

L'ANALYSE ECONOMIQUE DU REGLEMENT DES LITIGES : APPROCHES THEORIQUE, EMPIRIQUE ET COMPARATIVE

CREDES

RESPONSABLE SCIENTIFIQUE :

BRUNO DEFFAINS, PROFESSEUR A L'UNIVERSITE NANCY 2

NOTE DE SYNTHÈSE

L'étude d'analyse économique des modes alternatifs de règlement des litiges s'inscrit dans un contexte général de réflexion quant à l'efficacité de la justice. Elle trouve son fondement dans la demande d'approfondissements exprimée dans le cadre de l'appel d'offre " modes alternatifs de règlement des litiges " dont le but est " d'analyser l'efficacité des modes alternatifs de règlement des litiges, étant admis que les critères sont particulièrement difficiles à établir en cette matière. L'efficacité devra cependant être examinée au regard des résultats attendus par ceux (magistrats, parties, avocats,...) qui ont recours à cette procédure, qu'elle soit choisie ou imposée ". Cette nécessité permet de situer le cadre dans lequel l'étude sur l'analyse économique de règlement des litiges s'inscrit.

1.Problématique générale

Connaître d'abord la réalité des modes alternatifs de règlement des litiges, cerner ensuite leur contenu et leur fréquence, évaluer enfin leur portée au regard de la régulation des flux de contentieux apparaît comme une nécessité pour les services en charge du fonctionnement de la justice. La présente étude doit néanmoins être située d'une façon plus large. Il apparaît en effet que les MARL répondent à des objectifs de natures variées : rétablir le dialogue entre les parties, maintenir les relations, améliorer la qualité de la justice ou encore ramener la paix sociale¹. Aborder la question de l'efficacité des MARL dépendra donc du point de vue adopté. Dans une logique purement " gestionnaire ", la problématique sera de savoir dans quelle mesure les MARL contribuent à réduire le coût social du fonctionnement de la justice (réduction de l'encombrement, des délais et des coûts de la justice). Dans une telle perspective, l'économie est susceptible d'offrir, comme nous le verrons, des instruments d'analyse très utiles. Toutefois, il n'en demeure pas moins que les MARL ne peuvent être simplement considérés comme des moyens d'accélérer le cours de la justice ou comme un mode de désengorgement des juridictions. Il semble en effet que le développement des MARL traduit également une volonté de gérer différemment les conflits en faisant appel à la contractualisation. Cela ne signifie pas nécessairement une crise des modes traditionnels, judiciaires, de règlement des conflits, mais plutôt l'existence d'une certaine complémentarité entre droit imposé et droit négocié². Tous les conflits ne requièrent pas *l'imperium* du juge. Le problème principal abordé dans cette étude est de comprendre pourquoi les parties vont devant le juge. En admettant que l'accès au droit n'est pas synonyme d'accès à la justice, l'analyse économique vise précisément à identifier le " noyau dur " des conflits résolus par les tribunaux. Pour cela l'accent est mis en priorité sur les comportements individuels des acteurs que sont les justiciables dans le domaine du contentieux civil.

L'équipe constituée en vue de la réalisation de cette étude est interdisciplinaire de sorte que la modélisation élaborée dans un cadre micro-économique a bénéficié de l'apport permanent des spécialistes de droit civil et de droit pénal. Dans un premier temps, il s'est agi d'analyser le comportement des principaux acteurs que sont les justiciables et les magistrats.

Il ressort des discussions menées dans le cadre des différentes manifestations auxquelles ont participé les membres de l'équipe que l'efficacité des modes alternatifs de règlement des litiges soulève un certain nombre de difficultés quant à l'appréciation des comportements des acteurs. Il apparaît en particulier que la notion d'efficacité est multidimensionnelle. Elle renvoie, en premier lieu, à l'efficacité " interne " des procédures judiciaires, à savoir l'efficacité du traitement des litiges par les juridictions appréciée à travers leur coût de fonctionnement (en termes monétaires et de délais de traitement des affaires). Ensuite, elle concerne l'efficacité " externe ", c'est-à-dire l'utilisation des règles de droit et des procédures comme

¹ Voir en ce sens le rapport du CEMARC en 1999 : " médiations judiciaires : témoignages de praticiens avertis ".

² Comme l'écrit Bourdieu, " même au sein de l'univers de la règle, le jeu avec la règle fait partie de la règle du jeu ".

instrument à disposition des justiciables. En dépit de la difficulté à tracer une frontière précise entre les deux dimensions de l'efficacité, l'effort de modélisation de l'équipe a porté sur les deux dimensions de l'efficacité.

A l'heure actuelle, les tribunaux d'instance enregistrent près de 500.000 affaires nouvelles par an et les tribunaux de grande instance plus de 600.000. Dans les années 1870, le nombre d'affaires nouvelles audiences devant les juges de paix s'élevait à près de 400.000, tandis que près de 2,25 millions d'affaires étaient traitées en conciliation, pour une population de 40 millions d'habitants³.

