



UNIVERSITE DE NANCY 2

MISSION DE  
RECHERCHE



DROIT ET  
JUSTICE

CREDES

CENTRE DE RECHERCHES ET DE DOCUMENTATION ECONOMIQUES

Responsable scientifique : Bruno DEFFAINS, Professeur à l'Université Nancy 2

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

RECHERCHE SUBVENTIONNEE PAR LE GIP MISSION DE RECHERCHE DROIT ET JUSTICE  
Janvier 2001

---

**CREDES - Faculté de Droit, d'Economie et de Gestion - Université de Nancy 2  
13, place Carnot, 54000 Nancy ☎ 03 83 19 25 92 FAX 03 83 19 26 01**



UNIVERSITE DE NANCY 2

MISSION DE  
RECHERCHE



DROIT ET  
JUSTICE

**CREDES**

**CENTRE DE RECHERCHES ET DE DOCUMENTATION ECONOMIQUES**

Responsable scientifique : Bruno DEFFAINS, Professeur à l'Université Nancy 2

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

Liste des chercheurs associés à la recherche :

Nathalie CHAPPE, Myriam DORIAT-DUBAN, Aurore DURUPT, Ouarda KHELIFI,  
Marie-Pierre PHILIPPE-DUSSINE, Carine SONNTAG, Frédéric STASIAK, Yves STRICKLER

RECHERCHE SUBVENTIONNEE PAR LE GIP MISSION DE RECHERCHE DROIT ET JUSTICE  
Janvier 2001

---

**CREDES - Faculté de Droit, d'Economie et de Gestion - Université de Nancy 2  
13, place Carnot, 54000 Nancy ☎ 03 83 19 25 92 FAX 03 83 19 26 01**

---

---

## SOMMAIRE

---

---

|                                                                                                                                              |      |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| <b>Présentation de l'étude.....</b>                                                                                                          | p.1  |
| <b>Introduction générale.....</b>                                                                                                            | p.25 |
| <b>Chapitre 1 : Analyse économique des instruments de régulation des flux de contentieux en France.....</b>                                  | p.45 |
| <b>    1.1 : Un modèle du marché de la justice.....</b>                                                                                      | p.48 |
| 1.1.1 : Le rôle du temps : les files d'attente comme mécanisme d'ajustement.....                                                             | p.49 |
| 1.1.2 : Les modifications du temps de la procédure.....                                                                                      | p.53 |
| 1.1.3 : L'offre de justice.....                                                                                                              | p.55 |
| <b>    1.2 : La régulation de la demande de justice par les coûts de procès.....</b>                                                         | p.57 |
| 1.2.1 : La régulation de la demande de justice par la valeur des coûts de procès.....                                                        | p.59 |
| A. Détermination de la probabilité d'arrangement sous la règle française des dépens.....                                                     | p.60 |
| B. Impact d'une hausse des coûts de procès sur la probabilité de règlement amiable, dans le système français de condamnation aux dépens..... | p.61 |
| 1.2.2 : La régulation de la demande de justice par la ré-allocation des coûts de procès.....                                                 | p.64 |
| A. Etude comparative du taux d'arrangement sous la règle américaine, anglaise et française d'allocation des coûts de procès.....             | p.64 |
| B. Des résultats à nuancer.....                                                                                                              | p.66 |
| C. Incertitude et règles d'allocation des coûts de procès.....                                                                               | p.68 |

**Chapitre 2 : Analyse économique du comportement des justiciables en conflit.....p.75**

**2.1 : La justification des jugements : « optimisme » excessif versus comportements stratégiques.....p.79**

2.1.1 : L'approche « optimiste » des conflits.....p.80

    A. La justification « optimiste » des jugements.....p.80

    B. Un courant d'analyse vivement critiqué.....p.82

2.1.2 : L'approche stratégique du procès.....p.83

    A. L'étude du comportement des parties en conflit par un modèle de filtrage.....p.85

        a) L'approche statique du conflit.....p.86

        b) L'approche dynamique du conflit.....p.90

    B. L'étude du comportement des parties en conflit par un modèle de signal.....p.93

    C. L'étude du comportement des parties en conflit par un modèle à double asymétries d'information.....p.98

**2.2 : Le comportement des parties au procès.....p.101**

2.2.1 : Le comportement des justiciables français : une préférence pour le jugement et des accords conclus « sur les marches du palais ».....p.101

    A. Le type d'affaires portées devant les tribunaux.....p.102

        a) Répartition des affaires civiles au sein de chaque juridiction.....p.103

            1) L'activité des TI.....p.103

            2) L'activité des TGI.....p.104

        b) Répartition des affaires civiles entre les juridictions.....p.105

    B. Taux de règlement amiable dans les tribunaux civils français.....p.107

        a) Taux de traitements non-juridictionnels dans les TI.....p.108

        b) Taux de traitements non-juridictionnels dans les TGI.....p.109

    C. Durée de résolution des litiges et effet dernière limite.....p.110

        a) Durées moyennes et médianes de résolution des litiges.....p.110

|                                                                                              |              |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|--------------|
| 1) Durées moyennes et médianes de résolution des litiges<br>dans les TI.....                 | p.110        |
| 2) Durées moyennes et médianes de résolution des litiges<br>dans les TGI.....                | p.112        |
| 3) Une lenteur des tribunaux français à relativiser.....                                     | p.113        |
| b) Mise en évidence d'un effet de dernière limite dans les<br>tribunaux civils français..... | p.119        |
| 1) Test de l'effet de dernière limite dans les TI.....                                       | p.122        |
| 2) Test de l'effet de dernière limite dans les TGI.....                                      | p.124        |
| 2.2.2 : L'hypothèse de sélection des affaires jugées.....                                    | p.128        |
| A. L'hypothèse de sélection : modèle théorique et preuve<br>empirique.....                   | p.129        |
| a) Le choix entre jugement et arrangement.....                                               | p.130        |
| b) Les estimations des parties quant à leurs chances de gagner<br>le procès.....             | p.131        |
| c) Les résultats du modèle de Priest et Klein.....                                           | p.135        |
| B. Vérification empirique de la règle des 50%.....                                           | p.136        |
| C. Les limites du modèle de Priest et Klein.....                                             | p.138        |
| a) Le problème de la symétrie des enjeux.....                                                | p.138        |
| b) La critique de Wittman.....                                                               | p.139        |
| c) La réponse de Priest [1985] à la critique de Wittman.....                                 | p.141        |
| 1) Le caractère réciproque du choix entre procès et<br>arrangement.....                      | p.141        |
| 2) L'objet du litige.....                                                                    | p.141        |
| 3) la spécificité des accidents choisis par Wittman.....                                     | p.142        |
| D. La controverse sur l'hypothèse de sélection.....                                          | p.143        |
| <b>Chapitre 3 : Le juge et la médiation.....</b>                                             | <b>p.153</b> |

|                                                                                                   |              |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------|
| <b>3.1 : Le juge, une impulsion possible au développement de la médiation<br/>judiciaire.....</b> | <b>p.154</b> |
| 3.1.1 : Une impulsion en amont.....                                                               | p.155        |
| A. Le juge : une autorité socialement reconnue.....                                               | p.155        |

|                                                                                |              |
|--------------------------------------------------------------------------------|--------------|
| B. des compétences juridiques au service d'une évolution de l'institution..... | p.156        |
| C. Une nouvelle conception du magistrat.....                                   | p.157        |
| 3.1.2 : Une présence en aval.....                                              | p.158        |
| A. La garantie des compétences mises en œuvre.....                             | p.158        |
| B. Une présence validant l'aboutissement de la médiation.....                  | p.160        |
| C. L'aspect financier.....                                                     | p.161        |
| <b>3.2 : Le juge, un agent public partagé.....</b>                             | <b>p.162</b> |
| 3.2.1 : Hypothèses et cadre du modèle.....                                     | p.164        |
| A. Les juges : des « émetteurs » aux multiples attitudes.....                  | p.164        |
| B. Un Etat, « récepteur ».....                                                 | p.167        |
| 3.2.2 : Le modèle et ses implications.....                                     | p.168        |
| A. La recherche de l'équilibre.....                                            | p.169        |
| B. Stabilité et implications.....                                              | p.171        |
| <b>Chapitre 4 : Analyse économique des procédures d'arbitrage.....</b>         | <b>p.175</b> |
| <b>4.1 : Définitions et correspondances avec les concepts économiques.....</b> | <b>p.177</b> |
| 4.1.1 : La rédaction de la convention d'arbitrage.....                         | p.178        |
| 4.1.2 : L'instance.....                                                        | p.180        |
| A. La constitution du tribunal arbitral.....                                   | p.181        |
| B. L'instruction du litige.....                                                | p.182        |
| 4.1.3 : La sentence arbitrale.....                                             | p.185        |
| <b>4.2 : Le processus de résolution des litiges via l'arbitrage.....</b>       | <b>p.187</b> |
| 4.2.1 : La demande d'arbitrage.....                                            | p.187        |
| 4.2.2 : Le comportement des parties.....                                       | p.189        |
| A. Le choix du tribunal arbitral.....                                          | p.189        |

|                                                                      |              |
|----------------------------------------------------------------------|--------------|
| B. Les stratégies des parties lors de l'arbitrage.....               | p.191        |
| 4.2.3 : Le comportement de l'arbitre et le choix d'une sentence..... | p.193        |
| <b>4.3 : L'efficacité de la procédure d'arbitrage.....</b>           | <b>p.195</b> |
| 4.3.1 : L'incitation à la négociation.....                           | p.196        |
| 4.3.2 : La réduction du nombre de litiges.....                       | p.198        |
| 4.3.3 : La transmission d'information.....                           | p.199        |

**Chapitre 5 : Efficacité comparée des Modes Alternatifs de Règlement des litiges dans les pays de droit civil.....p.203**

|                                                                          |              |
|--------------------------------------------------------------------------|--------------|
| <b>5.1 : Le tiers choisi par les parties.....</b>                        | <b>p.205</b> |
| 5.1.1 : Les conditions du recours à l'arbitrage.....                     | p.205        |
| A. Les arguments en faveur de l'arbitrage.....                           | p.206        |
| B. Le choix des parties.....                                             | p.207        |
| a) Gains nets attendus du demandeur en fonction de la procédure.....     | p.208        |
| b) Pertes brutes attendues du défendeur en fonction de la procédure..... | p.209        |
| C. Le mode de résolution du litige.....                                  | p.210        |
| 5.1.2 : Les déterminants de la sentence arbitrale.....                   | p.216        |
| 5.1.3 : Les propositions des parties.....                                | p.218        |
| <b>5.2 : Le tiers choisi par le juge : la médiation.....</b>             | <b>p.220</b> |
| 5.2.1 : Les conditions d'acceptation de la médiation.....                | p.220        |
| A. Le choix du demandeur.....                                            | p.225        |
| a) Le choix du demandeur en France.....                                  | p.225        |
| b) Le choix du demandeur aux Etats-Unis.....                             | p.226        |
| B. Le choix du défendeur.....                                            | p.226        |
| a) Le choix du défendeur en France.....                                  | p.226        |
| b) Le choix du défendeur aux Etats-Unis.....                             | p.227        |

|                                                                                                                                                                          |              |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------|
| C. Conditions nécessaires pour qu'une médiation soit tentée.....                                                                                                         | p.228        |
| a) En France.....                                                                                                                                                        | p.228        |
| b) Aux Etats-Unis.....                                                                                                                                                   | p.229        |
| 5.2.2 : La proposition du médiateur.....                                                                                                                                 | p.230        |
| 5.2.3 : Les offres des parties dans la médiation française.....                                                                                                          | p.232        |
| A. Propositions des parties quand la probabilité de réussite de la<br>médiation est indépendante des offres des parties.....                                             | p.232        |
| a) Proposition du demandeur.....                                                                                                                                         | p.232        |
| b) proposition du défendeur.....                                                                                                                                         | p.233        |
| B. Propositions des parties quand la probabilité de réussite de la<br>médiation est fonction des offres des parties.....                                                 | p.235        |
| a) Proposition du demandeur.....                                                                                                                                         | p.236        |
| b) Proposition du défendeur.....                                                                                                                                         | p.236        |
| <b>Chapitre 6 : Analyse économique de l'accès à la justice : les effets<br/>de l'aide juridictionnelle.....</b>                                                          | <b>p.239</b> |
| <b>6.1 : Présentation du système français d'aide financière à l'accès au<br/>droit : l'aide juridictionnelle.....</b>                                                    | <b>p.243</b> |
| <b>6.2 : Les conséquences de l'aide juridictionnelle sur le nombre des<br/>poursuites.....</b>                                                                           | <b>p.246</b> |
| 6.2.1 : Les notations.....                                                                                                                                               | p.246        |
| 6.2.2 : L'impact de l'aide juridictionnelle sur la fréquence des poursuites<br>judiciaires.....                                                                          | p.247        |
| 6.2.3 : La loi du 18 décembre 1998 et l'objectif de réduction du nombre<br>des poursuites judiciaires intentées par les bénéficiaires de l'aide<br>juridictionnelle..... | p.250        |
| 6.2.4 : L'aide juridictionnelle et le problème de la convergence des<br>incitations privées et sociales à poursuivre.....                                                | p.252        |

|                                                                                                    |       |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| <b>6.3 : Les conséquences de l'aide juridictionnelle sur le mode de règlement des litiges.....</b> | p.255 |
| 6.3.1 : Analyse de l'impact de l'aide juridictionnelle sur le mode de règlement des litiges.....   | p.256 |
| 6.3.2 : Prolongements de l'analyse.....                                                            | p.258 |
| A. Les changements engendrés par la loi du 18 décembre 1998.....                                   | p.259 |
| B. Etude des motivations stratégiques des demandes d'aide juridictionnelle.....                    | p.260 |
| <b>Conclusion générale.....</b>                                                                    | p.263 |
| <b>Bibliographie.....</b>                                                                          | p.277 |

# I. PRESENTATION DE L'ETUDE

L'étude portant sur l'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 sociale. Aborder la question de l'efficacité des MARL dépendra donc du point de vue adopté. Dans une logique purement "gestionnaire", le problème 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 négocié. 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 microéconomique 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 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.

## Evolution du contentieux et allongement des délais

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 audiencées 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'habitants.

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.

Les tableaux suivants retracent les principales évolutions du contentieux civil entre 1991 et 1998. On peut regretter que la Cour de cassation ne fournit aucune statistique sur son délai moyen de jugement, et ce d'autant plus que le nombre d'affaires devant elle croît de manière considérable.

## ÉVOLUTION DU CONTENTIEUX DEVANT LES JURIDICTIONS CIVILES (1) (1991-1998)

|          | Affaires nouvelles | Affaires terminées | Affaires en cours | Délai moyen (3) |
|----------|--------------------|--------------------|-------------------|-----------------|
| 1991     | 19.386             | 18.427             | 30.047            | (n.d.)          |
| 1992     | 18.841             | 18.049             | 30.945            | (n.d.)          |
| 1993     | 19.962             | 18.569             | 32.452            | (n.d.)          |
| 1994     | 19.115             | 18.456             | 33.279            | (n.d.)          |
| 1995     | 19.969             | 21.499             | 31.949            | (n.d.)          |
| 1996     | 20.275             | 20.420             | 31.804            | (n.d.)          |
| 1997     | 19.987             | 20.103             | 34.620            | (n.d.)          |
| 1998 (2) | 21.928             | 19.815             | 36.733            | (n.d.)          |

Cour de cassation

|          | Affaires nouvelles | Affaires terminées | Affaires en cours | Délai moyen (3) |
|----------|--------------------|--------------------|-------------------|-----------------|
| 1991     | 173.177            | 168.011            | 201.632           | 13,9            |
| 1992     | 182.794            | 171.082            | 213.344           | 13,8            |
| 1993     | 204.935            | 179.585            | 238.694           | 13,5            |
| 1994     | 218.880            | 187.246            | 270.328           | 13,9            |
| 1995     | 220.066            | 198.754            | 291.640           | 14,7            |
| 1996     | 219.271            | 203.740            | 307.171           | 15,8            |
| 1997     | 214.197            | 202.724            | 318.644           | 16,6            |
| 1998 (2) | 209.790            | 207.125            | 321.309           | 17,4            |

Cours d'appel

|          | Affaires nouvelles | Affaires terminées | Affaires en cours | Délai moyen (3) |
|----------|--------------------|--------------------|-------------------|-----------------|
| 1991     | 492.391            | 462.326            | 414.592           | 10              |
| 1992     | 523.026            | 474.775            | 461.843           | 9,5             |
| 1993     | 566.723            | 532.494            | 496.072           | 9,6             |
| 1994     | 658.042            | 610.234            | 543.880           | 8,9             |
| 1995     | 660.189            | 645.319            | 558.750           | 8,9             |
| 1996     | 676.282            | 659.153            | 575.879           | 8,9             |
| 1997     | 644.939            | 642.319            | 578.499           | 9,1             |
| 1998 (2) | 632.604            | 631.728            | 579.374           | 9,3             |

Tribunaux de grande instance

|          | Affaires nouvelles | Affaires terminées | Affaires en cours | Délai moyen (3) |
|----------|--------------------|--------------------|-------------------|-----------------|
| 1991     | 552.456            | 523.322            | 268.359           | 4,5             |
| 1992     | 614.795            | 594.168            | 288.986           | 4,4             |
| 1993     | 567.078            | 532.494            | 296.189           | 4,9             |
| 1994     | 517.154            | 509.410            | 303.933           | 5,2             |
| 1995     | 487.523            | 494.828            | 296.628           | 5,1             |
| 1996     | 483.593            | 460.146            | 320.075           | 5,0             |
| 1997     | 472.963            | 453.259            | 339.779           | 5,0             |
| 1998 (2) | 467.488            | 453.060            | 354.207           | 5,1             |

#### Tribunaux d'instance

(1) Ces statistiques ne tiennent pas compte des ordonnances de référés, sur requêtes, des injonctions de payer, des saisies sur rémunérations, du contentieux électoral, des procédures de conciliation, des certificats et déclarations de nationalité, des manifestations de volonté.

(2) données provisoires.

(3) en mois.

*Source : Ministère de la Justice.*

## 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".

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. Il est donc inutile, d'une part, d'appeler un meilleur encadrement juridique des activités économiques et sociales, et d'autre part, de regretter que les citoyens invoquent de nouvelles règles juridiques devant les juges. 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.

## 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 retiendrons la distinction opérée par F. Ost (1985) entre les modèles de justice "légaliste-libéral" et "normatif-technocratique".

Le modèle légaliste-libéral se développe dans un Etat libéral caractérisé par la séparation des pouvoirs et le primat du législatif. 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 d'abord instrumentale, évolutive et pragmatique au sens où elle présente comme juste la solution la plus adéquate par rapport à un objectif donné (i.e. la norme retenue par le planificateur social).

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 ont pour conséquence un accroissement considérable des normes de droit objectif visant à fixer le cadre contraignant des activités économiques et sociales.

On comprend dès lors que la source principale du droit se trouve modifiée. Dans le modèle légaliste-libéral, la loi, abstraite et générale, domine l'univers juridique. L'exception réside dans le contrat dont la grande souplesse convient parfaitement au développement des échanges. Dans le modèle normatif-technocratique, la loi est toujours omniprésente, mais elle se négocie de plus en plus pour s'appliquer comme un contrat alors que le contrat lui-même peut exercer des fonctions de réglementation. Un tel constat conduit à insister sur les changements qui affectent le statut et le rôle du juge.

L'activité des juges constituerait l'une des sources principales du droit puisque les tribunaux en statuant sur les litiges dégagent des solutions juridiques qu'ils expriment sous la forme de règles.

Plusieurs interprétations sont toutefois possibles selon que l'on considère que le juge se borne à appliquer les solutions du droit positif ou bien qu'il extraie les solutions de la tradition juridique. Dans le deuxième cas, le droit ferait l'objet d'une évolution continue dont le moteur serait la jurisprudence des tribunaux. En Angleterre ou aux Etats-Unis, la jurisprudence constitue depuis longtemps la principale source du droit en consacrant l'ensemble des règles non codifiées sous forme de droit commun (common law). Bien entendu, les tribunaux sont tenus d'appliquer les lois (statute law), mais ces dernières n'ont en principe pas d'autre rôle que de compléter ou de corriger la common law. Dans cette conception, le droit existe donc indépendamment de toute codification et l'on peut parler véritablement d'une primauté du judge made law (par opposition au judge say law).

Pourtant, force est de constater que, depuis le milieu du XXème siècle, le rôle du juge a été considérablement renforcé également dans les pays de

tradition romano-germanique. Il est loin d'être demeuré, sur le modèle de l'acte de dire le droit (*juris dicto*), le serviteur de la loi. L'activisme judiciaire apparaît à travers la multiplication des missions du juge, en particulier dans le domaine économique : il administre des biens, il les évalue, il gère des entreprises. L'idée de crise de la justice renvoie d'ailleurs généralement au fait qu'à l'accroissement des tâches n'ont pas correspondu l'accroissement du nombre des juges et la modernisation des palais de justice. La revalorisation du rôle du juge aurait également partie liée avec l'explosion quantitative des contentieux : "la justice est devenue un bien de consommation courante... mais s'est également produit une modification qualitative de la demande de justice. Le juge est de plus en plus mis en demeure d'intervenir comme un référent" [Garapon (1994)]. L'exemple de la politique d'accès au droit est emblématique de la diversification excessive des tâches qui incombent à la magistrature. Ainsi, le juge est désormais responsable de la mise en place des centres départementaux d'aide juridique, devenus entre-temps conseils départementaux d'accès au droit. Comme le note le rapport Devedjian, "le développement des solutions non juridictionnelles fait ainsi du juge contemporain le médecin de campagne moderne, chargé de soigner toutes les plaies sociales, de répondre à toutes les questions".

La 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. En définitive, devant la prolifération des textes normatifs, la part d'interprétation de la loi qui incombe au juge augmente naturellement. Ce dernier est amené à exercer une forme de suppléance du législateur .

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. Qu'il s'agisse de l'article 2044

du Code civil belge, de l'article 1965 du Code civil italien, de l'article 1809 du code civil espagnol, de l'article 1248 du code civil portugais ou de l'article 2044 du Code civil français, la transaction est omniprésente en droit privé. 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 parties.

Dans le même temps, les MARL apparaissent globalement comme une technique de déjudiciarisation. 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 allégement car elles seront moins nombreuses et donc plus rapides. Les MARL peuvent également trouver de multiples moments où 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".

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 Loïc Cadet , "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 légitimisme 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 le qualifier 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. Une première solution consiste à ne rien faire, ce qui entraîne le développement, hors de l'institution judiciaire, d'un marché des modes alternatifs de règlement des conflits. C'est une philosophie, libérale, qui fait de la société civile le lieu de la justice naturelle. Dans une autre conception, il est cependant permis de considérer que l'État manque alors à sa mission qui est d'offrir à chacun le droit d'obtenir justice d'un tiers impartial spécialement institué à cet effet. Le droit au juge, qui est une liberté fondamentale consacrée depuis un demi-siècle par les conventions internationales, impose le libre accès à la justice et suppose, par conséquent, des dispositifs d'aide légale. L'exercice, cependant, a ses limites car tout système d'aide au financement de l'action en justice favorisant le recours au juge accroît nécessairement la spirale inflationniste des coûts de justice. De vertueux, le cercle devient alors vicieux. L'expérience anglaise de l'aide légale en fournit une illustration topique, mais la France également en porte les stigmates qui conduisent, depuis une dizaine d'années à peine, à l'expression d'un discours valorisant les modes alternatifs de règlement des conflits et à la définition

d'une politique qui, pour contrarier l'effet judiciaire du système d'aide légale, propose d'en étendre le bénéfice aux modes de solution transactionnelle des litiges".

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 vieux 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 selon des schémas de cumul de "files d'attente". 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). 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 négociation. 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 consécrations 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”.

La loi de décembre 1998 marque donc une nouvelle étape dans la maîtrise et la régulation des flux de contentieux en encourageant le développement des solutions négociées. L'article 1er de la loi vise en effet à favoriser la transaction avant tout procès. Mode amiable de résolution des conflits, la transaction constitue un accord négocié entre des personnes pour mettre fin

à leur différend en faisant des concessions réciproques. Elle a été définie et réglementée par le Code civil (article 2044 et suivants) : "La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître". La grande nouveauté réside dans le fait que la transaction doit pouvoir intervenir avant la saisie d'une juridiction qu'elle soit civile, pénale ou administrative. Pour cela, il a été décidé que chacune des parties à un litige aura la possibilité de se faire assister par un avocat. Le problème posé ici est celui de la rétribution des services de l'avocat en cas de transaction avant procès. Le système antérieurement en vigueur permettait une rétribution au titre de l'aide juridictionnelle de l'avocat qui est parvenu à une transaction en cours d'instance. Cela suppose donc la saisie préalable d'une juridiction. La loi prévoit désormais la possibilité d'accorder l'aide juridictionnelle, non seulement pour tout ou partie d'une instance, mais également en vue de parvenir à une transaction avant l'introduction de l'instance.

Le projet s'intéresse à l'efficacité de cette réforme de la Justice. Plus précisément, il souhaite vérifier 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 ? Une telle interrogation revêt un intérêt particulier au regard des travaux récents consacrés à l'analyse économique de la résolution des litiges et notamment ceux de Hugh Gravelle (1995) consacrés au marché de la justice en grande Bretagne. Dans ces articles, l'auteur développe un modèle de la demande de procès où il compare le rationnement de la demande de justice par les prix au rationnement par les quantités. Il étudie plus spécialement le système de la Common Law et parvient à la conclusion assez provocatrice que le rationnement par les délais d'accès aux tribunaux (rationning trials by waiting), pourrait être un mode de régulation plus efficace que le rationnement par les prix.

Traditionnellement, l'étude des marchés de biens et services pour lesquels

il y a une demande excédentaire aboutit au fait que le rationnement par les files d'attente est inefficace. Considérons par exemple un marché sur lequel les consommateurs demandent au moins une unité d'un bien alors que le prix de ce bien est fixé en deçà du niveau d'équilibre sans rationnement et que l'offre est allouée sur la base d'une règle "premier arrivé, premier servi". Le prix "complet" que les consommateurs doivent payer pour ce bien est la somme du prix monétaire et du temps passé dans la file d'attente. Le délai d'équilibre est alors tel que le nombre d'unités demandé au prix complet est égal à l'offre. Une augmentation du prix monétaire, alors que l'offre est constante, réduira automatiquement la longueur de la file d'attente. Le "prix complet" d'équilibre du bien sera inchangé et les consommateurs ne seront ni mieux, ni moins bien lotis. Les offreurs seront mieux puisque leur revenu aura augmenté sans que leurs coûts ne soient affectés. Le gain en terme de bien-être correspond à la réduction du temps passé dans la file d'attente par les consommateurs et cette valeur est égale au revenu supplémentaire résultant de l'augmentation du prix.

L'inefficacité du rationnement par les délais pour de tels biens apparaît dans la mesure où le temps passé à attendre se traduit par une perte pour les consommateurs qui n'est jamais compensée par un gain pour les offreurs. A l'inverse, le rationnement par le prix n'impose pas de perte : le paiement fait par le consommateur est entièrement versé à l'offreur.

Si la justice était un bien comme les autres, cet argument suggérerait que le prix des procès devrait être augmenté jusqu'à ce qu'il n'y ait plus aucun encombrement des tribunaux et donc plus aucune perte sociale. Le problème réside dans le fait que 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 réplication 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.

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 difficultés 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 responsabi-

lité 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 prédition 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 croyances des "joueurs" à propos de l'issue du procès. Les jugements peuvent ainsi résulter des stratégies de négociation optimale des deux parties.

Dans la plupart des modèles, une partie a la possibilité de faire une proposition d'arrangement que la partie adverse est libre d'accepter ou de rejeter. L'hypothèse cruciale porte alors sur la partie qui fait la proposition. Deux catégories de modèles ont été développées par les économistes. D'un côté, les modèles de filtrage où 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. D'un autre côté, lorsque la partie la mieux informée joue en premier, l'information privée peut être transmise dans le cadre de modèles de signal.

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). On insistera 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. Les Etats-Unis ont par exemple expérimenté avec un certain succès le système

des "mini-procès". Les études réalisées jusqu'ici par les spécialistes de droit et d'économie dans une optique comparative sont peu nombreuses et comportent nécessairement des biais. Il n'existe pas, d'abord, d'analyses exhaustives de la propension à recourir aux voies non juridictionnelles de résolution des litiges (en fonction des pays, de la nationalité des justiciables, etc). Par ailleurs, l'examen des conditions de réalisation des accords dans le cadre d'un "droit négocié" (montant des transactions, date des accords, dispositifs contractuels) reste peu développé. Enfin, aucune comparaison internationale sur la base d'une grille de lecture uniforme n'est disponible. Le recours aux méthodes économétriques à partir des données disponibles auprès des différentes instances nationales (Ministère de la Justice, Department of Justice) devait permettre de mieux appréhender et les pratiques non juridictionnelles et les facteurs qui les influencent.

- 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 décomposée 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 efforcés de présenter de façon aussi synthétique que possible les fondements de l'analyse économique des conflits ju-

ridiques 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 souci 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 interrogés 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 proposent 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 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 Nou-

veau 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'il 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 heurtés 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 international. 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 organisées, 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.

La plupart des développements présentés dans le présent rapport ont fait l'objet de publications dans des revues nationales ou internationales consacrées à l'économie du droit. Ces travaux sont en partie le résultat de rencontres organisées au cours des années 1999 et 2000 avec :

Le Procureur Général près de la Cour d'Appel de Nancy  
Le Président du TGI de Nancy  
Des conciliateurs et médiateurs  
L'Université de Liège  
L'Université de Maastricht  
L'Université de Manchester  
L'Université de Montréal  
Le Président de la Cour d'Appel de Toulouse  
La Présidente de la Chambre sociale de la Cour d'Appel de Grenoble  
L'European Association of Law and Economics  
Le Service statistique de la Chancellerie du Ministère de la Justice  
Des communications portant de sceau du GIP ont également été faites :

Journées d'Economie Publique, Brest, juin 1999

16èmes Journées de l'European Association of Law and Economics, Milan,  
septembre 1999

Conférence de Paris du Droit et de l'Economie, Paris, novembre 1999

Séminaire "droit et économie" de l'Université de Paris 1, mars 2000

Journées de Microéconomie Appliquée, Québec, mai 2000

Colloque "l'économie du droit dans les pays de droit civil", Nancy, juin  
2000

17èmes Journées de l'European Association of Law and Economics, Gand,  
septembre 2000

Table ronde "Economie du droit", ENS Cachan, janvier 2001

# Introduction générale

Lors d'une communication au conseil des ministres, le 29 octobre 1997, Madame E. Guigou, Garde des Sceaux Ministre de la Justice, s'exprimait en ces termes : "La confiance en la justice est l'ossature d'une nation. Toute société a besoin d'une justice garante des libertés, efficace et impartiale : efficace pour garantir la sécurité des gens, impartiale pour que vive le système de valeurs commun. Quand le doute s'installe, la société toute entière peu à peu se déchire. Depuis des années, en dépit de certains progrès, la société française, toutes opinions confondues, n'est plus satisfaite de sa justice".

Force est de constater que cette insatisfaction à l'égard de la justice est manifeste. Les justiciables expriment, en effet, un sentiment de défiance envers une justice qu'ils qualifient de "lente, onéreuse, complexe et peu accessible" tandis que les professionnels du droit, en particulier les magistrats, se plaignent de "la surabondance des affaires à traiter"<sup>1</sup>. Il en résulte "une crise avérée de la justice dans sa triple fonction de production, de symbole et de régulation"<sup>2</sup>.

Les maux dont souffre la justice depuis plusieurs années expliquent ces sentiments de défiance et d'insatisfaction. Deux rapports récents dressent un état des lieux de la justice plutôt préoccupant. En 1997, la mission d'information de la commission des lois au sénat, chargée d'évaluer les moyens de la justice a, en effet, publié un rapport dans lequel elle fait le constat de "l'asphyxie des juridictions qui ne survivent qu'au prix de taux moyen de classement sans suite des affaires élucidées proches de 50 % et de délais de jugement moyens croissants au civil"<sup>3</sup>. La situation préoccupante de la justice civile est confirmée par le rapport Coulon [1997] selon lequel "le volume des affaires portées devant les juridictions et la durée des instances qui en découle

---

<sup>1</sup>Ces conclusions sont issues d'un sondage réalisé, en 1997, auprès de 1042 personnes et de 21 professionnels du droit et de la Justice, par le Groupement d'Intérêt Public "Mission de Recherche Droit et Justice" (*Les Français et la Justice*, GIP "Mission de recherche Droit et Justice", 1997).

<sup>2</sup>COULON J.-M. [1997], *Réflexions et Propositions sur la Procédure Civile*, Rapport au Garde des Sceaux Ministre de la Justice, La Documentation Française, p. 14.

<sup>3</sup>JOLIBOIS C. ET FAUCHON P. [1997], *Quels Moyens pour quelle Justice ?*, Mission d'information de la commission des lois chargée d'évaluer les moyens de la justice, Les rapports du Sénat, p. 7.

laisseront à penser que la justice sera probablement paralysée, essentiellement au niveau des cours d'appel, en l'an 2000" ; il ajoute que "le délai d'écoulement du stock devant les tribunaux de grande instance risque également de s'accroître notablement dans les cinq prochaines années"<sup>4</sup>.

Ce constat d'une justice encombrée, voire engorgée, qui rencontre de grandes difficultés pour assurer son rôle de régulation et de préservation de la paix sociale, a incité les deux derniers gouvernements qui se sont succédés à s'engager dans une réforme profonde de la justice, concernant à la fois la justice pénale (en particulier par le développement de la médiation pénale) et la justice civile, sur laquelle portera exclusivement notre intérêt. La nécessité de trouver des moyens pour désengorger les tribunaux est, en outre, une nécessité imposée par la Convention Européenne des droits de l'homme puisqu'il faut éviter que la lenteur des tribunaux ne se traduise en un déni de justice. Comme l'explique Perrot [1999], il faut alors "se résigner à penser qu'on ne peut pas, en présence de la masse contentieuse qui submerge nos juridictions, procéder aujourd'hui comme on procédait hier, sous peine de mettre à rude épreuve l'impératif du délai raisonnable que nous impose la Convention Européenne des droits de l'homme".

La volonté de réformer la justice civile a été affirmée dès 1995, lorsque Monsieur Jacques Toubon, alors Garde des Sceaux Ministre de la Justice, a chargé Monsieur Jean-Marie Coulon, Président du Tribunal de Grande Instance de Paris, de mener une mission de réflexion et de propositions sur la procédure civile. Les premières concrétisations de la réforme de la justice civile sont finalement apparues en 1998. L'adoption de la loi du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits et l'application depuis le 1<sup>er</sup> mars 1999 du décret n°98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le code de l'organisation judiciaire et le nouveau code de procédure civile marquent, en effet, le début de cette réforme très attendue<sup>5</sup>. Large- ment inspirée des conclusions du rapport Coulon, elle en reprend certaines des propositions. En particulier, le décret du 28 décembre 1998 redéfinit les

<sup>4</sup> COULON J.-M. [1997], *Réflexions et Propositions sur la Procédure Civile*, Rapport au Garde des Sceaux Ministre de la Justice, La documentation Française, pp. 14-15.

<sup>5</sup> "Cet important décret était attendu depuis longtemps, il aura vu le jour en hiver, pour entrer en vigueur à la veille du printemps, très exactement le 1<sup>er</sup> mars 1999" (PERROT R. [1999], *Le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le code de l'organisation judiciaire et le nouveau code de procédure civile*, Les mensuels spécialisés du Juris-Classeur, Editions du Juris-Classeur, n° 3, p. 3).

compétences des juridictions<sup>6</sup>, modifie le seuil de compétence des tribunaux d'instance en matières personnelles et mobilières<sup>7</sup> et ambitionne de favoriser le règlement amiable des litiges<sup>8</sup>, y compris après la saisine du juge<sup>9</sup>.

La recherche d'un plus grand recours au règlement amiable des litiges constitue l'objectif central de la réforme de la justice civile ; “la négociation doit constituer non seulement une alternative au jugement mais aussi et surtout au procès lui-même”<sup>10</sup>. En d'autres termes, les accords amiables doivent pouvoir être conclus et facilités à la fois avant et après la saisine du juge. La recherche d'une solution amiable des litiges a cependant toujours eu la faveur du droit, soutenue par l'idée “qu'il n'est meilleure justice que celle que les parties s'administrent elles-mêmes”<sup>11</sup>. Après la Révolution, étaient ainsi apparus les juges de paix (loi des 10 et 24 août 1790) qui avaient pour mission essentielle de concilier les parties et seulement à défaut, de juger sans frais leurs différends. Le nouveau code de procédure civile a réaffirmé le rôle du juge dans l'obtention d'un accord amiable, “puisque il entre dans la mission du juge de concilier les parties” (art. 21 du NCPC). La résolution amiable des litiges est également recherchée par l'intervention de tiers neutres dont le rôle est de faciliter la conclusion des accords amiables. Le décret du 20 mars 1978 a ainsi donné naissance aux conciliateurs de justice dont le rôle est de concilier les parties en-dehors de toute procédure judiciaire tandis que

---

<sup>6</sup>Selon l'article 2 du décret, les contestations en matière de baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou commercial régis par le décret n°53-960 du 30 septembre 1953 sont exclues de la compétence du tribunal d'instance.

<sup>7</sup>Le tribunal d'instance est désormais compétent en matières personnelles ou mobilières, en dernier ressort jusqu'à 25000 Francs et à charge d'appel jusqu'à 50000 Francs (art. R.\*321-1 du code de l'org. jud.). Avant ce décret, ces plafonds étaient respectivement de 13000 Francs et 30000 Francs.

<sup>8</sup>L'article 1441-4 est ajouté au NCPC ; il prévoit que “le président du tribunal de grande instance, saisi sur requête par une partie à la transaction, confère force exécutoire à l'acte qui lui est présenté”.

<sup>9</sup>Les articles 840 et 847 du NCPC permettent désormais au juge, avec l'accord des parties et sans formalités particulières, de désigner un conciliateur pour procéder à la tentative de conciliation. Une distinction nette est également opérée entre la radiation qui sanctionne désormais uniquement le défaut de diligence des parties et le retrait du rôle qui est ordonné lorsque toutes les parties en font la demande écrite et motivée (art. 381 et 382 du NCPC).

<sup>10</sup>Discours de Madame E. Guigou, Garde des Sceaux Ministre de la Justice, devant l'Assemblée Nationale, le mercredi 9 décembre 1998.

<sup>11</sup>ROLAND H. ET BOYER L. [1992], *Adages du droit français*, Litec, 3<sup>ème</sup> édition, , p. 435.

la loi du 8 février 1995 a institué la médiation et la conciliation judiciaires afin d'encourager les règlements amiables après la saisine du juge.

L'existence de ces modes alternatifs de règlement des litiges ne semble cependant pas suffire à désinciter les justiciables à recourir au juge pour trancher leurs litiges. Il est donc nécessaire de trouver des mesures d'incitation au règlement amiable. Plutôt que de créer de nouveaux modes alternatifs de règlement des litiges, l'option choisie consiste à privilégier les modes existants en leur donnant une nouvelle impulsion, afin que les justiciables y recourent davantage que par le passé. L'objectif de la réforme actuelle consiste alors à favoriser le passage "d'un ordre juridique imposé à un ordre juridique négocié"<sup>12</sup> par deux moyens essentiellement. D'une part, l'information des justiciables sur leurs droits et leurs obligations mais aussi sur la panoplie des solutions offertes pour régler leur litige doit être améliorée. La mission d'information des justiciables en matière civile est confiée aux conseils départementaux d'aide à l'accès au droit qui doivent non seulement exercer une mission d'accueil des justiciables mais également participer à l'effort de maîtrise de régulation des flux de contentieux par une "mission nouvelle de développement et d'animation des modes alternatifs de règlement des conflits"<sup>13</sup>. D'autre part, il s'agit de permettre aux plus démunis de régler leur conflit à l'amiable, grâce à l'élargissement de l'aide juridictionnelle aux transactions conclues avant l'instance. Ainsi, ces justiciables pourraient profiter des services d'un avocat sans être contraints d'intenter une action en justice, comme l'imposait la loi du 10 juillet 1991. Le résultat attendu de cette mesure est un plus grand recours aux modes alternatifs en permettant aux parties d'être conseillées par un avocat sur l'opportunité d'un accord, avant toute saisine du juge.

En définitive, deux constatations peuvent être faites. D'une part, la réforme de la justice civile met l'accent sur le justiciable. Par conséquent, elle est essentiellement orientée sur la demande de justice, même si des politiques d'offre participent également à la régulation du marché de la justice<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> CADIET L. [1997] *Découvrir la Justice*, Dalloz Orientation, Dalloz, p. 66.

<sup>13</sup> Projet de loi relatif à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits, présentation en conseil des ministres, mercredi 3 juin 1998.

Les conseils départementaux d'aide à l'accès au droit devaient initialement porter le nom de "conseils départementaux d'aide à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits".

<sup>14</sup> Les améliorations du côté de l'offre de justice se traduisent essentiellement par la création de 212 postes de magistrats dans les juridictions judiciaires et la réorganisation

Son objectif principal est en effet d'inciter les individus à se détourner de la solution judiciaire classique qu'est le jugement au profit d'une solution extra-judiciaire fondée sur la négociation. La satisfaction de cet objectif nécessite de s'interroger sur les motivations individuelles du recours aux tribunaux. La microéconomie a pour objet l'étude des comportements individuels. L'analyse économique est en effet définie par Robbins comme "la science qui étudie le comportement de l'homme à travers la relation entre ses fins et les ressources rares dont il dispose, dans le choix de ses actions"<sup>15</sup>. Dans un contexte de crise de la justice civile française, l'analyse économique du règlement des conflits contribue ainsi à mieux comprendre le comportement des justiciables en conflit.

D'autre part, la réforme de la justice civile ambitionne de répondre à une demande croissante de justice par un recours accru aux modes alternatifs de règlement des litiges, en mettant l'accent sur l'information des justiciables. La question est alors de savoir dans quelle mesure l'information des justiciables joue un rôle dans la détermination de l'issue du litige.

Les justiciables en conflit sont soumis à deux problèmes d'information. Le premier concerne l'incertitude sur la loi ou sur les droits<sup>16</sup>, le second, l'incertitude sur le type de l'adversaire.

Dans le premier cas, *l'incertitude relative à la loi* empêche l'émergence d'un accord. Si les droits étaient clairement définis, les parties devraient théoriquement parvenir à s'entendre. D'après Coase [1960], en effet, en présence d'un externalité, dès lors que les droits de propriété sont clairement définis et si les coûts de transaction sont nuls, les parties parviennent à un accord économiquement efficient sans que le juge n'ait besoin d'intervenir. Dans le cadre de notre étude, le droit de propriété peut être assimilé au droit à être indemnisé pour le préjudice subi, sachant que Coase fait l'hypothèse de la réciprocité des torts et donc des préjudices<sup>17</sup>. La condition d'une affectation initiale des droits, connue des deux parties, est la condition nécessaire à l'obtention d'un accord même si celui-ci est efficient quelle que soit l'affectation des droits. En d'autres termes, la façon dont les droits sont répartis entre les

---

de la carte judiciaire.

<sup>15</sup> ROBBINS L. [1935], *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, 2<sup>ème</sup> édition, Macmillan and Company.

<sup>16</sup> "Souvent le litige naît d'un doute sur l'application de la règle de droit" (CORN G. ET FOYER J. [1996], *Procédure Civile*, Thémis Droit Privé, PUF, p. 38).

