain art gestionnaire du juge : c'est en matière de procédures collectives que la figure du « juge manager »²² est la plus aisément assumée et que les juges consulaires se prévalent le plus clairement de la compétence d'hommes d'entreprise comme élément, voire comme compétence nécessaire, du bien-jugé.

21. En outre, la perspective économique est aisément accueillie du fait que les mesures sont relativement faciles à relever puisque les données de départ et celles des situations obtenues sont arithmétiquement quantifiables, en montants financiers et en nombre d'emplois²³. Plus encore, le calcul économique s'impose : la défaillance représente un coût. Si le coût de son traitement excède le coût de l'objet d'intervention, l'intervention n'a plus de sens. Cela explique que la déjuridictionnalisation du traitement des procédures collectives, soutenue au titre de la flexibilité et de la confidentialité au stade de la prévention, s'éloignant donc du juridictionnel pour aller vers le contractuel, est proposée comme moyen économique (au sens de confrontation des coûts et des avantages) d'élimination des entreprises dont la situation est irrémédiablement compromise, quittant alors le juridictionnel pour une sorte d'organisation de voirie²⁴.

22. On peut utiliser à rebours ce constat d'une aisance de la matière des procédures collectives à accueillir la perspective économiste. En effet, le droit des procédures

21. V., par ex., CREDA, *L'apurement des dettes*, Litec, 1998 ; Laboratoire de sociologie juridique, Université Panthéon-Assas (Paris II), *Le sort des plans de redressement des entreprises en difficulté*, 1993.

22. V. J. PAGÈS-GIORDAN, Juge interprète de la norme et juge manager, in *Les magistratures économiques*, préc., pp. 191-203.

23. Sur cette question essentielle du quantifiable dans les sciences humaines, v., not., J. PARAIN-VIAL (dir.), *Les difficultés de la quantification et de la mesure*, Maloine, coll. « Recherches interdisciplinaires », 1981, spéc. pp. 103 s. et Z. ZIEMBINSKI, Les difficultés de la quantification et de la mesure dans la théorie du droit, pp. 223-238.

24. Il n'est pas étonnant que le droit anglais soit allé dans cette direction : J.-H. ROBERT, Sociologie du droit anglais de la faillite, in *Le statut et le rôle des professionnels dans les procédures collectives dans différents pays d'Europe (Allemagne, Angleterre, Belgique, Espagne, France, Italie)*, Laboratoire de sociologie juridique, Université Panthéon-Assas (Paris II), 1992.

collectives se prête à cela parce qu'il a été lui-même conçu comme un instrument pour des visées économiques. Il en est de même pour le droit de la concurrence²⁵. À l'inverse, on observe une grande réticence et à la perspective d'un juge gestionnaire²⁶ et au calcul économique lorsqu'il s'agit du droit des sociétés. Cela peut s'expliquer par le fait que, malgré les tentatives doctrinales que l'on connaît, le droit des sociétés n'a guère intégré les caractéristiques du droit économique, notamment son instrumentalité et son pragmatisme²⁷.

1.2 L'acceptabilité du discours économique sur la justice en cas d'intégration du contentieux dans le coût de la régulation économique

23. Le droit de concurrence, s'il est, comme les procédures collectives, pleinement rattaché au droit économique, ne présente pourtant pas les mêmes caractéristiques. En effet, le droit des procédures collectives n'est pas en France, contrairement sans doute aux États-Unis²⁸, intégré dans le fonctionnement ordinaire de l'économie. La faillite est en France perçue comme un accident, que le droit prend en charge mais qui n'a pas de fonction – sauf négative – dans la prospérité économique. C'est d'ailleurs pourquoi l'hypothèse de la défaillance bancaire reçoit de plus en plus un traitement juridique spécifique du fait du risque systémique qu'elle représente²⁹.

24. On pourrait présenter le droit de la concurrence de semblable façon dans la mesure où celui-ci n'interviendrait qu'en cas de dysfonctionnement engendré par des comportements répréhensibles des opérateurs. Mais l'évolution du droit français, rejoignant ainsi la législation *antitrust* américaine, va vers une économie construite autour d'une organisation juridique de la concurrence. Le montrent l'admission de la théorie des facilités essentielles, qui ouvre aux tiers les réseaux appropriés, ou plus encore, la construction d'un droit de la régulation qui pose *a priori* les comportements requis des différents opérateurs dans une structuration juridique directe du secteur considéré³⁰.