Les évolutions les plus récentes n'ont pas enregistré de baisse significative. Ainsi, en 1998, le nombre d'affaires nouvelles civiles portées devant la Cour de cassation augmente par rapport à 1997, retrouvant ainsi son niveau record depuis 1990 (environ 22.000 affaires). L'évolution est inverse pour les cours d'appel qui connaissent un nombre d'affaires nouvelles (209.790) inférieur à celui de l'année précédente, ce qui confirme le retournement de tendance observé depuis 1996, après la croissance continue des affaires nouvelles pendant dix ans.

En 1997, la situation devant les tribunaux de grande instance était inédite : le nombre d'affaires nouvelles (645.000) diminuait pour la première fois depuis 1986. Cette situation nouvelle résultait en grande partie de la réduction de 39% des procédures contentieuses de l'exécution. Cette nouvelle tendance à la baisse se confirme en 1998, et ce d'autant plus que, pour la première fois depuis des années, les contentieux soumis au juge aux affaires familiales ont régressé.

Toutefois, si le nombre d'affaires nouvelles baisse, il convient de remarquer que le nombre d'affaires en cours devant les différentes juridictions civiles ne cesse de progresser. De ce fait, les délais s'allongent. Les moyens de la justice étant fixés, l'offre apparaît relativement rigide à court terme de sorte que l'équilibre entre l'offre et la demande implique toutes choses égales par ailleurs un allongement des délais. Ainsi, pour ne prendre qu'un exemple, les délais moyens de jugement devant les cours d'appel sont passés, entre 1991 et 1998, de 13,9 mois à 17,4 mois. Les durées moyennes des affaires terminées augmentent régulièrement. Les délais de résolution passent ainsi à 5,1 mois devant les tribunaux d'instance et à 9,3 mois devant les tribunaux de grande instance, alors même que le programme pluriannuel pour la justice avait fixé des objectifs, respectivement, de 3 et de 6 mois.

2. Le droit, nouveau mode de régulation sociale

L'explosion du contentieux trouve son origine dans l'effet conjugué de plusieurs phénomènes. En premier lieu, le droit est devenu un outil de régulation économique et sociale de plus en plus important. Comme le souligne Loïc Cadet, " ce que l'on nomme la " *crise de la justice* ", caractérisée par l'explosion de la demande judiciaire et l'encombrement des rôles des juridictions qui en résulte, est bien sûr pour quelque chose dans l'engouement contemporain pour les modes alternatifs de règlement des litiges. Ces solutions sont autant de circuits de dérivation dont on soupçonne sans peine la séduction qu'elles peuvent exercer sur les justiciables, singulièrement sur les entreprises. Mais, dans l'affirmation du phénomène, il y a sans doute plus, qui touche à l'évolution des modes de régulation sociale " ⁴.

En second lieu, les normes se multiplient sans cesse et l'accès à la justice se trouve facilité par l'établissement d'un système juridique de plus en plus développé. Ainsi, la réévaluation de la place du droit dans la société résulte également du progrès économique et social. En effet, lorsque l'activité économique croît en intensité et que les relations sociales s'élargissent, le besoin de règles de droit se fait plus pressant. De surcroît, l'idée selon laquelle tout doit pouvoir être mis en cause devant une juridiction accompagne ce mouvement. La plupart des justiciables ont en effet pris conscience de ce changement de mode de régulation par le droit. Les entreprises par exemple élaborent des chartes de déontologie, mettent en place des comités d'éthique, ont le souci de s'entourer de juristes lors de tout acte d'importance de leur vie. De façon générale, les agents économiques, justiciables potentiels, ont une meilleure formation et une meilleure information. On ne peut d'ailleurs exclure l'existence d'un lien entre l'augmentation du nombre des avocats et la croissance du nombre de contentieux.

³ Ces données sont tirées du rapport présenté le 3 février 2000 par P. Devedjian à l'Assemblée Nationale " Les moyens et la réforme de la justice ".

⁴ Extrait tiré de l'intervention de Loïc Cadet au Colloque organisé à Nancy en juin 2000 sur l'analyse économique du droit dans les pays de droit civil et intitulée " L'économie des conventions relatives à la résolution des litiges ".

2.1. L'évolution du rôle des juges et la multiplication des normes juridiques

L'accroissement régulier du corpus normatif est souvent stigmatisé pour expliquer l'accroissement du contentieux : l'État de droit progresserait au prix de l'encombrement des tribunaux et d'une évolution du rôle des juges.

Tous les avis convergent en effet pour considérer que la fonction du juge a connu de très profondes mutations qui se répercutent sur le statut du juge, sur la méthode qu'il met en oeuvre et sur la procédure qu'il suit. Pour souligner ce trait majeur, nous retenons la distinction opérée par F. Ost (1985) entre les modèles de justice "légaliste-libérale" et "normatif-technocratique". Dans le modèle légaliste-libéral la justice est formelle et logique, déduite de règles générales et de concepts abstraits. En revanche, dans le modèle normatif-technocratique, le pouvoir est en partie détenu par des détenteurs de savoirs spécialisés qui définissent des normes techniques justifiées par leur efficacité. La justice est alors instrumentale, évolutive et pragmatique au sens où elle présente comme juste la solution la plus adéquate par rapport à un objectif donné.