<sup>17</sup> COASE R. [1960], *The Problem of Social Cost*, The Journal of Law and Economics, 3, p. 2.

parties n'importe pas mais il est nécessaire, pour qu'un accord soit possible, que le droit soit initialement attribué à l'une des parties<sup>18</sup>. L'affectation des droits est essentielle parce qu'elle a des conséquences redistributives ; elle détermine, en effet, la partie qui doit verser une compensation à l'autre. Si le titulaire du droit subjectif n'est pas clairement identifié en raison d'une difficulté d'interprétation de la loi, les parties ne parviendront pas à conclure un arrangement puisqu'elles seront en désaccord sur celui qui doit verser la compensation à l'autre. Le recours au juge va alors permettre d'identifier le titulaire du droit subjectif, l'action en justice étant définie comme "le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention" (art. 30 du NCPC). L'incertitude sur le titulaire du droit peut donc justifier le recours au juge. Toute mesure visant à améliorer l'information des justiciables sur leurs droits devrait donc contribuer à limiter la demande de justice.

La parfaite connaissance du titulaire d'un droit subjectif ne suffit cependant pas à garantir la conclusion d'un accord. L'application du théorème de Coase nécessite, en outre, que les coûts de transaction soient nuls. En présence de coûts de transaction positifs, l'accord est conclu uniquement si les gains retirés de l'accord excèdent les coûts nécessaires à sa conclusion<sup>19</sup>. La présence de coûts de négociation (notamment dus à la consultation d'avocats, au temps consacré aux pourparlers, à la nécessité de négocier avec des adversaires multiples, ...) peut empêcher l'émergence d'un accord entre les parties, s'ils s'avèrent supérieurs au gain retiré de l'accord. Le conflit ne sera cependant pas nécessairement porté devant le juge ; le demandeur intentera une action en justice uniquement si ses gains escomptés au jugement sont

---

<sup>18</sup>Selon Coase "*It is necessary to know whether the damaging business is liable or not for damage caused since without the establishment of this initial delimitation of rights there can be no market transactions to transfer and recombine them. But the ultimate result (which maximises the value of production) is independent of the legal position if the pricing system is assumed to work without cost*" . Il ajoute "*of course, if market transactions were costless, all that matters (questions of equity apart) is that rights of various parties should be well-defined and the results of legal actions easy to forecast*"(COASE R. [1960], *The Problem of Social Cost*, The Journal of Law and Economics, 3, p. 8 et 19).

<sup>19</sup>"Once the costs of carrying out market transactions are taken into account it is clear that such a rearrangement of rights will be undertaken when the increase in the value of production consequent upon the rearrangement is greater than the cost which would be involved in bringing it about" (COASE R. [1960], *The Problem of Social Cost*, The Journal of Law and Economics, 3, p. 16).

inférieurs à ses coûts (i.e. si le jugement permet au demandeur d'obtenir un gain net) puisque, dans le cas inverse, l'abandon sera préféré.

L'analyse de Coase présente une autre limite. Le fait que les deux parties soient convaincues des bénéfices d'un accord peut en effet ne pas suffire à sa conclusion. Si l'une des parties tente de s'accaparer la totalité ou la majeure partie des gains retirés de l'accord, les négociations peuvent échouer. Posner [1992] estime d'ailleurs que les négociations menées en vue de conclure un arrangement constituent un exemple type de monopole bilatéral, où chaque partie s'efforce de récupérer la part la plus importante du surplus que l'arrangement génère par rapport au jugement<sup>20</sup>. L'absence de consensus sur le partage du surplus coopératif peut ainsi conduire à l'échec des négociations alors même que les parties sont conscientes de l'avantage d'un arrangement.

*L'incertitude sur le type de l'adversaire* est également source de recours au juge, les parties pouvant chercher à profiter d'un avantage informationnel pour adopter des comportements stratégiques<sup>21</sup>. Les travaux d'Akerlof [1970] ont, en effet, montré que les asymétries d'information peuvent causer l'échec des négociations entre les parties. La seule façon de se préserver consiste alors pour l'adversaire à recourir au juge<sup>22</sup>. Le problème d'anti-sélection auquel est soumis la partie non-informée empêche la conclusion de l'arrangement parce qu'elle est exposée au risque de conclure un accord contraire à ses intérêts, victime des comportements stratégiques de l'autre partie. A la question allocative de la détermination du titulaire du droit subjectif s'ajoute donc des considérations distributives qui peuvent empêcher l'émergence des accords<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> POSNER R. [1986], *Economic Analysis of Law*, 4<sup>ème</sup> édition, Little, Bown and Company, p. 555.

<sup>21</sup> Selon Ayres et Talley [1995], les asymétries d'information peuvent être considérées comme une "forme de coûts de transaction particulièrement pernicieuse [...] dans un contexte légal où les parties doivent négocier sur des marchés étroits dans lesquels les négociateurs ont de fortes incitations à duper leur adversaire pour récupérer la "plus grosse part du gâteau [...] ces incitations conduisent souvent à des stratégies opportunistes prévisibles" (AYRES I. ET TALLEY E. [1995], Solomonic Bargaining: Divinding a Legal Entitlement to Facilitate Coasean Trade, *The Yale Law Journal*, 104, p. 1030).

<sup>22</sup> Cornu et Foyer [1996] considèrent la mauvaise foi comme l'une des causes principales de l'occurrence des litiges. Ils estiment, en effet, que "la malignité suscite seule, la querelle, soit que l'une émette une prétention téméraire, qu'il sait pertinemment mal fondée, par esprit de chicane ou pour obtenir un avantage sans droit, soit que l'autre oppose à une prétention qu'il sait légitime, une résistance purement dilatoire, tactique ou malveillante" (CORNU G. ET FOYER J. [1996], *Procédure Civile*, Thémis Droit Privé, PUF, p. 38).

<sup>23</sup> Selon Van Den Bergh [1988], "on qualifie d'activités stratégiques celles portant atteinte

Cooter [1982] explique ainsi que l'objectif d'un négociateur adroit est de convaincre les autres qu'il agit dans leur intérêt alors qu'il agit dans son propre intérêt. Il en conclut que l'erreur de Coase est de considérer les coûts de négociation, plutôt que la nature stratégique des négociations, comme l'obstacle à la coopération<sup>24</sup>. L'adoption de comportements stratégiques peut conduire à l'échec des négociations parce que chaque partie va s'efforcer de récupérer la majeure partie de l'enjeu du litige<sup>25</sup>. Chacune va ainsi ajuster sa stratégie en comparant l'augmentation du gain attendu d'un accord plus favorable à ses intérêts avec l'élévation de la probabilité d'échec des négociations (Cooter et Rubinfeld [1989]).

Les problèmes d'information des justiciables étant soupçonnés par les autorités publiques d'être l'une des causes principales de l'encombrement des juridictions civiles françaises et les économistes ayant démontré leur rôle central dans l'échec des négociations, une analyse économique du règlement des conflits appliquée au droit civil français se justifie. L'avantage de mener une analyse économique réside, en outre, dans le fait que les économistes du droit spécialistes des conflits présentent l'incertitude sur le droit (Miceli [1997]) et sur le type de l'adversaire (P'ng [1983], Bebchuk [1984], Spier [1992], Deffains [1997]) comme les causes de l'échec des négociations. L'analyse économique des conflits juridiques est en effet composée de deux courants qu'il est possible de rattacher à chacune de ces incertitudes. Le courant "optimiste" considère, plus précisément, que l'échec des négociations entre des parties en conflit est dû à un optimisme excessif des parties sur leurs chances de victoire au procès ou sur le montant des réparations accordées par le juge. La cause de cet optimisme n'est pas clairement explicitée par les auteurs partisans de ce courant mais Miceli [1997] estime qu'il peut être dû à une incertitude sur la loi qui conduit les parties à commettre des erreurs d'estimations sur le résultat du jugement.

Le courant "stratégique", pour sa part, est fondé sur l'idée que les parties à l'efficacité économique au sens d'allocation optimale des biens rares parce que l'agent économique mêle à ses décisions des considérations de nature distributive" (VAN DEN BERGH R. [1988], *Le Droit face à l'Analyse Economique du Droit*, Revue Internationale de Droit Economique, p. 237).

<sup>24</sup> COOTER R. [1982], The Cost of Coase, *The Journal of Legal Studies*, 11, p. 23.

<sup>25</sup> Kennan et Wilson [1993] expliquent que l'analyse économique fait l'hypothèse que chaque partie essaye impitoyablement de maximiser son gain privé à travers l'échange et que la vérification de cette hypothèse signifie que l'information privée doit avoir de profondes implications sur les négociations.

détiennent des informations privilégiées dont elles tentent de profiter pour soutirer à leur adversaire un arrangement plus favorable que celui auquel elles pourraient prétendre en information complète. Notre analyse consistera à utiliser ces deux approches pour justifier l'occurrence des jugements et prévoir l'effet de différentes règles sur le comportement des justiciables.

L'analyse économique des conflits juridiques se développe depuis quelques années dans les pays de tradition romano-germanique (Jost [1995] et Kirstein [1998] ont proposé des travaux fondés sur le système allemand, Mühl et Verreeck [1998] s'intéressent à la durée de résolution des litiges dans les tribunaux belges) mais demeure encore peu étudiée en France (Deffains [1997]). L'approche du droit civil français proposée est par conséquent nouvelle. Elle est en outre originale (elle consiste à appliquer les outils de l'analyse microéconomique au système judiciaire) puisqu'elle suppose que la plupart des conflits ont une dimension économique. A chaque conflit peut en effet être associé un enjeu qui peut être traduit en termes monétaires et des coûts de résolution qu'à la fois les parties et la société s'efforcent de minimiser. Cette perception nécessite cependant de définir précisément la notion de conflit. En droit, le conflit est à l'origine du litige. Pour notre part, nous n'opérerons pas de distinction entre les deux termes. Selon Cornu et Foyer [1996], "le litige est un désaccord de volonté relativement à un objet [...]. De même que le contrat est concours de volontés, le litige est conflit de volontés. Une prétention émise provoque en réponse un refus. A l'échange des consentements correspond, ici, l'émission d'un défi suivi d'un refus"<sup>26</sup>. L'élément déterminant du conflit est ainsi la présence d'un différend opposant deux parties. Ce conflit les constraint à trouver une solution pour y mettre fin, l'arrangement obligeant chacune à faire des concessions tout en assurant la défense de ses intérêts. L'existence d'un différend ne suffit cependant pas à notre analyse puisqu'il faut, en outre, qu'il ait un caractère juridique c'est-à-dire qu'il "porte sur un objet susceptible d'être accordé par le juge en vertu du droit"<sup>27</sup>. En définitive, les litiges qui rentrent dans le cadre de notre étude sont ceux pour lesquels il existe un désaccord entre les parties susceptible de les mener au jugement. En conséquence, tous les litiges qui relèvent de la matière gracieuse sont exclus de notre analyse puisqu'ils ne sont pas fondés sur un désaccord entre les parties. La volonté de justifier l'issue des litiges en fonction du choix des parties entre l'arrangement et le jugement nous conduit également à écarter tous les litiges

<sup>26</sup>CORNU G. ET FOYER J. [1996], *Procédure Civile*, Thémis Droit Privé, PUF, pp. 41-42.

<sup>27</sup>CORNU G. ET FOYER J. [1996], *Procédure Civile*, Thémis Droit Privé, PUF, pp. 41-42.

portant sur des droits indisponibles, sur lesquels il est impossible de transiger (lorsque le litige concerne le droit des personnes ou porte atteinte à l'ordre public).

Le recours à une analyse économique justifié et la notion de conflit expliquée, la notion de règlement des conflits doit être précisée. Nos analyses sont fondées sur l'idée que les conflits peuvent être résolus de deux façons : soit par un accord amiable entre les parties, soit par un jugement prononcé par le juge. En d'autres termes, nous considérons que les parties sont confrontées à une alternative : l'arrangement ou le jugement. La résolution amiable est d'abord envisagée comme le résultat possible d'une négociation libre entre les parties. La négociation par représentant qui fait intervenir les avocats dont la mission de conseil les conduit à jouer un rôle actif dans le choix du mode de règlement du litige, est ensuite explorée. L'influence de tiers neutres facilitant l'obtention des accords est enfin envisagée à travers une étude des modes alternatifs de règlement des litiges dont l'objectif est de déterminer les raisons qui peuvent inciter des parties à recourir à la médiation, la conciliation ou l'arbitrage plutôt qu'à la libre négociation et au jugement.

L'analyse économique du règlement des conflits consiste également à appliquer les outils d'analyse de l'économie du droit au choix entre l'arrangement et le jugement dans le cadre du droit civil français. Il s'agit plus précisément de montrer que les outils d'analyse développés par les économistes du droit pour étudier les conflits ne sont pas limités au cadre restrictif de la *Common Law* et que les spécificités du droit civil français peuvent être intégrées dans les modèles. En particulier, nous montrerons empiriquement que les prédictions des économistes des conflits sur la durée de résolution des litiges par voies juridictionnelles et non-juridictionnelles sont vérifiées en droit civil français. Nous mènerons également une analyse comparative de différentes règles américaine, anglaise et française d'allocation des coûts de procès afin de déterminer la plus apte à satisfaire les objectifs de minimisation du nombre de poursuites judiciaires et de maximisation du taux d'arrangement, définis en vue de réduire l'encombrement des juridictions civiles françaises. Ces analyses comparatives porteront sur l'aide financière à l'accès au droit (l'influence de l'honoraire de résultat sur le recours au juge sera comparée avec celle de l'aide juridictionnelle), sur l'allocation des coûts de procès entre les parties (l'influence de la règle française de condamnation aux dépens sur les négociations sera comparée à celle des règles anglaise et américaine) ainsi que sur le mode de rémunération des avocats (l'honoraire

de résultat sera confronté aux honoraires au temps passé et forfaitaires afin de déterminer le type d'honoraires le plus favorable au règlement amiable des litiges).

L'analyse proposée s'inscrit dans une perspective d'aide à la décision publique par une prédiction des effets à attendre de différentes mesures incitatives. En ce sens, elle est essentiellement de nature positive<sup>28</sup>. Il ne s'agit cependant pas de mener une analyse positive telle que la conçoit Posner pour la *Common Law*, en démontrant que le droit civil promeut plus ou moins implicitement l'efficience économique<sup>29</sup>. Notre analyse poursuit plutôt l'objectif de prévoir les effets d'un changement de règle sur le comportement des justiciables, conformément au "premier objectif de l'analyse économique du droit qui implique d'utiliser l'économie pour prédire les effets des règles juridiques"<sup>30</sup>. A l'instar de Van Den Bergh [1988], nous estimons en effet que "c'est comme instrument d'explication (analyse positive) plutôt que comme modèle de décision (analyse normative) que l'analyse économique du droit civil a en Europe un avenir prometteur".

Notre démarche présente néanmoins un caractère normatif, dans l'acception la plus faible de ce terme<sup>31</sup>. Notre approche consiste, plus précisément, à partir de l'idée que si l'objectif à atteindre est un objectif d'efficience économique alors telle règle de droit pourra apparaître préférable à telle autre. Il ne s'agit cependant en aucun cas d'adopter une approche normative forte imposant comme seul critère de choix des règles de droit un critère d'efficience économique<sup>32</sup>. Notre analyse ne prétend donc pas dicter ce qui devrait

<sup>28</sup>Pour Burrows et Veljanovski [199? ], "Positive economic analysis is used largely to make qualitative predictions [...] the techniques of positive economics are most relevant to legal impact studies [...] legal impact studies seek to identify and quantify the effects of law on measurable variables" (BURROWS P. ET VELJANOVSKI C. [199? ], Introduction : the Economic Approach to Law, in *The Legacy of Ronald Coase in Economic Analysis II*, chap. 1, p. 348).

<sup>29</sup>"A second important finding emerging from the recent law and economics research is that the legal system itself has been strongly influenced by a concern (more often implicit than explicit) with promoting economic efficiency [...] the legal system can best be understood as attempts, though rarely acknowledged as such, to promote an efficient allocation of resources" (POSNER R. [1975], Economic Approach of Law, *Texas Law Review*, **53**, p. 764).

<sup>30</sup>FRIEDMAN D., Law and Economics, *New Pelgrave*, **3**, p. 144.

<sup>31</sup>Cette conception est notamment celle développée par Calabresi et Melamed [1972] qui présentent l'efficience économique comme l'une des raisons de l'octroi d'un droit.

<sup>32</sup>Selon Burrows et Veljanovski [199? ], "the aim [of the normative economic analysis]

être en s'appuyant sur un critère d'efficience économique ; elle se présente plutôt comme un guide des décisions publiques, à travers la prévision de l'impact de différentes règles sur le comportement des justiciables et par la détermination des règles les plus aptes à satisfaire l'objectif de minimisation du coût social des conflits. Notre démarche est donc compatible avec la problématique actuelle des autorités publiques puisque la réforme de la justice s'appuie largement sur un argument d'efficience économique, même si la démarche est plus indicative qu'impérative. Plus précisément, dans la mesure où la justice apparaît comme un bien rare, parce que le budget qui lui est imparti n'est pas infini, il convient de trouver des moyens pour que les justiciables puissent faire valoir leur droit sans recourir au juge, l'idée étant que le règlement amiable des litiges est socialement moins coûteux que le jugement. La recherche de solutions alternatives au jugement apparaît dès lors comme un problème de minimisation du coût social de la résolution des conflits. Il en résulte que l'objectif public d'incitation à la négociation à la fois avant et après l'engagement de poursuites judiciaires correspond au critère d'efficience économique fondé sur la minimisation du coût social des conflits, recherché à travers la réduction du nombre de poursuites judiciaires et l'accroissement du taux d'arrangement.

Notre tâche consiste, en définitive, à prévoir l'effet de différentes réformes en déterminant leur impact sur la décision des parties de recourir au juge avec un objectif économique de minimisation du coût social des conflits. La satisfaction de cet objectif ne signifie cependant pas d'imposer l'accord amiable aux justiciables. Le recours au juge demeure et doit demeurer possible<sup>33</sup>. Il est en effet important pour les justiciables que le recours au juge n'exclut pas le règlement amiable comme il est important que le règlement amiable n'exclut pas le recours au juge<sup>34</sup>. L'arrangement doit alors être présenté comme une alternative au jugement dont les parties peuvent espérer retirer un gain (économie de temps, de coûts de procédure, honoraires plus faibles, ...). Comme l'explique Cadiet [1997], "le règlement amiable des litiges est moins une catégorie juridique aux frontières nettes et précises qu'un état

---

*is to identify situations in which these [the goals of private and social allocative efficiency] are not achieved and to prescribe corrective solutions*" (BURROWS P. ET VELJANOVSKI C. [1997]), Introduction: the Economic Approach to Law, in *The Legacy of Ronald Coase in Economic Analysis II*, chap. 1, p. 350).

<sup>33</sup>Le recours au juge est, de surcroît, souvent indispensable à l'émergence d'une transaction puisque le juge est le seul à pouvoir donner force exécutoire à l'accord des parties.

<sup>34</sup>CADIET L. [1997], *Découvrir la Justice*, Dalloz Orientation, Dalloz, p. 68.

d'esprit qui pousse à la recherche d'une solution des litiges qui soit acceptée, voire négociée entre les parties, directement ou non, plutôt qu'imposée par un juge institué par l'Etat". Les mesures incitatives envisagées doivent alors être orientées de façon à créer cet état d'esprit, sachant que les parties conclueront un accord uniquement si elles en retirent un bénéfice mutuel. L'analyse économique des conflits réfute en effet l'idée "qu'un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès"<sup>35</sup>. La notion de mauvais arrangement n'a pas de sens en économie dans la mesure où la transaction a lieu uniquement si elle améliore le bien-être des deux parties. Les mesures incitatives doivent donc être définies de façon à améliorer la perception des parties sur les avantages de l'arrangement par rapport au jugement.

Les modèles économiques de règlement des conflits ambitionnent de décrire et d'expliquer le déroulement et l'issue des litiges en insistant sur le comportement des parties durant la négociation. Les premières études portant sur le comportement des justiciables en conflit sont apparues au début des années soixante-dix, avec la publication de l'article de Landes [1971], rapidement suivie de la publication des articles de Gould [1973] et Posner [1973]. Cette première génération de modèles se caractérise par la proximité des analyses proposées qui reposent sur l'idée d'une erreur de perception des parties sur le surplus de la négociation, sans que la cause de cette erreur d'estimation soit clairement justifiée. Ces travaux sont présentés davantage comme des analyses d'aide à la décision plutôt que comme des théories sur le comportement de négociation des parties ; leurs auteurs sont, en effet, davantage préoccupés par l'évaluation de l'impact de différentes variables sur le choix entre l'arrangement et le procès que sur le processus de négociation en lui-même. Elles sont, en outre, fondées sur une hypothèse de "bonne foi" des parties, les propositions inadaptées (une proposition trop élevée pour le demandeur, une offre insuffisante pour le défendeur) s'expliquant par une erreur d'évaluation des parties et non par une volonté de profiter d'un avantage informationnel. L'optimisme des parties sur les gains attendus du procès suffit dans ce contexte à expliquer l'occurrence des jugements.

La parution des travaux de Cooter [1982] sur la nature stratégique des négociations a boulversé la conception traditionnelle du comportement des parties en conflit, même si d'autres auteurs, en particulier Shavell [1987], ont continué de développer une analyse fondée sur l'optimisme des parties.

---

<sup>35</sup> Proverbe populaire énoncé par Balzac dans les *Illusions Perdues*.

L'adoption de comportements stratégiques dans les négociations entre justiciables peut causer l'échec des négociations pour deux raisons. D'une part, ces comportements peuvent être à l'origine d'un problème de redistribution du surplus coopératif entre les parties (Cooter et Rubinfeld<sup>36</sup> [1989]) ; la perception du surplus coopératif ne suffit alors plus à garantir la conclusion de l'accord, contrairement aux conclusions de l'approche optimiste des conflits. D'autre part, les comportements stratégiques peuvent conduire à un désaccord entre les parties sur le partage de l'enjeu du litige (Cooter, Marks et Mnookin [1982]), la stratégie de chacune des parties consistant à mettre en balance une part plus grande de l'enjeu contre une probabilité plus élevée de procès (Cooter et Rubinfeld<sup>37</sup> [1989]). Il faut cependant attendre les travaux de P'ng [1983] et de Bebchuk [1984] pour voir apparaître véritablement un lien entre les asymétries d'information et l'adoption de comportements stratégiques. L'adoption de tels comportements est alors explicitement justifiée par la possession d'informations privilégiées sur les variables déterminantes du litige ; celles-ci permettent aux justiciables dotés d'informations défavorables de duper leur adversaire en adoptant des comportements mimétiques, consistant à se comporter comme les justiciables dotés d'informations favorables. Swanson et Mason [1988] résument parfaitement l'intuition qui se cache derrière ces modèles : "lors d'un conflit, lorsqu'une partie détient une information que l'autre ignore, il peut être rationnel pour la première d'attendre avant de révéler l'information de façon crédible. Retarder l'arrangement sera la stratégie préférée quand le coût de l'attente est compensé par le bénéfice de la crédibilité obtenue. Dans de nombreuses situations, les asymétries d'information peuvent être tellement importantes qu'elles empêchent la conclusion d'un accord".

Les travaux insistant sur l'adoption de comportements stratégiques par des justiciables dotés d'informations privées ont connu un essor considérable et constituent actuellement le cœur de l'analyse économique de la résolution des litiges. La théorie des jeux est utilisée afin de mieux appréhender le ré-

---

<sup>36</sup> "The problem of dividing the surplus created by settlement is a source of instability that can lead to bargaining breakdowns" (COOTER R. ET RUBINFELD D. [1989], Economic Analysis of legal Disputes and their Resolution, *Journal of Economic Literature*, 27, p. 1078).

<sup>37</sup> "The optimal strategy in settlement bargaining thus balances a larger share of the stakes against a higher probability of trial" (COOTER R. ET RUBINFELD D. [1989], Economic Analysis of legal Disputes and their Resolution, *Journal of Economic Literature*, 27, p. 1079).

sultat des interactions stratégiques, rendues plus complexes par le fait que des acteurs peuvent détenir des informations privilégiées ou présenter des caractéristiques ignorées de l'adversaire (Kennan et Wilson [1993], Rasmusen [1994], Baird, Gertner et Picker [1994]). Deux types de modèles sont alors privilégiés : des modèles de filtrage (Bebchuk [1984], Nalebuff [1987]) dans lesquels la partie non-informée fait la proposition d'arrangement et des modèles de signal (P'ng [1983], Reinganum et Wilde [1986]) dans lesquels l'offre de règlement amiable est formulée par la partie informée. L'approche stratégique constitue actuellement la branche principale de l'analyse économique des conflits juridiques puisque “désormais, l'étude des conflits juridiques se focalise sur les problèmes d'information et la façon dont ils affectent les règles gouvernant les négociations dans le cadre de jeux de filtrage ou de signal” (Deffains [1997]).

Notre objectif consiste à mieux comprendre le comportement des justiciables afin de pouvoir déterminer ensuite des mesures incitatives à la résolution amiable des litiges. Les modèles théoriques d'analyse économique des conflits sont alors utilisés afin de mieux appréhender le comportement des justiciables. Nous avons choisi de ne pas opérer de sélection entre les modèles optimistes et les modèles stratégiques pour deux raisons essentielles. La première est que nous estimons que ces modèles s'appliquent à deux catégories distinctes de justiciables qu'il est possible de rencontrer dans la réalité. Il nous semble, en effet, que toutes les parties ne se comportent pas stratégiquement. Bien que nul ne soit censé ignorer la loi, toutes les lois ne sont pas connues des justiciables. De surcroît, l'interprétation qui est faite de la loi peut différer entre les parties qui peuvent alors estimer chacune et de bonne foi, avoir de grandes chances de gagner le procès. Cette analyse nous semble cependant réservée à des justiciables peu expérimentés qui sont confrontés pour la première fois à un conflit. L'analyse stratégique, en revanche, nous semble mieux adaptée à des justiciables qui voient dans le conflit une façon de satisfaire leurs intérêts et qui adoptent une attitude calculatrice (l'analyse stratégique suppose que les individus comparent le gain d'une demande plus élevée avec le risque accru d'échec des négociations). Les informations privilégiées sont alors utilisées à des fins stratégiques, l'objectif étant d'obtenir un arrangement le plus favorable possible en trompant l'adversaire. De même que certaines parties peuvent être de “bonne foi”, d'autres sont de “mauvaise foi” et n'hésitent pas à duper leur adversaire. Dans la mesure où les deux types de comportements peuvent survenir dans la réalité, l'analyse du com-

portement des justiciables en conflit sera menée selon les deux approches. La seconde raison repose sur le fait que les modèles optimistes continuent d'être présents dans la littérature économique récente, en particulier à travers les travaux de Shavell [1997] mais également à travers tous les travaux relatifs à la controverse sur l'hypothèse de sélection<sup>38</sup> (Eisenberg [1990], Waldfogel [1995], Shavell [1996]). Renoncer à ces analyses reviendrait à se priver de leurs apports alors qu'ils peuvent contribuer à mieux comprendre les causes de l'échec des négociations.

En conséquence, nous utiliserons à la fois les modèles optimistes et stratégiques pour mieux appréhender le comportement des justiciables en conflit et déterminer les variables influentes sur la décision de conclure un accord. Dès lors, il sera possible de prédire les conséquences d'un changement de ces variables sur le comportement des parties. Un élargissement du champ de l'analyse économique des conflits en résultera. Traditionnellement limitée aux pays de *Common Law*, nos travaux permettront de l'étendre au droit civil français, en intégrant un certain nombre de règles qui lui sont spécifiques. Cet élargissement du champ de l'analyse économique des conflits juridiques est d'autant plus justifiée que les modèles développés ne sont pas des modèles d'analyse de la *Common Law* mais des modèles d'analyse du comportement des justiciables en conflit. Ils peuvent donc être utilisés pour étudier l'impact des règles sur le comportement des justiciables dans n'importe quel système de droit. Comme Van Den Bergh [1988] le souligne d'ailleurs, "l'analyse économique s'est certes développée dans les pays anglo-saxons dont le système juridique utilise les concepts de la *Common Law*. Il serait néanmoins prématué d'en conclure que la *Law and Economics* ne peut aider à mieux comprendre et approfondir les concepts du droit civil"<sup>39</sup>. Nous montrerons alors qu'il est possible d'utiliser ces modèles pour étudier l'impact sur le comportement des parties de règles spécifiques au droit civil français telles que l'aide juridictionnelle, la règle de condamnation aux dépens ou l'interdiction du pacte de *quota litis*. Ces modèles seront également employés pour étudier les modes alternatifs de règlement des litiges (négociation, conciliation, médiation, arbitrage) tels qu'ils sont définis par le droit français.

---

<sup>38</sup>L'hypothèse de sélection est un résultat établi par Priest et Klein [1984] qui signifie que les affaires qui vont au procès sont celles pour lesquelles le demandeur et le défendeur ont autant de chances de gagner le procès.

<sup>39</sup>VAN DEN BERGH R. [1988], Le Droit Civil face à l'Analyse Economique du Droit, *Revue Internationale de Droit Economique*, p. 230.

Notre réflexion se déroule en plusieurs temps. Tout d'abord, l'analyse est consacrée à la détermination des causes de l'occurrence des jugements et l'établissement d'un état des lieux de la justice civile française mettant en avant les comportements des justiciables (**Chapitre 1**). Elle propose une analyse optimiste du conflit qui envisage ce dernier comme une période comprenant quatre phases : la prévention du litige, la décision de poursuivre en justice, les négociations en vue de conclure un accord, le jugement. Cette vision générale du conflit permet de tenir compte des interactions entre les différentes étapes constitutives du litige, même s'il apparaît évident que la phase de prévention du litige existe uniquement pour les catégories de conflits dans lesquelles les parties, par des mesures de précautions, peuvent réduire la probabilité de survenue d'un conflit. Il serait trop restrictif d'estimer que cette étape est présente uniquement dans les conflits relevant du droit de la responsabilité ; dans bien des conflits, l'adoption de comportements préventifs peut en effet réduire la probabilité d'occurrence des conflits : les ménages peuvent adopter des comportements plus ou moins dépensiers, la gestion des entreprises peut être plus ou moins saine, le respect ou la simple lecture d'un règlement de copropriété peut éviter un conflit entre copropriétaires, l'élagage régulier d'un arbre peut éviter l'occurrence d'un différend entre des voisins,... L'approche stratégique des conflits est ensuite présentée. L'accent est mis sur les asymétries d'information qui peuvent être unilatérales ou bilatérales et sur l'horizon des négociations qui peuvent être monopériodiques ou multipériodiques. Les analyses optimistes et stratégiques présentées ont pour but d'identifier les variables influentes sur la décision de négocier. Avant d'envisager des mesures incitatives orientées sur les variables identifiées qui pourraient être appliquées dans le cadre du droit civil français, un état des lieux des juridictions doit être dressé. Le premier chapitre conclut par une étude empirique des tribunaux d'instance et de grande instance dont l'activité est décrite. Une attention particulière est accordée au calcul du taux de règlement amiable des conflits afin de confirmer la nécessité de rechercher des mesures incitatives à la négociation. L'intérêt est également porté sur la durée de résolution des affaires afin de confirmer empiriquement le résultat théorique d'un effet dernière limite dans les négociations.

Notre recherche s'articule ensuite autour de l'idée que les Modes Alternatifs de Règlement des litiges peuvent constituer un moyen efficace de " réguler le marché de la justice ". Aussi, avons nous cherché à comprendre comment s'organise ce marché : l'équilibre se fait-il par les prix ou par les quantités ? le phénomène d'engorgement est-il la traduction d'un équilibre avec ration-

nement et dans quelle mesure les délais de résolution des conflits s'avère-t-il inefficaces ? Cette dernière interrogation nous a conduit à distinguer temps économique (le " temps du procès ") et temps juridique (le " temps pour le procès ") (**Chapitre 2**).

Ces considérations nous ont également conduit à comparer les différents moyens de l'action publique pour désengorger les tribunaux. Les Modes Alternatifs ne sont en effet qu'une solution parmi d'autres (action sur les coûts -montant et/ou répartition-, action sur l'offre,) de réguler le système judiciaire. Par extension, nous avons décidé d'accorder une place particulière au conditions d'accès à la justice, notamment par le biais de l'aide juridictionnelle (**Chapitre 6**).

Mais, bien entendu, la réflexion économique proposée dans cette étude se devait d'intégrer les comportements des agents en charge d'assurer le règlement des contentieux. La compréhension du fonctionnement du marché de la justice (et donc la définition de politiques publiques optimales) repose en effet sur l'analyse des comportements des juges, des médiateurs, conciliateurs ou arbitres. De ce point de vue, il apparaît que le principal apport de la modélisation micro-économique réside dans l'explication de l'échec des négociations directes entre les parties. Par delà les questions de procédure et de force exécutoire des décisions, il semble que les juges peuvent stimuler ou freiner l'essor des modes alternatifs de règlement des conflits (**Chapitre 3**). Pour boucler ce panorama théorique, 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 économique des arbitres dans le développement des MARL alors même que la justice présente les caractéristiques d'un bien public (**Chapitre 4**).

L'avant dernier chapitre porte sur les modes alternatifs de règlement des litiges. Si les économistes ont largement mis l'accent sur le choix entre la libre négociation et le jugement, peu d'analyses sont consacrées aux modes alternatifs de règlement des conflits (Shavell [1995]). Dans la mesure où l'accent est mis sur ces modes alternatifs (conciliation, médiation, arbitrage) dont il est attendu qu'ils règlent le problème d'encombrement des juridictions civiles, une étude spécifique de ces modes de traitement des conflits s'impose. L'intervention d'un tiers neutre dont le but est de faciliter l'obtention des accords pose la question de l'avantage retiré de la participation de ce tiers

dans le processus de négociation. Notre objectif va alors consister à déterminer précisément les conditions sous lesquelles les parties préfèrent recourir à la médiation ou à la conciliation plutôt qu'à la libre négociation. L'existence d'un mode alternatif de règlement des conflits très proche du jugement, l'arbitrage, requiert également de s'interroger sur les motifs du recours à une justice privée plutôt qu'à une justice publique. Notre analyse consistera donc à justifier l'existence des ces modes alternatifs, par rapport au jugement mais également à la libre négociation, en spécifiant les conditions sous lesquelles les parties peuvent préférer y recourir (**Chapitre 5**).

# **Chapitre 1**

## **Analyse économique des instruments de régulation des flux de contentieux en France**

### **Introduction**

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. La justice fonctionne dans la plupart des cas selon un schéma de cumul de "files d'attente". 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. En effet, dans de nombreux conflits, le temps de la résolution du litige excède largement le temps qui aurait permis aux agents économiques de faire des choix efficaces. Les tribunaux n'ignorent cependant pas la question des délais comme le prouve par exemple la récente décision de la Cour de Justice des Communautés Européennes dans un arrêt du 17 décembre 1998 qui censure un arrêt du tribunal de première instance des communautés européennes qui n'avait pas assuré à une entreprise un procès équitable. Plus précisément, elle lui a reproché de ne pas avoir rendu sa décision dans un délai raisonnable.

La notion de délai est donc au centre des interrogations relatives au fonctionnement socialement efficace de la justice. Pour se limiter au cas français, les dernières statistiques du Ministère de la Justice indiquent que le stock d'affaires en attente de règlement n'a cessé de croître au cours des dernières années. Le rapport Coulon indique, en effet, que le délai moyen d'écoulement

du stock d'affaires pourrait passer entre 1994 et 2000 de 17,3 mois à 2 ans dans les cours d'appel et de dix mois à un an dans les TGI. Certes, la recherche d'un délai optimal doit tenir compte du contexte général de l'incertitude juridique qui impose de laisser du temps pour le procès afin de permettre aux parties de s'échanger les informations susceptibles de permettre la résolution du conflit qui les oppose (il convient de distinguer en fait le temps du procès du temps pour le procès). En d'autres termes le délai idéal sera rarement synonyme de délai nul.

La réforme de la justice engagée en France durant l'année 1998 marque la volonté d'instaurer une nouvelle politique publique de régulation des flux de contentieux en matière civile, pénale et administrative. La loi du 18 décembre 1998 relative à "l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits" a ainsi pour principale ambition d'offrir au justiciable des réponses diversifiées pour le règlement des différends, sans devoir attendre systématiquement la décision d'un tribunal. La plupart des spécialistes 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 entreprend poursuit l'objectif d'adapter les modes de résolution aux stratégies des justiciables. Selon les autorités judiciaires, le recours au mode négocié du règlement des litiges doit constituer non seulement une alternative au jugement mais aussi 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). Aux Etats-Unis, d'après les données disponibles, près de 90% des affaires font l'objet d'une transaction entre les parties, mais 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 dans la procédure judiciaire. Ceci explique le développement de nouvelles méthodes de résolution regroupées sous le titre 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 aussi en amont que possible. Dans un contexte procédural très différent, le système français se caractérise par la faiblesse du taux de négociation [Doriat et Deffains (1999)]. Il s'est pourtant engagé dans la voie d'une justice plus rapide en favorisant le développement des Modes Alternatifs de Réglement 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 consécrations 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”.

La loi de décembre 1998 marque donc une nouvelle étape dans la maîtrise et la régulation des flux de contentieux en encourageant le développement des solutions négociées. L'article 1<sup>er</sup> de la loi vise en effet à favoriser la transaction avant tout procès<sup>1</sup>. La nouveauté réside dans le fait que la transaction doit pouvoir intervenir avant la saisine du tribunal.

Cet article s'intéresse non seulement à l'efficacité de la réforme de la justice entreprise en France, mais plus généralement à l'analyse des effets des différents instruments susceptibles de permettre de désengorger les tribunaux et contribuer ainsi à minimiser le coût social de la Justice.

Le point de départ de l'analyse suppose de disposer d'un modèle de la demande de justice. En effet, les justiciables sont “demandeurs de décisions de justice” lorsqu'un conflit n'a pu être résolu dans un cadre coopératif. Il convient donc d'identifier les arguments entrant dans la fonction de demande de justice. Parmi les facteurs déterminants l'on songe aux coûts et aux délais d'accès aux tribunaux, mais aussi à la procédure.

Or, contrairement à la plupart des marchés où les prix monétaires permettent l'ajustement entre offre et demande, il semble que le marché de la justice soit équilibré par des variations du prix du temps, c'est-à-dire par les délais anticipés par les justiciables entre le début d'une action en justice et le jugement. En d'autres termes, les délais et les coûts de la justice influencent la demande de procès, mais seuls les délais fonctionnent comme un mécanisme d'ajustement via l'apparition de files d'attente plus ou moins longues devant les tribunaux.

Un des problèmes majeurs qui se pose alors est de savoir dans quelle mesure ce mode de rationnement par les délais est efficace (par rapport à un rationnement par les prix). La plupart des économistes considère que le rationnement par les prix est préférable puisqu'il permet d'éviter les pertes sèches généralement associées au rationnement par les files d'attente [Cheung (1974) et Barzel (1974)]. Gravelle (1995) montre cependant que la plupart des

---

<sup>1</sup>Mode amiable de résolution des conflits, la transaction constitue un accord négocié entre des personnes pour mettre fin à leur différend en faisant des concessions réciproques.

analyses du fonctionnement du système judiciaire ignore ce qui survient avant l'apparition d'un conflit. Pourtant, les réformes peuvent avoir un impact sur le nombre des litiges (et pas seulement sur les délais et les coûts post-conflit). Ces effets doivent être intégrés dans l'évaluation des réformes et contribuent à expliquer pourquoi le rationnement par les délais peut être efficace sous certaines conditions.

Dans un premier temps, nous décrirons le fonctionnement du marché de la justice en mettant en évidence les mécanismes susceptibles d'assurer la réalisation de l'équilibre lorsque l'offre est rigide à court terme. Dans cette perspective nous montrerons comment les délais et les coûts d'accès aux tribunaux influencent la demande de procès. Cette analyse nous permettra de démontrer que les effets des réformes de politique législative axées sur le raccourcissement de la procédure ou sur l'accroissement de l'offre conduisent à des résultats largement indéterminés. Nous étudierons donc dans un second temps les politiques axées sur les coûts des contentieux supportés par les parties en conflit. Ces politiques peuvent agir sur le montant des coûts ou bien sur leur répartition entre les parties. Nous étudierons en particulier les effets de la règle française de condamnation aux dépens qui présente certaines particularités par rapport aux règles "classiques" anglaise et américaine. Tous les instruments de régulation des flux de contentieux envisagés dans cette étude se fondent sur des mécanismes incitatifs dans la mesure où aucune ne remet en cause le principe fondamental du libre accès à la justice. Il s'agit donc d'inciter les justiciables à recourir plus ou moins aux tribunaux afin de régler leurs différends.

## 1.1 Un modèle du marché de la justice

Le marché de la justice est fortement réglementé. D'une part, les tarifs des services offerts par les tribunaux sont contrôlés de sorte que le prix payé par le justiciable diffère généralement du coût marginal de production de ces services. D'autre part, la concurrence entre les tribunaux est très faible (même si la localisation des entreprises peut être influencée par la réputation d'un tribunal ou d'un système judiciaire national).

La présentation du marché de la justice est également influencée par l'idée que la justice "produite" par les tribunaux présente les caractéristiques d'un bien public (non rivalité et non exclusion). Pour cette raison, les services de la justice (résolution des différends et production de jurisprudence) sont fournis

par l'Etat qui garantit la qualité des jugements, l'impartialité et l'application des décisions.

Quoiqu'il en soit, il est possible de définir une offre et une demande de justice et de s'interroger sur les performances du marché de la justice. La demande de justice doit être vue comme une demande de procès. En effet, la plupart des analyses économiques de la résolution des conflits (optimistes ou stratégiques) considère 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. Côté offre de procès, elle est essentiellement fonction des ressources fournies par l'Etat (nombre de juges, de tribunaux,...). A 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.

### **1.1.1 Le rôle du temps : les files d'attente comme mécanisme d'ajustement**

En prenant comme référence un contentieux civil qui oppose deux parties (demandeur et défendeur), il est d'usage de représenter le déroulement du conflit en vue de sa résolution comme un jeu séquentiel où les parties prennent successivement des décisions. Les modèles se concentrent principalement sur la phase des négociations durant laquelle l'une des parties fait une proposition à l'autre qui peut la refuser ou l'accepter [Shavell (1982), Bebchuck (1984),...]. Le cadre d'analyse peut être dynamique si les parties ont la possibilité de faire des contre-propositions [Spier (1992)]. Les modèles sont qualifiés d'optimistes ou de stratégiques selon que la proposition d'arrangement se fonde sur les croyances subjectives de parties ou sur l'existence d'asymétries d'information. Cependant l'intervention du juge constitue toujours un échec des négociations vues 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.

Dans le prolongement de ces modèles, il apparaît que les décisions des parties aux différentes étapes de la négociation sont également influencées par les coûts de la procédure (rédaction des rapports et conclusions, rémunération des experts, des avocats, frais d'instance,...). Les délais auxquels les

parties sont confrontées vont également jouer un rôle sur le comportement des parties. Pourtant les délais ont été beaucoup moins étudiés que les coûts par les modèles économiques. La première difficulté est liée à la définition à retenir. D'une manière très générale, on parle des délais de procédure qui sont nécessaires à l'accomplissement des actes de justice (assignation, actes d'avocat à avocat, actes du palais,...). D'un point de vue économique, une difficulté se pose dans la mesure où il semble nécessaire de distinguer deux types de délais : d'une part, ceux qui sont nécessaires à la négociation entre les parties et à l'échange des pièces (temps de la procédure ou temps des parties) et d'autre part (en supposant qu'aucun accord amiable n'ait été obtenu à ce stade), ceux qui correspondent au temps nécessaire à l'élaboration du jugement (temps du procès). Il est nécessaire de distinguer ces deux périodes dans la mesure où la première dépend largement du comportement des parties alors que la seconde dépend uniquement du fonctionnement du tribunal [Mulh et Vereeck (1998)]. On peut également noter que les statistiques sur le contentieux mettent l'accent sur les délais liés au fonctionnement des tribunaux et négligent largement les délais liés à la préparation des dossiers et à la négociation entre les parties.