25. Dans ces conditions, la régulation concurrentielle par le droit est au cœur du fonctionnement ordinaire de l'économie et un enjeu de sa performance. Or, on remarquera que le coût de cette régulation a fait l'objet de multiples études et que

25. V. *infra* n° 24 et 25.

26. J. PAGÈS-GIORDAN, préc.

27. V., par ex., M.-A. FRISON-ROCHE, Esquisse d'une sociologie du droit boursier, in *Sociologie du droit économique*, *Année sociologique*, 1999/2, à paraître.

28. P.-N. FERRAND, *La cession d'entreprises en difficulté en droit français et en droit américain*, thèse Paris II, 1994.

29. V., not., Ch. DE BOISSIEU, Le risque systémique des défaillances bancaires, *Revue de droit bancaire et de la bourse*, 1996, et le projet de loi actuellement présenté au Parlement relatif à l'épargne et à la sécurité financière.

30. La régulation : monisme ou pluralisme ? Équilibres dans le secteur des services publics concurrentiels, *Petites Affiches*, n° spéc., 10 juillet 1998.

notamment on a confronté les coûts des différentes méthodes de régulation, essentiellement de type administratif ou de type juridictionnel, pour établir des préférences entre elles³¹.

26. Dans un tel cas de figure, des mesures économiques sont faites à propos du coût et de l'efficacité des juridictions mais c'est en tant qu'elles s'insèrent dans un système de régulation dont elles ne sont qu'un rouage. C'est alors la justification de leur existence qui se joue dans la mesure où leur coût accru exige que l'on puisse mettre en balance une satisfaction supérieure à celle engendrée par l'ancien système.

27. Mais dans la mesure où l'analyse économique du fonctionnement juridictionnel du droit est difficilement dissociable de la conception utilitariste de celui-ci, il faut considérer la récalcitrance que l'on oppose assez naturellement lorsque l'analyse économique s'applique au contentieux non directement économique.

2 LA RÉCALCITRANCE DU CALCUL ÉCONOMIQUE APPLIQUÉ AU CONTENTIEUX NON ÉCONOMIQUE

28. Il ne s'agit ici que de faire ressortir la difficulté accrue de mener une analyse économique de la juridiction, dans son organisation et dans son fonctionnement, et d'en tirer des conséquences pratiques de réforme, lorsque la matière litigieuse n'est pas purement et simplement économique. On évoquera simplement la question du non-utilitarisme dans le droit pénal et l'exception particulièrement remarquable du droit pénal économique qui valide la considération d'ensemble (2.1). D'une façon plus large, dès que la matière litigieuse évoque l'affectif ou l'honneur, les données économiques sont mal reçues et leur simple collecte entraîne déjà une réaction de nature politique (2.2).

2.1 La rhétorique du non-utilitarisme dans la répression

29. La bataille de l'utilitarisme en droit pénal s'étend sur des siècles et l'on sait que l'Ancien Régime n'hésitait pas à assumer une telle perspective. L'on peut dire que l'analyse économique du droit, notamment les travaux de Baker, ont renoué avec cette tradition. De la même façon, la filiation a été établie entre les assertions de Bentham et l'analyse économique du droit³². Cependant, une condamnation de principe d'une telle approche a été également menée, dans le même temps et aussi fermement qu'étaient évoquées les perspectives utilitaristes de la répression.

31. V., par ex., H. DUMEZ, A. JEUNEMAÎTRE et alii, *Évaluer l'action publique. Régulation des marchés financiers et modèle du mandat*, L'Harmattan, coll. « Logiques politiques », 1998.

32. A. STROWEL, Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit. Autour de Bentham et de Posner. in *Droit et économie, Archives de philosophie du droit*, t. 37, Sirey, 1992, pp. 143-171.