Le contexte économique joue un rôle déterminant dans la présentation des fonctions du droit. Dans le modèle légaliste-libéral, l'économie est celle du libre-échange où l'Etat s'abstient d'intervenir au delà de ses prérogatives de gendarme des activités humaines. La fonction principale du droit est alors celui d'arbitre des échanges économiques et sociaux dans la vision d'un ordre spontané et évolutif. Dans le modèle normatif-technocratique des sociétés post-industrielles, l'Etat va bien au delà puisqu'il s'engage dans l'interventionnisme, notamment en matière de redistribution (Etat-Providence). Cette transformation affecte bien entendu la fonction du droit puisqu'il devient un instrument actif du changement économique et social. Il est désormais "une technique de gestion qui vise à promouvoir le développement économique et social optimum de la société" (F. Ost). Ces conditions nouvelles de promotion du bien-être par le droit a pour conséquence un accroissement considérable des normes de droit objectif visant à fixer le cadre contraignant des activités économiques et sociales.

Cette multiplication des normes crée de surcroît une insécurité juridique, renforcée par les évolutions constantes de la jurisprudence. En effet, le juge doit s'attacher à mettre en permanence en relation un nombre croissant de règles avec un nombre croissant d'affaires, de plus en plus complexes, à tel point que la loi apparaît à certains comme un produit semi-fini qui doit être terminé par le juge.

Par ailleurs, on peut noter qu'il existe un réel 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 symboliques. Ce décalage existe également 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 au droit "négocié".

2.2. D'un droit "imposé" vers un droit "négocié"

Dans la plupart des systèmes juridiques des démocraties modernes, le droit civil prévoit la possibilité de transiger. Deux aspects principaux de cet acte juridique méritent d'être soulignés :

- Il s'agit d'un acte contractuel, sous entendant donc une négociation, des compromis et un accord final, c'est-à-dire un abandon réciproque des prétentions par les parties en présence.
- Il permet la terminaison d'un litige.

Par extension, les modes alternatifs de règlement des litiges sont ainsi conçus en droit civil comme une manifestation de la liberté contractuelle des sujets de droits, liberté qui leur permet de transiger sur l'existence, l'étendue ou l'exercice de leurs droits subjectifs afin de mettre fin à un litige.

Les MARL apparaissent donc d'abord comme un moyen de faire l'économie d'un procès. C'est son principal avantage. On peut remarquer qu'il s'agit là d'une approche "négative" au sens où elle repose moins sur les vertus ou les avantages du procédé de la transaction que sur la volonté d'éviter l'intervention du juge. Il s'agit pourtant de la première de ses fonctions, généralement mise en avant par l'analyse économique du droit lorsqu'elle considère le jugement comme un échec de la négociation entre les parties⁵.

Dans le même temps, les MARL apparaissent globalement comme une technique de déjudiciarisation⁶. La transaction apparaît alors comme un moyen de prévenir et de régler un litige avant d'avoir recours à des procédures juridictionnelles, lesquelles ne pourront être que bénéficiaires de cet allègement car elles seront moins nombreuses et donc plus rapides. Les MARL peuvent également trouver de multiples moments où

⁵ Cette vision ne remet cependant pas en cause le côté "positif" de l'intervention du juge, notamment en matière de force exécutoire des solutions aux conflits, mais elle remet en cause l'idée selon laquelle "transiger c'est trahir" (Ihering).

⁶ Il convient toutefois de nuancer en rappelant que la médiation peut revêtir un caractère judiciaire ou que la conciliation peut relever de l'intervention du juge.

s'exprimer : ils peuvent permettre le dénouement du litige avant qu'il ne se 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. Certains auteurs évoquent d'ailleurs l'idée d'une " médiation à l'ombre du droit " ⁷.

Néanmoins, les MARL ne rendent pas les procédures juridictionnelles inutiles car ils ne peuvent s'y substituer entièrement. Ils auraient vocation naturelle, a priori, à jouer pour les litiges de type répétitifs, factuels ou bénins qui laisseraient à la procédure juridictionnelle le soin de traiter les cas les plus importants.

En définitive, comme le souligne Loic Cadiet ⁸, " l'essor des conventions relatives à la solution des litiges est donc comme un retour aux sources. Il faut y voir, sans doute, l'effet conjugué de deux facteurs...Le déclin du légicentrisme est de nature à favoriser la contractualisation des rapports sociaux. Ce déclin offre aux acteurs du jeu social de nouvelles plages de liberté qu'investit la convention. Contractualisme, société contractuelle sont des manières de qualifier ce passage d'un ordre juridique imposé à un ordre juridique négocié. Or, le jugement a vocation à s'engouffrer dans le champ ainsi ouvert car les accords qui se forment sont des désaccords en puissance : ce pourrait même être une loi sociologique que la qualifiée de société contractuelle, ne passe-t-elle pas aussi pour l'archétype de la société contentieuse ? C'est à coups de contrat et de procès que, là-bas, contre les coups de pistolet, le droit s'est construit, droit d'en bas, négocié au sein de la société civile, plutôt que droit d'en haut, édicté par l'État. Dans l'ordre de la théorie politique des sources du droit, le contrat et le procès se rejoignent ainsi sur la laisse des plages découvertes par le déclin du légicentrisme ".