Ces précisions faites, il devient possible de définir la fonction de demande de procès compte tenu des coûts et des délais supportés par les parties<sup>2</sup> :

$$D = D(l, t, T_p, T_d) \quad (1.1)$$

avec :

$D$ , la demande de procès au cours d'une période donnée ;

$l$ , le temps de la procédure, entre la naissance du litige (début des poursuites) et la fin du débat contradictoire ;

$t$ , le temps du délibéré entre la fin du débat contradictoire et le jugement ;

$T_p$ , les frais de procès du demandeur ;

$T_d$ , les frais de procès du défendeur ;

Nous admettrons que la demande de procès diminue lorsque les coûts et

---

<sup>2</sup>En principe, on devrait écrire la fonction de demande de procès sous la forme :  $D = D(l, t, T_p, T_d, F)$  où  $F$  représente le prix payé par les parties pour le service rendu par le tribunal, avec  $\frac{\partial D}{\partial F} < 0$ . Toutefois, dans la mesure où en France les parties n'ont pas à payer pour ce service, mais simplement pour accéder au tribunal, nous considérerons que ce mécanisme tarifaire n'opère pas et que les mesures agissant sur les coûts portent exclusivement sur  $T_p$  et  $T_d$ .

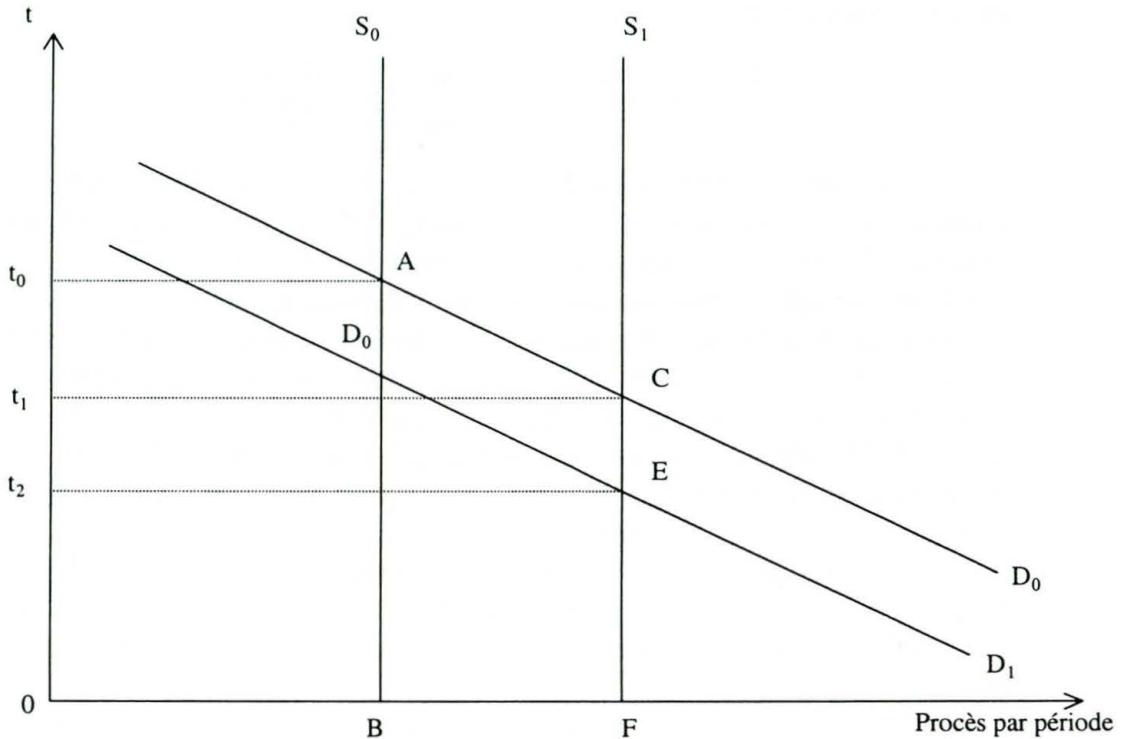
les délais augmentent :

$$\frac{\partial D}{\partial l} < 0 ; \frac{\partial D}{\partial t} < 0 ; \frac{\partial D}{\partial T_p} < 0 ; \frac{\partial D}{\partial T_d} < 0$$

Comme l'offre de procès est donnée à court terme, tout déséquilibre de la demande doit être compensé par une variation des variables agissant sur la demande. Or, ni le prix des services rendus par les tribunaux, ni les frais de procès ne varient en principe avec l'excès de la demande.

Seuls les délais peuvent jouer le rôle d'un mécanisme d'ajustement permettant d'équilibrer le marché. Cependant, compte tenu du découpage opéré entre temps de la procédure et temps du délibéré, seul importe ici la variation de  $t$ . En effet, le temps consacré à la préparation du procès (rédaction des mémoires, échanges des dossiers,...) contribue à déterminer la demande de procès (lorsque  $l$  augmente la demande de procès baisse), mais il n'agit pas comme un mécanisme d'ajustement puisqu'il ne varie pas en fonction du déséquilibre entre l'offre et la demande de procès. En revanche, le délai entre la fin du débat contradictoire et le jugement varie avec l'importance de l'excès de la demande.

En fait, toutes les affaires mises en délibéré ne feront pas l'objet d'un jugement puisque certaines seront réglées à l'amiable. On peut donc poser le principe suivant : si le nombre d'affaires inscrites sur la liste d'attente du tribunal et non résolues à l'amiable est supérieur au nombre d'affaires que le tribunal peut traiter au cours d'une période donnée alors la file d'attente devant le tribunal s'allongera. En d'autres termes, tout excès de la demande de procès se traduira par une augmentation de  $t$ .



### Marché de la justice et délai d'équilibre

Dans la figure 1, l'offre est verticale puisque les changements dans les délais sont sans effet sur le nombre de procès offerts à court terme. En revanche, la demande est décroissante puisque plus le délai est faible plus le nombre de procès demandés est élevé. Le délai d'équilibre est donné par  $t_0$  qui égalise offre et demande. Pour ce délai d'équilibre, il existe un stock d'affaires en attente de jugement représenté par  $W_0$ . Bien entendu, le nombre total d'affaires "en attente de résolution" peut être différent de  $W_0$  dans la mesure où les litiges peuvent être réglés à l'amiable jusqu'aux "marches du palais".

Lorsque  $t < t_0$ , la demande de procès est supérieure aux capacités physiques des tribunaux (i.e. le nombre d'affaires nouvelles inscrites sur les rôles des tribunaux est supérieur au nombre de procès jugés au cours d'une période) et  $t$  augmente.

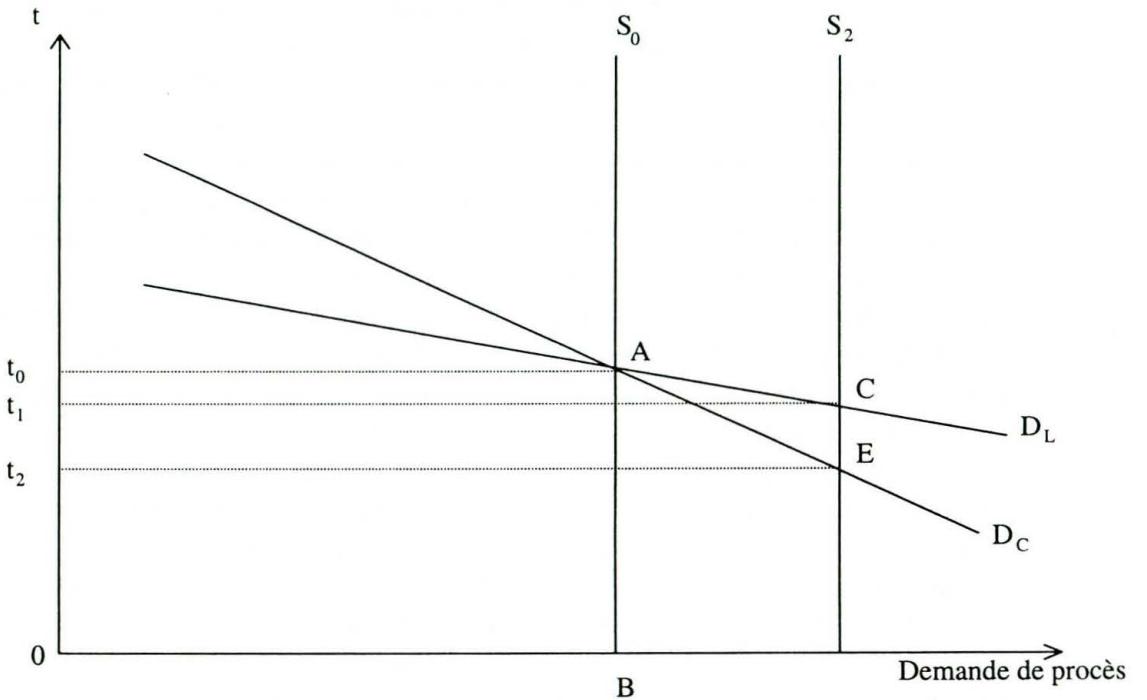
Le graphique permet également de constater que le temps et les prix monétaires peuvent agir comme des mécanismes de rationnement. En effet, en lisant l'axe des ordonnées comme le prix complet (prix monétaire plus

temps passé dans la file d'attente) payé par le justiciable pour accéder au tribunal, on constate ici que le prix monétaire est nul et que seul importe le prix du temps. C'est la raison pour laquelle le délai s'ajuste automatiquement pour assurer l'équilibre. L'inefficacité de cette procédure de rationnement réside dans le fait que le prix payé par le justiciable en raison du temps passé dans la file d'attente n'est compensé par aucun gain équivalent pour l'offreur de service de justice qu'est le tribunal. En d'autres termes, le rationnement par le temps fait apparaître une perte sèche (mesurée par  $W_0$  dans le graphique). Avec un rationnement par les prix, cette perte sèche disparaîtrait théoriquement si le prix monétaire du service rendu par le tribunal était fixé en  $p = t_0$  puisqu'alors le justiciable n'attendrait plus pour la décision de justice et supporterait un prix "complet" identique alors que le tribunal encaisserait un gain équivalent à  $p$ . Avec le rationnement par les prix et le rationnement par le temps le justiciable payerait donc le même prix, mais seul le rationnement par les prix assurerait un fonctionnement socialement efficient du marché de la justice. Ce résultat n'est cependant valable que dans un contexte de tarification des services de la justice et, comme l'a souligné Gravelle (1990), à la condition d'ignorer les effets du rationnement par les prix sur le nombre de conflits portés à la connaissance des tribunaux.

### 1.1.2 Les modifications du temps de la procédure

Le délai de la procédure entre la naissance du litige et la fin du débat contradictoire est régi par un ensemble de règles définissant les conditions de la négociation entre les parties. Dans ces conditions, toute réforme visant à inciter les parties à transmettre plus rapidement leurs pièces semble pouvoir assurer une diminution du temps du procès. Dans la mesure où l'offre de procès est exogène, on risque cependant de voir la baisse de  $l$  provoquer une augmentation de  $t$ , de sorte que l'effet complet d'une amélioration de la procédure peut, sous certaines conditions, conduire à un accroissement de la durée totale du procès  $T$ .

Plus généralement, le graphique suivant permet de constater que l'effet global d'une réduction du temps de la procédure  $l$  est indéterminé.



### Effet d'une variation du délai de procédure

Dans le graphique 2, sont représentées les courbes de demande de procès en fonction de  $t$  pour  $l$  donné d'une part, et en fonction de  $l$  pour  $t$  donné d'autre part. L'offre, de son côté, est rigide à court terme.

Une réforme de la procédure se traduit par une réduction du délai de procédure de  $t_0$  en  $t_1$ ; on assiste à un déplacement le long de la demande  $D$  2 de  $a$  à  $b$ . Cela signifie que le nombre d'affaires nouvelles en attente de décision de justice va s'accroître, ce qui se traduit par un déplacement de la demande en fonction du temps du délibéré de  $D$  1 en  $D$  3. Pour  $t_0$  donné, la demande de justice s'établit donc en  $\beta$ . Ce point ne peut cependant constituer un équilibre puisqu'il correspond à un excès de demande. L'offre étant rigide, le seul équilibre stable est représenté par  $\chi$  sur la nouvelle courbe de demande.

On constate donc que le temps du délibéré a augmenté de  $t_0$  en  $t_1$ . Par extension, la demande de procès en fonction de  $l$  va se déplacer sur la base du nouveau délai  $t_1$  pour s'établir en  $c$ . En définitive, le changement de procédure provoque un accroissement de la demande de procès et du délai précédent la décision du juge. L'effet global sur le temps du procès est indéterminé

puisque  $T_1 = l_1 + t_1$  peut être inférieur, supérieur ou égal à  $T_0 = l_0 + t_0$ . Tout dépend de la sensibilité de la demande par rapport à  $l$  et  $t$ ; la baisse de  $T$  sera possible si et seulement si la demande de procès est plus sensible à  $t$  qu'à  $l$ .

En matière de régulation des flux de contentieux, toute réforme de la procédure visant à réduire le temps de la négociation est donc un instrument à manipuler avec une extrême précaution dans la mesure où elle a un impact sur la demande de procès [Gravelle (1990)]. Le problème est bien entendu lié à la rigidité de l'offre d'où la nécessité de s'interroger sur les réformes visant à accroître les capacités des tribunaux.

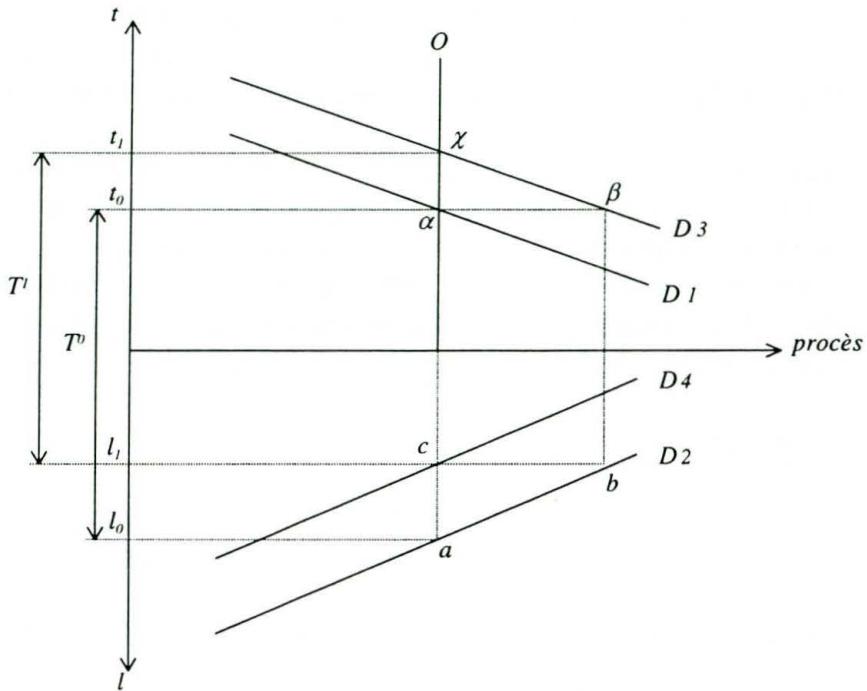
### 1.1.3 L'offre de justice

L'amélioration des performances des tribunaux dans la gestion des contentieux peut se fonder sur trois arguments. Le premier consiste à améliorer le rendement des tribunaux en assurant la mise à disposition des magistrats de dossiers complets, bien documentés, bien rédigés,...<sup>3</sup> Le second argument est également un argument de productivité, fondé sur une amélioration des techniques de gestion des dossiers (techniques informatiques, gestion du personnel,...). Le dernier argument, peut-être le plus évident, consiste tout simplement à accroître le nombre de juridictions ou de magistrats pour traiter les affaires.

Le graphique 3 étudie les conséquences d'un accroissement de l'offre sur l'équilibre du marché de la justice aussi bien à court terme qu'à long terme.

---

<sup>3</sup>Il s'agit notamment de l'objectif poursuivi par l'article 753 NCPG qui contraint les parties à reprendre dans leurs dernières conclusions les prétentions et moyens invoqués. A défaut, ils sont réputés abandonnés. Le tribunal ne statue que sur les dernières conclusions déposées.



Effet d'une variation de l'offre

La réforme considérée se traduit par un accroissement de la capacité des tribunaux de  $S_0$  en  $S_1$ . A court terme, la courbe de demande est représentée par  $D_c$  de sorte que le nouveau délai d'équilibre se situe en  $t_1$ . Autrement dit, l'accroissement de l'offre assure bien une diminution des délais. Mais, il convient de remarquer immédiatement que le stock d'affaires en attente de jugement ne va pas forcément diminuer dans la même proportion. En effet, compte tenu des hypothèses faites sur la demande de procès, l'augmentation de l'offre va avoir une incidence sur le comportement des justiciables via l'effet sur les délais. Plus précisément, il apparaît que plus la demande de procès sera élastique par rapport aux délais de fonctionnement du tribunal et moins la diminution du stock d'affaires en attente sera significative<sup>4</sup>. Si cette élasticité est inférieure à -1, cela signifie que l'accroissement de l'offre entraîne une diminution du délai moins que proportionnelle. Il est alors possible que le stock d'affaires en instance  $W_1$  (surface  $0t_1EF$ ) soit supérieur au stock initial  $W_0$  (surface  $0t_0AB$ ). Signalons également que conformément à la seconde loi

<sup>4</sup>L'élasticité de la demande par rapport aux délais d'action du tribunal se définit par :  $\epsilon_t = -\frac{t \Delta D}{d \Delta t}$ .

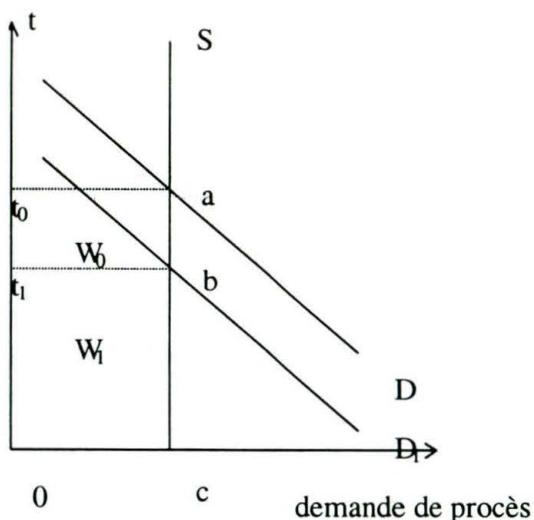
de la demande qui veut que l'élasticité à court terme soit inférieure à l'élasticité à long terme, la variation de la demande de procès pour une diminution donnée du délai sera plus forte à long terme. La courbe de demande à long terme est représentée dans le graphique par  $D_L$  traduisant le fait que les justiciables s'ajustent sur la nouvelle offre en renforçant encore leur attente de jugement. Le délai augmente donc à nouveau de  $t_1$  en  $t_2$  et conduit à un nouvel équilibre  $C$  qui traduit un stock plus important à long terme qu'à court terme (surface  $0t_2CF$ ). En définitive, à long terme, la diminution du délai provoquée par l'augmentation de l'offre sera toujours plus faible qu'à court terme et le stock d'affaires en attente plus élevé. Toute réforme des délais d'accès à la justice du côté de l'offre doit donc être appréciée dans une perspective de long terme en ayant à l'esprit le risque d'accroissement du nombre d'affaires en attente.

Globalement, toute action publique sur les délais de fonctionnement de la justice a des effets complexes et largement indéterminés d'où l'interrogation naturelle sur la possibilité de réguler la demande de justice par les coûts des procès. Cette question prend tout son intérêt dans le cadre de la discussion engagée par Gravelle (1990) entre le rationnement par les prix et le rationnement par le temps.

## 1.2 La régulation de la demande de justice par les coûts de procès

La difficulté de réguler efficacement la demande de justice par les délais conduit à envisager d'autres modes de régulation. Outre les délais, la demande de justice  $D(l, t, T_p, T_d)$  apparaît dépendre des coûts de procès des parties,  $T_p$  et  $T_d$ . On peut alors se demander si la demande de justice, entendue comme le recours au juge pour trancher un litige, ne pourrait pas être mieux régulée par des actions sur les coûts de procès. Augmenter le coût d'accès à la justice risquerait cependant de pénaliser les justiciables les plus démunis et serait contraire au principe d'égalité des individus devant la loi. L'idée consiste alors à préserver l'accès aux droits des citoyens tout en les dissuadant de recourir au juge. Les modèles de résolution des conflits, fondés sur les comportements stratégiques (P'ng [1983], Bebchuk [1984]) ou l'optimiste excessif des parties (Shavell [1982]), montrent que la probabilité de règlement amiable des litiges dépend des paramètres du conflit et en parti-

culier des coûts de procès. Une façon de réguler la demande de justice par les coûts de procès consiste alors à inciter les parties à négocier davantage et par ce biais à recourir moins souvent au juge pour trancher leurs litiges. De cette façon, l'action sur les coûts de procès ne va pas engendrer un déplacement le long de la courbe de demande mais un déplacement de la courbe elle-même. Pour que ce déplacement s'opère, il convient d'encourager l'ensemble des justiciables à préférer l'issue coopérative (l'arrangement) à l'issue non-coopérative (le jugement). Pour cela, il faut accroître l'avantage relatif de l'arrangement par rapport au jugement. En d'autres termes, il s'agit de considérer le jugement et l'arrangement comme des biens substituables et d'augmenter le prix du procès pour diminuer la demande de justice et accroître la demande de règlement amiable. L'ensemble des parties souhaitant aller devant le juge conserve cette possibilité (y compris les plus démunis) puisque les coûts de procès supplémentaires sont en partie compensés par la réduction du temps d'attente entre la mise en délibéré et le jugement, comme le montre le graphique suivant :



Régulation de la demande de justice par les coûts de procès

Le déplacement de la courbe de demande de justice vers le bas fait que le stock d'affaires en attente diminue de  $t_0abt_1$  et que le délai d'attente entre la mise en délibéré et le jugement passe de  $t_0$  à  $t_1$ . La diminution du stock d'affaires en attente permet aux parties qui désirent aller devant le juge d'obtenir un jugement plus rapidement ce qui compense une fraction des coûts de procès supplémentaires qu'elles doivent supporter.

Une fois l'objectif défini, il convient de mieux comprendre comment cette politique d'action sur les coûts de procès peut agir. Deux systèmes incitatifs fondés sur les coûts de procès peuvent être envisagés<sup>5</sup>. Le premier consiste à agir directement sur la valeur des coûts de procès. L'efficacité et la portée de ce mécanisme risquent cependant d'être limitées en France par l'existence de l'aide juridictionnelle<sup>6</sup>. L'impact d'une politique d'élévation des coûts d'accès à la justice sera en effet d'autant plus faible qu'un pourcentage non négligeable de justiciables<sup>7</sup> échappe au paiement des frais d'instance. Le second système consiste à réallouer différemment les coûts de procès entre les parties. En d'autres termes, il s'agit de comparer les différentes règles d'allocation des coûts de procès existentes (règles américaine, anglaise, française) et d'identifier celle qui incite le plus les parties à régler leurs litiges à l'amiable.

### **1.2.1 La régulation de la demande de justice par la valeur des coûts de procès**

L'analyse économique des conflits juridiques s'est surtout développée aux Etats-Unis. La majorité des résultats, et en particulier la probabilité d'arrangement, est ainsi établie en supposant que les parties sont soumises à la règle américaine d'allocation des coûts de procès qui impose à chacune l'intégralité de ses coûts de procès. En France, les parties sont soumises à la règle de condamnation aux dépens qui transfère au perdant les dépens de son adversaire. L'hétérogénéité de ces règles fait que les résultats théoriques obtenus dans le cadre américain ne sont pas directement transposables au cas

---

<sup>5</sup> L'analyse sera exclusivement fondée sur les modèles stratégiques qui expliquent l'occurrence des procès par les asymétries d'information et les comportements stratégiques qu'elles permettent. Cette approche des conflits n'est cependant pas incompatible avec l'approche optimiste qui parvient à des résultats similaires concernant l'influence des coûts de procès sur l'issue du litige, mais dont le principal défaut est de ne pas justifier l'origine de l'optimisme excessif des parties.

<sup>6</sup> L'octroi de l'aide juridictionnelle est conditionné par l'existence de plafonds de ressources. Ainsi, en 1999, l'aide est totale si les ressources mensuelles du justiciable sont inférieures 4940 Francs pour un individu seul (majoré de 562 Francs par personnes à charge), partielle si les ressources mensuelles sont inférieures à 7412 Francs (Les chiffres clé de la justice). En 1996, il y a eu, en matière civile, 320054 admissions à l'aide totale et 71776 admissions à l'aide partielle (Annuaire statistique de la justice, édition de 1998).

<sup>7</sup> En 1996, en matière civile, il y a eu 391830 admissions à l'aide juridictionnelle, chiffre qu'il faut comparer avec le nombre d'affaires nouvelles dans les juridictions civiles : 672282 affaires au fond et 126772 référés dans les TGI, 479760 affaires au fond et 82894 référés dans les TI (Annuaire statistique de la justice, édition de 1998).

français. L'étude de l'impact d'une hausse des coûts de procès sur la probabilité d'arrangement en France nécessite donc d'adapter les modèles existants pour intégrer les spécificités du système de condamnation aux dépens.

### A- Détermination de la probabilité d'arrangement sous la règle française des dépens

Soit un conflit dans lequel le défendeur connaît sa probabilité de condamnation  $q$  au procès. Le demandeur doit soumettre une offre d'arrangement au défendeur dont il ignore le type (modèle de filtrage). Il sait seulement que les types des défendeurs sont distribués selon une fonction de densité de probabilité  $f(q)$  et une fonction de distribution cumulée  $F(q)$ . Sous la règle française de condamnation aux dépens, un défendeur de type  $q$  s'attend à perdre au procès ses coûts irrépétibles  $T_{Id}$  de façon certaine et, avec la probabilité  $q$ , les dommages et intérêts accordés par le juge  $D$  auxquels s'ajoutent ses dépens  $T_{Dd}$  et ceux du demandeur  $T_{Dp}$ . Un défendeur de type  $q$  refuse ainsi tout arrangement  $A$  d'une valeur supérieure à ses pertes escomptées au jugement,  $q(D + T_{Dp} + T_{Dd}) + T_{Id}$ . Le type limite associé à une offre  $A$  (i.e le type des défendeurs qui sont indifférents entre l'arrangement et le procès) est donc donné par l'équation :

$$q(A) = \frac{A - T_{Id}}{D + T_{Dp} + T_{Dd}} \quad (1.2)$$

Le demandeur s'attend à conclure un accord avec les défendeurs de type supérieur à  $q(A)$  et à aller au procès contre les défendeurs dont la probabilité de condamnation est inférieure à  $q(A)$ . La probabilité d'arrangement est donc  $[1 - F(q(A))]$ . L'expression du gain escompté d'un demandeur qui propose l'arrangement  $A$  est ainsi<sup>8</sup> :

$$\begin{aligned} G(A) &= [1 - F(q(A))] A \\ &+ F[q(A)] \left[ \frac{\int_a^{q(A)} q f(q) dq}{F[q(A)]} (D + T_{Dp} + T_{Dd}) - T_p - T_{Dd} \right] \end{aligned} \quad (1.3)$$

Le demandeur cherche à déterminer l'arrangement optimal  $A^*$  qui maximise son gain escompté. La résolution de ce programme de maximisation<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup>Les étapes permettant d'établir cette expression sont présentées dans l'appendice mathématique.

<sup>9</sup>Les conditions de premier et de second ordres sont développées dans l'appendice mathématique.

montre que l'arrangement optimal  $A^*$  doit vérifier l'équation :

$$\frac{\delta G(A^*)}{\delta A^*} = 0 \Leftrightarrow [1 - F(q(A^*))] = f[q(A^*)] \left[ \frac{T_p + T_{Dd}}{D + T_{Dp} + T_{Dd}} \right] \quad (1.4)$$

où  $1 - F[q(A^*)]$  représente la probabilité d'arrangement à l'équilibre. La proposition suivante peut donc être énoncée :

**Proposition 1** *Sous la règle française de condamnation aux dépens, lorsque le demandeur sous-informé soumet une proposition d'arrangement  $A^*$  à un défendeur dont il ignore le type  $q$  mais dont il connaît la fonction de distribution cumulée  $F(q)$ , la probabilité de règlement amiabil à l'équilibre est :*

$$[1 - F(q(A^*))] = f[q(A^*)] \left[ \frac{T_p + T_{Dd}}{D + T_{Dp} + T_{Dd}} \right]$$

Le lien entre la probabilité d'arrangement et le montant des coûts de procès sous la règle française de condamnation aux dépens a été établi. L'instauration d'une politique de régulation de la demande de justice par les frais d'instance nécessite dans un second temps de mener une analyse positive visant à identifier les conséquences des variations du montant des coûts de procès sur la probabilité d'arrangement.

## B- Impact d'une hausse des coûts de procès sur la probabilité de règlement amiabil, dans le système français de condamnation aux dépens

Notre objectif consiste à montrer qu'il est possible d'influer sur la probabilité d'arrangement en modifiant la valeur des coûts de procès du demandeur et du défendeur, sachant qu'ils se décomposent en dépens et frais irrépétibles ( $T_p = T_{Ip} + T_{Dp}$  et  $T_d = T_{Id} + T_{Dd}$ ). Les coûts de procès peuvent être isolés en réécrivant l'équation (4) comme suit :

$$\frac{f[q(A^*)]}{[1 - F(q(A^*))]} = \frac{D + T_{Dp} + T_{Dd}}{T_p + T_{Dd}} \quad (1.5)$$

Une hausse globale des coûts de procès réduit le membre de droite de cette équation<sup>10</sup>. Pour préserver cette égalité, il est nécessaire que le membre

<sup>10</sup>Les dépens du demandeur  $T_{Dp}$  sont une des composantes de ses coûts de procès  $T_p$  qui comprennent également les coûts irrépétibles ( $T_p = T_{Dp} + T_{Ip}$ ). Comme on suppose qu'aucune de ces composantes ne baissent, l'augmentation des coûts de procès du demandeur est supérieure ou égale à l'augmentation des dépens :  $\Delta T_p \geq \Delta T_{Dp}$ .

de gauche baisse également. La question est alors de savoir comment doit varier l'offre optimale d'arrangement  $A^*$  pour conserver l'égalité (5) après une élévation des coûts de procès. Pour le savoir, il suffit de dériver  $\frac{f[q(A^*)]}{[1-F(q(A^*))]}$  par rapport au montant de l'arrangement  $A^*$  et d'étudier le signe de cette dérivée<sup>11</sup> :

$$\frac{\delta \left( \frac{f[q(A^*)]}{[1-F(q(A^*))]} \right)}{\delta A^*} = \frac{\frac{1}{D+T_{Dp}+T_{Dd}} \{ f' [q(A^*)] (1 - F(q(A^*))) + f^2 [q(A^*)] \}}{[1 - F(q(A^*))]^2} \quad (1.6)$$

D'après l'équation (4),  $[1 - F(q(A^*))] = f[q(A^*)] \left[ \frac{T_p+T_{Dd}}{D+T_{Dp}+T_{Dd}} \right]$ . En remplaçant dans l'équation (6), on obtient :

$$\frac{\delta \left( \frac{f[q(A^*)]}{[1-F(q(A^*))]} \right)}{\delta A^*} = \frac{\frac{1}{D+T_{Dp}+T_{Dd}} f[q(A^*)] \left\{ f' [q(A^*)] \frac{T_p+T_{Dd}}{D+T_{Dp}+T_{Dd}} + f[q(A^*)] \right\}}{[1 - F(q(A^*))]^2} \quad (1.7)$$

Les termes  $\frac{1}{D+T_{Dp}+T_{Dd}} f[q(A^*)]$  et  $[1 - F(q(A^*))]^2$  sont positifs par hypothèses. La condition de second ordre qui garantit que l'arrangement  $A^*$  est optimal, indique que le terme  $f' [q(A^*)] \frac{T_p+T_{Dd}}{D+T_{Dp}+T_{Dd}} + f[q(A^*)]$  est positif<sup>12</sup>. En

conséquence,  $\frac{\delta \left( \frac{f[q(A^*)]}{[1-F(q(A^*))]} \right)}{\delta A^*} > 0$ . Il en résulte que le terme  $\frac{f[q(A^*)]}{[1-F(q(A^*))]}$  évolue dans le même sens que le montant optimal de l'arrangement  $A^*$ . Quand les coûts de procès augmentent, le respect de la condition d'équilibre (5) impose que le terme  $\frac{f[q(A^*)]}{[1-F(q(A^*))]}$  diminue. Le montant optimal de l'arrangement  $A^*$  doit donc diminuer également.

Le type limite  $q(A^*)$  qui partage la distribution des défendeurs en deux groupes<sup>13</sup> est une fonction croissante du montant de l'arrangement ( $q(A^*) = \frac{A^* - T_{Id}}{D+T_{Dp}+T_{Dd}}$ ). Lorsque le montant optimal de l'arrangement  $A^*$  diminue sous l'effet de la hausse des coûts de procès, le type limite  $q(A^*)$  diminue également. Or, la probabilité d'arrangement à l'équilibre,  $1 - F[q(A^*)]$ , est une fonction décroissante du type limite<sup>14</sup>  $q(A^*)$ . En conséquence, la hausse des coûts de procès accroît la probabilité de règlement amiabla  $1 - F[q(A^*)]$  parce

<sup>11</sup> Sachant que  $q(A) = \frac{A - T_{Id}}{D+T_{Dp}+T_{Dd}}$  et donc que  $\frac{\delta q}{\delta A} = \frac{1}{D+T_{Dp}+T_{Dd}}$ .

<sup>12</sup> Voir appendice mathématique.

<sup>13</sup> Ceux dont le type  $q$  est inférieur à  $q(A^*)$  qui refusent l'arrangement et ceux dont le type  $q$  est supérieur  $q(A^*)$  qui acceptent l'arrangement.

<sup>14</sup> Plus le type limite est faible, plus il y a de défendeurs dont le type est supérieur au type limite et qui préfèrent l'arrangement au jugement.

qu'elle réduit la valeur du type limite  $q(A^*)$  via une diminution du montant optimal de la proposition d'arrangement du demandeur  $A^*$ . La proposition suivante peut donc être énoncée :

**Proposition 2** *Sous la règle française de condamnation aux dépens, une augmentation des coûts de procès accroît la probabilité de règlement amiabil des litiges.*

**Corollaire :** *Sous la règle française de condamnation aux dépens, une diminution des coûts de procès réduit la probabilité de règlement amiabil des litiges.*

L'analyse positive a permis de démontrer que la probabilité d'arrangement s'accroît avec la valeur des coûts de procès. Une politique d'élévation des coûts de procès pourrait donc contribuer à réduire le nombre de jugements et à réguler la demande de justice. Toutefois, l'efficacité de cette politique dépend du nombre de justiciables qu'elle affecte. L'exonération des frais d'instance, pour les bénéficiaires de l'aide juridictionnelle, les rend insensibles aux politiques de hausse des coûts d'accès à la justice. La question est alors de savoir comment inciter cette catégorie de justiciables à préférer l'arrangement au jugement. Une méthode proche de celle de l'augmentation des coûts de procès consiste à éléver les plafonds de ressources qui conditionnent l'octroi de l'aide juridictionnelle ou à réduire le pourcentage de frais pris en charge par l'Etat. Une telle politique serait cependant contraire à l'objectif de l'aide juridictionnelle : permettre aux plus démunis de faire valoir leurs droits. Une autre méthode, compatible avec cet objectif, consiste à favoriser le règlement amiabil des litiges avant le début de l'instance. La loi du 18 décembre 1998 en est une illustration puisqu'elle étend l'aide juridictionnelle aux transactions conclues avant l'engagement de poursuites judiciaires (sous la loi du 10 juillet 1991, l'octroi de l'aide juridictionnelle était conditionné à l'engagement de poursuites judiciaires).

Notre analyse a montré comment le montant des coûts de procès pouvait influencer le choix entre l'arrangement et le jugement pour résoudre un conflit. Modifier l'allocation des coûts de procès entre les parties revient à accroître les coûts de l'une et à réduire celle de l'autre. Il est alors intéressant d'étudier comment il est possible d'accroître la probabilité d'arrangement simplement en répartissant différemment les frais d'instance, sans en modifier la valeur totale.

### **1.2.2 La régulation de la demande de justice par la ré-allocation des coûts de procès**

De nombreux auteurs<sup>15</sup> se sont intéressés aux règles d'allocation des coûts de procès afin de déterminer celle qui est associée à la plus forte probabilité de règlement amiable. Aucun n'a cependant inclus dans son analyse comparative la règle française de condamnation aux dépens. L'objectif de ce paragraphe est de comparer les règles américaine, anglaise et française afin de savoir si la règle française favorise ou, au contraire, nuit au règlement amiable des litiges et le cas échéant, de préconiser son remplacement par une autre règle. À partir d'un modèle de filtrage, nous proposons de prouver que la règle française favorise les jugements par rapport à la règle américaine. Nous relativiserons ensuite la portée de ce résultat en montrant qu'un changement de règle d'allocation des coûts de procès engendre de multiples effets, dont certains jouent en sens inverse. Enfin, nous examinerons l'influence des règles d'allocation des coûts de procès sur le degré d'incertitude des conflits donnant lieu à des poursuites judiciaires, partant de l'hypothèse que plus l'incertitude sur le jugement est grande, plus les chances de conclure un accord sont faibles<sup>16</sup> parce que les sources de désaccords sont plus nombreuses.

#### **A- Etude comparative du taux d'arrangement sous les règles américaine, anglaise et française d'allocation des coûts de procès**

La règle américaine d'allocation des coûts de procès laisse à la charge de chaque partie le paiement de ses frais d'instance. La règle anglaise transfère l'intégralité des coûts de procès du gagnant au perdant qui est donc contraint de payer l'ensemble des frais engendrés par le procès. La règle française est intermédiaire entre ces deux règles puisque seuls les dépens du gagnant sont transférés au perdant, les frais irrépétables demeurant à la charge de chaque partie.

Bebchuk [1984] explique que "plus le montant qui dépend du résultat du procès est grand, plus la différence entre les jugements attendus contre

---

<sup>15</sup>Shavell [1982], Cooter, Marks et Mnookin [1982], Bebchuk [1984], Reinganum et Wilde [1986], P'ng [1987], Hylton [1993], Farmer et Pecorino [1994].

<sup>16</sup>Cet argument est à la base de l'hypothèse de sélection de Priest et Klein [1984]. Ils montrent en effet que le taux de victoire au procès des demandeurs est de 50 % et justifient ce résultat en expliquant que les négociations échouent quand la décision du juge est imprévisible.

deux types donnés de défendeurs est grande, plus le problème d'anti-sélection est important pour la partie non-informée et donc plus la probabilité de procès est grande". Pour comparer les règles d'allocation des coûts de procès entre elles, il suffit donc de mesurer la différence de jugements attendus d'un demandeur contre deux types de défendeurs : les innocents et les coupables. Plus cette différence est élevée, plus le demandeur a tendance à recourir au juge pour éviter d'être dupé par les défendeurs coupables qui se comportent comme des innocents.

Par cette méthode Bebchuk déduit que la probabilité de procès est plus élevée sous la règle anglaise que sous la règle américaine. Il explique en effet que sous la règle anglaise, le problème d'anti-sélection auquel est confronté la partie non-informée s'accroît parce qu'elle perd plus que sous la règle américaine en n'allant pas jusqu'au jugement face à un défendeur coupable qui se comporte stratégiquement. Ce résultat est énoncé dans la proposition suivante :

**Proposition 3** *La fréquence des jugements est plus élevée sous la règle anglaise que sous la règle américaine.*

**Preuve:** Sous la règle *américaine*, le jugement net attendu d'un demandeur non-informé envers un défendeur coupable est  $D - T_p$ . Il est de  $-T_p$  envers un défendeur innocent. La différence entre les jugements attendus contre ces deux types de défendeurs est donc :  $(D - T_p) - (-T_p) = D$ . Sous la règle *anglaise*, le jugement net attendu d'un demandeur non-informé envers un défendeur coupable est  $D$ . Il est de  $-T_p - T_d$  envers un défendeur innocent. La différence entre les jugements attendus contre ces deux types de défendeurs est donc :  $D - (-T_p - T_d) = D + T_p + T_d$ . Comme  $D + T_p + T_d > D$ , la différence entre les jugements attendus contre deux types de défendeurs est plus élevée sous la règle anglaise que sous la règle américaine. Le fait de se tromper sur le type de l'adversaire coûte davantage au demandeur sous la règle anglaise que sous la règle américaine (le demandeur perd plus en n'allant pas au procès contre un défendeur coupable sous la règle anglaise que sous la règle américaine) de sorte que le demandeur préfère aller plus souvent devant le juge.

Que peut-on en déduire concernant la probabilité d'arrangement sous la règle française de condamnation aux dépens ? La règle française est intermédiaire entre la règle anglaise qui organise un transfert intégral des coûts du

gagnant vers le perdant et la règle américaine qui n'autorise aucun transfert. La probabilité d'arrangement sous la règle des dépens doit donc être supérieure à celle observée sous la règle anglaise et inférieure à celle rencontrée sous la règle américaine. La proposition suivante peut donc être énoncée :

**Proposition 4** *La probabilité de procès sous la règle française des dépens est plus faible que la probabilité de procès sous la règle anglaise mais plus élevée que la probabilité de procès sous la règle américaine.*

**Preuve :** Sous la règle *américaine*, la différence entre les jugements attendus contre les défendeurs innocents et coupables est :  $(D - T_p) - (-T_p) = D$ . Sous la règle *anglaise*, la différence entre les jugements attendus contre ces deux types de défendeurs est :  $D - (-T_p - T_d) = D + T_p + T_d$ . Sous la règle *française*, la différence entre les jugements attendus contre ces deux types de défendeurs est :  $(D - T_{Ip}) - (-T_p - T_{Dd}) = D + T_{Dp} + T_{Dd}$  (car  $T_{Dp} = T_p - T_{Ip}$ ). Par définition  $T_{Dp} \leq T_p$  et  $T_{Dd} \leq T_d$ , donc :

$$D \leq D + T_{Dp} + T_{Dd} \leq D + T_p + T_d$$

Plus la différence de jugement est élevée, plus la probabilité de procès est grande. En conséquence, la règle française accroît le nombre de jugements par rapport à la règle américaine mais le réduit par rapport à la règle anglaise.