30. Ainsi, pour n'en prendre que les derniers soubresauts, la préoccupation gestionnaire et économiste qui prévaut actuellement aux États-Unis a été condamnée dans des termes de réprobation morale extrêmement véhéments, évoquant par exemple « les prisons à but lucratif »³³. Il faut dire que les termes mêmes que s'autorisent à utiliser des auteurs, notamment de l'École de Chicago, sont parfois malheureux, notamment dans leur emprunt à la terminologie médicale, faisant un lien implicite entre le délinquant et un élément de dégénérescence menaçant la santé du corps social, ce qui renvoie à une vision organistique du droit pénal³⁴ qui déconsidéra l'École de la défense sociale et qui fut à juste titre dénoncée³⁵.

31. Ce qui est plus nouveau, c'est le fait que le droit pénal économique ou plus généralement le droit répressif économique se construit autour de l'idée d'efficacité et de juste mesure au sens économique du terme, sans qu'on s'en offusque grandement. La répression de l'usure est exemplaire de cela³⁶. Plus encore, le postulat de la rationalité économique des délinquants est parfaitement intégré, la répression pouvant alors se construire comme un élément du calcul économique de l'agent, l'incitant à ne pas violer la loi parce que ce comportement serait contraire à ses intérêts. C'est pourquoi le ministère public spécialisé en matière économique semble assumer la constitution d'un « risque pénal », comme socle de politique de poursuite³⁷.

32. Sous cet angle et par ailleurs, le principe de proportionnalité prend un nouveau relief. Il est en effet remarquable que si la notion de nécessité s'impose à la loi pénale, au regard du principe de liberté³⁸, en revanche, l'exigence de proportionnalité de la peine concrètement choisie au regard du comportement n'existe que pour le droit administratif répressif. Plus encore, en matière boursière, la sanction est articulée vis-à-vis du profit et des avantages, lesquels peuvent donc d'une part étendre l'échelle des peines et d'autre part justifier une détermination d'une peine plus ou moins élevée. Dans ce jeu, on a pu proposer de faire monter les peines en fonction de la possibilité plus ou moins grande de la sanction, en raison de l'habileté des délinquants à dissimuler leur comportement³⁹.

33. Dans ces conditions et enfin, il n'est guère étonnant que le Ministère de la Justice ait concentré des moyens très importants dans la constitution des « pôles financiers »,

33. *De l'État social à l'État pénal*, Actes de la recherche en sciences sociales, 1998.

34. Par ex., T. J. PHILIPSON et R. A. POSNER, The economic epidemiology of crime, *Journal of Law and Economics*, 1996, pp. 405-432.

35. M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard.

36. J. DEVINCK, *L'usure*, mémoire Paris II, 1994.

37. J.-Cl. MARIN, in *Pratique des affaires et contrôle judiciaire*, *Petites Affiches*, n° spéc., 19 novembre 1997.

38. Article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme ; Cons. Const., *Sécurité et liberté*, 19 et 20 janvier 1981, *JCP*, 1981, II, 19701, note Cl. FRANCK et surtout Cons. Const., 30 décembre 1987, DC 237.

39. K. G. ELZINGA et W. BREIT, *The antitrust penalties*, 1977, repris par G. CANIVET et L. VOGEL, Le dommage à l'économie, critère d'évaluation de l'amende en droit français de la concurrence, *RJDA*, 1996, pp. 599 s.

alors qu'une semblable politique n'est pas mise en place dans d'autres secteurs de la politique pénale, puisqu'il s'agit de faire prévaloir techniquement l'efficacité de la répression selon des critères économiques qui sont identiques à ceux considérés par les délinquants.

34. On retrouve ici cet effet de miroir entre l'Institution et les rationalités des justiciables, dans une nouvelle acception de ce qu'est la « justice de proximité ». Ainsi, la reconstruction de l'Institution sur les prises d'efficacité et de rationalité économique est un moyen de combler l'incompréhension existant entre ce qu'il est convenu d'appeler le monde judiciaire et le monde économique. En cela, les opérateurs économiques semblent manifester leur approbation à l'égard d'une telle évolution, alors même qu'elle accroît la possibilité concrète de la répression de leurs comportements. En quelque sorte, on admet d'être davantage punis si l'on est davantage compris. Le fait est que la récalcitrance s'inverse alors et que les protestations viennent non plus des observateurs du système mais de certains acteurs, notamment les avocats.