L'auteur remarque également que " cette réconciliation du contrat et du procès coïncide avec l'apparition de réflexions nouvelles sur *la justice et l'économie*. La coïncidence est assez naturelle. L'économie est, à certains égards, aux fondements même de la justice. Surtout, la crise de la justice invite à une gestion plus rationnelle de l'institution judiciaire en même temps qu'elle dissuade les justiciables d'y recourir afin d'échapper aux coûts et aux délais du traitement juridictionnel de leurs litiges. C'est sans doute une loi d'économie de la justice que le coût des procès est un des facteurs susceptibles d'influer sur le nombre des actions exercées en justice, des coûts élevés dissuadant les justiciables de saisir les juridictions et favorisant donc la conclusion d'arrangements amiables ".

Les relations de la justice et de l'économie invitent ainsi à envisager les relations entre le contrat et l'économie. C'est l'optique adoptée dans cette étude de répondre à cette attente en mettant en avant les conditions économiques de mise en oeuvre des modes alternatifs de règlement des litiges.

3. Les besoins d'une analyse économique des modes de règlement des litiges

L'analyse économique du droit a pour principale ambition de proposer une explication à l'existence d'une solution dite " alternative " de règlement des conflits. Pour résumer, il s'agit de répondre à une question fondamentale : quelles raisons incitent les parties à un litige à trouver un arrangement amiable ? Un vieil adage du droit français prétend " qu'un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès ". La notion de mauvais arrangement n'a cependant guère de sens en économie. Ronald Coase, Prix Nobel d'économie, insiste en effet sur le fait qu'un accord conclu entre des parties libres, en l'absence de coûts de transaction, profite toujours aux deux protagonistes. L'expérience semble attester cette opinion conformément à un autre adage qui considère " qu'il n'est de meilleure justice que celles que les parties s'administrent à elles-mêmes ". Dans cette optique, l'arrangement est toujours profitable aux parties dès lors que les coûts de négociation sont négligeables. Le refus de conclure un accord est alors lié à la présence d'externalités qui empêchent les parties de le considérer comme une source d'efficacité.

3.1. Temps juridique et temps économique

Le temps de règlement des litiges est conditionné en partie par les techniques de gestion des flux de dossiers et les capacités d'accueil des tribunaux. On constate que la justice fonctionne dans la plupart des cas

⁷ Voir le rapport rédigé par Evelyne Serverin pour le compte du Conseil de l'Europe " Quels lieux pour la médiation en Europe ? ". S'interrogeant notamment sur les « litiges économiquement adaptés à une médiation en cours d'instance », ce rapport estime que les durées de procédures devant les juridictions civiles françaises sont suffisamment « courts » pour considérer que le recours à la médiation est « peu rationnel » (p. 32). Concernant la médiation payante, le rapport mentionne les travaux d'économie du droit et conclut sur le fait « qu'en cours d'instance, la médiation payante devra être prévue seulement dans les domaines à faible niveau de négociation, à condition toutefois que les intérêts financiers soient peu élevés » (p. 35).

⁸ Extraits tirés de l'intervention de Loic Cadiet au Colloque organisé à Nancy en juin 2000 sur l'analyse économique du droit dans les pays de droit civil et intitulée " L'économie des conventions relatives à la résolution des litiges ".

selon des schémas de cumul de “ files d'attente ”⁹. Bien que des systèmes d'incitation à la rapidité existent, le temps de la justice reste long et souvent déphasé par rapport au temps économique.

La réforme de la justice engagée en France durant l'année 1998 marque la volonté d'instaurer une nouvelle politique publique de régulation des contentieux en matière civile (accidents,...), pénale (infractions,...) ou administrative. La loi du 18 décembre 1998 relative à “ l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits ” a pour première ambition d'offrir à chaque justiciable des réponses diversifiées pour le règlement des conflits, sans devoir s'adresser systématiquement aux tribunaux.