## B- Des résultats à nuancer

D'après l'analyse de Bebchuk et les prolongements que nous avons apportés, renoncer au procès contre un défendeur qui se comporte stratégiquement (i.e qui se comporte comme un innocent alors qu'il est coupable) coûte davantage au demandeur sous la règle anglaise et sous la règle française que sous la règle américaine parce que le jugement attendu face à ce type de défendeurs est plus élevé dans les systèmes anglais et français. Dans ce type d'analyse, l'accent est ainsi implicitement mis sur le fait que, par rapport à la règle américaine, les règles anglaise et française augmentent le gain attendu du procès face à des défendeurs coupables (parce que les demandeurs échappent au paiement de tout ou partie de leurs frais d'instance). L'augmentation du risque encouru au procès envers les défendeurs innocents (liée au fait que le demandeur perdant devra supporter tout ou partie des coûts de procès de ce type de défendeurs) est reléguée au second plan. Cet élément apparaît pourtant crucial pour Cooter, Marks et Mnookin [1982] qui se prononcent alors

en faveur de la règle anglaise. En définitive, selon que l'accent est mis sur l'augmentation du gain du demandeur s'il est victorieux ou l'accroissement de ses coûts s'il perd, les conclusions obtenues sont opposées. Une analyse complète nécessiterait de prendre en compte ces deux effets et de mesurer leur importance relative. Cette analyse confirmerait de plus le caractère intermédiaire de la règle française : le gain de la partie victorieuse s'accroît moins (parce que ses frais irrépétibles restent à sa charge) et les pertes en cas de défaite augmentent moins (parce que le transfert de coûts se limite aux dépens) lorsque la règle française est substituée à la règle américaine que lorsque la règle anglaise remplace la règle américaine.

La prise en considération de ces deux éléments jouant en sens inverse ne suffit cependant pas. L'importante littérature relative à la comparaison des règles d'allocation des coûts de procès démontre l'extrême difficulté liée au choix de la règle la plus efficace en matière d'arrangement. En particulier, à l'instar des travaux de Shavell [1982], l'analyse comparative doit envisager d'autres règles, notamment les règles pro-demandeur<sup>17</sup> et pro-défendeur<sup>18</sup>, afin de vérifier leur efficacité relative. P'ng [1987] et Hylton [1993], dans une vision large du conflit, insistent sur la nécessité de mesurer l'influence de chacune des règles sur la prévention des accidents, les précautions prises participant également à la régulation des flux de contentieux. Les travaux de Farmer et Pecorino [1994] et de Reinganum et Wilde [1986] amènent à réfléchir sur l'importance de la nature des asymétries d'information. Posner [1996] invite à adopter une vision plus systémique, intégrant l'aspect complémentaire des diverses règles<sup>19</sup>. L'ensemble de ces travaux appelle à une extrême prudence sur l'étude des conséquences d'un changement de règle d'allocation des coûts de procès et insiste sur la nécessité d'intégrer les particularités des conflits et le cadre législatif dans lequel ces règles sont appliquées.

Une autre façon de réguler la demande de justice par des politiques de désincitation au jugement consiste à garder la règle d'allocation des coûts de

---

<sup>17</sup>Sous la règle pro-demandeur, le demandeur ne paye aucun coût de procès s'il gagne et supporte uniquement ses coûts de procès s'il perd.

<sup>18</sup>Sous la règle pro-défendeur, le défendeur ne paye aucun coût de procès s'il gagne et supporte uniquement ses coûts de procès s'il perd.

<sup>19</sup>Selon Posner, il existe un lien fort entre la règle américaine d'allocation des coûts de procès et légalisation du pacte de quota litis aux Etat-Unis comme il existe également un lien fort entre la règle anglaise d'allocation des coûts de procès et l'interdiction des honoraires contingents en Grande-Bretagne.

procès en vigueur en y associant une règle visant à sanctionner le refus d'arrangement. Plus précisément, il s'agit de punir les demandeurs qui auraient refusé un arrangement supérieur au montant finalement obtenu au jugement en leur imposant des coûts supplémentaires. Ce type de règle fut notamment adoptée aux Etats-Unis où la règle fédérale 68 impose aux demandeurs qui ont refusé la proposition d'arrangement du défendeur et obtenu moins au procès, de payer l'ensemble des frais d'instance du défendeur postérieurs à son offre. Le problème de cette règle est qu'elle engendre une redistribution de richesses en faveur du défendeur, ce dernier diminuant sa proposition du montant attendu de ses coûts de procès payés par le demandeur s'il refuse sa proposition (Miller [1986]).

### C- Incertitude et règles d'allocation des coûts de procès

Le risque et le gain attendu d'un procès diffèrent selon la règle d'allocation des coûts de procès en vigueur. Il en résulte qu'en fonction de la règle appliquée, certains types de poursuites vont être privilégiés. Les règles française et anglaise accroissent le coût d'une défaite et le gain d'une victoire par rapport à la règle américaine en raison du transfert de tout ou partie des frais du gagnant au perdant. Trois conséquences en découlent concernant l'incertitude et les chances de conclure un accord.

D'une part, les règles française et anglaise découragent les demandeurs dont les affaires sont nouvelles (en ce sens qu'aucun conflit similaire n'a jamais été porté devant les tribunaux) parce que le risque d'avoir à supporter les coûts de procès de l'adversaire est élevé, compte tenu de l'incertitude du jugement. Posner [1996] prétend d'ailleurs que “[...] *the loser-pays rule plays a role in the greater certainty of English law. It discourages the filing of novel cases, which might unsettle the law*”<sup>20</sup>. Compte tenu de l'effet dissuasif des règles imposant un transfert de coût sur les affaires nouvelles, celles qui donnent lieu à des poursuites se caractérisent par un moindre degré d'incertitude que les affaires portées à la connaissance des tribunaux sous une règle sans transfert de coûts. En conséquence, on peut s'attendre à des taux d'arrangement plus élevés sous les règles française et anglaise parce que la plus faible incertitude sur le jugement tend à rapprocher les estimations des parties et, par ce biais, à favoriser le règlement amiable des conflits. Cet effet de l'incertitude sur les négociations est d'autant plus important que le

---

<sup>20</sup>POSNER R. [1996], *Law and Legal Theory in England and America*, Clarendon Press, Oxford, p. 92.

transfert de coûts est conséquent, de sorte que, sur la base de cet argument, la règle la plus favorable aux arrangements est la règle anglaise, suivie de la règle française pour laquelle le transfert se limite aux dépens.

D'autre part, le risque d'avoir à supporter les coûts de procès de l'adversaire découragent les demandeurs désirant s'engager dans des poursuites économiquement indésirables (*nuisance suits*) et incitent les demandeurs dont les affaires semblent "sérieuses" (i.e juridiquement fondées et associées à une probabilité élevée de victoire du demandeur). Ainsi, il y aurait davantage d'affaires "sérieuses" sous les règles française et anglaise que sous la règle américaine<sup>21</sup>. Cet argument est conforté par l'étude empirique de Hughes et Snyder [1995] qui a montré que le taux de victoire des demandeurs au procès était plus élevé sous le système anglais (où il atteint 21,6 %) que sous le système américain (où il s'établit seulement à 11,4 %) et qu'il y avait également davantage d'abandons sous la règle anglaise. Il en résulte que les poursuites intentées en France et en Angleterre se caractérisent par un niveau d'incertitude plus faible qu'aux Etats-Unis puisque les demandeurs sont désincités à poursuivre quand leurs chances de gagner sont faibles ou incertaines. La plus grande certitude sur le jugement, consécutive au plus grand "mérite" des affaires portées à la connaissance des tribunaux limite les sources de désaccords et favorise les arrangements. Cet argument joue en faveur des règles imposant un transfert de coûts au perdant lorsque l'objectif poursuivi est d'accroître le taux d'arrangement.

Enfin, Hylton [1993] a montré que la règle anglaise conduisait à un plus grand respect des normes de précaution que la règle américaine parce que l'augmentation des gains attendus en cas de victoire encourageait les victimes à poursuivre en justice les auteurs de dommage. Un plus grand respect des normes légales implique que les affaires qui vont au procès sont celles pour lesquelles la culpabilité du défendeur a de fortes chances d'être reconnue par le juge<sup>22</sup>. En conséquence, le degré de certitude des affaires donnant lieu à des poursuites est plus grand sous les règles anglaise et française que sous la règle américaine. Le nombre des arrangements devrait donc être plus élevé

---

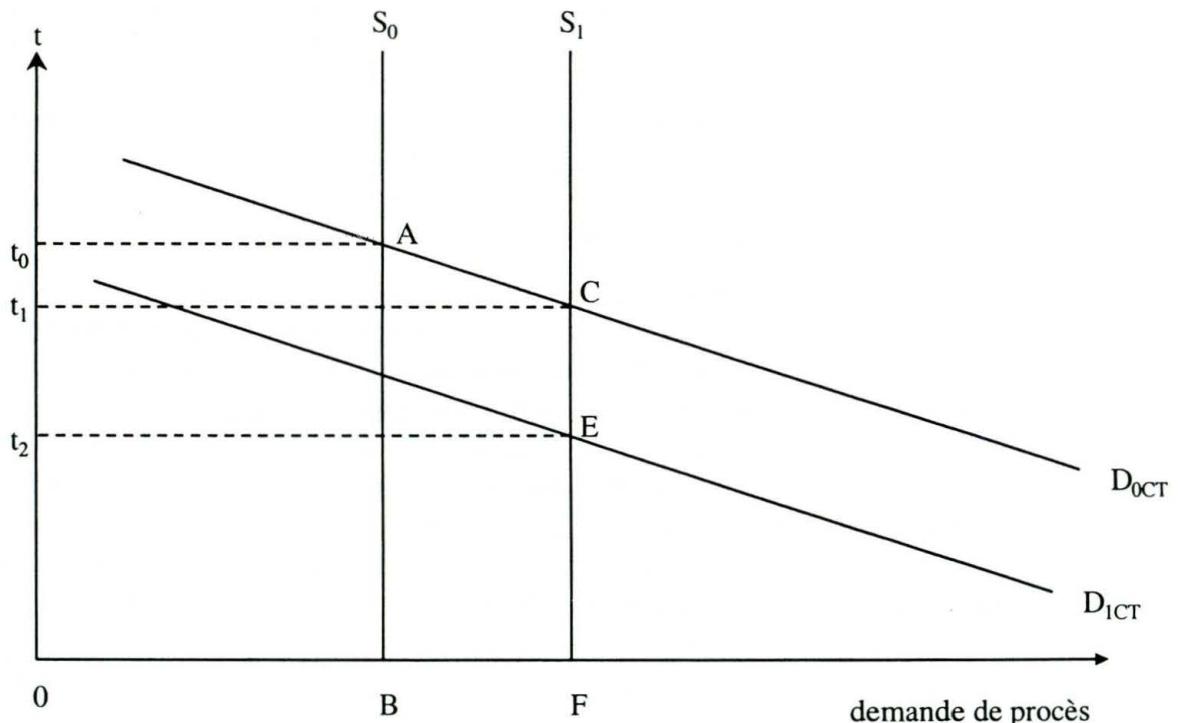
<sup>21</sup> Posner [1996] écrit à ce propos que "the loser-pays rule also reduces the probability of legal error, by discouraging the filing of weak cases and the interposing of weak defenses in strong cases".

<sup>22</sup> Selon Posner [1996], "if a negligent injurer is sued in England he probably is more likely to lose, and if a non-negligent injurer is sued in England he probably is more likely to win, than would be the case in the United States".

sous les règles imposant un transfert de coûts que sous la règle sans transfert.

### Conclusion

La régulation de la demande de justice par les coûts de procès ou les délais semble complexe à mettre en œuvre et présente des difficultés considérables. Les conséquences des diverses politiques envisagées sont en effet nombreuses et certaines jouent en sens inverse, contre-carrant l'effet bénéfique souhaité. On peut alors imaginer de combiner plusieurs politiques différentes afin de pallier les inconvénients de l'une par les avantages de l'autre. Ainsi, il pourrait être envisagé de combiner une action sur l'offre et une action sur les coûts de procès, afin d'obtenir un déplacement des deux courbes du marché. Le graphique suivant montre les effets d'une politique combinée d'accroissement de l'offre et des coûts de procès.



Action combinée sur l'offre et la demande de procès

Tout accroissement de l'offre engendre une réduction du temps du délibéré (de  $t_0$  en  $t_1$ ) qui conduit à une augmentation de la demande (déplacement le long de la courbe  $D_0$  de  $A$  en  $C$ ) de sorte que le stock d'affaires en attente ne diminue pas nécessairement (il passe de  $t_0AB0$  à  $t_1CF0$ ). L'idée consiste alors à compenser l'effet indésirable du déplacement le long de la courbe de demande par un déplacement de la courbe de demande elle-même vers le bas. Pour ce faire, il suffit d'accroître les coûts de procès. Ainsi, une action combinée sur les coûts de procès permet d'obtenir un stock d'affaires en attente  $t_2EF0$  qui a beaucoup plus de chances d'être inférieur à  $t_0AB0$ . En outre, la diminution du temps du délibéré est plus élevée que sous le seul déplacement de l'offre (de  $t_0$  en  $t_2$ ). L'avantage d'une action combinée est donc de satisfaire une demande de procès plus élevée tout en diminuant à la fois le temps du délibéré et le stock d'affaires en attente.

L'option d'un recours accru au règlement amiable des litiges a en outre été envisagée en supposant que l'augmentation des coûts suffisait à inciter les parties à dépasser leurs différends pour conclure un accord amiable. Bien souvent, l'augmentation des coûts de procès ne suffira pas et l'intervention d'un tiers s'avérera indispensable à la résolution amiable du litige. L'analyse a négligé le rôle considérable des tiers, conciliateurs ou médiateurs, qui, par leur intervention, parviennent souvent à lever les obstacles à la négociation et à éviter le procès. Favoriser le règlement amiable des litiges pour réguler la demande de justice nécessite donc que des moyens financiers soient consacrés à l'amélioration des mécanismes de médiation et de conciliation mais également que des médiateurs et des conciliateurs soient recrutés pour faire face à la demande afin que les délais d'attente ne viennent pas décourager les justiciables qui, quitte à attendre, préfèreront aller devant le juge.

Pour conclure, il conviendrait de s'interroger sur la notion de délai optimal de résolution des litiges. Les délais sont perçus de façon négative lorsqu'ils contraint les parties à prendre des décisions en incertitude, notamment dans le cas des affaires nouvelles. Simultanément, cependant, les délais permettent de réduire l'incertitude car ils laissent du temps aux parties pour collecter des informations, s'échanger des pièces, obtenir des témoignages et des rapports d'expertise,... Si le délai entre le début de l'instance et la fin du débat contradictoire est trop court, les parties peuvent ne pas disposer de suffisamment de temps pour conclure un accord. De même, si le temps du délibéré est réduit à l'extrême, le juge n'a plus le temps nécessaire pour étudier le dossier en profondeur et motiver son jugement. L'effet d'une réduction de

ce délai pourrait conduire à une plus grande incertitude sur les jugements, défavorable au règlement amiable des litiges. En conséquence, comme les délais ont à la fois un impact positif et en impact négatif sur l'incertitude, il est nécessaire de réfléchir à l'existence d'un délai optimal, suffisamment long pour permettre le partage des informations, mais assez court pour éviter que des décisions sous-optimales soient prises par manque d'information.

## APPENDICE MATHEMATIQUE

### Expression du gain attendu du demandeur sous la règle française de condamnation aux dépens :

Sous la règle française de condamnation aux dépens, le demandeur, quel que soit le résultat du procès, doit payer ses frais irrépétibles  $T_{Ip}$ . En outre, il supporte ses dépens  $T_{Dp}$  et ceux de son adversaire  $T_{Dd}$  s'il perd et aucun s'il gagne. Les types  $q$  des défendeurs sont compris dans l'intervalle  $[a; b]$  ( $a \in [0, 1]$ ,  $b \in [0, 1]$  et  $a < b$ ) et sont distribués selon une fonction de densité de probabilité  $f(q)$  et une fonction de distribution cumulée  $F(q)$ . Le demandeur qui soumet une offre  $A$  va au procès contre les défendeurs de type  $q$  inférieur au type limite  $q(A) = \frac{A - T_{Ip}}{D + T_{Dp} + T_{Dd}}$ . La probabilité de procès est donc  $F[q(A)]$  et la probabilité d'arrangement  $1 - F[q(A)]$ . La probabilité moyenne de victoire au procès d'un demandeur soumettant l'offre  $A$  est :  $\frac{\int_a^{q(A)} qf(q)dq}{F[q(A)]}$  (il va au procès contre les défendeurs de type  $q$  inférieur à  $q(A)$ ). Il en résulte que le gain attendu du demandeur quand il fait l'offre  $A$  est :

$$G(A) = [1 - F(q(A))] A + F[q(A)] \left[ \frac{\int_a^{q(A)} qf(q)dq}{F[q(A)]} D - T_{Ip} - \left(1 - \frac{\int_a^{q(A)} qf(q)dq}{F[q(A)]}\right) (T_{Dp} + T_{Dd}) \right]$$

Or :

$$\begin{aligned} & \frac{\int_a^{q(A)} qf(q)dq}{F[q(A)]} D - T_{Ip} + \left(1 - \frac{\int_a^{q(A)} qf(q)dq}{F[q(A)]}\right) (T_{Dp} + T_{Dd}) \\ &= \frac{\int_a^{q(A)} qf(q)dq}{F[q(A)]} (D + T_{Dp} + T_{Dd}) - T_{Ip} - T_{Dp} - T_{Dd} \end{aligned}$$

et :

$$T_{Ip} + T_{Dp} = T_p$$

où  $T_p$  représente les coûts de procès totaux du demandeur.

D'où, en remplaçant on obtient :

$$G(A) = [1 - F(q(A))] A + F[q(A)] \left[ \frac{\int_a^{q(A)} q f(q) dq}{F[q(A)]} (D + T_{Dp} + T_{Dd}) - T_p - T_{Dd} \right]$$

**Détermination de l'offre optimale d'arrangement du demandeur sous-informé sous la règle française de condamnation aux dépens :**

Condition de *premier ordre*, sachant que  $q(A) = \frac{A - T_{Id}}{D + T_{Dp} + T_{Dd}}$  :

$$\frac{\delta G(A^*)}{\delta A^*} = 0$$

$$\Leftrightarrow [1 - F(q(A^*))] - f[q(A^*)] \frac{A^*}{D + T_{Dp} + T_{Dd}} + q(A^*) f[q(A^*)] - f[q(A^*)] \frac{T_p + T_{Dd}}{D + T_{Dp} + T_{Dd}} = 0$$

$$\Leftrightarrow [1 - F(q(A^*))] - f[q(A^*)] \left[ \frac{A^*}{D + T_{Dp} + T_{Dd}} - q(A^*) + \frac{T_p + T_{Dd}}{D + T_{Dp} + T_{Dd}} \right] = 0$$

$$\Leftrightarrow [1 - F(q(A^*))] - f[q(A^*)] \left[ \frac{q(A^*)(D + T_{Dp} + T_{Dd})}{D + T_{Dp} + T_{Dd}} - q(A^*) + \frac{T_p + T_{Dd}}{D + T_{Dp} + T_{Dd}} \right] = 0$$

$$\Leftrightarrow [1 - F(q(A^*))] = f[q(A^*)] \left[ \frac{T_p + T_{Dd}}{D + T_{Dp} + T_{Dd}} \right]$$

Condition de *second ordre* :

$$\frac{\delta^2 G(A^*)}{\delta A^{*2}} < 0$$

$$\Leftrightarrow \frac{1}{D + T_{Dp} + T_{Dd}} f[q(A^*)] + f'[q(A^*)] \left[ \frac{T_p + T_{Dd}}{D + T_{Dp} + T_{Dd}} \right] > 0$$

$$\Leftrightarrow f[q(A^*)] + f'[q(A^*)](T_p + T_{Dd}) > 0$$

# Chapitre 2

## Analyse économique du comportement des justiciables en conflit

### Introduction

Depuis plusieurs années, la justice civile est en crise. Les magistrats se plaignent d'une surabondance des affaires à traiter tandis que les justiciables manifestent de la défiance envers une justice qu'ils qualifient de "lente, onéreuse, complexe et peu accessible"<sup>1</sup>. Cette crise s'explique essentiellement par la croissance du nombre d'affaires portées devant les tribunaux. En effet, entre 1975 et 1995, le nombre des affaires introduites au fond a été multiplié par 3 dans les cours d'appel, par 2,7 dans les TGI et a doublé dans les TI<sup>2</sup>. Actuellement, le nombre des affaires nouvelles tend à stagner, voire à décroître légèrement, sans que cette évolution récente suffise à inverser définitivement la tendance observée durant les vingt cinq dernières années<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>Résultats d'un sondage réalisé en 1997 auprès de 1402 personnes et de 21 professionnels du droit, par le GIP "Mission de recherche droit et justice".

<sup>2</sup>COULON J.-M. [1997], *Réflexions et Propositions sur la Procédure Civile*, Rapport au Garde des Sceaux Ministre de la Justice, La Documentation Française.

<sup>3</sup>Depuis le 1<sup>er</sup> mars 1999, le seuil de compétence des TI est passé de 30000 Francs à 50000 Francs. Ce transfert de compétences devrait accentuer la baisse du nombre d'affaires portées devant les TGI mais au détriment des TI dont la charge de travail va s'accroître. Les évolutions observées dans les années à venir devront donc être interprétées avec prudence, en intégrant ces transferts de compétences.

Préoccupés par les risques d'encombrement des juridictions civiles françaises, les gouvernements successifs ont recherché des moyens de désinciter les justiciables à recourir au juge, en leur proposant des solutions alternatives. En 1978, les conciliateurs de justice ont ainsi été créés pour régler les petits litiges, avant toute saisine du juge. Au nombre de 1600, ils traitent actuellement près de 85 000 affaires par an avec un taux de réussite d'environ 45 %. Le recours aux solutions alternatives a également été encouragé après la saisine du juge par la loi du 8 février 1995 sur la médiation et la conciliation judiciaires. Plus récemment, à la suite du rapport Coulon dont les propositions ont largement inspiré la réforme actuelle de la justice civile, la loi du 18 décembre 1998 sur l'accès au droit et le règlement amiable des litiges est venue renforcer le dispositif existant. En particulier, l'aide juridictionnelle a été étendue aux transactions conclues avant le début de l'instance, avec la participation d'un avocat ; les conseils départementaux d'aide à l'accès au droit ont également reçu pour mission de favoriser les règlements amiables par une meilleure information des justiciables sur leurs droits et sur les solutions alternatives au jugement. Plus généralement, l'objectif principal de la réforme actuelle est d'inciter les individus à préférer une solution extra-judiciaire, fondée sur la négociation, à la solution judiciaire classique qu'est le jugement. Selon l'ancien Garde des Sceaux Madame E. Guigou "la négociation doit en effet constituer non seulement une alternative au jugement mais aussi et surtout au procès lui-même"<sup>4</sup>.

Pour s'assurer que la réforme en cours permettra d'atteindre l'objectif désiré mais également pour définir des mesures d'incitation au règlement amiable, il est important de s'interroger sur les motivations individuelles du recours aux tribunaux. Une analyse microéconomique, inspirée des développements les plus récents de l'analyse économique des conflits, peut alors être menée. Ce chapitre se présente donc comme une étude originale du comportement des justiciables, à travers les outils d'analyse développés par les économistes du droit. Il s'agit, en outre, de la première étude économique française du comportement des parties, l'analyse économique du règlement des conflits (AECJ) s'étant jusqu'alors surtout développée dans les pays de *Common Law*.

L'AECJ est fondée sur deux postulats. En premier lieu, les justiciables

---

<sup>4</sup>Discours de Madame E. Guigou, Garde des Sceaux Ministre de la Justice, devant l'Assemblée Nationale, le mercredi 9 décembre 1998.

sont considérés comme l'organe de décision du conflit<sup>5</sup> et à ce titre, ils occupent la place centrale de l'analyse. Plus précisément, ce sont les parties et elles seules qui décident du déroulement du conflit et en particulier, du moment et du mode de sa résolution. Ce postulat est conforme à l'article 1<sup>er</sup> du NCPC, selon lequel "seules les parties introduisent l'instance, hors les cas où la loi en dispose autrement ; elles ont la liberté d'y mettre fin avant qu'elle ne s'éteigne par l'effet du jugement ou en vertu de la loi". Cependant, les parties n'étant pas toujours libres de transiger (ordre public, droit des personnes), l'analyse s'applique uniquement aux conflits pour lesquels elles ont le choix entre le jugement et une procédure alternative, amiable (transaction, médiation, conciliation) ou juridictionnelle (arbitrage). Tous les conflits pour lesquels l'intervention du juge est obligatoire sont donc écartés de notre étude. Le jugement ne doit être qu'une solution possible parmi d'autres.

L'AECJ est également fondée sur un second postulat selon lequel la résolution amiable du conflit est moins coûteuse que le jugement. Bien que cette affirmation puisse être nuancée (Serverin [2000], Cadet [2000]), cette hypothèse peut se justifier dans la mesure où la perspective d'un jugement nécessite de recourir aux services d'un avocat, de se soumettre à des formalités administratives, d'attendre un certain délai avant que le juge ne se prononce, alors que l'arrangement est généralement plus rapide et administrativement moins contraignant. Sur la base de cet argument, un célèbre adage du droit français prétend, "qu'un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès". Le concept de mauvais arrangement est cependant dénué de sens en économie, le prix Nobel R. Coase [1960] ayant enseigné qu'un accord conclu entre des parties libres, en l'absence de coûts de transaction, profite toujours aux deux protagonistes. Appliqué à la question qui nous préoccupe, tout accord conclu entre les parties est mutuellement bénéfique puisque sinon, elles préféreraient le procès. L'expérience semble d'ailleurs attester ses propos puisqu'un second adage prétend "qu'il n'est meilleure justice que celle que les parties s'administrent elles-mêmes". Partant alors de l'idée que les arrangements conclus sont "bons" en ce sens que les parties en retirent un avantage mutuel par rapport au procès, pourquoi les parties décident-elles d'aller jusqu'au jugement lorsque la possibilité de transiger leur est offerte ?

Une première réponse consiste à lever le second postulat sur lequel est

---

<sup>5</sup>Cette vision s'oppose à une vision centrée sur le juge, insistant sur le fait qu'il est le seul à pouvoir donner force exécutoire aux accords conclus entre les parties ( E. SERVERIN [1998], *Usages et mésusages de la notion d'alternative à la justice*, Colloque CRESAL, 26-27 novembre 1998).

fondé l'AECJ. Cela peut sembler particulièrement pertinent en matière d'arbitrage où le recours à la justice privée peut engendrer des coûts supérieurs à ceux d'un procès. Cependant, l'économie de coûts permise par la confidentialité de cette procédure peut suffire à couvrir les frais élevés de l'arbitrage. En outre, en l'absence de statistiques sur les coûts de procès et de négociation des transactions (Cadet [2000]) et compte-tenu du faible coût apparent des procédures alternatives au procès (conciliation gratuite menée par des conciliateurs bénévoles, médiation peu onéreuse), la levée de cette hypothèse ne nous semble pas suffisante pour expliquer la survenue de l'ensemble des jugements civils.

Une autre réponse consiste à remarquer que le second postulat de l'AECJ concerne uniquement les coûts de négociation. Les économistes (en particulier Cooter [1982]) ont démontré que le "théorème de Coase" vaut uniquement lorsque les coûts de transaction sont nuls. Dans le cas des conflits juridiques, les coûts de transaction ne sont pas nuls. Aux coûts de négociation des accords (la conclusion d'un accord nécessite du temps et parfois le recours aux conseils avisés d'un avocat ou d'un médiateur) s'ajoutent en effet ce que les économistes ont coutume d'appeler le coût des externalités c'est-à-dire, dans le domaine qui nous intéresse, les coûts liés aux asymétries d'information. Plus précisément, dans un conflit, les parties ne disposent généralement pas des mêmes éléments informationnels (concernant la loi ou l'adversaire) et peuvent chercher à utiliser des informations privilégiées pour duper leur adversaire. Alors que les seuls coûts de négociation peuvent faire apparaître l'arrangement comme la solution la moins coûteuse du conflit, la prise en compte des coûts liés aux asymétries d'information peut justifier le choix rationnel du jugement. En d'autres termes, le second postulat de l'AECJ, parce qu'il est fondé uniquement sur les coûts de négociation de l'accord, n'implique pas que les parties ont toujours intérêt à transiger. C'est uniquement si les parties estiment que l'arrangement est meilleur que le procès, compte-tenu des asymétries d'information existentes et des coûts de négociation, qu'une solution amiable sera conclue. En présence de coûts de transaction, il peut ainsi devenir rationnel pour les parties de porter le litige devant le juge. Par conséquent, il devient essentiel de s'intéresser aux asymétries d'informations.

Pour justifier rationnellement la survenue des jugements, l'AECJ propose diverses explications, concurrentes et complémentaires, mais toujours fondées sur des problèmes d'information. Les deux courants de l'AECJ visant à expliquer le comportement des parties en conflit, le courant "optimiste" et le courant "stratégique", sont donc successivement présentés dans une première

section.

Une fois les déterminants du choix des parties entre procès et arrangement examinés, plusieurs questions peuvent être posées pour mieux appréhender le comportement des parties en conflit, notamment devant le juge. La première consiste à se demander quels sont les conflits les plus couramment portés devant les tribunaux. Une deuxième interrogation concerne l'évaluation de la proportion des affaires réglées à l'amiable, une fois les poursuites engagées (il est impossible d'estimer le nombre de litiges résolus à l'amiable avant toute poursuite). Une troisième vise à découvrir quand les arrangements ont le plus de chances d'être conclus. En d'autres termes, à quel moment des négociations les parties parviennent-elles le plus souvent à conclure un accord et quelles sont les variables susceptibles d'influer sur le moment le plus probable de l'obtention des arrangements ? Enfin, une ultime question pose le problème de la spécificité des conflits portés le plus souvent devant les juges. Ainsi, les conflits jugés sont-ils ceux pour lesquels les parties ont une probabilité équivalente de gagner le procès ou, au contraire, ceux pour lesquels le jugement attendu est parfaitement prévisible ?

Les réponses apportées à ces questions nécessitent non seulement une approche théorique des comportements des parties mais également une observation approfondie des faits. Les résultats théoriques seront ainsi confrontés à la réalité qu'ils s'efforcent de représenter.

## 2.1 La justification des jugements : “optimisme” excessif versus comportements stratégiques

L'AECJ justifie la survenue des jugements par des problèmes d'information des parties, relatifs soit à la loi, soit au type de l'adversaire. La scission des deux courants de l'AECJ est due à une conception différente de l'utilisation des asymétries d'information par les parties. Dans le courant optimiste, les parties mal informées vont commettre des erreurs d'estimation du jugement qui peuvent les conduire devant le juge si ces erreurs suffisent à compromettre l'obtention d'un accord. L'hypothèse sous-jacente fondamentale de ces modèles est que les parties se comportent toujours de bonne foi. Elles n'envoient jamais de signaux erronés à leur adversaire dans le but de le duper et d'obtenir un arrangement plus favorable. A cette vision plutôt naïve du conflit s'oppose le courant stratégique de l'AECJ qui considère à

l'inverse que les parties usent de leurs informations privilégiées pour tromper leur adversaire. Face à des signaux qui peuvent être trompeurs, le jugement peut s'avérer être l'issue la plus rationnelle. Chacune de ces approches est successivement présentée.

### 2.1.1 L'approche “optimiste” des conflits

La conception “optimiste” des conflits est d'abord présentée en insistant sur les raisons qui peuvent amener des parties à régler leur conflit devant le juge. Les critiques adressées à ce courant sont ensuite évoquées afin d'en souligner les insuffisances.

#### A- La justification “optimiste” des jugements

L'approche optimiste tient son qualificatif de ce qu'elle justifie la survenue des procès par un optimisme excessif des parties sur leurs paiements attendus au procès. Cet excès d'optimisme provient d'erreurs d'estimation des justiciables concernant leur probabilité de victoire au procès ou le montant des réparations accordées par le juge. La cause de cet excès d'optimisme n'est cependant jamais clairement spécifiée même si les auteurs évoquent parfois une méconnaissance de la loi (Miceli [1997]).

L'approche optimiste constitue le courant originel de l'AECJ. Landes [1971] est le premier auteur à avoir proposé une justification de la survenue des procès fondée sur l'optimisme excessif des parties. Ses travaux ont incité de nombreux chercheurs à prolonger son analyse, notamment Gould [1973], Posner [1973] et plus récemment Shavell [1982] qui demeure l'un des derniers défenseurs de cette approche.

Ces auteurs adoptent une logique commune selon laquelle les parties, un demandeur et un défendeur, commencent par estimer leurs gains et pertes attendus au procès. Une fois ce calcul effectué, le demandeur (le défendeur) détermine le montant minimal (maximal) de sa proposition d'arrangement en fonction de son gain (ses pertes) net(tes) escompté(es) au procès et le compare à l'offre de son adversaire. La confrontation des propositions des deux justiciables détermine alors l'issue du litige (arrangement ou procès) mais ne révèle pas le montant de l'arrangement éventuel ; les modèles optimistes déterminent en effet uniquement un **intervalle de négociation** au sein duquel se trouve l'accord potentiel.

Plus précisément, les bornes de l'intervalle de négociation correspondent aux propositions extrêmes des parties. En effet, un demandeur n'acceptera aucune proposition d'arrangement inférieure à son gain attendu au procès,  $G_p$ , réduit des coûts de procès,  $T_p$ , et augmenté du coût des négociations,  $N_p$ . En effet, toute offre inférieure à ce montant ferait de l'arrangement une issue moins favorable que le procès. La proposition minimale du demandeur ( $G_p - T_p + N_p$ ) constitue donc la borne inférieure de l'intervalle de négociations. De même, le défendeur soumet une proposition d'arrangement au demandeur en s'efforçant d'être dans une situation au moins équivalente à celle du procès. Cela signifie qu'il ne proposera jamais une offre supérieure au montant attendu du jugement,  $G_d$ , augmenté des coûts de procès,  $T_d$ , et réduit des coûts de négociation,  $N_d$ . L'offre maximale du défendeur ( $G_d + T_d + N_d$ ) constitue de ce fait la borne supérieure de l'intervalle de négociations. Un accord est alors possible uniquement si la demande minimale du demandeur est inférieure à l'offre maximale du défendeur, cette condition étant nécessaire et suffisante à l'existence d'un intervalle de négociations. La différence entre la demande minimale du demandeur et l'offre maximale du défendeur représente le **surplus coopératif**. En d'autres termes, le surplus coopératif correspond à la différence entre la valeur de la solution coopérative du conflit (l'arrangement) et la valeur de la solution non-coopérative (le procès). Le surplus coopératif a donc pour expression :

$$S = [G_p - G_d] - [(T_p + T_d) - (N_p + N_d)] \quad (2.1)$$

Les notions d'intervalle de négociation et de surplus coopératif précisées, il est possibles de montrer qu'elles sont étroitement liées, l'existence d'un intervalle de négociation impliquant la perception d'un surplus coopératif positif. Lorsque les parties sont optimistes, le demandeur s'attend à recevoir au jugement un montant supérieur à celui que le défendeur s'attend à perdre. Si l'économie de coûts de négociation est inférieure à l'écart d'estimation des parties sur le jugement attendu, la valeur du surplus devient négative et le procès est inévitable. En définitive, le procès est préféré à l'arrangement amiable uniquement si l'optimisme des parties est suffisamment élevé pour rendre la valeur du surplus négative et l'intervalle de négociations inexistant. Tant qu'un intervalle de négociation subsiste, les auteurs estiment que les parties opteront pour l'issue coopérative. Cela sous-entend que les parties s'accordent sur le choix de l'arrangement au sein de l'intervalle de négociation. Ce problème ne se pose cependant pas pour les auteurs de tradition

optimiste qui estiment en effet que les parties s'entendent toujours sur le partage du surplus coopératif dès lors que les conditions d'obtention d'un accord sont remplies. Le montant de l'arrangement à l'intérieur de l'intervalle de négociation dépend alors des pouvoirs de négociation des parties sachant que le demandeur (défendeur) a intérêt à conclure un accord le plus proche possible de la borne supérieure (inférieure). La part du surplus coopératif récupéré par chacun dépend de la position de l'accord dans l'intervalle de négociation : plus l'arrangement est proche de la borne supérieure (inférieure) et plus le demandeur (défendeur) récupère une part élevée du surplus coopératif.

## B- Un courant d'analyse vivement critiqué

Les analyses optimistes ont pour principal mérite d'avoir posé les bases de l'AECJ et soulevé un certain nombre de difficultés en essayant d'y apporter des éléments de réponse. Cependant, les limites de ce type d'approche ne doivent pas être négligées, les modèles optimistes souffrant de plusieurs inconvénients majeurs.

D'une part, en effet, ils ne permettent pas de déterminer le montant de l'arrangement, mais seulement un intervalle de négociation dans lequel l'accord est conclu. En outre, l'existence d'un intervalle de négociation suffit à garantir l'obtention d'un accord. Les auteurs de tradition optimiste considèrent en effet que les parties s'accordent toujours sur le partage du surplus, ou en d'autres termes, qu'elles parviennent toujours à s'entendre sur un arrangement au sein de l'intervalle de négociation. Or, des oppositions peuvent apparaître si l'un des justiciables tente de s'approprier la majeure partie, voire l'intégralité du surplus généré par la coopération (accord proche de l'une des bornes de l'intervalle de négociation). Un désaccord sur le partage du surplus coopératif peut être une nouvelle source de conflit qui peut conduire les parties devant le juge alors même que l'arrangement aurait permis de dégager un surplus.

Ensuite, les raisons de l'excès d'optimisme des parties ne sont jamais clairement explicitées. Si l'on considère qu'elles concernent la loi, la présence des avocats aux côtés des parties devrait contribuer à les réduire fortement de sorte qu'une justification d'un optimisme excessif sur une méconnaissance de la loi semble difficilement soutenable dans la réalité. Demeurent alors les problèmes d'information relatifs aux faits. Cependant, en vertu de l'hypothèse de bonne foi des parties, celles-ci ne cachent jamais volontairement des faits pertinents à leur adversaire. Un accord devrait donc toujours être

conclu. Reste alors éventuellement l'incertitude du jugement lié au pouvoir de décision du juge mais l'on peut à nouveau penser que le rôle des avocats sera ici déterminant pour éclairer les parties sur le résultat à attendre du procès. Il en résulte que le principal problème des modèles optimistes réside dans leur conception trop naïve du litige. En effet, ils écartent totalement la possibilité d'une utilisation stratégique des informations privilégiées en vue de duper l'adversaire et d'obtenir un arrangement plus favorable. L'hypothèse de bonne foi des parties devient alors difficilement soutenable si l'on admet que la dissimulation d'informations pertinentes par les parties peut leur permettre de conclure des accords servant leurs seuls intérêts. L'existence d'asymétries d'information permet en effet aux parties d'adopter des comportements stratégiques, chaque partie s'efforçant de s'approprier la plus grande part de l'enjeu du litige (équivalent au montant du dommage subi) tout en restant consciente du risque de destruction du surplus coopératif (constitué des économies de coûts permises par la résolution négociée du litige : coûts de procédure, coût du temps, honoraires des avocats, ...) si les négociations échouent.

### **2.1.2 L'approche stratégique du procès**

L'approche stratégique du conflit repose sur l'utilisation des asymétries d'information à des fins de tromperie. Il convient cependant de préciser que cette conception n'a pas été totalement ignorée par les fondateurs de l'analyse économique des conflits juridiques. Posner [1973] évoquait en effet déjà le problème lorsqu'il expliquait que les conflits juridiques se différencient des autres situations de marchandage par le fait que les parties n'ont pas intérêt à révéler l'information dont elles disposent, afin de pouvoir bénéficier d'un "effet de surprise" lors du procès. Ces asymétries d'information auraient ainsi une importante valeur stratégique. En d'autres termes, Posner admettait déjà que les parties ne révèlent pas l'information dont elles disposent afin de tromper l'adversaire sur leur véritable pouvoir de négociation et d'obtenir ainsi des arrangements dont les termes leur sont plus favorables, éventuellement juste avant le prononcé du verdict. Il faut pourtant attendre les travaux de Cooter, Marks et Mnookin [1982] pour voir véritablement introduits les problèmes liés aux asymétries d'information. La parution de l'article de Cooter, Marks et Mnookin [1982], en insistant pour la première fois sur les problèmes informationnels des parties, a alors ouvert la voie à toute une gamme de modèles stratégiques. Cette dernière allie une meilleure compréhension économique

du mode de résolution des litiges aux développements les plus récents de la théorie des jeux.

L'approche stratégique assimile les conflits à des jeux à information asymétrique. Ainsi, la partie qui bénéficie de l'avantage informationnel connaît parfaitement son type (par exemple, coupable ou innocent), tandis que l'adversaire l'ignore (en présence d'asymétries d'information bilatérales, chacun connaît son type mais ignore celui de l'adversaire). L'existence d'asymétries d'information constraint la partie non-informée à estimer le type de l'autre joueur avant de choisir sa stratégie (en calculant la probabilité que ce dernier soit d'un certain type). L'objectif de chaque joueur consiste alors à déterminer la stratégie qui maximise son espérance de gain compte tenu des types potentiels des autres joueurs et de leur probabilité de réalisation respective. Une fois connus les choix respectifs des parties, le jeu prend fin. Un équilibre est atteint si chaque joueur, constatant le choix des autres, ne regrette pas le sien (tout changement de stratégie n'aurait pas permis d'accroître ses gains). Les croyances et leur révision jouent alors un rôle déterminant dans l'élaboration des stratégies d'équilibre. Plus précisément, les parties formulent des croyances initiales sur la base des informations limitées dont elles disposent. Au fur et à mesure du déroulement des négociations, les parties obtiennent des informations supplémentaires. Elles révisent alors leurs croyances initiales en intégrant les renseignements véhiculés par les propositions d'arrangement des autres joueurs.

Cependant, on peut se demander pourquoi la partie qui détient une information favorable n'informe pas l'autre afin d'éviter une procédure de négociations longue et éventuellement un procès coûteux pour les deux parties. En d'autres termes, pourquoi les informations pouvant éviter le procès ne sont-elles pas révélées et, lorsqu'elles le sont, pourquoi ne sont-elles pas prises en compte par la partie non-informée ? La réponse réside dans un problème d'anti-sélection, provenant du fait que l'information révélée par la partie qui dispose d'une information favorable n'est pas crédible. En effet, la partie non-informée, parce qu'elle n'a aucun moyen de vérifier la véracité des propos de la partie informée, a intérêt à ne pas tenir compte de cette annonce. Plus précisément, le risque subsiste qu'un adversaire malhonnête annonce qu'il est innocent. Le problème d'anti-sélection qui apparaît dans ce type de situations rend non crédibles les déclarations d'un adversaire honnête. En d'autres termes, l'adoption de comportements stratégiques par ceux qui cherchent à cacher leurs informations privées (parce qu'elles leur sont défavorables

et qu'ils ont intérêt à se comporter comme ceux qui détiennent une information favorable) peut suffire à empêcher l'émergence des accords parce qu'un doute subsiste sur la véracité des informations partagées. Le juge est alors considéré comme le seul agent capable de lever les asymétries d'information. Il apparaît ainsi comme le seul à pouvoir protéger la partie non-informée des comportements stratégiques de son adversaire. Cela implique que la partie non-informée peut préférer aller au procès (et éventuellement perdre) plutôt que de conclure un accord dont elle estime qu'il présente une forte probabilité d'être moins favorable que le jugement.

Diverses distinctions peuvent être opérées au sein des modèles stratégiques (Deffains [1997]). Un regroupement peut être effectué selon la nature de l'asymétrie d'information (celle-ci peut porter sur le montant du dommage, sur les précautions prises, sur le degré d'aversion pour le risque, ...); un deuxième consiste à distinguer les procédures de négociations statiques des procédures dynamiques ; un troisième peut être opéré selon la partie qui formule la proposition d'arrangement : la partie informée ou, à l'inverse, la partie non informée. Le troisième mode de classification des modèles stratégiques permet de mettre l'accent sur l'importance de la révision des croyances par les parties, suite à la perception d'informations transmises par l'offre de règlement amiable. Les modèles de filtrage (Bebchuk [1984], Nalebuff [1987], Spier [1992]) sont alors distingués des modèles de signal (P'ng [1987], Reinganum et Wilde [1986]) et des modèles à asymétries d'information bilatérales (Schweizer [1989], Daughety et Reinganum [1994]). La logique et les principaux résultats de ces modèles sont successivement présentés.