35. À tout le moins, le droit pénal économique parce qu'il appelle analyse et comportement économiques de la part de ses agents, parce qu'il est de fait (ou de droit si l'on considère sa localisation dans les grandes lois de droit des affaires et non pas dans le Code pénal) une dépendance du droit économique général, se constitue comme en marge du droit pénal, par la constitution d'un droit pénal *ad hoc*. Comme le souligne Jacques-Henri Robert, il s'agit d'un « droit pénal des non-pénalistes »⁴⁰. Dès lors, on peut dire que l'analyse économique du droit et la perspective gestionnaire qui lui est le plus souvent corrélée ne prennent prise sans difficulté sur le droit pénal qu'au prix d'une dénaturation et d'une scission de celui-ci.

2.2 Le problème de l'incommensurabilité des enjeux dans le contentieux affectif et d'honneur

36. Qu'il soit ici permis, dans une perspective si moderniste retenue par le thème d'ensemble, de rappeler les railleries et la réprobation que les auteurs classiques ont dressées contre le principe même de la réparation du dommage moral : « le prix de la douleur »⁴¹, « la commercialisation du dommage moral »⁴², etc. La critique est d'ailleurs alternative : soit on rappelle l'impossibilité de la mesure⁴³, soit – ce qui est lié – on souligne l'inadéquation foncière entre la réparation et l'objet de la réparation et l'impossibilité d'obtenir une décision juste⁴⁴, soit on dénonce les desseins mercantiles qui se cachent sous les déclamations de la souffrance. En ce sens, Christian Atias

40. L'interdit et l'obligation, in *L'obligation, Archives de philosophie du droit*, Sirey, à paraître.

41. G. RIPERT, Le prix de la douleur, *D.*, 1948, chron., pp. 1 s.

42. P. ESMEIN, La commercialisation du dommage moral, *D.*, 1954, chron., pp. 113 s.

43. V. *supra* n°21.

44. D. FRIEDMAN, What is « fair compensation » for death or injury ?, *International Review of Law and Economics*, 1982, pp. 81-93.

remarquait que l'analyse économique du droit joue alors comme un révélateur des arrière-pensées juridiques, notamment dévoilant le poids des considérations financières dans le contentieux de l'extrapatrimonial⁴⁵.

37. Il demeure que l'analyse économique de l'institution judiciaire peut donner prise à une semblable rhétorique de type éthique, l'éthique se manifestant soit par l'affirmation du caractère incommensurable de l'objet, soit par la dénonciation de la duplicité des acteurs du procès. En effet, il peut être affirmé que l'exigence de rendement, la compression des coûts, la standardisation des jugements, etc., que l'analyse économique incite à adopter, vont méconnaître et broyer les matières contentieuses qui comprendraient plus que l'intérêt pécuniaire des parties.

38. On imagine aisément les matières litigieuses dont la considération déclenche une telle réaction, qu'il s'agisse du droit pénal classique en ce que celui-ci a lien avec la morale et l'honneur, ou le contentieux de la famille, centrée sur l'épanouissement des individus et la qualité des liens familiaux, etc. Que cette distinction soit fondée ou non, il faut prendre acte que d'une part, le contentieux économique, celui qui correspond à ce que l'on désigne couramment comme « la magistrature économique »⁴⁶, se prête à une perspective gestionnaire – et dans la pertinence des données et dans l'acceptabilité des mesures adoptées – et que, d'autre part, dès que l'on sort de cette sphère contentieuse qui appelle naturellement, par l'effet de miroir précité, la perspective économique et gestionnaire, la réaction sera beaucoup plus difficile, parce que l'analyse est plus périlleuse, parce que la résistance politique est plus grande.

45. Ch. ATIAS, La distinction du patrimonial et de l'extrapatrimonial et l'analyse économique du droit : un utile face à face, *in* L'analyse économique du droit : impérialisme disciplinaire ou collaboration scientifique, préc., pp. 477-496.

46. Les magistratures économiques, cette revue, 1997, préc.