Tout le monde s'accorde en effet à reconnaître que la demande de justice en France ne cesse d'augmenter mais également sur la nécessité d'éviter que ne s'instaure, pour répondre à cette demande, un seul processus, celui du recours au “ tout judiciaire ”. C'est pourquoi la réforme entreprise poursuit l'objectif d'adapter les modes de réponse aux stratégies des justiciables. Selon les autorités judiciaires, le recours au mode négocié du règlement des différends doit constituer non seulement une alternative aux jugements mais aussi et surtout une alternative au procès lui-même. Pour reprendre les termes du Garde des Sceaux, “ il faut cesser de confondre l'accès au droit et l'accès à la justice ”. Cette idée va dans le sens des enseignements de l'analyse économique des conflits juridiques qui s'appuie en grande partie sur l'expérience anglo-saxonne en matière de modes alternatifs de règlement des litiges (Arbitrage, Transaction, Médiation)¹⁰. Aux Etats-Unis, lorsqu'on observe les chiffres, on constate que près de 90 % des affaires font l'objet d'une transaction entre les parties, mais que celle-ci intervient le plus souvent au dernier moment alors qu'un temps précieux s'est déjà écoulé et que des sommes importantes ont été engagées pendant la procédure judiciaire. Ceci explique le développement de nouvelles méthodes de résolution des litiges regroupées sous le vocable d'Alternative Dispute Resolution dont la finalité est de gagner du temps et de l'argent en mettant l'accent sur la conciliation et en faisant intervenir la décision de transaction aussi en amont que possible. Dans un contexte procédural très différent, le système judiciaire français se caractérise par la faiblesse du taux de négociation¹¹. Il s'est pourtant engagé dans la voie d'une justice plus rapide en favorisant le développement des Modes Alternatifs de Règlement des Litiges. L'officialisation du contrat de transaction en matière de réparation des conséquences des accidents de la circulation (loi du 5 juillet 1985) ou les récentes consécutions législatives de la conciliation et de la médiation judiciaires (loi du 8 février 1995) témoignent de cette évolution. De même, l'article 21 du Nouveau Code de Procédure Civile énonce clairement “ qu'il entre dans la mission du juge de concilier les parties ”.

L'étude s'intéresse à l'efficacité de cette réforme de la Justice. Plus précisément, elle discute la proposition selon laquelle cette réforme devrait permettre de désengorger les tribunaux et contribuer ainsi à minimiser le coût social de la Justice. L'un des arguments majeurs pour justifier le développement de la résolution amiable des conflits réside en effet dans la reconnaissance d'un phénomène d'engorgement général des tribunaux caractérisé par l'accroissement des délais entre le déclenchement du conflit et la décision du juge. Le marché de la justice étant soumis à une certaine rigidité de l'offre au moins à court et moyen terme, toute augmentation de la demande se traduit par un accroissement des “ files d'attente ” (toutes choses égales par ailleurs, en particulier le prix payé pour accéder aux tribunaux).

Dans quelle mesure la diminution de ces délais d'accès à la justice contribue-t-elle à améliorer le bien-être social ? La réponse est délicate dans la mesure où la “ justice ” est une activité particulière en ce sens qu'en réduisant les délais d'accès aux tribunaux, on réduit le coût de l'attente du procès (le coût d'opportunité défini par référence à l'arrangement amiable entre les parties) sans que le système judiciaire ne reçoive aucune compensation. Les bénéfices d'une telle diminution sont totalement externes. Selon l'auteur, cela signifie que, contrairement à ce qui se passe pour la plupart des biens, les files d'attente devant les tribunaux ne sont pas nécessairement inefficaces. Cependant, il semble que cette analyse néglige l'importance des effets externes liés à une réduction des délais d'accès aux tribunaux : diminution de l'incertitude juridique, limitation des phénomènes de réplique de litiges identiques, amélioration de la qualité des jugements... Même s'il est certain que tout effort en vue de réduire les délais d'accès aux tribunaux a pour contrepartie une augmentation de la demande des plaignants, la réduction des files d'attente n'a pas simplement pour effet d'influencer la demande. De nombreuses questions subsistent concernant notamment les désistements, les pouvoirs de négociation respectifs des parties en présence ou encore l'incertitude juridique.

⁹ Cette proposition doit être relativisée dans certains domaines. En particulier en droit pénal ou la pratique du traitement en temps réel a largement contribué à réduire les délais. De même, il convient de rappeler le principe du “ délai raisonnable ” de résolution des conflits, régulièrement rappelé par la Cour Européenne des Droits de l'Homme, qui limite de fait les possibilités d'un rationnement par les files d'attente.

¹⁰ Bruno Deffains (1997), “ L'analyse économique du règlement des litiges ”, Revue Française d'Economie.

¹¹ Bruno Deffains et Myriam Doriât-Duban (1999), “ The Dynamics of Pretrial Negotiation : Is there a Deadline Effect in the French Legal System ? ”.

Quoiqu'il en soit, cette discussion ouvre la voie à une évaluation des conséquences économiques des délais d'accès aux tribunaux. Les autorités judiciaires ont-elles bien identifié et apprécié l'ensemble des facteurs influençant la demande de procès ? Comment réconcilier temps juridique et temps économique du point de vue des choix des justiciables ?

3.2. Comportement des justiciables et “ justices ” en concurrence

Par delà les problèmes soulevés par l'organisation de la justice, apparaît le risque de comportement stratégique de la part des justiciables dans l'utilisation des Modes Alternatifs de Règlement des Litiges. Nous souhaitons donc recourir à l'analyse économique pour décrire plus précisément la nature de ces comportements. D'une manière générale, le droit est en effet concerné non seulement par l'impact des règles juridiques sur les choix des agents, mais aussi par la façon dont les individus soumis à ces règles interagissent. Les modèles économiques touchant à l'organisation du système judiciaire visent ainsi à décrire et à expliquer le déroulement et l'issue des litiges. La première analyse de ce type remonte à 1971 avec la publication de l'article de Landes intitulé “ *An Economic Analysis of the Courts* ”. Pourtant, les travaux sur le sujet sont assez récents et insistent sur les comportements stratégiques des justiciables dans le choix du mode de règlement des litiges [Cooter et Rubinfeld (1989), Kennan et Wilson (1993), Baird, Gertner et Picker (1994)].