#### **A- L'étude du comportement des parties en conflit par un modèle de filtrage**

L'adoption d'un modèle de filtrage se justifie lorsque le processus de négociations est initié par la partie non-informée. Les modèles de filtrage représentent en effet une situation dans laquelle la partie non-informée (le principal) soumet à la partie informée (l'agent) les termes d'un règlement amiable, refusé ou accepté par cette-dernière. L'objectif de la partie non-informée consiste à déterminer le type exact de son adversaire, par l'intermédiaire de la réponse fournie. En d'autres termes, la proposition d'arrangement agit comme un filtre et trie les divers types d'adversaires. Appliqué au domaine particulier des conflits, l'utilisation d'un modèle de filtrage impose de spécifier précisément lequel du demandeur ou du défendeur est la partie non-informée.

L'avantage de ce type de modèles réside dans l'étude du processus de négociations entre les parties à travers la détermination du montant optimal de l'arrangement, de sa probabilité de réalisation et dans un cadre dynamique, du moment le plus probable de son obtention.

Dans le cadre de la résolution des conflits civils, les modèles de filtrage ont initialement été limités à un cadre statique. La proposition d'arrangement est donc une offre “à prendre ou à laisser” et les contre-propositions ne sont pas autorisées. En conséquence, les négociations comprennent seulement deux étapes : la partie informée soumet d'abord à son adversaire une proposition de règlement amiable, acceptée ou refusée ensuite par la partie adverse. Si l'accord est conclu, le jeu prend fin : l'issue du conflit est dite coopérative. A l'inverse, si la proposition est refusée, l'affaire est soit abandonnée, soit jugée. Dans cette dernière éventualité, l'issue du conflit est non-coopérative.

S'ils présentent l'avantage de fournir la probabilité d'obtention de l'accord amiable et son montant, les modèles statiques ne permettent pas de situer le moment le plus probable de réalisation de l'arrangement. Ce renseignement supplémentaire apparaît uniquement dans les modèles dynamiques (Spier [1992], Farmer et Peccorino [1994]). L'instant des négociations au cours duquel l'accord a le plus de chances d'être conclu, selon que le marchandage est coûteux ou non, est alors déterminé.

### a) L'approche statique du conflit

Le modèle de Bebchuk [1984] constitue la référence des modèles de filtrage monopériodiques en AECJ. Son objectif consiste à montrer comment la présence d'une asymétrie d'information relative à l'enjeu du litige peut entraver son règlement amiable.

Le modèle envisage un conflit relatif à un accident dont la nature n'est pas précisée. Le demandeur a intenté une action en justice. L'absence d'arrangement avant la date prévue du procès conduit nécessairement au jugement de l'affaire. Les parties supportent des coûts de procès, notés  $T_p$  pour le demandeur et  $T_d$  pour le défendeur. Le montant des dommages et intérêts accordés par le juge au procès si le défendeur est reconnu coupable constitue l'enjeu du conflit. Estimé de la même façon par les deux parties, il est noté  $D$ . L'asymétrie d'information est favorable au défendeur : il connaît avec précision sa probabilité de défaite au procès, notée  $q$ . Le type du défendeur est par conséquent donné par la variable  $q$ . Le demandeur ignore le type exact de son adversaire (information incomplète) mais est capable d'associer une

probabilité de réalisation à chaque type  $q$  (par exemple, le demandeur sait que dans le type de conflits auquel il est confronté, 20 % des défendeurs ont une probabilité de condamnation de 45 %). Les négociations sont supposées non-coûteuses ( $N_p = N_d = 0$ ). Dans ce contexte, le demandeur soumet au défendeur une offre “à prendre ou à laisser”, notée  $A$ , qui représente le montant minimum qu’il exige du défendeur pour renoncer au jugement. Sur la base de l’information dont il dispose et sachant que tout refus le conduirait nécessairement devant le juge, le défendeur choisit d’accepter ou de refuser la proposition de règlement amiable du demandeur. S’il l’accepte, il verse au demandeur le montant  $A$  des réparations exigées par le demandeur pour cesser ses poursuites. S’il refuse, le demandeur porte l’affaire devant le juge ; ce-dernier tranche le litige et condamne le défendeur à indemniser la victime avec une probabilité  $q$ .

Dans un tel jeu de négociations, comment les parties prennent-elles leur décision ? Plus précisément, comment le demandeur choisit-il sa proposition optimale et selon quel critère le défendeur choisit-il entre le jugement et l’arrangement ?

L’analyse est menée en raisonnant à rebours. Suite à la proposition du demandeur, le *défendeur* est face à une alternative : accepter le règlement amiable ou le rejeter. Son choix dépend de la comparaison des pertes liées à l’arrangement (équivalentes au montant demandé  $A$ ) avec celles estimées du jugement (le montant attendu des réparations accordées par le juge à la victime, augmenté de ses coûts de procès, soit  $qD + T_d$ ). En conséquence, le défendeur accepte l’arrangement  $A$  si et seulement si :

$$A \leq T_d + qD \Leftrightarrow q \geq \frac{A - T_d}{D}$$

Le type  $q(A) = \frac{A - T_d}{D}$  qui correspond au type de défendeurs indifférents entre l’arrangement et le jugement, est appelé “type limite”. Il partage la distribution des défendeurs en deux groupes distincts : d’une part, ceux dont la probabilité de défaite au procès est inférieure au type limite ( $q < q(A)$ ) qui préfèrent le jugement et, d’autre part, ceux dont la probabilité de défaite au procès est supérieure au type limite ( $q \geq q(A)$ ) qui optent pour l’arrangement.

Le *demandeur* détermine son offre d’arrangement  $A$ , connaissant seulement la fonction de distribution cumulée  $F(q)$  qui lui indique la probabilité

que le type du défendeur soit d'un type inférieur à  $q(A)$  c'est-à-dire qu'il refuse son offre ( $F[q(A)]$  représente donc la probabilité de procès et  $1-F[q(A)]$  la probabilité de règlement amiable). L'arrangement proposé maximise son gain attendu total, fonction des gains attendus de l'arrangement et des gains escomptés au procès. Le montant optimal de l'arrangement  $A^*$  est donc solution du programme de maximisation suivant :

$$Max_A G(A) = \{1 - F[q(A)]\} \times A + F[q(A)] \times \left[ -T_p + D \times \frac{\int_a^{q(A)} q f(q) dq}{F[q(A)]} \right] \quad (2.2)$$

avec :

- $[1 - F(q(A))]$  : la probabilité d'arrangement associée à l'offre  $A$ ,
- $\left[ -T_p + D \times \frac{\int_a^{q(A)} q f(q) dq}{F(q(A))} \right]$  : le gain moyen attendu par le demandeur au procès.

L'arrangement optimal  $A^*$  doit vérifier les conditions de maximisation du gain attendu du demandeur. La condition de premier ordre est :

$$1 - F[q(A^*)] = \frac{T_p + T_d}{D} \times f[q(A^*)] \quad (2.3)$$

Le membre de gauche de cette équation représente le bénéfice marginal d'une augmentation de la proposition d'arrangement  $A$ , tandis que le membre de droite représente le coût marginal de cette exigence supplémentaire<sup>6</sup>. La probabilité d'arrangement associée à la proposition  $A^*$  est  $1 - F[q(A^*)] < 1$ .

L'équilibre du jeu est un équilibre **semi-séparateur** puisque l'offre optimale  $A^*$  du demandeur scinde la distribution des défendeurs en deux groupes : ceux qui refusent l'arrangement ( $q < q(A^*)$ ) et ceux qui l'acceptent ( $q \geq q(A^*)$ ). Dans le premier cas, le demandeur ne connaît jamais le type exact du défendeur ; en particulier, il ignore si un arrangement plus favorable aurait pu être

---

<sup>6</sup>La proposition d'arrangement optimale  $A^*$  doit également vérifier la condition de second ordre qui garantit qu'elle est un maximum :

$$\frac{\delta^2 G(A^*)}{\delta A^{*2}} < 0 \Leftrightarrow -f[q(A^*)] - \frac{T_p + T_d}{D} \times f'[q(A^*)] < 0$$

conclu. Dans le second cas, le type du défendeur est révélé avec certitude au demandeur, à condition de supposer que le juge dispose d'une information parfaite.

L'asymétrie d'information dont souffre le demandeur apparaît finalement comme la cause principale de l'échec des négociations entre les parties. En situation **d'information complète**, le demandeur est assuré de régler le conflit à l'amiable puisqu'il propose un arrangement conforme au type de son adversaire. En situation **d'information incomplète**, il est contraint de proposer l'arrangement qui maximise ses gains attendus. Il en résulte que les défendeurs dont les chances de gagner le procès sont les plus élevées souffrent, comme les demandeurs, du comportement stratégique des défendeurs fautifs. En effet, l'adoption de comportements stratégiques les empêche de se distinguer des seconds avant le refus de la proposition d'arrangement. Finalement, seul le rejet de la proposition permet de les distinguer des défendeurs fautifs. Le jugement devient ainsi le seul moyen de faire reconnaître leur véritable degré de responsabilité. En conséquence, **les défendeurs de types faibles supportent les conséquences de l'externalité**.

Le modèle de Bebchuk, s'il conduit à des résultats pertinents sur la probabilité et le montant de l'arrangement dans le cadre d'un modèle de filtrage, ignore cependant le problème de la pérennité de la crédibilité de la menace du demandeur d'aller au procès si son offre est refusée. Nalebuff [1987] s'est interrogé sur les conséquences, pour le demandeur, de l'obligation de conserver une menace de procès crédible suite au refus de sa proposition ; à cette fin, il a intégré l'impact de la réponse du défendeur informé sur les estimations *ex post* du demandeur. L'origine du problème est la capacité du défendeur à anticiper l'impact de sa réponse sur la décision du demandeur d'aller au procès ou d'abandonner les poursuites judiciaires lorsque la proposition de ce dernier est relativement modeste. La menace de procès du demandeur peut lui paraître peu crédible s'il estime que le refus d'un arrangement modeste incitera le demandeur à reviser ses estimations de sorte que le procès ne soit plus rentable. L'intérêt du défendeur réside alors dans le rejet de l'accord amiable, assuré que sa réponse négative va conduire le demandeur à abandonner son action devant les tribunaux. Si ses anticipations s'avèrent correctes, l'affaire est abandonnée ; le demandeur ne reçoit aucune part de l'enjeu tandis que le défendeur profite pleinement des bénéfices de son comportement stratégique en échappant à son devoir d'indemnisation. Il n'est

donc pas dans l'intérêt du demandeur sous-informé de soumettre une offre trop faible, même si l'ampleur du préjudice subi demeure limitée. En exigeant un montant d'arrangement suffisamment élevé, le demandeur réduit le risque d'obtenir une nouvelle défavorable parce qu'il limite l'incitation des défendeurs à mentir sur leur véritable type. Le refus d'une offre relativement plus élevée ne suffit pas à inciter le demandeur à abandonner ses poursuites parce que ses estimations *ex post* ne baissent pas suffisamment pour qu'il renonce à son action. Le rejet d'une offre élevée a davantage de chances d'émaner de défendeurs de type faible, les défendeurs de type élevé ayant intérêt à accepter le règlement amiable, persuadés que le demandeur ne renoncera pas au procès suite à leur refus (la valeur attendue du procès reste positive *ex post*). Proposer une offre plus élevée devient la seule façon pour le demandeur de se préserver des comportements stratégiques de son adversaire, en maintenant crédible sa menace de jugement.

### b) L'approche dynamique du conflit

Les parties ayant souvent la possibilité d'étaler leurs négociations sur plusieurs périodes entre le début des poursuites judiciaires et le jugement, il devient nécessaire d'adopter un cadre d'analyse dynamique, incluant l'effet du temps sur les décisions des parties. L'intérêt spécifique des modèles multipériodiques consiste alors à repérer l'instant des pourparlers durant lequel l'accord a le plus de chances d'être conclu et à identifier les éléments susceptibles de retarder ou d'accélérer le règlement amiable du litige.

Les relations entre un demandeur et un défendeur présentent une spécificité par rapport aux relations traditionnellement étudiées en économie, entre un vendeur et un acheteur. Plus précisément, l'acheteur et le vendeur sont incités à conclure un accord le plus rapidement possible : l'acheteur désire disposer du bien et le vendeur de son équivalent monétaire dans les plus brefs délais. Le temps opère naturellement une discrimination des acheteurs, favorable au vendeur : l'acheteur dont la préférence pour le présent est la plus forte, qui retire la plus grande utilité d'une consommation immédiate du bien, accepte de payer un prix supérieur à celui des autres acheteurs afin d'obtenir le bien le plus rapidement possible (parce que tout délai supplémentaire lui imposerait des pertes en termes d'utilité). Ce processus de sélection par le temps permet au vendeur d'obtenir le prix le plus élevé pour son bien (en s'appropriant le surplus du consommateur) parce qu'il lui permet de discriminer les différents types d'acheteurs.

Dans le domaine spécifique des conflits juridiques, lorsque les négociations ne sont pas coûteuses pour les parties, cette discrimination par le temps ne s'opère pas. L'écoulement du temps, en particulier, ne permet pas à un demandeur non informé d'identifier le type du défendeur parce que tous les défendeurs, quel que soit leur type, ont intérêt à attendre le plus longtemps possible pour indemniser le demandeur (le défendeur désire conclure un accord le plus tard possible de façon à profiter de son argent pendant le maximum de temps ; à l'inverse, le demandeur souhaite conclure un accord le plus rapidement possible afin de bénéficier des sommes dues). Dans le domaine des conflits, le temps n'opère donc aucune discrimination en faveur de la partie non-informée. Cependant, la durée des pourparlers est limitée par la date du jugement. Cette dernière, fixée arbitrairement par le système judiciaire et indépendamment de la volonté des parties, constitue une date butoir pour des parties désireuses de négocier. L'absence de règlement amiable avant la date fatidique du jugement conduit les parties devant le juge et détruit définitivement le surplus issu de la coopération. A l'inverse, si un arrangement est conclu, on peut s'interroger sur la date à laquelle il a le plus de chances de se réaliser, notamment pour savoir si cette date butoir joue un rôle déterminant dans l'obtention des accords.

Cette interrogation est à la base du modèle dynamique imaginé par Spier [1992]. Elle a plus précisément montré comment les arrangements se répartissent dans le temps en fonction de la présence ou non d'asymétries d'informations et en fonction des coûts supportés par les justiciables : coûts de négociation et coûts de procès. Les résultats auxquels elle parvient sont les suivants :

- **en l'absence d'asymétries d'information**, le règlement amiable du litige est certain<sup>7</sup> dès lors que le procès est coûteux. En outre, il est immédiat si les négociations engendrent également des frais. En d'autres termes, la présence de coûts de procès garantit le règlement amiable du litige tandis que celle des coûts de négociations assure sa réalisation immédiate. La question est alors de savoir ce qui se passe lorsque l'une des parties souffre d'un désavantage informationnel.

---

<sup>7</sup>L'arrangement est certain et pas seulement probable parce que le demandeur est en mesure de proposer un arrangement parfaitement adapté à son adversaire et donc toujours accepté (à condition toutefois de supposer que si le défendeur est indifférent entre le procès et le règlement amiable, la deuxième option est toujours choisie).

- **en présence d'asymétries d'information**, la distribution temporelle des arrangements dépend des coûts de procès et de négociations :

- Quand *les coûts de négociations et de procès sont nuls*, l'issue du conflit est indéterminée parce que les deux parties sont indifférentes au mode de résolution du litige.
- Quand *les coûts de négociations sont nuls et les coûts de procès positifs*, un effet de dernière limite (i.e. que les accords sont conclus juste avant le jugement) est observé en raison du problème de crédibilité de la dernière offre du demandeur<sup>8</sup> et de la volonté des parties d'éviter les coûts de procès. Plus précisément, en l'absence de coûts de négociations, les défendeurs ont intérêt à indemniser les demandeurs le plus tard possible. Le temps n'opérant aucune distinction des défendeurs en fonction de leur type, l'arrangement, s'il est conclu, survient exclusivement "sur les marches du palais". Le règlement amiable du litige est seulement probable puisque les préférences des défendeurs, jusqu'alors équivalentes, diffèrent lors de l'ultime phase des pourparlers, lorsqu'ils savent que le refus de la dernière proposition du demandeur peut les conduire devant le juge. En effet, face à l'ultime proposition du demandeur, les défendeurs dont les pertes attendues au procès excèdent l'offre du demandeur acceptent le règlement amiable ; les autres le refusent, préférant aller devant le juge. Il est alors possible de mettre en évidence un taux élevé d'accords amiables juste avant l'occurrence du procès, lors de l'ultime phase de négociations, signe de l'existence d'un **effet de dernière limite**.
- Quand *les coûts de négociations et de procès sont positifs*, la distribution temporelle des arrangements prend la forme d'une courbe en U parce que les arrangements surviennent à deux moments uniquement : au début des négociations, immédiatement après l'engagement des poursuites et juste avant le jugement (effet dernière limite). Cette forme s'explique par la volonté du demandeur d'éviter les coûts de négociations et de procès, combinée à son souhait de différencier les deux types de défendeurs. Cette courbe est

---

<sup>8</sup>Si les défendeurs s'attendent à ce que le demandeur révisent ses prétentions à la baisse lors de l'étape suivante en  $t + 1$ , ils refusent l'accord en  $t$  ; pour que l'offre du demandeur soit crédible, il faut donc qu'elle soit telle que les défendeurs n'anticipent pas une baisse à l'étape suivante.

plus particulièrement observée lorsque les coûts de procès sont très supérieurs aux coût de négociations de sorte que des négociations longues n'engendrent pas de coûts excessifs pour le demandeur et que son incitation à conclure un accord avec les défendeurs restants lors de l'étape finale des négociations reste grande. Des accords sont alors conclus dès la période initiale avec une majorité de défendeurs de type élevé afin d'éviter de payer les coûts de négociations. Une seconde série d'arrangements est observée "sur les marches du palais" avec les défendeurs de type élevé restants et les défendeurs de type faible, dans le seul but d'éviter les coûts de procès, les coûts de négociations étant irrécupérables.

Les travaux théoriques de Spier ont été poursuivis par Farmer et Pecorino [1994]. Leur étude permet d'établir que l'effet dernière limite ne dépend ni de la nature du déséquilibre informationnel, ni de la partie à qui il profite. Les études empiriques que nous avons menées<sup>9</sup> (Deffains et Doriat [1999]) confirment ces résultats et établissent en outre qu'un effet de dernière limite est observable dans les tribunaux civils français, quelque soit le domaine du droit civil étudié.

## B- L'étude du comportement des parties en conflit par un modèle de signal

Les modèles de signal représentent des procédures de négociations en information incomplète dans lesquelles la proposition d'arrangement émane de la partie informée. P'ng [1983] a élaboré le premier modèle de signal appliqué au domaine des conflits. Il montre comment les asymétries d'information, à travers les comportements stratégiques qu'elles permettent, peuvent faire échouer un règlement amiable. Son modèle oppose un défendeur informé de son type (fautif ou innocent) et un demandeur seulement informé qu'il existe deux types de défendeurs, les fautifs en proportion  $q$  et les innocents en proportion  $(1 - q)$ . La première décision du demandeur consiste à choisir ou non d'ester en justice. En l'absence de poursuites, le jeu prend fin. A l'inverse, les poursuites judiciaires contraignent le défendeur à choisir entre proposer ou non un arrangement. S'il fait une offre, le demandeur doit choisir entre

<sup>9</sup>cf. deuxième section de ce chapitre.

accepter l'offre du défendeur ou faire juger l'affaire<sup>10</sup>. S'il ne fait pas d'offre, le demandeur va au procès ou abandonne s'il est persuadé qu'il n'obtiendra pas de réparations. En cas de procès, chaque partie supporte ses coûts et le juge dévoile le type du défendeur. Dans tous les cas, le jeu prend fin après la réponse du demandeur. Le problème de la détermination de l'offre de règlement amiable *A*, est écartée en supposant que la proposition d'arrangement est *exogène*. Les stratégies possibles du *demandeur* sont :

- (1) : “ne pas ester en justice”,
- (2) : “poursuivre en justice ; accepter l'arrangement si le défendeur fait une proposition, aller au procès sinon”,
- (3) : “poursuivre en justice ; aller au procès si le défendeur fait une proposition, aller au procès sinon”,
- (4) : “poursuivre en justice ; aller au procès si le défendeur fait une proposition, abandonner sinon”,
- (5) : “poursuivre en justice ; accepter l'arrangement si le défendeur fait une proposition, abandonner sinon”.

Le *défendeur* joue uniquement si le demandeur intente une action en justice (stratégies (2) à (5)). Il doit alors choisir entre faire une proposition d'arrangement ou s'abstenir. Les stratégies possibles du défendeur en fonction de son type sont :

- (1') : “proposer un arrangement s'il est fautif, proposer un arrangement s'il n'est pas fautif”,
- (2') : “ne pas proposer d'arrangement s'il est fautif, ne pas proposer d'arrangement s'il n'est pas fautif”,
- (3') : “proposer un arrangement s'il est fautif, ne pas proposer d'arrangement s'il n'est pas fautif”,
- (4') : “ne pas proposer d'arrangement s'il est fautif, proposer un arrangement s'il n'est pas fautif”.

---

<sup>10</sup>L'abandon est toujours une stratégie dominée lorsque le défendeur fait une offre : l'arrangement proposé par le défendeur conduit à un paiement positif, toujours préférable à l'abandon, synonyme de paiements nuls.

Le demandeur opte pour la stratégie qui maximise ses gains attendus tandis que le défendeur préfère celle qui minimise ses pertes escomptées. Les paiements des parties sont représentés dans le tableau de la page suivante, sous la forme: (paiement du demandeur; paiement du défendeur fautif, paiement du défendeur non fautif).

|                                   |  | <i>Stratégies du défendeur</i>                             |                                                            |                                                            |                                                            |
|-----------------------------------|--|------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------|
| <i>Stratégies du demandeur</i>    |  | arrangement, arrangement                                   | procès, procès                                             | arrangement, procès                                        | procès, arrangement                                        |
| pas de poursuites                 |  | 0, (0,0)                                                   | 0, (0,0)                                                   | 0, (0,0)                                                   | 0, (0,0)                                                   |
| poursuites ; arrangement, procès  |  | A, (-A, -A)                                                | qD-T <sub>p</sub> , (-D-T <sub>d</sub> , -T <sub>d</sub> ) | qA-(1-q)T <sub>p</sub> , (-A, -T <sub>d</sub> )            | q(D-T <sub>p</sub> )+(1-q)A, (-D-T <sub>d</sub> , -A)      |
| poursuites ; procès, procès       |  | qD-T <sub>p</sub> , (-D-T <sub>d</sub> , -T <sub>d</sub> ) | qD-T <sub>p</sub> , (-D-T <sub>d</sub> , -T <sub>d</sub> ) | qD-T <sub>p</sub> , (-D-T <sub>d</sub> , -T <sub>d</sub> ) | qD-T <sub>p</sub> , (-D-T <sub>d</sub> , -T <sub>d</sub> ) |
| poursuites ; procès, abandon      |  | qD-T <sub>p</sub> , (-D-T <sub>d</sub> , -T <sub>d</sub> ) | 0, (0,0)                                                   | Q(D-T <sub>p</sub> ), (-D-T <sub>d</sub> , 0)              | -(1-q)T <sub>p</sub> , (0, -T <sub>d</sub> )               |
| poursuites ; arrangement, abandon |  | A, (-A, -A)                                                | 0, (0,0)                                                   | qA, (-A, 0)                                                | (1-q)A, (0, -A)                                            |

Il reste alors à déterminer le(s) équilibre(s) de ce jeu de négociations afin de prévoir la (ou les) issue(s) la (ou les) plus probable(s) du conflit. Certaines stratégies n'ont aucune chance d'être choisies par des joueurs rationnels parce qu'elles sont toujours dominées par une ou plusieurs stratégies concurrentes. Ainsi, le demandeur ne choisit jamais la stratégie (1) : ne pas poursuivre en justice puisque toute autre stratégie lui rapporte au moins autant. En outre, l'offre de règlement amiable  $A$  du défendeur ne peut excéder les pertes supportées par un défendeur fautif au procès, soit  $D + T_d$ . Ces précisions faites, il convient d'identifier les équilibres du jeu.

P'ng distingue au total six équilibres potentiels selon les valeurs des paramètres pertinents ( $q, D, A, T_p$  et  $T_d$ ). Parmi ces équilibres, trois conduisent au procès ( $E_2 = ((2); (2')) ; E_3 = ((3); (1')) ; E_4 = ((3); (2'))$ ), deux à l'abandon des poursuites ( $E_5 = ((4); (2')) ; E_6 = ((5); (2'))$ ) et un seul au règlement amiable du litige ( $E_1 = ((2); (1'))$ ).

Ce modèle établit un résultat important. En effet, il montre que quel que soit l'équilibre, **le défendeur fautif adopte toujours la même stratégie que le défendeur innocent**. En effet, le défendeur fautif n'a jamais intérêt à agir d'une façon différente de celle du défendeur innocent car il révélerait son type au demandeur. Les défendeurs innocents peuvent alors être contraints d'aller jusqu'au procès pour faire reconnaître leur innocence. L'asymétrie d'information *a priori* profitable au défendeur apparaît donc défavorable non seulement au demandeur, mais également au défendeur innocent qui supporte les conséquences de l'externalité créée par l'asymétrie d'information.

En définitive, comme dans les modèles de filtrage, les asymétries d'information justifient l'occurrence des procès en provoquant l'échec des négociations. Les comportements stratégiques des défendeurs fautifs font échouer les pourparlers : le demandeur ne connaît pas avec certitude le type de son adversaire et préfère refuser l'offre d'arrangement dès lors qu'elle est inférieure à ses gains attendus au procès, même si le jugement final lui est ensuite défavorable.

Les modèles de filtrage et de signal permettent de montrer comment les asymétries d'information, à travers les comportements stratégiques qu'elles permettent, peuvent expliquer l'échec des négociations. Une différence importante apparaît cependant entre les deux modèles. Dans les modèles de **filtrage**, l'équilibre est *unique et semi-séparateur*. Dans les modèles de **signal**, les équilibres sont *multiples et de natures différentes* : l'équilibre d'arrangement ( $E_1$ ) est un équilibre mélangeant puisque le même accord est conclu

avec tous les types de défendeur. Seuls les équilibres de jugement ( $E_2$ ,  $E_3$ ,  $E_4$ ) sont séparateurs, à condition de supposer que le juge est en mesure de déterminer précisément le type du défendeur.

Au-delà de fournir une justification rationnelle à l'occurrence des jugements, ces modèles sont d'une grande utilité dès lors qu'il s'agit d'évaluer l'efficacité d'une politique visant à favoriser le règlement amiable. Ils peuvent donc être employés dans une perspective d'aide à la décision publique, comme les chapitres suivants le montreront.

### C- L'étude du comportement des parties en conflit par un modèle à double asymétries d'information

Les modèles de signal et de filtrage se rapportent à des situations d'asymétries d'information unilatérales dans lesquelles une seule des deux parties bénéficie d'une information privilégiée. Un plus grand souci de réalisme exige de tenir compte simultanément des informations privilégiées détenues par les deux parties. Dans la réalité, il est effectivement fort probable que le demandeur soit seul en mesure d'estimer parfaitement le préjudice subi, tandis que le défendeur est seul capable d'évaluer son degré de responsabilité avec certitude. Des modèles à double asymétries d'information ont alors été élaborés en vue d'étendre l'analyse à ce type de situations (Schweizer [1989], Daughety et Reinganum [1994]).

Cependant, la portée de ces modèles est limitée par de multiples problèmes. D'abord, leur complexité empêche de dynamiser l'analyse de sorte qu'ils n'envisagent que des conflits monopériodiques où les négociations sont limitées à une proposition unique du type "à prendre ou à laisser". Ensuite, l'issue du conflit dépend des croyances des parties qui déterminent les stratégies d'équilibre. L'idéal consisterait à trouver un équilibre unique qui prédirait de façon certaine l'issue du litige mais ce résultat est très improbable dans la mesure où les croyances peuvent être très variées ; une multitude d'équilibres est donc susceptible d'être observée. Chaque équilibre correspond à un mode de règlement du litige qui peut différer de celui obtenu avec les autres équilibres de sorte qu'il est impossible de prédire l'issue la plus probable du conflit, sauf si l'on parvient à ne conserver qu'un seul équilibre en utilisant ce que les théoriciens des jeux appellent des raffinements.

Trois catégories d'équilibres potentiels peuvent néanmoins être distinguées.

- En premier lieu, les équilibres *mélangeants* sont obtenus lorsque tous les

défendeurs, quel que soit leur type, adoptent la même stratégie. Dans ce type d'équilibre, le demandeur est dans l'incapacité d'utiliser le signal perçu pour réviser ses croyances ; il n'obtient aucun renseignement sur son adversaire dont le type lui reste inconnu, à moins d'aller jusqu'au procès où le juge divulgue le type des parties.

- La deuxième catégorie est constituée des équilibres *séparateurs* qui conduisent à une discrimination parfaite des types de défendeurs. Chaque type de défendeurs adopte une stratégie propre si bien que l'information privilégiée est intégralement transmise au demandeur.
- La dernière catégorie d'équilibres potentiels comprend les équilibres *semi-mélangés*. Ils surviennent uniquement lorsque les défendeurs adoptent des stratégies mixtes qui consistent à proposer l'offre correspondant à leur type avec une probabilité positive et une offre correspondant à celle des autres types de défendeurs avec la probabilité complémentaire.

Face à cette multitude d'équilibres potentiels, la détermination de l'issue d'un conflit à double asymétries d'information s'avère être une tâche d'une extrême complexité. Elle requiert de spécifier très précisément les valeurs des paramètres du litige (enjeu, coûts de procès, coûts de négociation, probabilité de condamnation des défendeurs au procès, ...) et d'appliquer ensuite à la configuration étudiée le raffinement permettant d'aboutir à un équilibre unique. Tous les raffinements ne conduisent cependant pas à une solution unique et l'issue du conflit reste alors indéterminée. L'obtention d'un résultat unique dépend donc à la fois du raffinement choisi et des caractéristiques spécifiques du cas étudié.

La formalisation des conflits avec asymétries d'informations bilatérales fait appel aux avancées les plus récentes de la théorie des jeux. Le haut degré de modélisation requis tend néanmoins à éloigner considérablement l'analyse de la réalité qu'elle doit éclairer. La question qui se pose alors est celle de la pertinence de l'utilisation de modèles extrêmement sophistiqués pour expliquer les faits observés. Il n'est pas certain, en effet, que les modèles à double asymétries d'information nous renseignent davantage sur le comportement des parties en conflit qu'un modèle de signal ou de filtrage dont le mérite est de déterminer à la fois la probabilité et le montant de l'arrangement.

Les insuffisances de ces modèles ne doivent cependant pas conduire à renier leurs apports puisqu'ils ont le mérite de représenter plus fidèlement la réalité et de montrer comment les stratégies des individus dépendent de leurs croyances respectives sur le type et les réactions de l'adversaire. D'autres travaux ont prolongé les conclusions du modèle fondateur de Schweizer [1989], en particulier ceux de Daughety et Reinganum [1994]. Ces auteurs envisagent deux situations possibles, différenciées par la partie qui fait la proposition d'arrangement. Ainsi, deux modèles sont comparés : dans le premier, le demandeur fait une proposition au défendeur, dans le second, le rôle des parties est inversé. Ces deux modèles permettent d'établir les offres d'équilibres dans chaque éventualité et mettent l'accent sur la symétrie qui caractérisent ces deux situations concurrentes. L'élaboration simultanée de ces modèles conduit de plus à s'interroger sur l'importance, en termes d'efficience, de la partie qui fait la proposition.

Daughety et Reinganum estiment qu'il existe en général une allocation préférée des rôles qui dépend des paramètres du conflit considéré. Ils en déduisent que l'offre d'arrangement doit émaner de la partie dont l'information est la plus diffuse. En d'autres termes, la partie dont la diversité des types est la plus grande doit proposer l'arrangement à celle dont la diversité des types est moindre. Dans la mesure où plus les types possibles d'une partie sont nombreux et plus le désavantage informationnel de la partie adverse est important, la partie qui a le meilleur avantage informationnel relatif doit être l'initiateur des négociations, dans un souci de maximisation du bien-être social.

En définitive, les modèles à double asymétries d'information sont utilisés pour formaliser des situations informationnelles complexes dans lesquelles chaque partie détient une information privilégiée, essentielle pour la résolution du litige. La présence de deux avantages informationnels offre à chacun des protagonistes la possibilité d'adopter un comportement stratégique. Néanmoins, ce dernier est effectif uniquement lorsque l'intérêt du justiciable est de faire croire à son adversaire qu'il détient une information qui lui est favorable alors qu'en réalité elle ne l'est pas.

L'adoption de ces comportements stratégiques engendre des problèmes d'anti-sélection qui empêchent la conclusion d'accords amiables. Les parties de "bonne foi" qui n'ont pas intérêt à duper leur adversaire, subissent les conséquences de l'externalité puisqu'elles sont contraintes d'aller jusqu'au jugement pour prouver leur qualité et faire identifier leur type. Le fait que

les deux parties soient confrontées à un problème d'anti-sélection accroît les risques d'échec des négociations puisqu'aucune des deux parties n'a intérêt à croire l'autre. Comme dans les modèles à une seule asymétrie d'information, les asymétries d'information et les comportements stratégiques qu'elles engendrent apparaissent donc comme la cause essentielle de l'occurrence des procès.

La première section de ce chapitre était consacrée aux travaux théoriques visant à retracer le comportement des justiciables en conflit, en expliquant notamment la survenue des jugements. La seconde section propose une vision plus empirique du comportement des parties en conflit, par une étude de l'activité des tribunaux civils français.

## 2.2 Le comportement des parties au procès

L'étude du comportement des parties au procès présente deux volets : le premier, de nature **empirique**, vise à décrire de façon détaillée les types de conflits portés devant les Tribunaux d'Instance (TI) et de Grande Instance (TGI), à évaluer l'importance des règlements amiables des litiges civils portés devant ces juridictions et enfin à mesurer la durée de résolution des litiges selon leur mode de règlement afin d'établir des profils temporels de jugements et d'arrangements. Le second volet, plus **théorique**, cherche à mettre en évidence un processus de sélection des affaires, celles qui vont jusqu'au procès constituant un échantillon particulier de l'ensemble des conflits.

### 2.2.1 Le comportement des justiciables français : une préférence pour le jugement et des accords conclus “sur les marches du palais”

Les données nécessaires pour mener à bien l'étude empirique ont été collectées auprès du bureau des études et de la diffusion, à la Sous-Direction de la statistique, des études et de la documentation du Ministère de la Justice. Elles concernent les affaires **terminées**, en 1995, dans les Tribunaux d'Instance (TI) et les Tribunaux de Grande Instance (TGI) et regroupées dans le répertoire général des affaires civiles<sup>11</sup>. Les affaires relevant du droit

---

<sup>11</sup>Il s'agit uniquement des procédures au fond, les référés ne sont pas inclus dans l'analyse.

des personnes ont été retirées de l'analyse dans la mesure où il est interdit de transiger dans ce domaine du droit<sup>12</sup>. En définitive, nous disposons d'un échantillon de 873 773 affaires civiles, dont 57,1 % ont été résolues dans les TGI et 42,9 % dans les TI. Les informations disponibles pour chaque affaire terminée portent sur :

- le tribunal compétent : tribunal d'instance ou tribunal de grande instance ;
- son mode de résolution : juridictionnel (jugement) ou non-juridictionnel (radiation, désistement, conciliation, ...) ;
- sa nature : la décomposition des affaires correspond au niveau 1 de la nomenclature des affaires civiles (grands domaines du droit civil, hors droit des personnes puisque les parties ne sont pas autorisées à transiger dans ce domaine) et au niveau 2 (sous-catégories d'un domaine du droit) ;
- sa durée de résolution (en première instance) exprimée en mois jusqu'à deux ans, en trimestre entre deux et trois ans, en semestre entre trois et cinq ans, sans distinction de durée entre cinq et dix ans, sans distinction de durée au-delà de dix ans.

#### **A- Le type d'affaires portées devant les tribunaux**

Dans les TI et les TGI, les litiges les plus fréquents concernent la famille et les contrats (respectivement 41,6 % et 38,9 % des conflits civils, hors droit des personnes).

Deux questions ont suscité notre intérêt concernant l'activité des juridictions civiles françaises (TI et TGI uniquement). Il s'agissait en effet de savoir comment se répartissent les affaires non seulement au sein de chaque juridiction mais également entre les juridictions.

---

<sup>12</sup>Les jonctions d'instance qui consistent à regrouper des affaires connexes ont également été exclues des traitements non-juridictionnels parce qu'elles n'émanent pas de la volonté des parties. Elles auraient introduit un biais dans l'estimation du taux de règlement amiable par le taux de traitements non-juridictionnels.

a) Répartition des affaires civiles au sein de chaque juridiction

|                       | TI                      |           | TGI                     |           |
|-----------------------|-------------------------|-----------|-------------------------|-----------|
|                       | nbre d'affaires réglées | fréquence | nbre d'affaires réglées | fréquence |
| famille               | 3218                    | 0,9       | 360260                  | 72,2      |
| affaires              | 11374                   | 3,0       | 16341                   | 2,3       |
| ent. en dif.          | 25783                   | 6,9       | 11397                   | 3,3       |
| contrats              | 272222                  | 72,7      | 68182                   | 13,7      |
| responsabilité        | 14099                   | 3,8       | 21391                   | 4,3       |
| biens                 | 22084                   | 5,9       | 13259                   | 2,7       |
| travail, protec. soc. | 23673                   | 6,3       | 4796                    | 1,0       |
| pers. pub.            | 2097                    | 0,6       | 3597                    | 0,7       |
| total                 | 374550                  | 100,0     | 499223                  | 100,0     |

Tableau 1: *Répartition des affaires civiles dans les TI et les TGI*

1) L'activité des TI

Le tableau 1 indique que l'activité des TI est largement dominée par le droit des contrats (72,7 % des affaires réglées par les TI en 1995). Le tableau 2 permet de préciser les types de conflits portant sur des contrats et réglés dans les TI :

| Sous-catégories du droit des contrats            | nbre de résolutions | fréquence (%) |
|--------------------------------------------------|---------------------|---------------|
| total                                            | 272222              | 100           |
| baux d'habitation et professionnels              | 88797               | 32,6          |
| baux ruraux                                      | 3669                | 1,4           |
| contrat d'assurance                              | 6647                | 2,4           |
| contrat de transport                             | 418                 | 0,2           |
| contrat d'intermédiaire                          | 531                 | 0,2           |
| contrat divers                                   | 29790               | 10,9          |
| contrat de construction, réparation, aménagement | 3628                | 1,3           |
| autres contrats de prestation de service         | 50370               | 18,5          |
| prêt d'argent, crédit-bail, cautionnement        | 63230               | 23,2          |
| vente                                            | 25142               | 9,2           |

Tableau 2: *Répartition des conflits en droit des contrats dans les TI*

Les baux d'habitation et à caractère professionnel dominent l'activité des TI en matière de contrats puisqu'ils représentent le tiers des affaires traitées par les TI dans ce domaine. Viennent ensuite les prêts d'argent, crédits-bails et cautionnements, les autres contrats de prestation de services, puis les contrats divers et les ventes.

Parmi les autres domaines du droit civil relevant de la compétence des TI, le droit des entreprises en difficulté, le droit du travail et de la protection sociale et le droit des biens représentent environ 6 % de l'activité des TI (tableau 1). Suivent ensuite le droit des affaires et le droit de la responsabilité qui constituent chacun environ 3 % de l'activité des TI. Le droit de la famille et le droit des personnes publiques constituent des activités mineures des TI puisqu'elles représentent chacune moins de 1 % de leur activité.

## **2) L'activité des TGI**

Le tableau 1 indique que le droit de la famille constitue l'activité principale des TGI (72,2 % de leur activité). Sa compétence en ce domaine est quasi-exclusive. D'après la décomposition au niveau 2, les demandes de divorce (46,5 % des affaires en droit de la famille dans les TGI) et les demandes consécutives aux divorces (pensions alimentaires, exercice de l'autorité parentale, contribution à l'entretien des enfants représentent 18,6 % des affaires en droit de la famille dans les TGI) sont largement majoritaires, suivies par les affaires de succession et de filiation.

Le droit des contrats occupe la seconde place dans l'activité des TGI puisqu'il représente plus de 13 % des affaires (tableau 1). La décomposition au niveau 2 permet de repérer la nature des contrats les plus fréquemment rencontrés dans les TGI (tableau 3).

| Sous-catégories du droit des contrats            | nbre de résolutions | fréquence (%) |
|--------------------------------------------------|---------------------|---------------|
| total                                            | 68182               | 100,0         |
| baux d'habitation et professionnels              | 3073                | 4,5           |
| baux ruraux                                      | 226                 | 0,3           |
| contrat d'assurance                              | 5097                | 7,5           |
| contrat de transport                             | 78                  | 0,1           |
| contrat d'intermédiaire                          | 853                 | 1,3           |
| contrat divers                                   | 11804               | 17,3          |
| contrat de construction, réparation, aménagement | 11634               | 17            |
| autres contrats de prestation de service         | 4094                | 6             |
| prêt d'argent, crédit-bail, cautionnement        | 20655               | 30,3          |
| vente                                            | 10668               | 15,6          |

Tableau 3 : *Répartition des conflits en droit des contrats dans les TGI*

D'après le tableau 3, les prêts d'argent, les cautionnements et les crédits-bails représentent près du tiers des affaires réglées par les TGI en matière de contrats. Viennent ensuite les contrats divers, les contrats de construction, de réparation et d'aménagement et enfin les contrats de vente. La comparaison avec le tableau 2 montre que les TI et les TGI ne traitent pas tout à fait les mêmes affaires en matière de contrats. Ce résultat s'explique soit par l'octroi d'une compétence exclusive de l'une des deux juridictions dans un domaine particulier (compétences définies par le code de l'organisation judiciaire) soit, en matière personnelle et mobilière, par le montant de l'enjeu, le TI étant compétent pour les affaires dont la demande n'excède pas 30 000 Francs (plafond applicable à l'échantillon). La répartition des litiges entre les deux juridictions confirmera leur activité différenciée en matière de contrats et montrera précisément comment se répartissent ces litiges entre ces deux juridictions.

Les autres domaines du droit civil sont beaucoup moins fréquents dans les TGI puisqu'aucun n'atteint 5 % dans leur activité (tableau 1). Le droit de la responsabilité représente néanmoins 4,3 % de l'activité des TGI, suivie du droit des affaires (3,3 %), du droit des biens (2,7 %) et du droit des entreprises en difficulté (2,3 %). L'activité des TGI en droit du travail et de la protection sociale ainsi qu'en matière de relations avec les personnes publiques est négligeable (moins de 1 % des affaires traitées).

### b) Répartition des affaires civiles entre les juridictions

Il s'agit de savoir si le tribunal qui traite principalement une catégorie

donnée d'affaires est également celui qui résoud le plus grand nombre d'affaires de ce type.

| Catégorie de droit       | TI<br>(1) | TGI<br>(2) | ensemble<br>(1)+(2) | fréquence<br>TI (%) | fréquence<br>TGI (%) |
|--------------------------|-----------|------------|---------------------|---------------------|----------------------|
| famille                  | 3218      | 360260     | 363478              | 0,9                 | 99,1                 |
| affaires                 | 11374     | 16341      | 27715               | 41                  | 59                   |
| entreprise en difficulté | 25783     | 11397      | 37180               | 69,4                | 30,6                 |
| contrats                 | 272222    | 68182      | 340404              | 80                  | 20                   |
| responsabilité           | 14099     | 21391      | 35490               | 39,7                | 60,3                 |
| biens                    | 22084     | 13259      | 35343               | 62,5                | 37,5                 |
| travail                  | 23673     | 4796       | 28469               | 83,2                | 16,8                 |
| personnes publiques      | 2097      | 3597       | 5694                | 36,8                | 63,2                 |

Tableau 4: *Répartition des affaires civiles entre les juridictions*

La compétence exclusive des TGI en droit de la famille est largement confirmée par le tableau 4. En matière de contrats, les TI apparaissent traiter 80 % de l'ensemble de ces litiges, qui représentent, comme nous l'avons précisé, 72 % de leur activité. La décomposition au niveau 2 (sous-catégories de droit) permet de distinguer la répartition des affaires en droit des contrats entre les deux juridictions, par sous-catégories (tableau 5).

| Droit des contrats                        | TI<br>(1) | TGI<br>(2) | total<br>(1)+(2) | part du<br>TI (%) | part du<br>TGI (%) |
|-------------------------------------------|-----------|------------|------------------|-------------------|--------------------|
| total                                     | 272222    | 68182      | 340404           | 80                | 20                 |
| autres contrats de prestation de service  | 50370     | 4094       | 54464            | 92,5              | 7,5                |
| baux d'habitation et professionnels       | 88797     | 3073       | 91870            | 96,7              | 3,3                |
| baux ruraux                               | 3669      | 226        | 3895             | 94,2              | 5,8                |
| contrat d'assurance                       | 6647      | 5097       | 11744            | 56,6              | 43,4               |
| contrat de transport                      | 418       | 78         | 496              | 84,3              | 15,7               |
| contrat d'intermédiaire                   | 531       | 853        | 1384             | 38,4              | 61,6               |
| contrat divers                            | 29790     | 11804      | 41594            | 71,6              | 28,4               |
| contrat de construction, répa., aménag.   | 3628      | 11634      | 15262            | 23,8              | 76,2               |
| prêt d'argent, crédit-bail, cautionnement | 63230     | 20655      | 83885            | 75,4              | 24,6               |
| vente                                     | 25142     | 10668      | 25810            | 70,2              | 29,8               |

Tableau 5: *Répartition des affaires en droit des contrats entre les juridictions*

Le tableau 5 montre que les affaires relatives à des contrats de prestation de service, des baux d'habitation et professionnels, des baux ruraux, des contrats de transport, des contrats divers, des prêts d'argent, des crédits-bail et des cautionnements, ainsi qu'à des contrats de vente sont majoritairement réglés par les TI. En matière personnelle et mobilière, compte-tenu de l'année sur laquelle porte notre étude (1995), les TI sont compétents pour les affaires dont la demande n'excède pas 30000 Francs. En conséquence, l'enjeu de ces types de conflits est dans la plupart des cas inférieur à 30 000 Francs. En revanche, les contrats de construction et d'intermédiaires sont majoritairement réglés par les TGI, indiquant que leur montant excède dans la majorité des cas le plafond de 30 000 Francs. Les contrats d'assurance, en revanche, se répartissent assez équitablement entre les deux juridictions.

Concernant les autres domaines du droit civil (tableau 4), les TI paraissent régler la majorité des litiges relatifs au droit du travail (83,2 %), au droit des entreprises en difficulté (69,4 %) et au droit des biens (62,5 %). En revanche, l'activité des TI est minoritaire en droit de la responsabilité (39,7 %), en droit des affaires (41 %) et dans les relations avec les personnes publiques (36,8 %).

## B- Taux de règlement amiable dans les tribunaux civils français

Le taux de règlement amiable ne peut être calculé directement, parce qu'il est impossible de différencier parmi les décisions non-juridictionnelles celles qui relèvent d'un accord tacite entre les parties (radiations, désistements). Néanmoins, d'après "Les Procès Civils 1984-1985", "pour l'essentiel, les affaires terminées sans décision au fond le sont par la volonté explicite ou implicite des parties"<sup>13</sup>. En conséquence, le taux de traitements non-juridictionnels surestime seulement légèrement le taux de règlement amiable, à condition de retirer les jonctions et de s'assurer que les autres modes de résolution n'émanant pas de la volonté des parties sont en nombre insuffisant pour influer significativement sur ce taux.

Le taux de traitements non-juridictionnels en droit civil français, indépendamment de la juridiction et de la nature du conflit, est de 22,9 %. Ce taux a peu de signification puisqu'il ne tient compte ni des spécificités des juridictions, ni des particularités du litige ; il montre néanmoins que le jugement constitue l'issue principale des conflits civils. Une analyse plus fine doit

<sup>13</sup> *Les Procès Civils 1984-1985*, La Documentation Française, p. 24.

cependant être menée.

### a) Taux de traitements non-juridictionnels dans les TI

| Catégorie de droit  | nombre de traitements juridictionnels<br>(1) | nombre de traitements non-juridictionnels<br>(2) | total<br>(1)+(2) | TTNJ <sup>14</sup><br>(%)<br>(2)/[(1)+(2)].100 |
|---------------------|----------------------------------------------|--------------------------------------------------|------------------|------------------------------------------------|
| famille             | 2440                                         | 778                                              | 3218             | 24,2                                           |
| affaires            | 8903                                         | 2471                                             | 11374            | 21,7                                           |
| entreprises         | 16903                                        | 8871                                             | 25774            | 34,4                                           |
| contrats            | 209450                                       | 62772                                            | 272222           | 23,1                                           |
| responsabilité      | 10556                                        | 3543                                             | 14099            | 25,1                                           |
| biens               | 15515                                        | 6569                                             | 22084            | 29,7                                           |
| travail             | 16553                                        | 7120                                             | 23673            | 30,1                                           |
| personnes publiques | 1681                                         | 416                                              | 2097             | 19,8                                           |
| total               | 282001                                       | 92540                                            | 374541           | 24,7                                           |

Tableau 6: *Taux de traitements non-juridictionnels dans les TI*

Le taux de traitements non-juridictionnels moyen dans les TI est de 24,7 %, indiquant que près d'un quart des conflits y est réglé à l'amiable. Du fait de la forte prédominance du contentieux du droit des contrats dans les TI, ce taux moyen global est très proche du taux de traitements non-juridictionnels observé en droit des contrats (23,1 %). Ce dernier est néanmoins plus faible de 1,6 points de pourcentage. L'explication réside dans l'observation de taux beaucoup plus élevés dans d'autres domaines du droit : droit des entreprises (34,4 %), droit du travail (30,1 %), droit des biens (29,7 %). Des taux proches du taux moyen sont en revanche observés en droit de la responsabilité (25,1 %) et en droit de la famille (24,2 %). Des taux inférieurs au taux moyen sont rencontrés en droit des contrats (23,1 %), en droit des affaires (21,7 %) et dans les relations avec les personnes publiques (19,8 %). La forte disparité entre les domaines du droit dans les TI est, en outre, confirmée par un écart-type de 4,8 points de pourcentage et un coefficient de variation de 19,4 %.

---

<sup>14</sup>TTNJ: Taux de traitements non-juridictionnels

### b) Taux de traitements non-juridictionnels dans les TGI

| Catégorie de droit  | nombre de traitements juridictionnels | nombre de traitements non-juridictionnels | total  | TTNJ <sup>15</sup> (%) |
|---------------------|---------------------------------------|-------------------------------------------|--------|------------------------|
| famille             | 285480                                | 74780                                     | 360333 | 20,7                   |
| affaires            | 11717                                 | 4624                                      | 16344  | 28,3                   |
| entreprises         | 7326                                  | 4071                                      | 11399  | 35,7                   |
| contrats            | 52815                                 | 15367                                     | 68195  | 22,5                   |
| responsabilité      | 16897                                 | 4494                                      | 21395  | 21,0                   |
| biens               | 10157                                 | 3102                                      | 13262  | 23,4                   |
| travail             | 3962                                  | 834                                       | 4797   | 17,4                   |
| personnes publiques | 2931                                  | 666                                       | 3598   | 18,5                   |
| total               | 391285                                | 107938                                    | 499323 | 21,6                   |

Tableau 7: *Taux de traitements non-juridictionnels dans les TGI*

En moyenne, 21,6 % des affaires ont une issue non-juridictionnelle dans les TGI. Les règlements non-juridictionnels sont donc moins nombreux dans les TGI que dans les TI. La disparité de taux de traitements non-juridictionnels en fonction des domaines du droit civil est également plus forte que celle observée dans les TI puisque l'écart-type atteint 5,9 points de pourcentage et le coefficient de variation 27,2 %. L'écart entre le taux maximum et le taux minimum illustre parfaitement cette disparité puisque le taux le plus élevé atteint 35,7 % en droit des entreprises et le taux le plus faible 17,4 % en droit du travail. Si le taux maximal est toujours rencontré en droit des entreprises quelle que soit la juridiction, il est plus étonnant de constater que le droit du travail présente le taux minimum de règlements non-juridictionnels dans les TGI alors qu'il correspond au second taux le plus élevé dans les TI (où il vaut 30,1 %). La faiblesse du taux de traitements non-juridictionnels en droit du travail dans les TGI s'explique par le fait que 30,5 % des conflits relatifs à la protection sociale sont réglés à l'amiable dans les TI contre seulement 14,9 % dans les TGI.

Le taux de traitements non-juridictionnels demeure en revanche relativement faible, quelle que soit la juridiction, dans les relations avec les personnes publiques puisqu'il atteint seulement 18,5 % dans les TGI (19,8 % dans les TI).

---

<sup>15</sup>TTNJ: Taux de traitements non-juridictionnels

Des taux proches du taux moyen dans les TGI caractérisent : le droit de la famille (20,7 %, soit près de 3,5 points de moins que le taux observé dans les TI), le droit de la responsabilité (21 %, taux inférieur de 4,1 points au taux observé dans les TI), le droit des contrats (22,5 %, taux très proche de celui observé dans les TI) et le droit des biens (23,4 %, taux inférieur de plus de 6 points à celui observé dans les TI). Le taux de règlement amiable en droit des affaires (28,3 %) excède de 6,7 points le taux moyen dans les TI.

## C- Durée de résolution des litiges et effet dernière limite

Les durées moyennes et médianes de résolution des conflits sont calculées préalablement au test de l'effet dernière limite.

### a) Durées moyennes et médianes de résolution des litiges

Le calcul des durées moyennes et médianes de résolution des litiges est effectué à partir des milieux d'intervalle, exprimés en mois. La durée **moyenne** a été calculée par application de la formule suivante :

$$\frac{\sum_{i=1}^{34} (\text{milieu de l'intervalle } i \times \text{nombre d'affaires résolues dans l'intervalle } i)}{\sum_{i=1}^{34} \text{affaires résolues dans les intervalles } i}$$

La durée moyenne de résolution des litiges est mécaniquement accrue par les affaires dont la durée de résolution est très longue (supérieure à deux ans). Le calcul des durées **médianes** permet de corriger ce biais en indiquant le temps mis par les juridictions pour évacuer la moitié des affaires.

#### 1) Durées moyennes et médianes de résolution des litiges dans les TI

| Catégorie de droit            | durée     |              |           |              |
|-------------------------------|-----------|--------------|-----------|--------------|
|                               | moyenne   |              | médiane   |              |
|                               | jugements | arrangements | jugements | arrangements |
| total                         | 5,3       | 4,9          | 3         | 2            |
| famille                       | 5,7       | 6,0          | 3         | 2            |
| affaires                      | 5,8       | 7,5          | 3         | 4            |
| entreprises en difficulté     | 6,2       | 7,6          | 4         | 5            |
| contrats                      | 5,3       | 4,5          | 3         | 2            |
| responsabilité                | 6,7       | 5,3          | 4         | 3            |
| biens                         | 6,0       | 5,8          | 3         | 3            |
| travail et protection sociale | 3,0       | 2,7          | 2         | 1            |
| personnes publiques           | 1,2       | 2,2          | 0,5       | 0,5          |

Tableau 8: *Durées moyennes et médianes des jugements et arrangements dans les TI en 1995 (en mois)*

D'après ce tableau, trois constatations peuvent être faites :

1. *Les durées moyennes diffèrent selon le mode de règlement du litige.* En moyenne, la durée d'obtention d'un règlement amiable (4,9 mois) est inférieure à celle d'un jugement (5,3 mois). Cependant, cette affirmation n'est pas vérifiée dans tous les domaines du droit puisqu'en droit de la famille, des affaires, des entreprises en difficulté et dans les relations avec les personnes publiques, la durée des jugements est plus courte que la durée des arrangements. L'écart entre les durées moyennes de jugements et d'arrangements est néanmoins faible dans tous les domaines du droit.
2. *Les durées de règlement diffèrent en fonction du domaine du droit concerné.* Concernant les *jugements*, l'écart-type est de 1,8 mois et le coefficient de variation de 33,9 %, indiquant que la durée moyenne de résolution d'une catégorie de droit s'écarte en moyenne d'un tiers par rapport à la durée moyenne globale (5,3 mois). De plus, la durée minimale (relations avec les personnes publiques) est seulement de 1,2 mois alors que la durée maximale (droit de la responsabilité) est de 6,7 mois. Concernant les *arrangements*, l'écart-type est 1,9 mois et le coefficient de variation de 38 %, preuves d'une grande disparité des durées moyennes selon les domaines du droit. La durée minimale est

de 2,2 mois (relations avec les personnes publiques) tandis que la durée moyenne maximale est de 7,6 mois (droit des entreprises en difficulté).

3. *La durée médiane de résolution des conflits est toujours plus faible que la durée moyenne*, indiquant que la moitié des affaires est évacuée dans un délai court, de trois mois pour les jugements, de deux mois pour les arrangements. Cependant, des disparités sont observées selon les domaines du droit.

## 2) Durées moyennes et médianes de résolution des litiges dans les TGI

| Catégorie de droit            | durée     |              |           |              |
|-------------------------------|-----------|--------------|-----------|--------------|
|                               | moyenne   |              | médiane   |              |
|                               | jugements | arrangements | jugements | arrangements |
| total                         | 10        | 10,7         | 7         | 5            |
| famille                       | 8,5       | 9,4          | 6         | 4            |
| affaires                      | 14,5      | 15,2         | 11        | 10           |
| entreprises en difficulté     | 7,9       | 7,2          | 5         | 4            |
| contrats                      | 14,3      | 14,0         | 11        | 8            |
| responsabilité                | 16,8      | 17,0         | 13        | 11           |
| biens                         | 14,5      | 13,8         | 10        | 9            |
| travail et protection sociale | 5,2       | 8,0          | 2         | 3            |
| personnes publiques           | 11,3      | 11,3         | 9         | 7            |

Tableau 9: *Durées moyennes et médianes de jugements et d'arrangements dans les TGI en 1995 (en mois)*

Comme pour les TI, trois résultats peuvent être établis :

1. *Les durées moyennes diffèrent selon le mode de résolution du litige.* Une durée moyenne de jugement légèrement supérieure à celle des arrangements est observée en droit de la famille, des affaires, du travail et de la protection sociale. Dans d'autres domaines du droit, les durées moyennes de résolution sont quasi-identiques quel que soit le mode de résolution (droit des contrats, relations avec les personnes publiques). En revanche, les durées de résolution amiable sont plus courtes que les durées de jugement en droit des entreprises en difficulté et en droit des biens.

2. *Les durées moyennes diffèrent selon le domaine du droit concerné.* Pour les jugements, l'écart-type est de 4,2 mois, le coefficient de 42,2 % ; l'écart-type est de 3,6 mois pour les arrangements, le coefficient de variation de 33,4 %. Les durées moyennes de jugements et d'arrangements les plus courtes sont observées en droit des entreprises en difficulté (respectivement 7,9 et 7,2 mois) et en droit du travail et de la protection sociale (respectivement 5,2 et 8 mois). Les relations avec les personnes publiques donnent lieu à des règlements légèrement plus longs (11,3 mois quel que soit le mode de résolution). D'autres domaines se caractérisent par des délais de résolution supérieurs à un an, quel que soit leur mode de règlement (droit des affaires, des contrats, des biens, droit de la responsabilité).
3. *Les durées médianes sont inférieures aux durées moyennes*, quel que soit le domaine du droit et le mode de résolution du litige. Globalement, la moitié des affaires est jugée dans un délai inférieur à 7 mois et est réglée à l'amiable dans un délai inférieur à 5 mois. Dans tous les domaines, les durées médianes sont de plusieurs mois inférieures aux durées moyennes.

### **3) Une lenteur des tribunaux français à relativiser**

*Une lenteur à relativiser en fonction de la juridiction compétente:*

Dans les TI, la moitié des affaires est évaquée dans un délai relativement court, inférieur à trois mois. Ce délai ne nous semble pas excessif, un temps minimum étant nécessaire au juge et aux parties pour connaître et partager les éléments constitutifs du litige.

Le problème de lenteur de la justice semble se poser davantage au niveau des TGI. Globalement, la durée de résolution des litiges est en effet deux fois plus longue dans les TGI que dans les TI. Plusieurs facteurs peuvent expliquer ces différences de durées de résolution entre les deux juridictions mais ils semblent intervenir à des moments différents de la procédure. Plus précisément, la durée d'un conflit peut être divisée en deux éléments : *le temps des parties* (ou de la procédure) qui correspond au temps qui s'écoule entre le début des poursuites et la fin du débat contradictoire et, pour les affaires qui n'ont pas été réglées à l'amiable, *le temps du juge* (ou du délibéré), qui s'écoule entre la fin du débat contradictoire et le jugement (Deffains et Doriat-Duban [1999]).

Concernant le *temps des parties*, les éléments déterminants de la durée

de résolution des litiges sont liés à la stratégie des parties et de leur avocat. En premier lieu, la présence des avocats est obligatoire dans les TGI alors qu'elle est facultative dans les TI. Dans les TGI, les parties ne sont donc pas contraintes d'être physiquement présentes aux audiences pour assurer leur défense de sorte qu'elles n'ont pas à subir un coût d'opportunité. Dans les TI, les parties qui souhaitent se défendre seules, doivent se déplacer pour chaque audience et préparer seules leurs conclusions. Elles subissent donc un coût d'opportunité, le temps passé aux audiences et à la préparation de leur défense ou de leur attaque ne pouvant pas être consacré à d'autres activités, notamment professionnelles. L'idée développée est identique à celle de Gravelle [1990] qui insiste sur la distinction entre "file d'attente" qui engendrent des coûts pour les parties parce qu'elles ne peuvent pas exercer un autre activité, et "liste d'attente" qui n'occasionnent pas de coûts pour les parties puisqu'elles ont la possibilité d'exercer une activité<sup>16</sup>. En conséquence, le coût de l'attente d'un jugement est plus élevé pour une partie qui se défend seule que pour un justiciable représenté par son avocat. Ce coût supplémentaire peut inciter les parties à révéler plus rapidement les éléments nécessaires au jugement. Il en résulte qu'un jugement peut être obtenu plus rapidement quand les parties se défendent seules que lorsqu'elles sont représentées par un avocat. Cet argument vaut également pour les arrangements, une partie qui négocie et élabore seule sa stratégie ayant intérêt à obtenir un accord plus rapidement qu'une partie qui transfère sa défense à un avocat. En conséquence, la présence des avocats, en permettant aux parties d'échapper à un coût d'opportunité, retarde la conclusion des accords.

Un autre argument est lié à la stratégie des avocats lorsque les parties sont représentées. En particulier, si les honoraires des avocats sont fonction du temps passé sur l'affaire, ces derniers peuvent être incités à retarder la résolution du litige, notamment en provoquant des renvois ou en réclamant des expertises supplémentaires. La présence des avocats aux côtés de leurs clients peut alors expliquer que la durée de résolution des litiges soit plus élevée dans la juridiction où leur présence est obligatoire. Cependant, les avocats jouent un rôle important de clarification des dossiers et leur compétence peut contribuer à réduire la durée des litiges en permettant au juge d'obtenir plus rapidement et de façon plus claire l'information qu'il juge im-

---

<sup>16</sup> Selon Gravelle, "the courts are rationed by waiting list rather than by waiting time: a plaintiff puts his name on a list and is not required to use this time as an input in getting trial" (GRAVELLE H. S. E. [1990], *Rationing Trials by Waiting: Welfare Implications, International review of Law and Economics*, p. 257).

portante<sup>17</sup>. L'influence des avocats sur la durée des litiges est donc difficile à mesurer.

Concernant *le temps du juge*, il est important de considérer la charge de travail des magistrats qui peut différer selon les juridictions. En particulier, si l'on rapporte le nombre total d'affaires traitées par chaque juridiction au nombre de tribunaux de chaque juridiction, il apparaît qu'en 1995, un TI a traité (quel que soit le mode de résolution) en moyenne 792 affaires pendant qu'un TGI réglait 2759 affaires. Ces chiffres moyens cachent les disparités régionales et ne tiennent compte ni de la présence de plusieurs TI dans la zone de compétence d'un TGI, ni du nombre de juges dans chaque juridiction, ni du fait que l'effectif des TI est composé de juges des TGI. Néanmoins, le relèvement du plafond de compétence du TI de 30 000 Francs à 50 000 Francs au 1<sup>er</sup> mars 1999 résulte de la volonté du législateur de décharger les TGI d'une partie des demandes qui leur étaient adressées, au profit des TI. Une diminution des délais de résolution dans les TGI devrait alors être observée, mais au détriment d'un allongement des délais de résolution dans les TI. Cependant, un gain de temps pourrait être observé dans la résolution des affaires dont l'enjeu est compris entre 30 000 Francs et 50 000 Francs.

Un autre argument doit être recherché dans la procédure et les contraintes qu'elle impose. Les TI et les TGI sont en effet soumis à des règles de procédure très différentes. En particulier, dans les TI, il n'existe pas de juge de la mise en état, la procédure est orale, alors qu'elle est essentiellement écrite dans les TGI, les juges statuent à juge unique alors que dans les TGI, la collégialité est normalement la règle (sauf dans les cas où le législateur prévoit que le tribunal statue à juge unique<sup>18</sup>), ... Ces différences dans les règles de procédure peuvent expliquer les écarts de durées de règlement observées.

---

<sup>17</sup>Le rapport Coulon prévoyait un élargissement de la représentation obligatoire, l'un des arguments étant que "la qualité et la rapidité de la décision rendue s'en trouveraient améliorées" (p. 43). Guinchard [1996] insiste également sur le rôle des avocats dans la clarification des dossiers estimant qu'il faut "généraliser la représentation obligatoire tant en première instance qu'en appel et en cassation: l'illusion démoncratique des parties présentant leur dossier avec compétence et sans coût financier doit être dénoncée: leur incompétence est source de difficultés pour les magistrats et au final, allonge les délais et provoque des recours aussi inutiles que coûteux" (GUINCHARD S. [1996], Les solutions d'organisation procédurale, *Le Temps de la Procédure*, Dalloz, p. 56).

<sup>18</sup>Pour les affaires traitées par le juge aux affaires familiales ou le juge de l'exécution (art. L. 311-10 du Code de l'org. jud.) ou dans le cas d'indemnisation des victimes d'accidents impliquant des véhicules terrestres à moteur (loi du 5 juillet 1985, repris dans l'article L. 311-10-1 du Code de l'org. jud.).

D'autres éléments explicatifs des écarts de durées constatés jouent à la fois sur le temps des parties et le temps du juge. Ainsi, la complexité des affaires obligent les parties et les avocats à fournir des pièces explicatives, à demander des expertises, à rechercher des preuves, ... Ces éléments qui augmentent le temps des parties jouent, en outre, sur les deux modes de règlement : juridictionnel et non-juridictionnel. Pour les traitements juridictionnels, une affaire plus complexe requiert également que le juge lui consacre davantage de temps<sup>19</sup>. En conséquence, les écarts de durées de résolutions observés entre les TGI et les TI s'explique par le fait que les premiers ont à résoudre des litiges plus complexes que les seconds. En d'autres termes, pour les affaires complexes, la rapidité risque de nuire à la qualité de l'arrangement ou du jugement de sorte qu'une économie de temps doit être recherchée uniquement si elle ne nuit pas à la qualité du règlement. Cet argument vaudrait notamment en droit de la responsabilité où les affaires les plus graves sont portées devant les TGI.

Des sommes en jeu plus importantes peuvent également justifier une durée de traitement plus longue dans les TGI que dans les TI, le juge et les partie consacrant davantage de temps aux affaires dont les enjeux sont élevés. Cet argument contribuerait à expliquer notamment l'écart de durée de résolution entre les deux juridictions, observé en droit des contrats et en droit des affaires.

Enfin, la nature de l'affaire peut également jouer. Dans les TI, sont réglés essentiellement des conflits relatifs à des contrats alors que dans les TGI, il s'agit surtout de conflits relatifs à la famille. Les relations entre les parties sont totalement différentes entre les deux types de conflits et la nature des intérêts mis en jeu diffère considérablement. Si d'un côté ces derniers sont essentiellement financiers, de l'autre il s'agit en particulier de gérer les conséquences des divorces sur les enfants. La longueur des procédures s'ajusterait ainsi à la nature des intérêts mis en jeu.

---

<sup>19</sup> «... il faut rechercher d'autant plus longtemps que le fait pertinent est complexe, car la vérité est d'autant plus difficile à atteindre que la distance entre le fait et sa représentation judiciaire est *a priori* grande. [...] Se dessine ainsi une sorte de typologie, allant du fait simple et faiblement sanctionné, pour lequel peu de temps est nécessaire, jusqu'au fait complexe et auquel des conséquences juridiques importantes sont attachées, pour lequel du temps doit être "investi", en passant par le fait simple et lourdement sanctionné et par le fait complexe mais aux conséquences judiciaires légères, lesquels requièrent ce que l'on pourrait appeler des "demi-mesures" de temps" (FRISON-ROCHE A.-M. [1996], *Les Droits Fondamentaux des Justiciables au regard du Temps dans la Procédure , Le Temps dans la Procédure*, Dalloz, p. 12).

En définitive, plusieurs facteurs sont susceptibles d'expliquer les écarts de durée constatés entre les TI et les TGI. Néanmoins, nos données ne permettent ni de vérifier, ni de mesurer l'influence relative des différents facteurs identifiés comme pouvant avoir un impact sur la durée de résolution des litiges par voies juridictionnelles et non-juridictionnelles. Pour ce faire, il conviendrait de collecter des renseignements pour chacun des facteurs potentiellement explicatifs de la durée des litiges et de construire ensuite un modèle de durée, indiquant pour chaque période de temps, la probabilité qu'un accord soit conclu et l'impact des différentes variables explicatives sur cette probabilité<sup>20</sup>. L'élaboration d'un tel modèle, si elle n'a pu se réaliser dans le cadre de cette analyse, constitue l'un de nos objectifs de recherche future, notre but étant de mieux appréhender les facteurs explicatifs de la durée des litiges pour ensuite guider les choix politiques visant à réduire la durée de résolution des litiges sans nuire à la qualité des règlements obtenus.

*Une lenteur à relativiser en fonction du domaine du droit concerné :*

Les durées moyennes de traitements juridictionnels et non-juridictionnels varient non seulement en fonction du tribunal compétent mais également en fonction du domaine du droit concerné. Ainsi, dans les TGI, l'écart-type des traitements juridictionnels est de 4,22 mois (coefficients de variation de 42,2 %) tandis que celui des traitements non-juridictionnels atteint 3,6 mois (coefficients de variation de 33,4 %). En outre, pour les traitements juridictionnels et non-juridictionnels, la durée moyenne minimale est observée en droit du travail et de la protection sociale (respectivement 5,2 mois et 8 mois) tandis que la durée maximale est obtenue en droit de la responsabilité (respectivement 16,8 mois et 17 mois).

En conséquence, la durée moyenne globale de résolution des litiges dans les TGI a peu de signification, hormis pour les domaines où les durées moyennes sont proches de la durée moyenne globale, tous domaines du droit confondus. Il s'agit essentiellement du droit de la famille, largement majoritaire dans l'activité des TGI (tableau 4). En d'autres termes, la prédominance des affaires familiales dans l'activité des TGI explique l'obtention d'une durée moyenne globale relativement courte comparativement aux durées observées

<sup>20</sup> Quelques modèles de durée ont déjà été élaborés, en particulier par Fournier et Zuelhke [1996] et Spurr [1997] pour les Etats-Unis et par Fenn et Rickman [1999] et Fenn, Rickman, Gray et Al-Nowaihi [1999] pour la Grande-Bretagne. Leur objectif est de vérifier l'influence de diverses variables sur la date de l'arrangement ; cependant, ils se cantonnent tous au domaine de la responsabilité.

dans la plupart des domaines. En conséquence, seules les durées moyennes calculées par catégories sont véritablement pertinentes. Deux groupes de domaines de droit peuvent alors être distingués en fonction des durées moyennes de règlements juridictionnels et non-juridictionnels :

- les domaines dont la durée de résolution est relativement courte (inférieure à un an) : droit de la famille, droit des entreprises en difficulté, droit du travail et de la protection sociale, relations avec les personnes publiques ;
- les domaines dont la durée de résolution est relativement longue (supérieure à un an) : droit des affaires, droit des contrats, droit de la responsabilité, droit des biens.

Ces différences peuvent s'expliquer par la complexité des affaires qui peuvent, par exemple, nécessiter des expertises. Elles peuvent également être dues à l'enjeu du litige : plus ce dernier est élevé et plus la résolution amiable ou juridictionnelle est tardive. Dans le cadre de la responsabilité du fait d'un véhicule terrestre à moteur, par exemple, Serverin [1997] montre que la durée de règlement, quel que soit son mode, s'accroît avec la gravité de l'accident<sup>21</sup>. Dans le cadre des brevets, une étude à laquelle nous avons participé établit que la durée de règlement des litiges s'élève avec le montant des dommages et intérêts forfaitaires<sup>22</sup>. De surcroit, l'importance de l'enjeu peut être corrélée à la complexité de l'affaire de sorte que les causes d'un règlement tardif se cumulent.

#### *Une lenteur à relativiser dans le temps :*

Il convient également de remarquer que nos calculs infirment l'hypothèse d'un allongement important de la durée des litiges. La comparaison des durées de résolution des litiges dans les TI et les TGI avec les durées calculées dans le rapport Coulon avant 1995 et avec celles présentées dans le rapport "Les

---

<sup>21</sup>SERVERIN E. [1997], *L'accident corporel de la circulation, entre transactionnel et juridictionnel*, CERC RID, p. 178.

<sup>22</sup>Nous avons obtenu ce résultat grâce à un modèle de régression multiple dont le but consistait à déterminer les variables explicatives du montant de dommages et intérêts forfaitaires en matière de contrefaçon de brevets. Cette étude a été effectuée à partir de la base de données Jurinpi, établie par l'Institut National de la Propriété Industrielle. La régression et les résultats sont présentés dans le rapport de PIEDNOEL C. [1998], *L'indemnisation de la contrefaçon de brevets*, pp. 60-66.

Procès Civils, 1984-1985” montre que la durée de résolution des litiges est relativement stable entre 1995 et 1985 (aux alentours de dix mois pour les TGI, de cinq mois pour les TI). L’explosion du nombre de contentieux<sup>23</sup> ne s’est pas traduite par un allongement considérable de la durée de résolution des conflits, les juridictions ayant accru dans le même temps, le nombre d’affaires résolues<sup>24</sup>. Le calcul des durées médianes confirme, en outre, la rapidité de résolution des affaires, plus de la moitié des affaires étant réglée dans un délai inférieur à trois mois pour le TI, à sept mois pour les TGI.

*Une lenteur à relativiser face aux performances de nos voisins européens :*

Il existe peu de travaux empiriques sur la durée de résolution des litiges en Europe ce qui rend difficile toute analyse comparative de la durée de résolution des litiges en Europe. Néanmoins, nous disposons de quelques données, relatives à la Belgique (Mühl et Vereeck [1998]) et à la Grande-Bretagne (Fenn et Rickman [1998]).

Lorsque l’on compare les durées de résolution des litiges civils en France et dans ces deux pays, force est de constater que la justice française se caractérise par une rapidité certaine, comparativement à ses voisins. En effet, les tribunaux civils belges imposent des délais très supérieurs à ceux des TGI puisqu’en 1995 (date de notre étude), il fallait en moyenne 4,5 années pour obtenir un jugement à Bruxelles (3,64 ans à Anvers et 2,85 ans à Gand). De même, Fenn et Rickman [1998] rappellent qu’en Angleterre et au Pays de Galles, les délais de jugement s’échelonnent de 18 à 40 mois, selon le tribunal impliqué.

**b) Mise en évidence d’un effet de dernière limite dans les tribunaux civils français**

En 1988, Roth, Murnighan et Schoumaker apportent la preuve empirique

<sup>23</sup>D’après le tableau 1a “Evolution du nombre des procédures introduites au fond 1975-1995”, présenté dans le rapport Coulon (p. 137), le nombre d’affaires introduites au fond est passé entre 1985 et 1995 :

- dans les TI: de 399 953 à 480 929,
- dans les TGI: de 417 552 à 650 230.

<sup>24</sup>D’après le tableau 1a “Evolution des affaires terminées au fond 1975-1995”, présenté dans le rapport Coulon (p. 141), le nombre d’affaires terminées au fond est passé entre 1985 et 1995 :

- dans les TI: de 386 853 à 489 753,
- dans les TGI: de 425 493 à 628 839.

de l'existence d'un "effet de dernière limite" (*deadline effect*) dans les négociations multipériodiques non coûteuses, en recréant en laboratoire les conditions d'un marchandage entre deux individus<sup>25</sup>. "L'effet de dernière limite" signifie qu'un pourcentage élevé d'arrangements amiables est observé juste avant la limite des négociations, entendue comme un point du temps après lequel la valeur potentielle d'un arrangement décroît fortement (Ma et Manove [1993]). La concentration des accords lors de l'étape finale des pourparlers apparaît, selon ces auteurs, comme un résultat assez robuste<sup>26</sup> et susceptible de caractériser de nombreuses situations de marchandage dans le monde réel<sup>27</sup>.

Comme nous l'avons vu, le modèle théorique de Spier [1992] établit l'existence d'un effet dernière limite dans le domaine des conflits juridiques. L'auteur confirme en outre ses résultats à l'aide de simulations dont l'objet est de rendre compte de conflits réels. Elle ne confronte cependant pas directement ses conclusions avec la réalité. D'autres travaux ont néanmoins permis de tester ses prédictions à travers l'utilisation de données réelles. Ainsi, diffé-

---

<sup>25</sup> L'expérience de Roth, Murnighan et Schouemaker (*The Deadline Effect in Bargaining: Some Experimental Evidence*, The American Economic Review, 1988, vol. 78, p.806-823) est menée en recréant artificiellement des situations de marchandage. Chaque individu est placé devant un ordinateur qui lui permet de recevoir et d'envoyer des offres d'arrangement. Les négociations sont bilatérales ; elles portent sur des jeux de loterie binaires dans lesquels deux gains sont possibles : l'un faible, l'autre élevé. Les joueurs s'affrontent sur le partage des tickets de loterie. Le pourcentage de tickets obtenus par un individu équivaut à sa probabilité de gagner le prix élevé. Chaque individu a donc intérêt à s'approprier le plus grand nombre de tickets.

Les propositions des joueurs sont constituées de couples de nombres représentant la part de tickets accordée à chacun (en commençant par "l'envoyeur" du message) et donc également leurs chances respectives de gagner le prix le plus élevé. Les négociations conduisent à un arrangement si les propositions des deux joueurs concernant le partage des tickets sont identiques. La procédure de marchandage est limitée à 12 minutes, seules les trois dernières sont affichées à l'écran. Les auteurs parviennent alors à montrer que les arrangements sont concentrés à l'extrême limite de la période de négociations : c'est "l'effet de dernière limite".

<sup>26</sup> "This phenomenon is robust, in the sense that the distribution of agreements over time does not respond to changes in the bargaining environment nearly as much as do other features of the outcome of bargaining, such as the terms on which agreement is reached" (Roth, Murnighan et Schouemaker, *The Deadline Effect in Bargaining: Some Experimental Evidence*, The American Economic Review, 1988, vol. 78, p.823).

<sup>27</sup> "Because deadlines are widely believed to often have similar effects in natural bargaining situations, understanding this phenomenon is likely to have practical implications about the design and conduct of negotiations ..." (Roth, Murnighan et Schouemaker (*The Deadline Effect in Bargaining: Some Experimental Evidence*, The American Economic Review, 1988, vol. 78, p.823)).

rentes études empiriques, fondées sur des données américaines (Fournier et Zuelhke [1996], Spurr [1997]) et anglaises (Fenn et Rickman [1998 ; 1999]), ont confirmé l'existence d'un effet de dernière limite dans la sphère des conflits civils. En particulier, Spurr [1997] confirme l'existence d'un effet de dernière limite en matière de responsabilité du fait des erreurs médicales dans les tribunaux civils du Michigan entre 1984 et 1989 (à partir de l'utilisation de 244 cas) et parvient à mettre en évidence une courbe en U dans les tribunaux civils de New York entre 1974 et 1984 (à partir d'un échantillon des 113 519 cas de responsabilité). De même, Fenn et Rickman [1998 ; 1999] établissent l'existence d'un effet de dernière limite dans le domaine des erreurs médicales, sur la période allant de 1974 à 1995. Leur modèle permet de généraliser l'effet dernière limite à tous les systèmes de répartition des coûts de procès puisqu'il utilisent la règle anglaise (le perdant supporte tous les coûts de procès) alors que Spier utilisait la règle américaine (chaque partie supporte ses coûts de procès). Leur second modèle [1999] permet en outre de généraliser l'effet de dernière limite aux conflits à double asymétries d'information.

Ces modèles se limitent cependant au domaine particulier de la responsabilité. Nous proposons de prolonger ces travaux théoriques et empiriques de deux façons. D'une part, nous souhaitons montrer qu'un effet dernière de limite peut également être observé dans les tribunaux civils français. D'autre part, nous désirons généraliser cet effet en montrant qu'il ne se limite pas au domaine particulier de la responsabilité mais qu'il est observable dans quasi-maintenant tous les types de conflits portés devant les juridictions civiles françaises. De surcroît, une particularité française sera mise en évidence puisque nous montrerons qu'il n'existe pas d'effet de dernière limite en matière de responsabilité dans les tribunaux civils français, et plus particulièrement dans le domaine de la responsabilité du fait des véhicules terrestres à moteur. L'absence d'effet de dernière limite dans ce domaine s'explique alors par l'obligation faite aux assureurs de proposer un règlement amiable aux victimes, depuis l'application de la Loi Badinter.

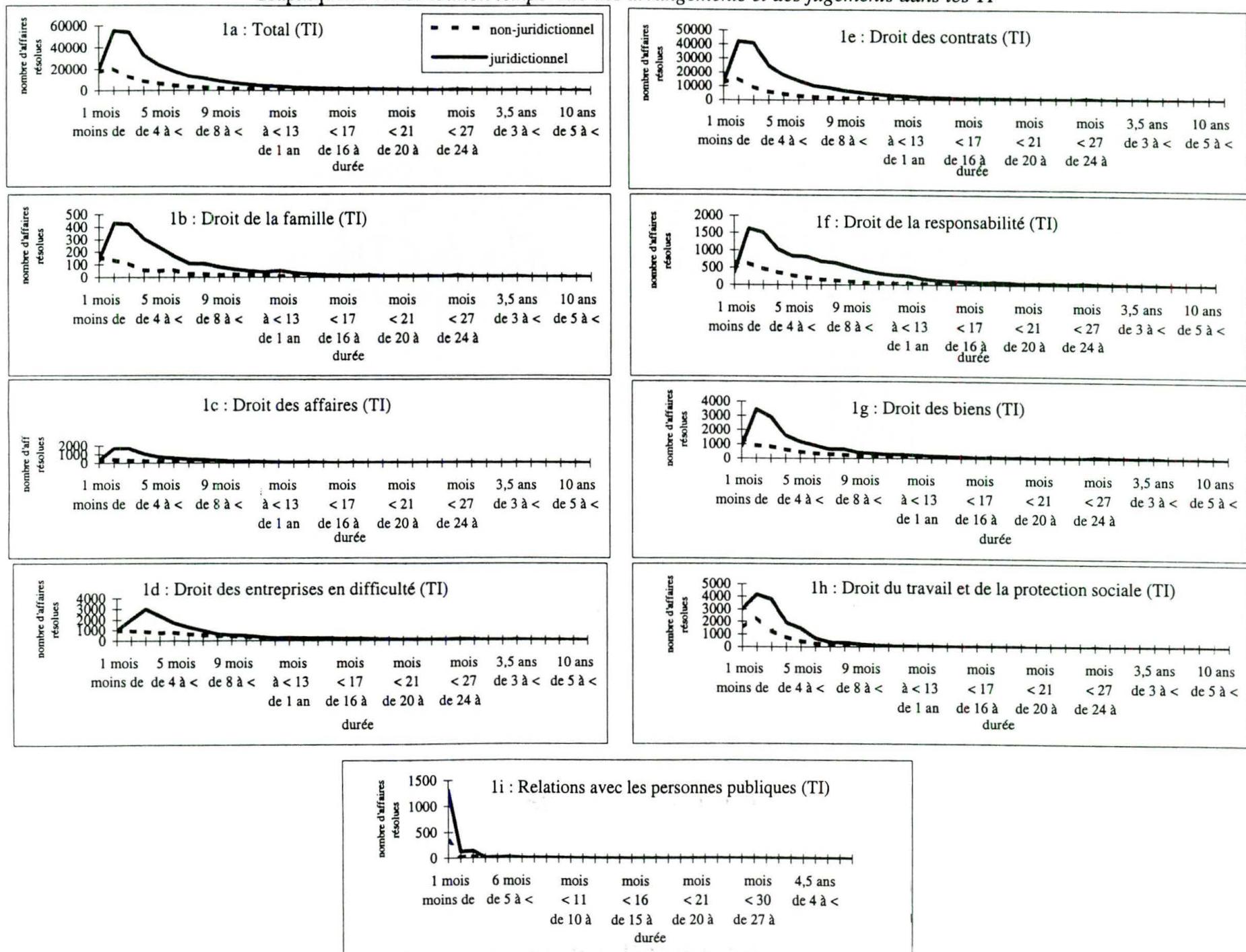
Pour mettre en évidence un effet de dernière limite indiquant que les parties négocient "sur les marches du palais", il suffit d'observer les distributions temporelles des jugements et des arrangements et de repérer les périodes auxquelles ces distributions présentent des pics simultanés. L'analyse graphique peut être complétée par le calcul des durées modales de règlements juridictionnel et non-juridictionnel.