Les recherches les plus prometteuses concernent l'application de la théorie des jeux non coopératifs à l'étude des conflits juridiques. La modélisation concerne le plus souvent un litige opposant devant un tribunal la victime d'un accident (le demandeur) et l'auteur présumé du dommage (le défendeur). Les analyses présentées peuvent être étendues sans difficulté à d'autres types de conflits (commerciaux, marchés publics, droits de propriété,...). Dans le contexte envisagé, la théorie des jeux suppose que les parties cherchent à maximiser leur utilité espérée afin de mieux appréhender l'issue des interactions stratégiques rendues d'autant plus complexes qu'une des parties peut détenir une information privée ou présenter des caractéristiques inobservables par l'autre. A titre d'illustration, en cas d'accident, le demandeur bénéficie en général d'avantages informationnels sur l'étendue exacte de son préjudice. Pour le défendeur, ces avantages portent plutôt sur son degré de responsabilité dans la mesure où il est généralement le seul à connaître les précautions qu'il a prises avant l'accident.

Le point de départ de l'analyse réside dans un paradoxe apparent : la résolution de certains conflits par les tribunaux, lorsque les coûts de transaction sont négligeables, semble violer le principe selon lequel les parties sont incitées à négocier chaque fois que des négociations mutuellement bénéfiques sont réalisables. En pratique, tant dans les pays de Common Law que dans les pays de tradition civiliste, une partie du contentieux n'est pas résolue par les juges, mais par des accords entre les parties à l'issue de négociations directes. Ce constat tendrait à valider la prédiction de Coase (1960) selon laquelle le recours au droit serait 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. Il reste naturellement à identifier les raisons d'un tel échec, c'est-à-dire à expliquer pourquoi certains conflits finissent par un jugement. 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. C'est notamment la position de Posner (1992) lorsqu'il estime que le rôle du tribunal est de mimer la transaction à coûts nuls. Mais avant que la décision du juge n'intervienne, plusieurs étapes doivent être franchies impliquant chacune une prise de décision de la part des justiciables. Ces étapes ont été négligées pendant longtemps par les économistes intéressés par le fonctionnement des systèmes juridiques.

Les premiers modèles de conflits juridiques développés dans les années soixante-dix concernaient la *Common Law* [Landes (1971), Gould (1973)]. Dans ces modèles, l'objectif des auteurs est d'identifier les incitations des parties en tant qu'agents rationnels pour résoudre un litige et expliquer sur cette base pourquoi les négociations échouent parfois et nécessitent l'intervention d'un juge ou d'un arbitre. La réponse à cette question passe par la reconnaissance d'un optimisme excessif des parties quant à leur chance de gagner le procès, c'est-à-dire par une perception erronée du surplus né de la négociation. Même si ces modèles proposent une explication assez convaincante de la résolution des litiges en dehors des tribunaux, ils restent très vagues sur la manière dont les agents forment leurs croyances à propos du résultat attendu du procès et sur l'origine de l'excès d'optimisme. La nature stratégique de la négociation n'a été intégrée que récemment dans l'analyse à travers l'élaboration de 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 de l'information est en effet à l'origine d'une divergence des

croyanances des “ joueurs ” à propos de l'issue du procès. Les jugements peuvent ainsi résulter des stratégies de négociation optimale des deux parties.

En définitive, l'analyse économique de la résolution des litiges se propose d'apporter des réponses à trois questions majeures :

- Dans la mesure où l'arrangement entre les parties est source d'efficacité (privée et publique), 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 les coûts social et 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, etc...).
- Quels espoirs portent les modes alternatifs de résolution des litiges (l'arbitrage, la conciliation, la médiation) et quels avantages présentent-ils face à la simple négociation entre les parties ?