### 1) Test de l'effet de dernière limite dans les TI

| traitements         | nombre d'affaires | durée en mois |       |       |       |       | mode en mois |
|---------------------|-------------------|---------------|-------|-------|-------|-------|--------------|
|                     |                   | 1             | 2     | 3     | 4     | 5     |              |
| juridictionnels     | total             | 19708         | 55592 | 54291 | 33086 | 24155 | 2            |
|                     | famille           | 137           | 431   | 425   | 305   | 238   | 2            |
|                     | affaires          | 333           | 1692  | 1686  | 1077  | 721   | 2            |
|                     | entreprises       | 978           | 2028  | 2998  | 2373  | 1688  | 3            |
|                     | contrats          | 12725         | 42095 | 40856 | 24763 | 18009 | 2            |
|                     | responsabilité    | 366           | 1616  | 1508  | 1033  | 845   | 2            |
|                     | biens             | 858           | 3447  | 2904  | 1606  | 1183  | 2            |
|                     | travail           | 3006          | 4156  | 3774  | 1917  | 1456  | 2            |
|                     | pers. pub.        | 1305          | 127   | 140   | 12    | 15    | 1            |
| non-juridictionnels | total             | 17852         | 20440 | 13136 | 8716  | 6615  | 2            |
|                     | famille           | 159           | 136   | 108   | 58    | 51    | 1            |
|                     | affaires          | 286           | 400   | 297   | 249   | 195   | 2            |
|                     | entreprises       | 947           | 926   | 852   | 735   | 773   | 1            |
|                     | contrats          | 12463         | 15123 | 9261  | 5887  | 4364  | 2            |
|                     | responsabilité    | 653           | 625   | 476   | 369   | 281   | 1            |
|                     | biens             | 1480          | 910   | 852   | 626   | 480   | 1            |
|                     | travail           | 1516          | 2290  | 1257  | 778   | 455   | 2            |
|                     | pers. pub.        | 336           | 17    | 24    | 5     | 7     | 1            |

Tableau 10: Durées modales de résolution des litiges par voies juridictionnelles et non-juridictionnelles, dans les TI

# Graphiques 1 : Distribution temporelle des arrangements et des jugements dans les TI



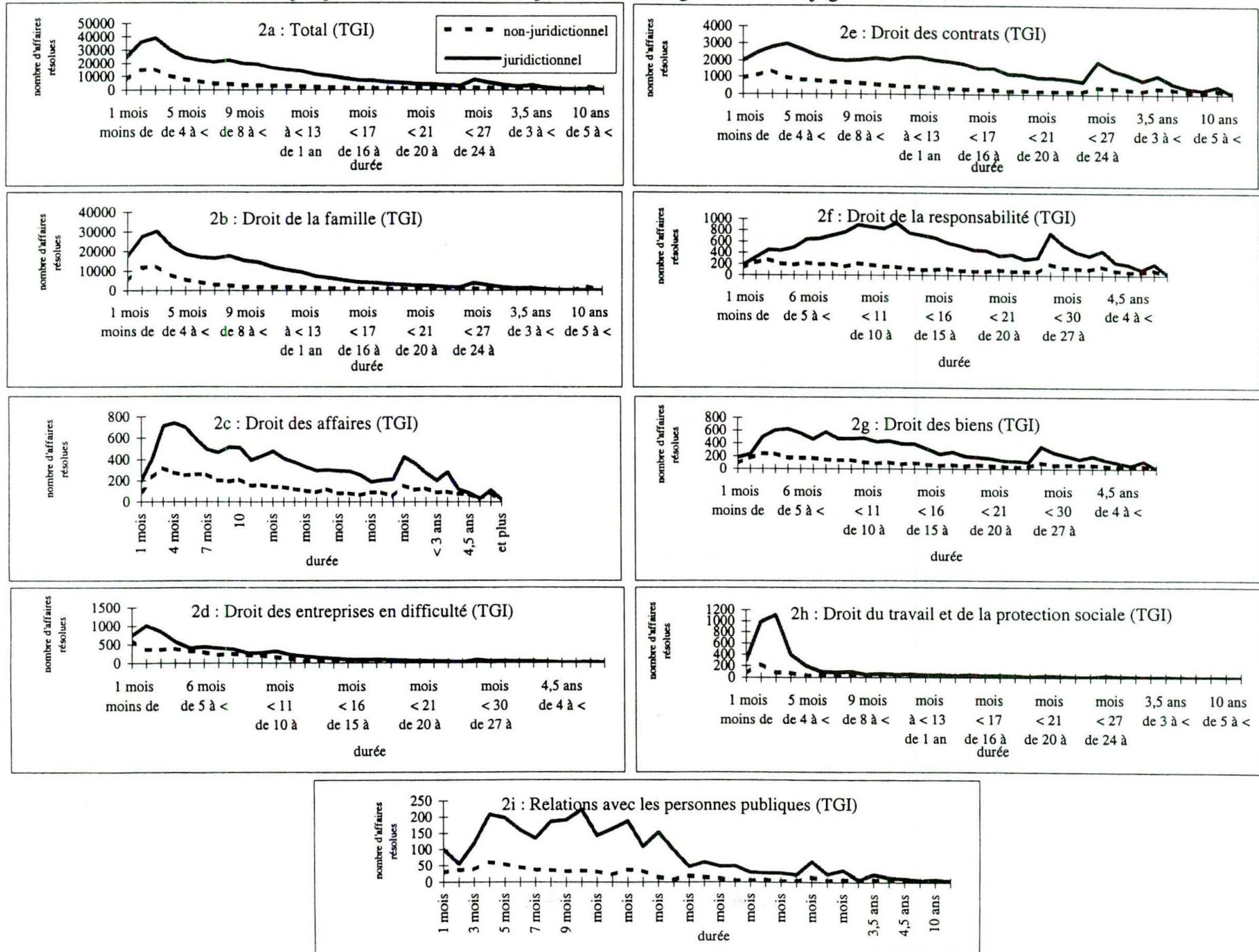
*Globalement* (total), l'existence d'un effet de dernière limite dans les TI est confirmé. En effet, les pics d'arrangements et de jugements sont simultanés. Ce résultat est confirmé par le calcul des durées modales globales (2 mois). L'observation des graphiques 1b à 1i confirme l'effet de dernière limite de façon certaine dans quatre domaines du droit (*affaires, contrats, travail et protection sociale, relations avec les personnes publiques*). Dans ces quatre domaines, les durées modales sont identiques pour les deux types de traitements. Dans trois autres domaines (*famille, responsabilité et biens*), il n'est pas possible de conclure de façon aussi certaine sur l'existence d'un effet de dernière limite. Néanmoins, le décalage entre les durées modales de traitements juridictionnels et non-juridictionnels reste faible (1 mois) ; de plus, les graphiques 1b, 1f et 1g montrent que les pics de jugements et d'arrangements sont très prononcés et que les distributions temporelles ont la même forme. En conséquence, l'effet dernière limite peut être validé. L'effet de dernière limite semble plus discutable en *droit des entreprises en difficulté* (graphique 1d) en raison de l'absence de pic d'arrangements. Cependant, entre deux et quatre mois de procédure, les jugements et les arrangements sont très nombreux ; la proximité du jugement pourrait donc inciter les parties à négocier ce qui tendrait à confirmer la présence d'un effet de dernière limite.

## 2) Test de l'effet de dernière limite dans les TGI

| traitement         | Nbre d'affaires | durée en mois |       |       |       |       |       |       |       |       |       |       |       |       | mode en mois |
|--------------------|-----------------|---------------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|--------------|
|                    |                 | 1             | 2     | 3     | 4     | 5     | 6     | 7     | 8     | 9     | 10    | 11    | 12    | 13    |              |
| juridictionnel     | Total           | 21387         | 33031 | 36834 | 28638 | 23901 | 21904 | 20801 | 22154 | 19707 | 19093 | 16469 | 14980 | 13922 | 3            |
|                    | famille         | 17675         | 27553 | 30314 | 22715 | 18633 | 17116 | 16498 | 17745 | 15391 | 14514 | 12171 | 10634 | 9457  | 3            |
|                    | affaires        | 203           | 411   | 714   | 743   | 703   | 588   | 497   | 467   | 516   | 509   | 395   | 433   | 478   | 4            |
|                    | entreprises     | 746           | 1020  | 849   | 577   | 410   | 441   | 403   | 378   | 276   | 279   | 322   | 228   | 187   | 2            |
|                    | contrats        | 2006          | 2465  | 2779  | 2958  | 2635  | 2295  | 2062  | 1989  | 2042  | 2138  | 2048  | 2210  | 2203  | 4            |
|                    | responsabilité  | 178           | 316   | 451   | 438   | 495   | 643   | 654   | 714   | 767   | 893   | 858   | 828   | 930   | 13           |
|                    | biens           | 182           | 230   | 499   | 605   | 625   | 559   | 464   | 576   | 471   | 470   | 479   | 423   | 434   | 5            |
|                    | travail         | 296           | 981   | 1109  | 394   | 202   | 102   | 88    | 99    | 53    | 67    | 53    | 60    | 45    | 3            |
|                    | pers. pub.      | 101           | 55    | 119   | 208   | 198   | 160   | 135   | 186   | 191   | 223   | 143   | 164   | 188   | 4            |
|                    | Total           | 6967          | 14058 | 14934 | 10063 | 7457  | 6091  | 4628  | 4256  | 3314  | 3210  | 2992  | 2780  | 2749  | 3            |
| non juridictionnel | famille         | 5007          | 11716 | 12301 | 7869  | 5617  | 4292  | 3030  | 2700  | 1923  | 1804  | 1827  | 1779  | 1789  | 3            |
|                    | affaires        | 98            | 232   | 317   | 275   | 251   | 260   | 256   | 205   | 194   | 210   | 153   | 157   | 144   | 3            |
|                    | entreprises     | 615           | 363   | 361   | 389   | 325   | 289   | 218   | 252   | 209   | 206   | 153   | 120   | 50    | 1            |
|                    | contrats        | 926           | 1097  | 1321  | 950   | 818   | 780   | 703   | 682   | 638   | 568   | 521   | 447   | 466   | 3            |
|                    | responsabilité  | 138           | 218   | 273   | 206   | 181   | 217   | 190   | 198   | 152   | 210   | 181   | 150   | 146   | 3            |
|                    | biens           | 88            | 170   | 239   | 234   | 180   | 171   | 172   | 149   | 136   | 140   | 110   | 85    | 105   | 3            |
|                    | travail         | 66            | 226   | 85    | 80    | 31    | 37    | 22    | 34    | 30    | 38    | 16    | 20    | 12    | 2            |
|                    | pers. pub.      | 29            | 36    | 37    | 60    | 54    | 45    | 37    | 36    | 32    | 34    | 31    | 22    | 37    | 4            |

Durée modale de résolution des litiges par voies juridictionnelles et non-juridictionnelles, dans les TGI

## Graphiques 2 : Distribution temporelle des arrangements et des jugements dans les TGI



L'observation du graphique 2a et du tableau 11 montre que *globalement* (i.e. tous domaines du droit confondus), il existe un effet de dernière limite dans les TGI. En effet, un pic d'arrangements et un pic de jugements peuvent être observés à trois mois, la durée modale quel que soit le mode de résolution étant de trois mois.

Comme dans les TI, il existe des domaines où l'effet de dernière limite est certain, les pics de traitements juridictionnels et non-juridictionnels étant parfaitement simultanés. Il en est ainsi en droit de la famille où les pics de jugements et d'arrangements apparaissent à trois mois.

Dans d'autres domaines, la présence d'un effet de dernière limite n'est pas aussi certaine dans la mesure où le pic de jugements et le pic d'arrangements sont décalés d'un mois. C'est le cas du *droit des affaires, des entreprises en difficulté, des contrats et du travail et de la protection sociale*. Cependant, en droit des affaires, des entreprises en difficulté et du travail, les distributions temporelles de jugements et d'arrangements ont sensiblement la même forme, les deux courbes présentant des pics quasi-simultanés (graphiques 2c, 2d et 2h). En *droit des contrats* (graphique 2e), seul le second pic de jugements n'est pas accompagné d'un pic d'arrangements mais ce pic est peu prononcé par rapport aux deux autres pics qui surviennent à quatre mois et entre 24 et 27 mois. Cette petite différence dans la forme des courbes ne suffit pas à infirmer la présence d'un effet de dernière limite.

La présence d'un effet de dernière limite en *droit de biens* est plus difficile à prouver. En effet, les durées modales de jugements (5 mois) et d'arrangements (3 mois) diffèrent de deux mois ce qui tendrait à infirmer l'effet dernière limite. Cependant, pour une durée de quatre mois, le nombre de jugements est presque équivalent au nombre de jugements à 5 mois (605 à 4 mois, 625 à cinq mois) de même que le nombre d'arrangements à quatre mois est seulement de cinq affaires inférieur au nombre d'arrangements à 3 mois. En conséquence, la distribution des arrangements atteint une de ces valeurs les plus élevées au même moment que la distribution des jugements, à 4 mois. Un effet de dernière limite peut donc être décelé.

Dans d'autres domaines, l'effet de dernière limite est clairement invalidé : en *droit de la responsabilité* et dans les *relations avec les personnes publiques*.

Le tableau 12 permet de comparer, tous domaines du droit confondus et par domaine de droit, la présence d'un effet de dernière limite dans les deux juridictions.

| Catégorie de droit | effet de dernière limite |                              |
|--------------------|--------------------------|------------------------------|
|                    | tribunaux d'instance     | tribunaux de grande instance |
| total              | ++                       | ++                           |
| famille            | +                        | ++                           |
| affaires           | ++                       | +                            |
| entreprises        | -                        | +                            |
| contrats           | ++                       | +                            |
| responsabilité     | +                        | -                            |
| biens              | +                        | +                            |
| travail            | ++                       | +                            |
| pers. pub.         | ++                       | -                            |

++: effet de dernière limite validé

+: effet de dernière limite très probable

-: effet de dernière limite invalidé

Tableau 12: *Effet de dernière limite dans les TI et les TGI*

Globalement, tous domaines du droit confondus, un effet de dernière limite est observé dans les TI et les TGI. En *droit de la famille*, l'effet de dernière limite est validé dans les TGI, il est seulement probable dans les TI. Dans la mesure où les TI traitent moins de 1 % des conflits familiaux (essentiellement des demandes relatives des obligations alimentaires), l'effet dernière limite est validé pour l'ensemble des contentieux familiaux. En *droit des contrat*, l'effet de dernière limite est certain dans les TI, très probable dans les TGI. Dans les deux juridictions, les distributions temporelles de jugements et d'arrangements ont la même forme de sorte que l'effet de dernière limite est validé. En *droit des affaires*, les distributions temporelles de jugements et d'arrangements sont très différentes selon la juridiction. En effet, dans les TI l'unique pic de jugements et l'unique pic d'arrangements sont simultanés (graphique 1c). Dans les TGI, les distributions temporelles de jugements et d'arrangements présentent plusieurs pics quasi-simultanés, seul le premier pic d'arrangements précédant d'un mois le premier pic de jugements (graphique 2c). Ces différences dans la forme des courbes sont dues à la nature des affaires, plus complexes et d'enjeu plus important dans les TGI. Néanmoins, dans les deux juridictions, les distributions temporelles de jugements et d'arrangements sont similaires de sorte que l'effet de dernière limite est validé. En *droit des biens*, l'effet de dernière limite est très probable

dans les deux juridictions, les distributions temporelles d'arrangements et de jugements étant identiques. En *droit du travail et de la protection sociale*, l'effet de dernière limite est certain dans les TI, très probable dans les TGI. En *droit des entreprises en difficulté*, la présence d'un effet de dernière limite peut être discutée dans les TI (absence de pic d'arrangements) et ne peut être validé de façon certaine dans les TGI, le pic d'arrangements précédant d'un mois le pic de jugements. En *droit de la responsabilité*, l'effet de dernière limite est très probable dans les TI et invalidé dans les TGI. Cependant, dans ce domaine, prédominent les accidents du fait des véhicules terrestres à moteur qui sont soumis à la loi Badinter de 1985. Se retrouvent donc devant les tribunaux uniquement les affaires pour lesquelles la négociation a échoué, ce qui explique l'absence d'effet de dernière limite. Dans les *relations avec les personnes publiques*, l'effet de dernière limite est validé dans les TI et invalidé dans les TGI. Cette différence provient du fait que les deux juridictions ne traitent pas les mêmes types d'affaires. En effet, les TI sont saisis essentiellement pour des conflits relatifs aux élections politiques alors que les saisines des TGI concernent surtout des recours contre des personnes publiques et des droits d'enregistrement.

*En définitive, notre étude permet de conclure en faveur de l'existence d'un effet de dernière limite en droit civil français.*

### 2.2.2 L'hypothèse de sélection des affaires jugées

La question qui se pose consiste à savoir si les affaires qui vont au procès constituent un échantillon représentatif de l'ensemble des affaires portées devant les tribunaux ou si, au contraire, elles appartiennent à une catégorie particulière de conflits. Priest et Klein [1984] ont été les premiers à avancer l'hypothèse d'une sélection des conflits jugés en ce sens que ces derniers présenteraient la même probabilité de victoire du demandeur au procès. Cette **hypothèse de sélection** pourrait prendre une expression particulière sous certaines conditions très spécifiques, puisque les conflits jugés seraient alors ceux pour lesquels les deux parties ont autant de chances de gagner le procès. Sous ces conditions, l'hypothèse de sélection deviendrait alors la **règle des 50 %**.

L'analyse de Priest et Klein [1984] est présentée dans un premier temps, en insistant sur la différence entre l'hypothèse de sélection qui indique simplement que l'échantillon des affaires jugées est un échantillon non-représentatif de l'ensemble des conflits (i.e. le processus de négociations sélectionne les

affaires qui vont au procès si bien que seules celles qui présentent un certain taux de victoire au procès du demandeur sont jugées), et la règle des 50 % qui est une expression particulière de l'hypothèse de sélection. Les critiques adressées à leur travaux, notamment celle de Wittman [1985] mais également la réponse non moins virulente de Priest [1985] sont ensuite présentées. Enfin, les travaux les plus récents sur l'hypothèse de sélection sont évoqués, afin de mettre en lumière les insuffisances du modèle original de Priest et Klein.

#### A- L'hypothèse de sélection : modèle théorique et preuve empirique

Pour établir leur modèle, Priest et Klein posent plusieurs hypothèses fondamentales dont le non-respect est susceptible de remettre en cause la validité de leurs résultats. En premier lieu, ils posent l'hypothèse fondamentale d'une **symétrie des enjeux** c'est-à-dire que les gains estimés du demandeur au procès correspondent aux pertes attendues du défendeur. Ils insistent fortement sur le fait que cette hypothèse est essentielle à l'obtention de la règle des 50 % ; une fois levée, cette règle n'est plus vérifiée. Cependant, un processus de sélection demeure<sup>28</sup>, confirmant l'hypothèse plus générale de sélection des affaires allant au procès (simplement, les affaires qui vont au procès tendent vers un taux de victoire du demandeur au procès particulier, mais différent de 50 %).

En second lieu, Priest et Klein situe leur analyse dans le cadre d'un système de **responsabilité pour faute**.

Sur la base de ces hypothèses, le modèle de Priest et Klein se décompose en trois étapes distinctes :

- le choix entre procès et arrangement,

<sup>28</sup>Eisenberg [1990] distingue très clairement l'hypothèse de sélection de la règle des 50 %. Selon cette dernière, les affaires jugées se caractérisent par un taux de victoire des demandeurs proche de 50 %. Eisenberg insiste sur les deux limites de cette règle. D'une part, elle ne s'applique plus dès lors que l'issue du conflit est fondée sur le montant des réparations et non plus sur la reconnaissance d'une responsabilité. D'autre part, elle n'est plus vérifiée lorsque les enjeux du conflit sont asymétriques (par exemple lorsque la réputation d'un producteur est mise en cause et que ses pertes attendues dépassent l'étendu du dommage infligé au demandeur). La règle des 50 % constitue un cas particulier de l'hypothèse de sélection qui se limite à établir que les conflits jugés ne sont pas représentatifs de l'ensemble des litiges. Les études empiriques devrait donc, selon cet auteur, porter davantage sur la cas général et délaisser le cas particulier. L'affirmation de la règle des 50 % ne remettrait alors pas en cause l'hypothèse de sélection en elle-même.

- la formation des estimations des parties sur leurs paiements attendus au procès,
- les résultats.

### a) Le choix entre jugement et arrangement

Priest et Klein adhèrent à l'approche optimiste de l'analyse économique des conflits juridiques. Ils considèrent par conséquent qu'un accord amiable est possible, mais jamais certain, s'il existe un intervalle de négociations à l'intérieur duquel un arrangement peut être conclu. Une condition nécessaire au règlement amiable du litige est l'existence d'un intervalle de négociations, dont les bornes sont constituées par la demande minimale du demandeur et l'offre maximale du défenseur.

Conformément aux notations traditionnellement admises<sup>29</sup>, la demande minimale du demandeur est notée:  $G_p - T_p + N_p$  avec  $G_p = P_p \times D$  (où  $D$  représente l'enjeu du litige et  $P_p$  la probabilité estimée par le demandeur qu'il gagne le procès). De même, l'offre maximale du défenseur est:  $G_d + T_d - N_d$  avec  $G_d = P_d \times D$  (où  $P_d$  représente la probabilité estimée par le défenseur que le demandeur gagne le procès). L'accord étant impossible si la demande minimale du demandeur excède l'offre maximale du défenseur, une condition suffisante à l'occurrence d'un jugement est :

$$G_p - T_p + N_p > G_d + T_d - N_d$$

$$P_p \times D - T_p + N_p > P_d \times D + T_d - N_d$$

$$P_p - P_d > \frac{(T - N)}{D} \quad (2.4)$$

avec:  $T = T_p + T_d$  et  $N = N_p + N_d$ .

Cette inégalité établit que les estimations des parties sur la probabilité de victoire du demandeur de gagner le procès jouent un rôle central dans la

---

<sup>29</sup>Pour rappel, les notations sont les suivantes:

$G$ : paiements attendus des parties,

$P$ : probabilités estimées de victoire du demandeur,

$D$ : montant des dommages et intérêts compensatoires,

$T$ : coûts de procès,

$N$ : coûts de négociations.

Les indices  $p$  et  $d$  se rapportent respectivement au demandeur et au défenseur.

décision de négocier ou d'aller au procès. La formation de ces estimations doit par conséquent être étudiée.

### b) Les estimations des parties quant à leurs chances de gagner le procès

Priest et Klein font reposer les estimations des parties sur le degré de responsabilité du défendeur qui devient dès lors la variable à anticiper. Le degré estimé de responsabilité du défendeur est déduit de son niveau de précaution. Il est comparé au niveau légal de responsabilité en dessous duquel l'auteur de dommage est innocent et au dessus duquel il est déclaré coupable, conformément au système de responsabilité pour faute.

La faute estimée du défendeur, ou sa responsabilité attendue, est mesurée par un nombre  $Y$ , fonction des caractéristiques du conflit, regroupées sous la variable  $X$ . D'où :  $Y = H(X)$ , la fonction  $H$  associant aux spécificités propres de l'affaire un niveau de responsabilité. La distribution de  $Y$  indique tous les niveaux de responsabilité possibles de l'auteur de dommage.

La norme (ou niveau de responsabilité légal) appliquée par le juge est notée  $Y^*$ . Sa comparaison avec le niveau estimé de responsabilité du défendeur permet de déduire le résultat du procès : condamnation ou disculpation. Ainsi :

- si  $Y > Y^*$ : le demandeur gagne le procès puisque le degré de responsabilité du défendeur dépasse le niveau légalement admis ;
- si  $Y < Y^*$ : le défendeur gagne le procès puisque son comportement prudentiel est conforme à la loi.

A tout conflit correspond une valeur précise de  $Y$ , notée  $Y'$ . Elle représente le niveau de responsabilité réel de l'auteur de dommage dans un conflit particulier. Avant le procès, aucune partie n'est en mesure de déterminer  $Y'$  avec certitude. Chacun tente d'estimer  $Y'$  sur la base des informations disponibles, relatives aux faits et à leur interprétation par le tribunal. Les estimations des parties peuvent non seulement diverger entre elles mais également s'écartez de la vraie valeur  $Y'$ . Soient  $\hat{Y}_p$  l'estimation de  $Y'$  faite par le demandeur, et  $\hat{Y}_d$  celle du défendeur. Ces estimations s'éloignent de la vraie valeur de  $Y'$  de l'équivalent d'un terme d'erreur noté  $e$ , propre à chaque partie. Ainsi, les estimations respectives du demandeur et du défendeur sont :

$$\hat{Y}_p = Y' + e_p \quad (2.5)$$

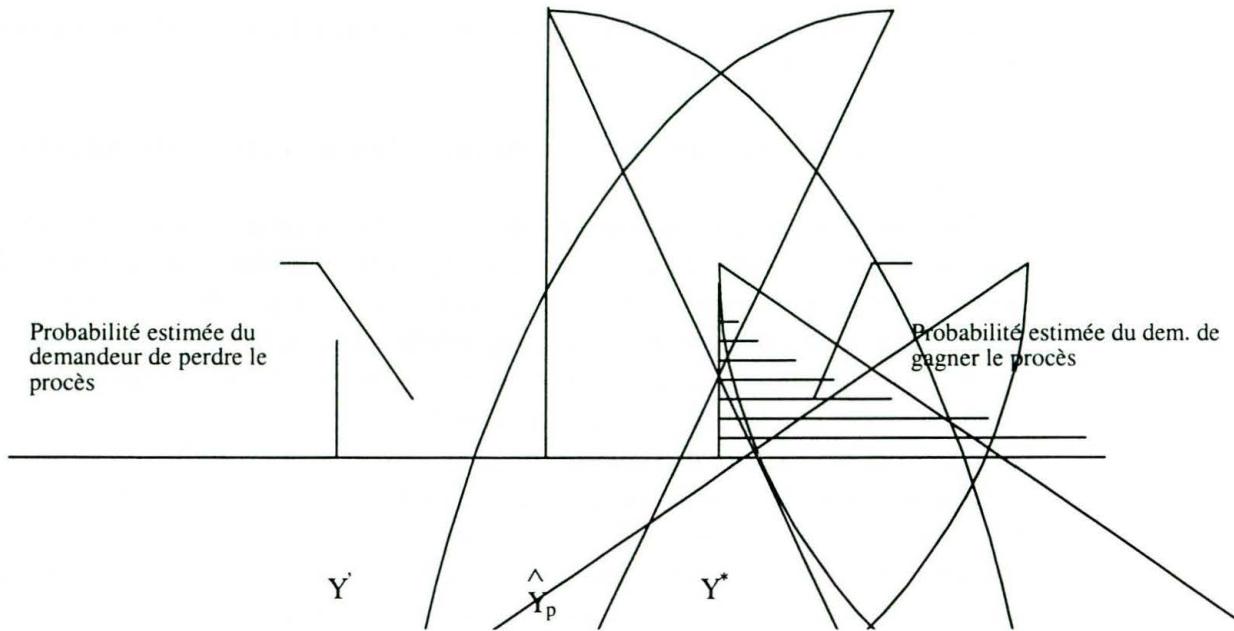


Figure 2.1: Distribution normale des estimations du demandeur sur la responsabilité du défendeur

et

$$\hat{Y}_d = Y' + e_d \quad (2.6)$$

Le demandeur est supposé surestimer en moyenne le degré de responsabilité de son adversaire. Par conséquent, le degré de responsabilité du défendeur  $Y'$  est situé à gauche de l'estimation moyenne du demandeur  $\hat{Y}_p$  (figure 1). Le degré de responsabilité du défendeur est également supposé très inférieur au niveau de responsabilité légal  $Y^*$ . Le défendeur a donc de fortes chances d'être disculpé au procès.

Le demandeur, comme le défendeur, ignore le véritable niveau de responsabilité du défendeur (c'est à dire  $Y'$ ) mais connaît le niveau légal  $Y^*$ . Il anticipe un jugement favorable au défendeur si son estimation se situe à gauche de  $Y^*$  et une condamnation du défendeur à droite de  $Y^*$ . L'aire hachurée représente donc sa probabilité estimée de victoire tandis que l'aire non hachurée correspond à sa probabilité estimée de victoire du défendeur. Soit  $\hat{P}_p$  la probabilité estimée du demandeur qu'il gagne le procès.  $\hat{P}_p$  correspond

à l'aire hachurée de la figure précédente. De la même façon, il est possible de déterminer la probabilité de victoire du demandeur estimée par le défendeur, notée  $\hat{P}_d$ .

Afin de simplifier l'analyse, Priest et Klein fixent arbitrairement  $Y^*$  en zéro (i.e ils centrent et réduisent la distribution des estimations relatives à la responsabilité du défendeur). La probabilité estimée de victoire du demandeur au procès de chacune des parties ( $\hat{P}_p$  et  $\hat{P}_d$ ) est alors égale à la probabilité estimée que la vraie valeur associée au litige soit positive :

$$\hat{P}_p = \text{prob} \left\{ Y' \geq 0 / \hat{Y}_p \right\} \quad (2.7)$$

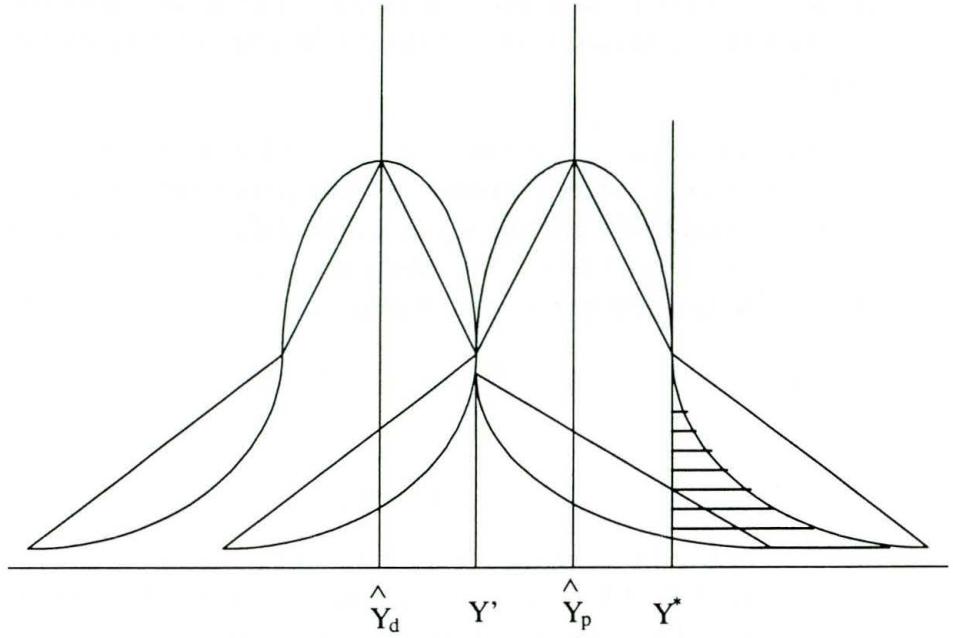
et

$$\hat{P}_d = \text{prob} \left\{ Y' \geq 0 / \hat{Y}_d \right\} \quad (2.8)$$

Ces probabilités estimées jouent un rôle essentiel dans la mesure où le montant de leur différence est à la base du choix entre le procès et l'arrangement. En effet, nous avons établi précédemment que le procès est préféré à l'arrangement si et seulement si :

$$\hat{P}_p - \hat{P}_d > \frac{(T - N)}{D}$$

Cette différence de probabilités estimées se détermine graphiquement en fusionnant les distributions des anticipations faites par chacune des parties, comme indiqué sur la figure 2 :



Ecart entre les probabilités de victoire estimées par chaque partie

Cette représentation graphique est particulière dans la mesure où elle se caractérise par une répartition des estimations moyennes des parties de part et d'autre du niveau réel de responsabilité de l'auteur de dommage. Les valeurs estimées de responsabilité ainsi que le niveau réel se situent également à gauche du niveau légal, indiquant que les parties estiment en moyenne que le défendeur a de fortes chances de gagner le procès.

La partie hachurée correspond à la différence entre les probabilités estimées de victoire du demandeur. Plus elle est réduite et moins le procès est probable. En effet, dans la mesure où leurs estimations sont proches, les parties peuvent plus facilement conclure un accord. Par contre, plus cette surface hachurée est vaste et plus le procès est probable.

L'idée centrale de Priest et Klein consiste alors à montrer que cette surface hachurée varie selon la position du niveau réel de responsabilité  $Y'$  par rapport au niveau légal  $Y^*$ . Ils sont dès lors en mesure d'établir le résultat le plus important de leur modèle : la règle des 50 %.

### c) Les résultats du modèle de Priest et Klein

Les résultats du modèle de Priest et Klein sont obtenus en rapprochant le niveau réel de responsabilité  $Y'$  de la norme légale  $Y^*$ . Les estimations moyennes des parties sont toujours situées de part et d'autre du niveau de responsabilité réel.

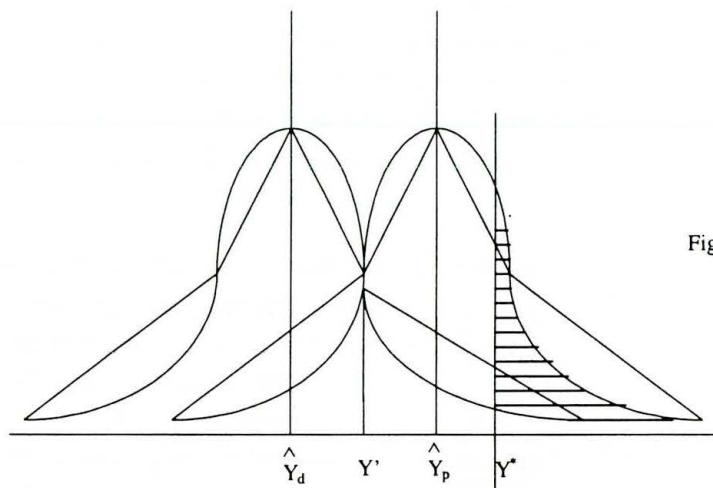


Fig. 1.3 a

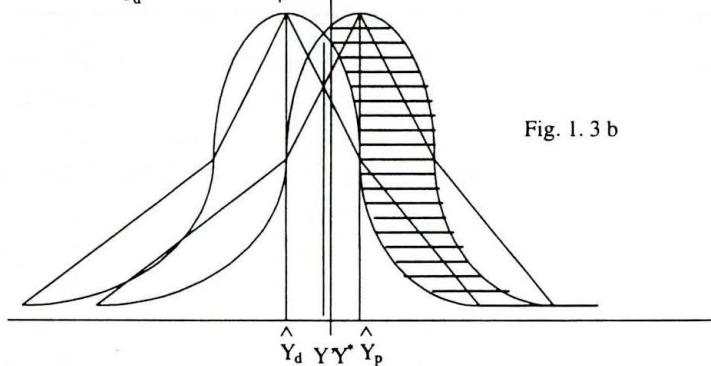


Fig. 1.3 b

### Mise en évidence du processus de sélection

La surface hachurée de chacun des graphiques représente la différence dans les probabilités estimées de victoire du demandeur. D'après ces représentations, plus la vraie valeur du conflit  $Y'$  tend vers le niveau légal  $Y^*$ , plus la différence entre les probabilités estimées s'accroît et plus les chances de régler le conflit par un jugement augmentent. *Par conséquent, les affaires résolues par jugement sont généralement celles dont le niveau de responsabilité du défendeur est proche de la norme légale. Les affaires jugées ne constituent*

*donc pas un échantillon représentatif de l'ensemble des conflits puisque les litiges pour lesquels  $Y'$  est proche de  $Y^*$  sont sur-représentés.*

En d'autres termes, il existe un processus de sélection des litiges : les conflits pour lesquels la faute de défendeur est facilement identifiable (parce que son niveau de responsabilité diffère fortement de la norme légale) sont résolus à l'amiable. Les estimations des parties convergent en effet plus facilement lorsque la faute ou l'innocence du défendeur apparaît clairement. A l'inverse, les litiges dans lesquels la faute du défendeur est difficile à déterminer sont jugés ; les parties peuvent avoir des opinions divergentes (le demandeur peut estimer le défendeur responsable alors que le défendeur s'attend à être disculpé) et le recours au juge devient le seul moyen de résoudre leur différend.

Ainsi, les affaires jugées sont celles dont le résultat est *a priori* indéterminé. Le juge est alors face à des affaires favorables aux demandeurs dans seulement la moitié des cas. Lorsque le résultat du jugement ne pose aucune difficulté, le recours au juge est inutile. Les probabilités estimées de victoire du demandeur ne divergent pas sensiblement. A l'inverse, lorsque la responsabilité du défendeur est difficile à établir, les probabilités estimées de victoire du demandeur peuvent être très différentes, chacun estimant que ses chances de victoire sont élevées. Priest et Klein ajoutent que la règle des 50 %, qui établit que les affaires qui vont au procès sont celles pour lesquelles les parties ont autant de chances de gagner le procès, s'applique indépendamment de la position de la norme. Seule importe la position relative du niveau de responsabilité réel par rapport à la norme. Néanmoins, ce résultat repose sur l'hypothèse centrale d'égalité des enjeux des parties. La levée de cette hypothèse a pour conséquence d'infirmer la règle des 50 %. Un processus de sélection demeure, mais désormais en faveur d'un pourcentage différent de victoire des parties au procès (par exemple, seules iront au procès les affaires où le défendeur a de fortes chances de gagner si sa réputation et ses profits futurs en dépendent). L'hypothèse de sélection se vérifie alors mais pas son cas particulier, la règle des 50 %.

## B- Vérification empirique de la règle des 50 %

Priest et Klein estiment que le taux de victoire du demandeur au procès peut être influencé par quatre variables :

- la forme de la distribution des conflits (plus la pente de la courbe est faible aux alentours du niveau légal et plus le taux de victoire du demandeur converge rapidement vers 50 %),
- l'ampleur du jugement,
- les coûts de procès et de négociations,
- la symétrie (ou l'asymétrie) des enjeux.

Les auteurs incitent à la plus grande prudence quant à la portée de leurs résultats empiriques dans la mesure où ils ne disposent d'aucune donnée sûre concernant ces variables. Cette recommandation faite, ils proposent de tester la règle des 50 % en faisant varier la norme légale utilisée par le juge. Ils s'efforcent ainsi de prouver que la règle des 50 % est indépendante de la position de la norme légale dans la distribution des conflits. Ils jouent ensuite sur l'ampleur du jugement afin d'établir l'absence d'influence sur le processus de sélection. Enfin, ils étudient les conséquences de la prise en compte d'enjeux asymétriques. Leur base de données est constituée à partir des conflits civils jugés par les cours d'appel de l'Illinois entre 1959 et 1979.

A partir de conflits soumis à la responsabilité pour faute et de litiges dus à des ruptures abusives de contrats (choisis parce que les enjeux y sont généralement équivalents pour les protagonistes), ils parviennent à montrer que le choix de la norme n'a pas d'influence sur la règle des 50 %. Pour ce faire, ils intègrent l'évolution des références légales appliquées par les juges et étudient le taux de victoire des demandeurs dans les conflits jugés. Quelle que soit la norme, il tend toujours vers 50 %.

En étudiant la fréquence de réussite des demandeurs devant des tribunaux dont la compétence dépend de l'ampleur du jugement<sup>30</sup>, les auteurs confirment l'hypothèse d'une indépendance de la règle des 50 % par rapport à l'enjeu du conflit. Par conséquent, la fréquence de victoire des demandeurs au procès est indépendante de l'ampleur du préjudice subi.

L'étude empirique de Priest et Klein tend à confirmer leurs principaux résultats théoriques. Le juge est ainsi chargé de résoudre les affaires les plus délicates, lorsque la responsabilité de l'auteur de dommage est difficile à

---

<sup>30</sup>En France, cela reviendrait à comparer le résultat d'affaires identiques mais jugées soit par Tribunal d'Instance, soit par un Tribunal de Grande Instance selon le montant de l'enjeu, la limite de compétence du Tribunal d'Instance étant fixée à 50 000 Francs.

établir. L'information du juge et les efforts des parties pour le convaincre de leur bonne foi jouent alors un rôle capital. Le juge n'a en effet aucune raison d'être mieux informé que les parties au début des débats. Il doit donc s'efforcer d'améliorer la qualité et la précision des renseignements existants et user de tous les moyens dont il dispose afin de fonder son jugement sur une connaissance approfondie des faits.

Les travaux de Priest et Klein furent rapidement l'objet de critiques vigoureuses. Wittman [1985] fut le premier à s'opposer aux conclusions de Priest et Klein. Il remet en cause la démarche théorique qui lui semble incomplète et élaboré une nouvelle étude empirique afin de justifier ses reproches. Il parvient à son tour à mettre en évidence un processus de sélection mais estime que sa nature est fondamentalement différente de celui de ses prédécesseurs. La réponse de Priest [1985] aux attaques de Wittman ne se fera pas attendre. La controverse était née, elle oppose encore aujourd'hui les économistes du Droit.

### C- Les limites du modèle de Priet et Klein [1984]

#### a) Le problème de la symétrie des enjeux

La première limite du modèle de Priest et Klein est celle de la symétrie des enjeux. L'enjeu du conflit peut différer pour les parties dans la mesure où les intérêts en jeu peuvent diverger. Tel est le cas, par exemple, lorsque le conflit peut porter atteinte à la réputation de l'une des parties. Cela se produit notamment lorsqu'un producteur est attaqué en justice par l'utilisateur d'un produit défectueux. Dans cette situation, le gain attendu du demandeur au procès se limite au montant net des réparations. Les pertes du défendeur sont susceptibles de dépasser considérablement le montant de l'indemnisation de la victime. Une condamnation au paiement de dommages et intérêts peut avoir un effet très négatif sur les ventes de l'auteur de dommage. Le chiffre d'affaire peut se réduire considérablement, les consommateurs préférant se tourner vers des produits de substitution. Le gain attendu du demandeur diffère alors très fortement des pertes totales liées au conflit pour le défendeur.

Dans une telle situation, le défendeur choisira d'aller au procès uniquement si ses chances de gagner sont quasiment certaines. Il ne souhaitera jamais s'exposer à un risque important de défaite compte tenu des conséquences catastrophiques d'une condamnation sur ses ventes future. Seule la certitude d'être disculpé peut justifier une préférence pour le procès. Si la décision du

juge lui paraît trop aléatoire, il préférera toujours conclure un accord discret avec le demandeur et éviter ainsi la mauvaise publicité du procès. De cette façon, la victime sera indemnisée sans que les pertes du défendeur excèdent le montant de l'accord. Il en résulte un processus de sélection des conflits jugés en faveur des affaires pour lesqu'elles les chances de victoire du demandeur sont minimes. Par conséquent, l'asymétrie des enjeux remet en cause la règle des 50 % mais confirme l'existence d'un processus de sélection des conflits jugés. Ce résultat montre l'importance des hypothèses sous lesqu'elles les conclusions du modèle de Priest et Klein doivent être testées.

### b) La critique de Wittman

Wittman est l'auteur le plus critique vis-à-vis des travaux de Priest et Klein. En effet, il estime que le biais sélectif vers un taux de victoire des demandeurs au procès de 50% est illusoire et n'adhère pas à l'idée d'une indépendance de celui-ci par rapport à la norme légale.

Wittman élabore son étude sur la base de données relatives aux accidents de la circulation. Ils se limite aux chocs arrières impliquant deux véhicules. L'unique victime de l'accident est le conducteur de la voiture placée devant. Logiquement, l'auteur de dommage est le conducteur de la voiture venue percutée celle qui la précède. La victime intente une action en justice si et seulement si les gains attendus du jugement excèdent ses coûts de procès. Le montant attendu de son indemnisation correspond au produit de sa probabilité subjective de victoire par le montant des dommages et intérêts accordés au procès.