4. Méthodologie de l'étude

L'objectif de cette étude consiste à étudier l'efficacité des différents modes de règlement des litiges par les voies juridictionnelles et non juridictionnelles (arbitrage, médiation, conciliation, transaction). Il s'agit donc de mobiliser les instruments économiques susceptibles d'éclairer la possibilité de limiter l'engorgement des tribunaux et ainsi de réduire le “ coût social ” de la justice en développant les modes alternatifs de règlement des litiges. Depuis quelques années, les travaux menés dans le cadre de l'analyse économique du droit cherchent à rendre compte des comportements des justiciables et notamment d'identifier les facteurs susceptibles d'influencer la probabilité de parvenir à un arrangement entre les parties à un litige avant le jugement. La méthodologie retenue pour cette étude s'inscrit principalement dans le prolongement de ces travaux. Seront donc mobilisés les instruments de la théorie des incitations, de l'économie de l'information ou de la théorie des jeux. Outre le travail de modélisation, nous proposons également de mener des investigations de terrain en collectant des données statistiques en France, mais aussi dans d'autres pays (Etats-Unis et Grande Bretagne en priorité). Les résultats escomptés étaient de deux ordres : d'une part, il s'agit d'apprécier dans quelle mesure les justiciables adoptent des comportements stratégiques en fonction des différents modes de résolution des litiges ; d'autre part de réaliser un paramétrage statistique permettant de mener une analyse comparative des modes de règlement des litiges en France et à l'étranger. Si le premier objectif a été atteint, le second s'est heurté à l'insuffisance et à la pauvreté des bases de données tant en France que dans la plupart des pays étudiés.

4.1. Conception générale de l'étude

Pour répondre aux questions précédentes, il est apparu que les travaux initiaux devaient être dépassés et confirmés.

- D'abord, afin de mieux cerner l'influence du cadre juridique et de la procédure, il nous est apparu utile de procéder à une évaluation rigoureuse des pratiques relevant des voies non juridictionnelles de règlement des litiges (médiation, conciliation, transaction, arbitrage). Il s'agit notamment de mobiliser les instruments de l'économie du droit pour mieux évaluer l'efficacité des modes alternatifs de règlement des litiges à l'aune des critères retenus par la théorie économique (minimisation du coût social du contentieux, bénéfices nets attendus par ceux qui recourent à telle ou telle procédure). L'étude insiste notamment sur les conséquences de l'incertitude judiciaire, des asymétries d'information, des coûts de recours aux diverses procédures juridictionnelles et des délais des institutions judiciaires. Pour cela, plusieurs rencontres ont été organisées avec des magistrats.

- Ensuite, il s'est agi d'approfondir l'analyse de Modes Alternatifs de Règlement des Litiges dans une perspective comparative. Il est apparu indispensable d'apprécier les pratiques en cause dans le cadre de comparaisons internationales. En particulier, le développement des modes alternatifs de règlement des litiges en France doit être relié au succès des pratiques relevant de l'Alternative Dispute Resolution dans les pays de Common Law.

- Un troisième problème a retenu notre attention. Il s'agit de s'interroger sur le fait de savoir si certains domaines du droit se prêtent plus que d'autres à des régulations non juridictionnelles. Seule une étude exhaustive des statistiques de la Justice et la recherche des faits stylisés français nous a ainsi permis de mettre en évidence des divergences dans le traitement des différents types de contentieux par nature (droit des personnes, droit de la propriété, droit des affaires, droit de la responsabilité, etc) mais aussi en fonction des juridictions compétentes (Tribunal d'Instance, Tribunal de Grande Instance, Cour d'Appel, etc...). Par extension ce type d'analyse doit permettre de repérer les catégories de justiciables les plus concernées par les

procédures alternatives, soit qu'elles présentent des caractéristiques spécifiques, soit que les règles qui leurs sont appliquées sont sensiblement différentes.

4.2. La réalisation des travaux

Dans cette étude, notre réflexion a été décomposé en plusieurs temps alliant démarche empirique statistique et analyse théorique formalisée.

1) Tout d'abord, nous avons souhaité développer un modèle original de la demande de justice en France en mettant en évidence les facteurs déterminant le nombre de conflits (infractions, comportements de prévention, coûts du procès, réglementation) ainsi que le nombre d'arrangements amiables (coûts de transaction, délais d'accès au procès, asymétries d'information, attitude des parties vis-à-vis du risque).

2) Ensuite, nous nous sommes efforcé de présenter de façon aussi synthétique que possible les fondements de l'analyse économique des conflits juridiques en mettant en évidence les différentes hypothèses de comportement des justiciables.

3) Nous avons cherché à appliquer le cadre d'analyse précédent au système judiciaire français. Pour cela, nous disposons des données du Service Statistique du Ministère de la Justice concernant les affaires résolues devant les tribunaux d'instance (TI) et les tribunaux de grande instance (TGI) entre 1995 et 1998. Ces données nous permettent de calculer précisément les délais de résolution des contentieux civils en France.

4) Pour compléter ce panorama, nous avons eu le soucis de tenir compte des questions de procédure puisque le recours aux MARL n'est manifestement pas aussi développé (indépendamment du caractère obligatoire de la médiation ou de la conciliation dans certains domaines ou des spécificités de l'arbitrage dans le domaine commercial). De même, il est apparu indispensable de s'interroger sur le rôle du juge dans le développement des MARL alors même que la justice présente les caractéristiques d'un bien public.

5) Nous nous sommes interrogé ensuite sur les propriétés économiques spécifiques au mécanisme de l'arbitrage. L'étude économique de l'arbitrage s'effectue à deux niveaux. Le premier intègre l'arbitrage dans le système juridique français. Il s'agit alors de répondre aux interrogations portant sur le recours aux diverses procédures et de trouver les moyens de réduire la demande de justice publique. L'arbitrage devient l'une des solutions proposées afin d'élargir les possibilités d'absorption de la demande de justice (en particulier pour les entreprises). Dans un second niveau, il convient de décrire et expliquer le déroulement et le résultat de la procédure afin d'en faire une évaluation.

6) Peu d'économistes se sont intéressés aux particularités des modes alternatifs de règlement des litiges. Certains travaux propose néanmoins une analyse des motivations du recours aux ADR en vue de les justifier à la fois d'un point de vue social et privé. Ils s'intéressent plus particulièrement à la médiation et à l'arbitrage aux Etats-Unis, en partant de l'idée que ces deux modes de règlement présentent la caractéristique commune de faire intervenir un tiers (arbitre ou médiateur), dont la fonction consiste à communiquer de l'information aux parties. Ce faisant, ils ignorent les particularités propres de l'arbitre et du médiateur et préfère insister sur leurs caractéristiques communes. Cette absence de différenciation peut se justifier aux Etats-Unis dans la mesure où les parties choisissent toujours leur l'arbitre et parfois leur médiateur. En revanche, en France, l'arbitre est choisi par les parties alors que le médiateur est toujours nommé par le juge (D'après l'article 131-1 du Nouveau Code de Procédure Civile, " le juge saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose "). Il demeure en effet exceptionnel que les parties demandent elles-mêmes une médiation. Généralement, le juge propose la tentative de médiation puis les parties acceptent ou refusent. Il en résulte qu'en France, l'arbitre est un tiers nommé par les parties alors que le médiateur est un tiers nommé par le juge (la médiation dite " judiciaire ", instaurée par la loi du 8 février 1995 et régie par les articles 131-1 à 131-15 du NCPC). L'objet de l'étude est alors de démontrer que le comportement de négociation des parties varie en fonction de celui qui nomme le tiers (parties ou juge) et donc diffère d'un système juridique à l'autre.

7) Enfin, Les systèmes d'aide financière à l'accès au droit et plus spécifiquement l'aide juridictionnelle, n'avaient jamais été étudiés par les économistes. Pourtant, ces aides modifient directement certaines des variables déterminant le recours des justiciables aux tribunaux : les coûts de procès et de négociation. Cette étude propose la première analyse économique des conséquences de l'aide juridictionnelle sur les incitations à poursuivre des justiciables et sur le choix de l'issue du litige : le jugement ou l'arrangement. Elle montre en particulier que tout système d'aide au financement de l'action en justice favorisant le recours au juge accroît la spirale inflationniste des coûts de justice.

Pour terminer, il convient de remarquer que la base de données du Ministère de la Justice a permis d'obtenir des résultats statistiques intéressants. Cependant, l'absence (ou l'insuffisance) de certaines données chiffrées a limité considérablement la possibilité de réaliser des analyses statistiques de portée générale, permettant de mieux appréhender le contentieux relatif aux conflits civils. Des études intéressantes pourraient être envisagées à condition d'améliorer l'information contenue dans la base. En particulier, il serait utile de réaliser des régressions afin de déterminer les variables qui influencent le montant et la probabilité de parvenir à un accord dans le cadre des modes alternatifs de règlement des litiges.

L'étude statistique envisagée initialement avait en effet pour principal objectif de déterminer les variables explicatives de la probabilité d'arrangement en cas de conflit avec une distinction selon qu'ils s'agissait de variables financières (montant et imputation des coûts des procès et des MARL, honoraires d'avocat,...) ou de variables institutionnelles (nature de la procédure, type de contentieux,...). Lors de l'élaboration des premières régressions, nous nous sommes heurtées à différents problèmes. Le plus important a été celui de l'absence de données concernant certaines variables dont nous estimions qu'elles pouvaient jouer un rôle significatif dans la détermination du montant et de la probabilité d'arrangement.

Le choix des analyses est en définitive fortement dépendant des données disponibles. L'élaboration d'études statistiques significatives nécessite en effet d'améliorer la base de données afin d'améliorer la qualité des renseignements disponibles. Cela suppose, d'une part, de compléter la base et, d'autre part, de supprimer les variables qui, sans risque d'erreur, peuvent être considérées comme non-significatives ou non-influentes. Le problème de la sélection des variables est évoqué brièvement dans le rapport.

L'une des conséquences majeures de ce constat relatif aux données disponibles a été de restreindre les possibilités de mener des études comparatives au niveau internationales. Différents contacts ont été pris avec les Etats-Unis, le Canada, la Grande Bretagne, l'Allemagne et la Belgique. Des rencontres avec des collègues étrangers ont été organisé, notamment dans le cadre du colloque des 28 et 29 juin 2000 sur " l'économie du droit dans les pays de droit civil ". Il ressort de ces discussions un constat unanime sur la pauvreté (à l'exception des Etats-Unis) et l'absence d'homogénéité des données relatives à la résolution juridictionnelle ou non des conflits civils. Aussi le présent rapport se limite-t-il à dresser le bilan des travaux réalisés dans les différents pays mentionnés sur la base des données exploitées dans chaque pays.