L'idée de Wittman est la suivante : les affaires caractérisées par une corrélation négative (ou faiblement positive) entre la probabilité estimée de victoire du demandeur et les dommages et intérêts octroyés sont sur-représentées dans l'échantillon des litiges donnant lieu à des poursuites, quel que soit leur mode de résolution ultérieur (procès ou arrangement). En d'autres termes, la fréquence des actions en justice serait plus élevée pour les conflits où  $P_p$  et  $D$  sont corrélés négativement (faible probabilité de victoire du demandeur et enjeu élevé ou inversement). Plus précisément, lorsque les dommages et intérêts accordés sont faibles, il n'est pas dans l'intérêt de la victime d'ester en justice sauf si les chances de gagner le procès sont élevées. Il est alors possible que les réparations attendues dépassent légèrement les coûts de procès. En revanche si à la fois l'enjeu et la probabilité de victoire du demandeur sont faibles, alors les réparations attendues restent dérisoires et la victime

renonce à se faire indemniser. Wittman en déduit que les accidents donnant lieu à des procès ne constituent pas un échantillon représentatif de l'ensemble des accidents. Dans la mesure où les litiges portés à la connaissance des juges et susceptibles d'être jugées ne sont pas seulement ceux où la victime a 50 % de chances de gagner, la règle des 50 % n'a aucune raison *a priori* d'être vérifiée. Wittman confirme ses résultats théoriques à l'aide d'une étude empirique menée à partir de données relatives à 582 procès consécutifs à des accidents de la circulation (chocs arrières) dans l'Etat de Californie. A partir de cet échantillon, il infirme la règle des 50 % puisqu'il établit que seuls 17 % des conflits jugés sont favorables aux défendeurs. Ce pourcentage étant significativement différent de 50 %, les faits contredisent la règle établie par Priest et Klein.

La critique de Wittman nous paraît néanmoins peu fondée. L'introduction des affaires caractérisées par une corrélation négative entre la probabilité de victoire du demandeur et le montant des réparation dans l'échantillon des affaires portées à la connaissance des tribunaux ne remet pas en cause la règle des 50 %. Les poursuites ne proviennent pas exclusivement de ce type de conflits ; ces derniers s'ajoutent simplement aux autres litiges et notamment à ceux dans lesquels les parties ont autant de chances de gagner. Le fait que Wittman estime qu'un plus grand nombre de conflits engendrent des poursuites ne remet pas en question l'existence du biais identifié par Priest et Klein, une fois les poursuites engagées. Les conflits dans lesquels les parties ont des chances équivalentes de gagner le procès faisant également l'objet d'une action en justice, il est toujours possible que ces affaires soient majoritairement résolues par un jugement. En conséquence, nous estimons que la règle des 50 % n'est pas infirmée par la prise en considération de la phase initiale d'engagement des poursuites.

En outre, la critique de Wittman n'est pas généralisable au cas français. En effet, en matière d'accidents de la circulation, un système de responsabilité sans faute du conducteur s'impose ce qui implique que nous ne sommes pas dans les conditions d'application de la règle des 50 % définies par Priest et Klein.

La réponse de Priest aux critiques de Wittman fut rapide. Ainsi, dès 1985, Priest défendait vigoureusement ses travaux en mettant en évidence les erreurs de Wittman.

### c) La réponse de Priest [1985] à la critique de Wittman

La réponse de Priest aux critiques de Wittman porte sur trois points. D'abord, Wittman ignore la réciprocité de la décision d'aller au procès ou de conclure un accord. Ensuite, il fonde son analyse sur le montant du préjudice et non sur la responsabilité réelle de l'auteur de dommage. Enfin, il construit son étude empirique sur une catégorie particulière d'accident de la circulation en omettant de préciser ses spécificités.

#### 1) Le caractère réciproque du choix entre procès et arrangement

Priest accuse Wittman d'ignorer la réciprocité de la décision d'aller au procès. Cette omission rend caduques les principales conclusions issues de ses travaux. Priest rappelle en effet que la règle des 50 % découle directement du comportement des parties lors des négociations. L'attitude adoptée par les protagonistes est à l'origine de la sélection des affaires réglées au procès. Les chances de résoudre les conflits au procès sont d'autant plus grandes que la faute du défendeur est difficile à établir. Plus son niveau de responsabilité est proche de la norme, plus le résultat du procès est difficile à anticiper et plus les risques de procès sont élevés. A l'inverse, si l'innocence ou la culpabilité du défendeur sont faciles à déterminer, les parties négocient plus facilement parce qu'elles anticipent aisément le résultat du procès. Par conséquent, c'est l'incertitude sur le jugement qui incitent les parties à refuser l'arrangement.

La clé du choix entre le procès et l'arrangement réside dans l'appréciation par les parties des avantages respectifs des solutions coopératives et non-coopératives. Wittman affirme qu'un demandeur dont la probabilité estimée de victoire est élevée est fortement incité à aller devant le juge. Il omet de comparer cette probabilité subjective avec la probabilité de victoire du demandeur estimée par le défendeur. L'écart entre ces probabilités estimées est essentiel pour déterminer l'issue du conflit ; les valeurs absolues ne jouent pas, seules leurs valeurs relatives interviennent dans le choix des parties. Par conséquent, si le demandeur estime avoir de fortes chances de gagner et si le défendeur pense perdre le procès, un accord est très probablement conclu.

#### 2) L'objet de litige

La principale différence entre les conflits portant sur la responsabilité de l'auteur de dommage et ceux portant sur le montant des réparations réside selon Priest sur la difficulté d'identifier le vainqueur dans la seconde catégorie de litiges. Dans les conflits relatifs à la responsabilité du défendeur, il est aisé

d'identifier la partie gagnante : le défendeur s'il est relaxé, le demandeur si la faute du défendeur est établie. Lorsque le litige repose sur le montant des réparations, la tâche est plus complexe. L'indemnisation accordée par le juge est une somme particulière d'un continuum de dommages et intérêts possibles. Le fait d'obtenir réparation ne garantit pas la victoire du demandeur. Tout dépend de la part qu'elles représentent par rapport aux exigences initiales du demandeur. Si l'indemnisation couvre seulement une faible fraction du préjudice subi, est-il vraiment possible de parler de victoire du demandeur ? Priest ajoute cependant que ces considérations ne suffisent pas à remettre en cause la règle des 50 % dans la mesure où les dommages et intérêts se situent généralement au centre de l'intervalle borné par les estimations des parties.

Finalement, il identifie trois catégories de conflits associées à trois processus de sélection différents :

- les conflits liés à la responsabilité de l'auteur de dommage : une tendance vers un taux de victoire des demandeurs au procès de 50 % peut être observée, sous réserve des conditions d'application de cette règle ; les affaires jugées sont celles où la responsabilité est difficile à établir ;
- les conflits relatifs au montant des réparations : les réparations accordées par le juge se situent au centre de l'intervalle des exigences des parties, si bien que les affaires jugées sont celles pour lesqu'elles les exigences des parties sont excessives et corrigées dans les mêmes proportions par le juge ; chaque partie est donc à la fois gagnante et perdante : il s'agit d'une expression particulière de la règle des 50 % ;
- les conflits mixtes, reposant à la fois sur l'établissement de la responsabilité du défendeur et sur la fixation de dommages et intérêts : les problèmes empiriques sont plus nombreux ; Priest suggère un biais des affaires jugées en faveur des demandeurs plus souvent gagnants, quelle que soit la norme légale.

### **3) La spécificité des accidents choisis par Wittman**

Les accidents de la circulation choisis par Wittman présentent clairement un taux de victoire des demandeurs au procès supérieur à 50 %. Il conclut donc à l'affirmation de la règle de Priest et Klein. Or, comme en France, les conflits appartenant à cette catégorie sont soumis au régime de la responsabilité sans faute. Le conducteur de la seconde voiture est donc toujours

responsable, à moins de faire la preuve que la collision ne pouvait être évitée compte tenu de la conduite de l'adversaire. Ainsi, la seule façon pour le défendeur d'échapper à sa responsabilité consiste à prouver le caractère inévitable de l'accident et la faute du premier conducteur. Par conséquent, cette catégorie d'accidents donne rarement lieu à des désaccords sur l'établissement de la responsabilité. Si l'on se réfère uniquement à la détermination des responsabilités, alors il n'est pas étonnant d'observer un taux de victoire des demandeurs très supérieur à 50 % en raison du régime de responsabilité sans faute.

#### D- La controverse sur l'hypothèse de sélection

Les travaux de Priest et Klein, les critiques de Wittman puis les réponses de Priest ont engendré un débat fertile. Depuis 1985, les économistes du Droit ont mené d'importantes investigations de natures empirique et théorique (Eisenberg [1990], Stanley et Coursey [1990], Waldfogel [1995], Shavell [1996], ...). Ces auteurs alimentent la controverse en posant des limites plus strictes à la vérification empirique de l'hypothèse de sélection. D'une manière générale, les auteurs qui prouvent, sur la base de données réelles, l'existence d'une sélection des affaires jugées, adhèrent à l'hypothèse de sélection mais rejettent la règle des 50 %. Eisenberg [1990] et Waldfogel [1995] confirment ainsi l'hypothèse de sélection mais pas la règle des 50 %. D'autres auteurs s'opposent fermement à l'hypothèse de sélection (Stanley et Coursey [1990], Shavell [1996])<sup>31</sup>.

La règle des 50 % a, en outre, été récemment testée dans le cadre de modèles stratégiques (alors qu'elle constitue un résultat fondamental de l'approche optimiste). Hylton [1993] montre qu'en théorie, la probabilité de victoire de la partie informée au procès est supérieure à 50%. Ses propos sont confirmés par Estrada et Pastor [1997]. Kessler, Meites et Miller [1996] estiment, en se référant aux études empiriques consacrées au test de la règle des 50 %, que les demandeurs ont significativement moins de 50 % de chances

<sup>31</sup> La règle des 50 % a récemment été testée dans le cadre de modèles stratégiques fondés sur les asymétries d'informations. Hylton [1993] montre qu'en théorie, la probabilité de victoire de la partie informée au procès est supérieure à 50%. Ses propos sont confirmés par Estrada et Pastor [1997]. Kessler, Meites et Miller [1996] estiment, en se référant aux études empiriques consacrées au test de la règle des 50 %, que les demandeurs ont significativement moins de 50 % de chances de gagner le procès. En conséquence, ils renforcent l'opinion des auteurs qui doutent de la règle des 50 % sans toutefois renier l'existence d'une sélection des affaires qui atteignent la phase du jugement.

de gagner le procès. En conséquence, ils renforcent l'opinion des auteurs qui doutent de la règle des 50 % sans toutefois renier l'existence d'une sélection des affaires qui atteignent la phase du jugement.

Les voies de recherches les plus intéressantes concernent probablement l'extension du test de l'hypothèse de sélection aux pays de tradition civiliste. Dans la mesure où Priest et Klein ont mené leurs travaux dans un régime de *Common Law*, leurs conclusions sont susceptibles de ne plus être vérifiées dans la plupart des pays européens. Peu d'études sont menées actuellement sur ce thème en Europe. Néanmoins, Estrada et Pastor [1997] propose de tester l'hypothèse de sélection dans le domaine des conflits fiscaux en Espagne, à partir d'un échantillon de 1200 affaires. Ils infirment la règle des 50 % en montrant que l'administration fiscale, en qualité de défendeur, gagne dans moins d'un cas sur deux<sup>32</sup>. L'obtention de ce résultat est néanmoins fortement liée aux conflits fiscaux étudiés. Les auteurs précisent en effet que, dans ce type de litiges, les parties n'ont pas toujours la possibilité de négocier et que lorsque cette option est disponible, elle se limite à une offre "à prendre ou à laisser"<sup>33</sup>. Néanmoins, même lorsque les parties ont la possibilité de négocier, le taux de victoire du gouvernement au procès demeure inférieur à 50 %. Ce résultat est également vérifié lorsque le demandeur manifeste de l'aversion pour le risque. Le cas échéant, il décide d'aller au procès uniquement s'il est quasiment certain d'obtenir gain de cause. Le modèle de Estrada et Pastor se limite au domaine fiscal. La spécificité de ces conflits qui opposent une institution à un particulier, empêche de généraliser leurs conclusions à l'ensemble des conflits même si les auteurs estiment qu'elles se vérifient probablement dans la majorité des domaines du droit.

---

<sup>32</sup>Le taux de victoire du gouvernement, selon Estrada et Pastor, atteint 46,44% ; ce résultat est significativement différent de 50% au seuil de 5% (p. 4).

<sup>33</sup>Priest et Klein [1984] insistent sur l'importance des négociations dans la sélection des affaires qui vont au jugement. La pertinence d'un test empirique partiellement fondé sur des affaires dans lesquelles les négociations sont impossibles peut alors paraître discutable. Toutefois, la décision d'ester en justice joue également un rôle essentiel dans la sélection des conflits jugés. En conséquence, il convient de s'intéresser aux particularités des affaires qui donnent lieu à des poursuites lorsque les négociations sont interdites. Les auteurs concluent finalement que la règle des 50 % est infirmée lorsque les pourparlers ne sont pas autorisés (p. 5).

L'analyse proposée par Estrada et Pastor demeure néanmoins compatible avec les enseignements de Priest et Klein en ce sens qu'elle s'efforce de réconcilier la règle des 50 % avec les données en montrant que les déviations s'expliquent par la violation des hypothèses sous lesquelles cette règle s'applique (p. 3).

Il serait également intéressant de tester l'hypothèse de sélection dans le cadre Français. Notre intuition serait plutôt de rejeter l'hypothèse de sélection. Un premier argument s'inspire des propos de Oppetit [1997]. Selon cet auteur, “l'esprit transactionnel ne convient véritablement que pour régler les différents dans lesquels les droits respectifs des parties n'apparaissent pas indiscutablement établis et où leur détermination laisse une marge appréciable de liberté à la conciliation ; mais dès l'instant où une partie estime, à tort ou à raison, disposer d'éléments de nature à lui assurer le gain d'un procès, une solution alternative sera généralement écartée au profit d'un règlement de type juridictionnel ; c'est encore plus vrai si, *prima facie*, les torts d'une partie ne semblent faire aucun doute”. En d'autres termes, les affaires jugées seraient celle pour lesquelles la décision du juge ne laisse aucun doute. Or la règle de 50 % indique que les conflits jugés sont ceux pour lesquels la responsabilité du défendeur est la plus difficile à établir. L'argument développé par Oppetit tendrait donc à infirmer la règle des 50 % dans les tribunaux français mais tendrait à valider l'hypothèse de sélection des affaires jugées, en ce sens qu'il s'agirait des affaires où les taux de victoire du demandeur sont soit élevés, soit faibles.

Un second argument repose sur le pourcentage extrêmement élevé d'affaires jugées en France et la faible proportion de règlements amiables. Les calculs que nous avons pu effectuer à partir des données transmises par la sous direction de la statistique, des études et de la documentation du Ministère de la Justice montre qu'en 1995, seulement 21,6 % des affaires sont réglées à l'amiable dans les Tribunaux de Grande Instance contre 24,7 % dans les Tribunaux d'Instance. Priest insiste sur le fait que la règle des 50 % s'applique uniquement lorsque le nombre d'affaires jugées est minime c'est à dire quand seuls subsistent les litiges difficiles à trancher. Il n'y a pas de raison objective *a priori* pour que les litiges français soient plus complexes à résoudre que leurs équivalents américains. Tous les conflits jugés en France ne concernent pas des affaires où les chances de victoire des parties sont équivalentes.

En conséquence, il existerait dans l'ensemble des conflits jugés, une forte proportion d'affaires caractérisées par des taux de victoire des demandeurs très élevés ou très faibles. Ce phénomène s'observerait en raison d'une défaillance des procédures de négociations. Il reste alors à expliquer l'absence de négociations ou leur taux d'échec considérable lorsqu'elles existent. Il serait intéressant de s'interroger sur les caractéristiques du Droit Civil Français qui nuisent à l'arrangement amiable et favorisent le procès. La faiblesse des coûts de procès en France comparativement aux Etats-Unis pourrait consti-

tuer une explication probable de l'absence de négociations en France et de la forte tendance à laisser au juge le soin de régler le conflit.

### Conclusion

Nous nous sommes intéressés au comportement des justiciables lors d'un litige. Notre objectif a consisté à expliquer l'occurrence des jugements dans les conflits qui pourraient être réglés à l'amiable, l'arrangement étant généralement considéré comme une solution plus rapide et moins coûteuse. Deux conceptions ont été présentées.

Dans une première approche, l'optimisme excessif des justiciables sur leurs chances de gagner le procès ou sur la valeur des dommages et intérêts a été présentée comme la cause des procès. Lorsque les parties estiment que les paiements issus de l'arrangement (gains pour le demandeur, pertes pour le défendeur) sont inférieurs aux paiements attendus au procès, elles attribuent une valeur négative au surplus coopératif et le jugement devient l'issue inévitable du conflit.

Dans une seconde approche, l'utilisation stratégique des informations privées a été considérée comme la cause de la survenue des procès. La dissimulation d'informations défavorables et l'adoption de comportements stratégiques expliquent l'occurrence des jugements, le juge permettant de lever les asymétries d'information et de protéger la partie non-informée des comportements stratégiques de son adversaire.

Dans la mesure où l'optimisme excessif des parties peut être dû à un problème d'information sur le montant du jugement ou la probabilité de victoire au procès, dans les deux approches, les problèmes d'information apparaissent comme la cause de l'occurrence des jugements. La différence entre les deux conceptions réside alors dans l'utilisation des informations privilégiées. Dans les modèles optimistes, les problèmes d'information expliquent l'optimisme des justiciables mais les parties n'ont pas conscience de commettre une erreur d'estimation. En d'autres termes, les erreurs d'estimation s'expliquent par un manque d'information et non par les comportements stratégiques d'un adversaire qui tenterait de profiter d'un avantage informationnel. A l'inverse, dans les modèles stratégiques, les parties ont parfaitement conscience des problèmes d'information et de la possibilité d'être dupée par l'adversaire. Toute partie qui détient une information défavorable inconnue de son l'adversaire, cherche à l'exploiter. L'adoption de comportements stratégiques est alors la traduction d'une volonté de profiter des informations privilégiées pour obtenir de l'adversaire un arrangement plus favorable que celui qui serait obtenu

en information complète. En définitive, dans l'approche optimiste les parties sont de bonne foi et leurs erreurs ne sont pas dues au comportement de l'adversaire. A l'inverse, dans les modèles stratégiques, les parties abandonnent leur bonne foi dès lors qu'elles détiennent une information défavorable et les erreurs d'estimation sont directement imputables à l'adoption de comportements stratégiques.

Ces deux approches ne sont pas exclusives l'une de l'autre. Plus précisément, l'approche optimiste, parce qu'elle repose sur l'idée d'une relative naïveté des parties, s'applique à des parties qui n'ont jamais eu affaire à la justice, qui ont peu de connaissances juridiques, qui éventuellement ne sont pas représentées par un avocat qui pourrait corriger leurs erreurs d'estimation et qui, pour ces raisons, surestiment leur chances de victoire et leurs gains au procès. L'analyse stratégique parce qu'elle envisage des justiciables plus calculateurs, correspond à des parties plus expérimentées en matière de conflits qui comparent les gains et les coûts d'une utilisation stratégique de leur information privilégiée et n'hésitent pas à profiter de leur avantage informationnel pour duper leur adversaire. Dans la mesure où, dans la réalité, les justiciables peuvent être naïfs ou calculateurs, ces analyses peuvent être employées pour expliquer des comportements de justiciables différents. Les deux approches apparaissent ainsi plus complémentaires qu'opposées<sup>34</sup>.

La complémentarité de ces deux approches se justifie également par le fait qu'elles ne considèrent pas de façon équivalente les différentes phases du conflit, de sorte que les insuffisances de l'une sont compensées par les apports de l'autre.

Si l'avantage des modèles optimistes est de considérer le litige comme un ensemble de décisions allant de sa prévention à son règlement, ils présentent plusieurs inconvénients majeurs. En premier lieu, ils ne permettent pas de déterminer précisément le montant de l'arrangement amiable mais

---

<sup>34</sup> Farmer et Pecorino [1996], dans le cadre des négociations opposant les clubs de baseball et les joueurs, ont cherché à savoir si l'échec des négociations dans la réalité s'expliquait par l'optimisme excessif des parties ou par l'existence d'asymétries d'information. Leur étude empirique ne leur permet en définitive pas de trancher entre les deux catégories de modèles. Leur conclusion est en effet la suivante : "Although all three tests support the asymmetric information models for hitters, for pitchers we are unable to reject the possibility that excessive optimism is driving the failure to settle" (FARMER A. ET PECORINO P. [1996], *Informational Asymmetries versus Excessive Optimism as a Cause of Bilateral Bargaining Failure: some Evidence from the Use of Arbitration in Major League Baseball*, Internet, p. 3)

seulement un intervalle dans lequel il se situe. En présence de pouvoirs de négociations équivalents, les parties partagent le surplus de la coopération en parts égales et l'arrangement se situe au milieu de l'intervalle de négociations (Deffains [1999]). Lorsque les pouvoirs de négociations ne sont pas équivalents, la valeur de l'arrangement est indéterminée, sa position dans l'intervalle de négociations dépendant de la partie qui a le plus fort pouvoir de négociations. L'estimation du montant de l'arrangement requiert alors de les estimer.

Le deuxième inconvénient de ces modèles est de considérer que la probabilité d'arrangement est unitaire dès lors qu'un intervalle de négociations existe. Ainsi, si les parties perçoivent l'intérêt de l'arrangement, elles parviennent nécessairement à s'entendre sur le montant de celui-ci. Or, la multiplicité des arrangements possibles au sein de l'intervalle de négociations peut conduire les parties à s'opposer sur l'arrangement à atteindre, si chacune s'efforce de récupérer la majeure partie du surplus coopératif. En d'autres termes, l'existence d'un intervalle de négociations est une condition nécessaire mais pas suffisante à l'obtention d'un accord, les parties devant s'entendre sur le point à atteindre dans cet intervalle.

Enfin, la troisième critique qui peut être adressée à ces modèles est de ne pas décrire précisément le processus de négociations et de s'intéresser uniquement à son résultat. En ignorant le déroulement des pourparlers, cette analyse ne donne aucune indication sur le moment d'obtention de l'arrangement. En conséquence, les analyses optimistes nous renseignent sur les possibilités de conclure un accord mais ne nous indiquent ni son montant, ni le moment de son obtention et fixent sa probabilité d'obtention à l'unité dès lors que l'accord est possible.

Les analyses stratégiques pallient certaines de ces insuffisances. En premier lieu, elles permettent de déterminer le montant de l'arrangement proposé et d'en déduire la probabilité de règlement amiable. Ensuite, lorsqu'elles sont menées dans un cadre dynamique, elles prévoient le moment le plus probable de la réalisation des accords en fonction des coûts supportés par les parties. En revanche, ces analyses ignorent pour la plupart les liens qui unissent les différentes phases constitutives du litige et s'intéressent peu à la prévention des conflits et à la décision d'intenter des poursuites judiciaires. L'accent est en effet essentiellement mis sur l'étape des négociations menées entre les parties en vue de parvenir à un accord. Enfin, elles sont plus现实istes en ce sens qu'elles intègrent l'utilisation stratégique des informations privilégiées par les

justiciables.

Au-delà de ces différences, le point commun des deux approches repose sur la détermination des conditions de survenue des arrangements. Les analyses optimistes s'appuient sur la mise en évidence d'un intervalle de négociations tandis que les modèles stratégiques estiment la probabilité d'arrangement. Dans les deux approches, l'arrangement amiable apparaît alors dépendre de différents facteurs comme le montant du jugement, la probabilité de victoire des parties au procès, les coûts de procès et de négociations. Il est alors possible d'imaginer des politiques agissant sur ces variables dans le but d'inciter les parties à régler leur conflit à l'amiable. Avant d'envisager ces politiques il convient de s'interroger sur leur nécessité. L'existence de rapports plutôt alarmants sur l'état de la justice civile en France (rapport Coulon, rapport Jolibois-Fauchon) et l'étude empirique que nous avons proposée montrent clairement que des mesures doivent être mises en œuvre pour favoriser les règlements amiables. La base de données dont nous avons disposé pour notre étude empirique a en effet permis de dresser un état des lieux de la justice civile en France. La connaissance de l'activité des TI et des TGI et de la nature des affaires civiles qui y sont traitées a conduit à s'intéresser à deux des principales questions de l'analyse économique de la résolution des litiges : la probabilité de règlement amiable et la durée de résolution des litiges avec la question sous-jacente de l'existence d'un effet dernière limite en droit civil français.

La probabilité d'arrangement a été estimée, pour chaque type de conflits, par le taux de traitements non-juridictionnels. Toutes juridictions civiles confondues, le taux de traitements non-juridictionnels maximal est obtenu en droit des entreprises en difficulté, le taux minimal dans les relations avec les personnes publiques. Globalement, ces taux apparaissent faibles. Le calcul des taux de traitements non-juridictionnels par juridiction permet d'ajouter que dans la plupart des domaines du droit civil, les taux d'arrangements sont plus faibles dans les TGI (proches de 20 %) que dans les TI (proches de 25 %).

Concernant la durée de règlement des litiges, les résultats auxquels nous parvenons tranchent en partie avec l'idée répandue d'une justice lente. Les durées médianes de résolution des litiges montrent en effet que la moitié des affaires est réglée dans un laps de temps relativement court (2 à 3 mois dans les TI, 6 à 7 mois dans les TGI). Le calcul des durées moyennes et leur comparaison avec les délais publiés dans le rapport Coulon et le rapport "Les

Procès Civils, 1984-1985” indiquent, en outre, que la durée de résolution des litiges dans les TI et les TGI ne s'est pas accrue depuis dix ans. L'explosion du nombre de contentieux n'a ainsi pas été suivie d'un accroissement équivalent de la durée de résolution des litiges, notamment grâce à l'effort des juridictions qui sont parvenues à gérer un nombre de conflits de plus en plus important sans ralentir leur durée de règlement. Néanmoins, l'accroissement continu du nombre de litiges<sup>35</sup> pose la question des limites des capacités d'accueil des tribunaux, leur encombrement progressif risquant à terme et probablement à courte échéance, de conduire à un allongement des délais de règlement des litiges. La recherche de moyens de régulation des flux de contentieux visant à inciter les parties à préférer l'arrangement au jugement trouve dans ce problème une justification supplémentaire.

De surcroit, l'observation des délais de résolution par domaine du droit met en évidence de fortes disparités en fonction de la nature de l'affaire, en particulier dans les TGI. Ainsi, les conflits en droit de la responsabilité, des affaires, des contrats et des biens connaissent des délais de résolution qui excèdent l'année. A l'inverse, les conflits en droit de la famille, des entreprises en difficulté, du travail et de la protection sociale se règlent plus rapidement, dans un délai inférieur à dix mois. La longueur des procédures dans certaines catégories de droit met ainsi en évidence un problème de lenteur qui n'apparaît pas avec le calcul de la durée moyenne de résolution des litiges tous domaines confondus (notamment en raison de la prédominance du droit de la famille où les délais de résolution sont relativement courts).

La longueur des procédures estimée, il s'agissait de savoir si les parties qui optent pour l'arrangement bénéficient d'une résolution plus rapide. Le test de l'effet de dernière limite et sa validation dans tous les domaines du droit, exceptés le droit des entreprises en difficulté et le droit de la responsabilité, montre que l'arrangement n'engendre pas de gain de temps pour les parties. L'observation d'un effet de dernière limite indique, en effet, qu'elles attendent d'être “sur les marches du palais” pour conclure un accord amiable. La proximité du jugement et le risque imminent d'avoir à supporter des coûts supplémentaires interviennent ainsi de façon décisive dans la décision de conclure l'accord. Cependant, l'absence d'effet de dernière limite en matière de responsabilité et dans le traitement des difficultés financières des entreprises indiquent que ces éléments n'interviennent pas lorsque des procédures de né-

---

<sup>35</sup>Rapport Coulon, tableau 1A “Evolution du nombre de procédures introduites au fond 1975-1995”, p. 137.

gociation sont prévues et précisément organisées par le législateur. Dans ces domaines, la date du jugement n'est pas perçue comme une limite puisque ce dernier est envisagé uniquement lorsque toutes les possibilités d'accords ont été épuisées.

En dehors de ces deux domaines, la date du jugement apparaît déterminante dans le choix du moment de l'accord. Réduire le nombre de litiges portés à la connaissance des tribunaux et le nombre de conflits jugés permettrait d'accélérer la résolution des litiges et donc d'avancer la date des jugements et par la corrélation qui les lie, la date des accords. L'étude des mesures d'incitation des parties à la négociation trouve, sur ce point, une ultime justification.

# Chapitre 3

## Le juge et la médiation

### Introduction

Un agent public peut-il accompagner le développement d'une production privée?

Une réflexion sur la réforme de la Justice française.

La justice française a traditionnellement pour mission de sanctionner les différents comportements qui nuisent à l'ordre public, qui créent des tensions entre les individus (ordre judiciaire), ou qui posent des désaccords entre ces individus et l'Etat (ordre administratif). Or, même si on ne s'intéresse ici qu'à l'ordre judiciaire, force est de constater que cette justice est aujourd'hui submergée sous un volume d'affaires à traiter, qui s'étend quotidiennement. Les dangers d'une telle évolution ne sont pas des moindres: engorgement des tribunaux, lenteur des procédures, voire surtout diminution de la qualité du bien Justice. Que faire alors si, en matière de justice, l'Etat ne parvient plus à satisfaire ses sujets dans des délais raisonnables? Faut-il "privatiser" la production de ce bien public , c'est-à-dire confier tout ou partie de sa charge à des mains privées? Que peut apporter l'économiste à ce sujet?

La science économique, en particulier la théorie des jeux, présente en fait le litige comme un problème de coordination, se posant entre des agents rationnels qui défendent chacun leur propre intérêt. Si l'on reste dans ce contexte de "jeu" entre individus, on voit alors mal pourquoi il faudrait toujours accepter l'Etat comme la solution unique et incontournable en matière de justice. Un litige peut en effet très bien se résoudre en dehors de la justice étatique. A ce sujet, les textes évoquent d'ailleurs différents modes de règlement alternatif. On parlera ainsi de transaction si les deux parties par-

viennent directement à s'entendre, de conciliation ou de médiation si l'entente est suscitée par un tiers. La loi envisage même la possibilité d'une sentence privée : l'arbitrage.

Concentrons-nous ici sur la médiation, qui peut effectivement représenter une formule intéressante pour certains litiges. Initialement conçue pour les différends familiaux, cette pratique peut s'appliquer aujourd'hui à des domaines très étendus. Cependant les faits montrent qu'elle n'est pas aussi employée qu'elle pourrait l'être. Pourquoi ? Si les individus semblent préférer régler leurs affaires devant le juge, ce dernier ne détiendrait-il pas la réponse à cette interrogation ? On peut en effet penser que, pièce maîtresse de la justice, les juges jouent un grand rôle dans le développement de la médiation : ils peuvent lui donner l'impulsion ou au contraire la freiner.

Que se passe t-il alors à ce niveau et que peut-on faire pour encourager le recours à la médiation comme une voie de solution à l'engorgement des tribunaux ? L'économiste peut-il apporter un point de vue nouveau à ces questions ?

Cet article tente de répondre à ces deux points en posant le problème de la façon suivante. Le bien "justice" peut être considéré comme un bien collectif faisant à la fois l'objet d'une production publique (la procédure judiciaire classique) et d'une production privée ou mixte (les procédures non juridictionnelles). Il semble intéressant de faire sensiblement varier l'allocation privée à la hausse, afin d'alléger la production publique. Mais peut-on vraiment passer par un agent public (le juge) pour ce-faire ? La première partie de cet article montre tout l'intérêt d'impliquer effectivement les magistrats dans cette réforme. La chose n'est pourtant pas très naturelle, ni évidente. Le modèle décrit dans la seconde partie comme un "jeu de signaux", indique en effet que l'intérêt démontré précédemment donne un indéniable pouvoir aux juges. Ils peuvent ainsi élaborer différentes stratégies face à la requête d'un Etat voulant réformer la justice. Ils peuvent coopérer ou s'opposer.

### **3.1 Le juge, une impulsion possible au développement de la médiation judiciaire**

L'activité du juge est initialement définie autour de trois missions. Il doit trancher les litiges (actes de juridiction), homologuer des actes qui ne sont pas nécessairement litigieux (divorces) et enfin organiser le système judi-

ciaire. Le problème aujourd’hui rencontré est que le juge ne semble pas toujours avoir les moyens d’assumer complètement sa première tâche dans des délais raisonnables. Il existe, comme nous l’avons vu, différents moyens de le relayer à ce niveau. Mais ceux-ci sont encore trop souvent ignorés par les justiciables. Le juge lui-même semblerait pourtant bien placé pour résoudre ce premier obstacle. Il dispose en effet d’une autorité certaine et surtout de solides connaissances en droit, pour apprécier les différends et orienter les individus vers la médiation, lorsqu’elle semble préférable à une procédure classique. Le juge pourrait donc sans doute insuffler une impulsion déterminante au développement de la médiation, en intervenant à deux niveaux, en amont et en aval du médiateur.

### **3.1.1 Une impulsion en amont**

Avant même que tout travail de médiation soit commencé, le juge dispose de plusieurs qualités pour garantir des bases saines et fiables à un éventuel rapprochement des parties. Parmi ces qualités, deux semblent essentielles. Il s’agit de la crédibilité dont le juge jouit aux yeux des justiciables, mais aussi de sa puissante maîtrise théorique et empirique des règles de droit.

#### **A- Le juge : une autorité socialement reconnue**

Comme l’énonçait , non sans sourire, J. Virally, ”le juge est probablement, avec le chef militaire et le sorcier, la première autorité sociale que l’Humanité ait connue”. Pour cette raison, c’est tout naturellement vers le juge que se tourne souvent un individu pris au piège d’un litige. Attendant de l’homme public une solution claire et pratique, le justiciable respecte généralement les décisions du juge comme ayant force exécutoire. Le code Civil entérine d’ailleurs cette autorité en donnant au magistrat le pouvoir d’imposer ses décisions. Les magistrats du siège sont en effet non substituables et inamovibles, ce qui ajoute à leur souveraineté. Il en est de même pour l’idéal d’indépendance qui leur est rattaché, même si celui-ci est parfois quelque peu mis à mal dans les pays de droit civil.

Le juge semble donc avoir a priori toute l’autorité nécessaire pour pouvoir orienter les justiciables vers un mode de règlement qu’il estime plus adapté que la procédure judiciaire : un mode de règlement par lequel les parties pourraient obtenir plus facilement et sans doute plus rapidement réponse à leurs différends. L’article 3 du Nouveau Code de Procédure Civile explicite

même ce pouvoir en donnant au juge "le pouvoir d'impartir les délais et d'ordonner les mesures nécessaires pour trancher le litige". Si le juge est convaincu qu'une de ces mesures peut être le recours à la médiation, il a donc le pouvoir d'orienter les parties vers un médiateur. C'est en tout cas ce qu'énonce la loi. En effet, si la médiation pénale se fait sur la demande du Procureur, la médiation civile, elle, est bel et bien notifiée par le juge sous l'accord des deux parties.

Avec la même compétence, le juge fixe la durée de cette mission, qu'il peut renouveler ou interrompre si nécessaire. Naturellement, pour pouvoir apprécier la nature du litige, pour pouvoir juger de l'efficacité possible du travail de médiation et en fixer les principales modalités, il est indispensable de maîtriser les fondements du Droit. Mais qui, mieux que le juge, connaît la loi ?

## **B- Des compétences juridiques au service d'une évolution de l'institution**

Le juge est certainement, par ses connaissances théoriques et son expérience, l'agent le mieux placé pour distinguer parmi les litiges, ceux pour lesquels la médiation pourrait vraiment être profitable. Ceci étant, il peut réorienter les litiges vers un médiateur et encourager ipso facto le développement de ce mode de règlement alternatif. Or ce mouvement peut sans nul doute offrir une voie de réponse à l'engorgement de certains tribunaux. En effet, analysée dans un cadre de théorie des jeux, on peut penser que la médiation laisse entrevoir aux "joueurs", un rééquilibrage durable de leurs rapports de force, sans réel perdant ni gagnant. Au contraire, le recours systématique au procès les soumet d'emblée à "une logique hobbesienne", dans laquelle une autorité (l'Etat, le juge) imposera un perdant. Si les agents ont une aversion moyenne pour le risque, la première solution semble alors la plus raisonnable.

Si l'on admet que le développement de la médiation peut participer à une réforme de la Justice, en rendant celle-ci parfois moins coûteuse en temps et en deniers publics, il n'est alors pas irrationnel de penser que le juge puisse guider cette évolution par son savoir et son expérience. Cependant, poser que l'homme public puisse ainsi influencer le devenir de son institution n'est pas neutre. Cela sous-tend en fait une démarche positiviste, que tous les pays de droit civil ne portent encore pas nécessairement en eux. Il faut en effet accepter d'envisager le Droit, non pas seulement comme un produit des gouvernements nationaux, mais aussi, voire plutôt, comme un produit des faits

sociaux. La société évolue; le Droit doit pouvoir suivre. Comment? En changeant lui aussi. Et le moteur de ce changement, ce peut être précisément le juge. Cela n'est cependant pas toujours inscrit dans l'esprit du Droit continental.

Poser le magistrat comme élément moteur d'un changement revient en fait à bousculer quelque peu la vision du juge -"diseur de loi", pour faire un peu plus de place au juge-"faiseur de loi", créateur voire même "entraîneur". Dans un tel modèle, le juge ne se contente en effet plus d'énoncer des lois communes, ni d'arbitrer en puisant dans un ensemble de règles mises à sa disposition. Il participe de plus en plus à la création même du Droit. Dans ce cas, il lui est donc largement possible de formuler en toute indépendance, des critères lui permettant, par exemple, de distinguer les litiges pouvant se régler par médiation, des autres.

### C- Une nouvelle conception du magistrat

Le style d'intervention que nous venons de décrire n'est pas une pure nouveauté. Il s'inspire en réalité d'une conception déjà bien ancrée dans la culture anglo-saxonne. Les pays de Common Law tendent en effet à envisager le Droit comme devant être en perpétuelle évolution, en perpétuelle recherche pour adhérer au mieux à la société et aux conflits qui y apparaissent. Cette adaptation constante est d'ailleurs illustrée par les nombreuses décisions de jurisprudence qu'adoptent les tribunaux dans ces pays. Cet empressement à créer un précédent peut certes s'expliquer par un comportement particulier des magistrats. Rasmussen a notamment montré comment l'activité des magistrats anglo-saxons pouvait être déterminée par le profond désir de laisser un héritage, d'influencer les jugements futurs. Mais en Europe Continentale, il semble que l'on accorde moins d'importance à ce type d'attitude.

Le développement de la jurisprudence dans les pays de tradition romano-germanique pourrait donc davantage se comprendre comme une réelle tendance à reconsiderer la place des juges "faiseur de loi ". Le rôle des juges évolue effectivement de manière marquée dans ces pays. Il suffit pour s'en convaincre d'observer les missions assignées à ces magistrats. Elles ne cessent de s'étendre. Si le mouvement est possible dans un sens, ne peut-il aller dans l'autre sens? Autrement dit, n'est-il pas possible de redéfinir les missions du juge en les recentrant autour de certaines charges et en en déléguant d'autres? Si cette évolution semble réalisable en principe, il conviendra cependant de rester attentifs à quelques points. En effet, réorienter certains litiges vers

des procédures de médiation ne se fait pas sans risque et doit être effectué avec beaucoup de précaution. Il ne s'agit pas de concevoir une justice parallèle qui, pour être plus souple et plus rapide, négligerait certains principes fondamentaux du Droit.

Point question de galvauder la justice au nom d'un prétendu rendement, ni de priver quelques citoyens d'un service de qualité, sous prétexte qu'ils ne souffrent parfois que d'un "petit" litige. Pour être acceptée et choisie par des agents supposés rationnels, la médiation ne doit jamais représenter une justice au rabais. Elle ne doit pas non plus se traduire par un risque accru, que ce risque se traduise par la probabilité d'un échec ou l'engagement de frais supérieurs à ceux occasionnés par une procédure classique. Ces différents points doivent bien évidemment être étudiés avant de déjudiciariser une affaire. Or, si le juge a orienté des individus vers une action de médiation, n'est-ce pas aussi à lui de s'assurer que cette opération offre effectivement les meilleures conditions au règlement de leur cause? N'est-ce pas à lui de vérifier que la médiation tient bien ses promesses?

### **3.1.2 Une présence en aval**

Si la médiation représente certainement un mode de règlement intéressant, il convient cependant d'en mesurer les limites, afin de mieux les encadrer. Ces limites portent essentiellement sur trois points : les compétences du médiateur, sa neutralité et le coût de l'opération. Ces trois éléments semblent a priori échapper au système judiciaire. Avec pourtant quelques moyens, le juge pourrait cependant les influencer considérablement, pour que la médiation offre vraiment le meilleur d'elle-même. Il s'agit là d'une présence en aval, puisqu'intervenant après que le choix de la médiation ait été fait. Elle a pour autant énormément d'importance, car le marché de la justice véhicule une information qui, même si elle est imparfaite, peut suffire à ternir ou au contraire redorer l'image de la médiation. Des "clients" satisfaits peuvent ainsi assurer la publicité de ce mode de règlement auprès d'autres justiciables de leur entourage. La médiation peut alors se développer.

#### **A- La garantie des compétences mises en oeuvre**

Pour séduire les justiciables et assurer la promotion d'un mode alternatif de règlement, il faut naturellement que le taux de sortie associé soit convaincant, c'est-à-dire que l'opération de rapprochement aboutisse effectivement à une

solution acceptée par les parties. Ce résultat positif dépend naturellement de nombreux paramètres. Mais parmi eux, les compétences du médiateur semblent occuper une place naturellement importante. Outre de nécessaires qualités humaines et une certaine expérience du domaine donnant lieu à négociation, le médiateur idéal devrait également disposer de sérieuses connaissances juridiques. Cela semble non seulement indispensable pour pouvoir traduire la volonté des justiciables dans des termes juridiques, mais aussi pour pouvoir les orienter vers les solutions qui auront le plus de chances d'être admises par les tribunaux.

Pourtant, dans les faits, force est de constater que les médiateurs ne sont pas toujours aussi bien formés à "l'esprit du droit judiciaire" et négligent certains aspects fondamentaux. Ainsi en est-il de principes aussi essentiels que le respect du contradictoire ou la présence d'un défenseur pour chacune des parties. On peut cependant concevoir que cette carence puisse être quelque peu corrigée par un magistrat. Le juge ouvre en effet la procédure de médiation : il peut alors, dès le début de l'opération, veiller à ce que soient réunies les conditions juridiques nécessaires au bon déroulement de la procédure. Ainsi peut-il limiter les asymétries d'information en vérifiant que l'acte introductif d'instance est connu par le défenseur ou en rappelant au médiateur qu'il ne doit se fier qu'aux éléments communiqués aux deux parties. S'avançant comme le garant du Droit dans la procédure de médiation, le juge semblerait alors pouvoir améliorer le fonctionnement de ce mode de règlement et renforcer du même coup, la confiance des justiciables dans cette opération.

La question des compétences du médiateur ne se limite cependant pas au domaine juridique. Il est également important que la personne chargée du rapprochement de deux parties connaisse parfaitement le domaine dans lequel s'inscrit le litige. Or certains conflits, caractérisant par exemple des relations économiques précises, montrent parfois un haut degré de technicité. Pour autant, les agents concernés peuvent opter pour la médiation et énormément attendre de ce règlement amiable, surtout s'ils sont amenés à se retrouver. Le médiateur ne doit donc pas les décevoir, mais est-il toujours apte à satisfaire leur demande de justice ? Là encore, le magistrat qui ouvre une procédure de médiation pourrait intervenir pour améliorer les conditions à ce niveau. Mais cela nécessiterait également une autre conception du médiateur que celle qui existe, pour l'instant dans plusieurs pays dont la France.

Une solution simple pourrait être par exemple d'adapter le modèle britannique, dans lequel le médiateur n'est plus un individu "ni juge, ni arbitre", mais une véritable équipe définie, pourquoi pas par le magistrat ouvrant l'ins-

tance, et comprenant entre autres un professionnel du Droit et un spécialiste du domaine donnant lieu au litige. Comme on le constate, loin d'évincer le juge, le développement de la médiation peut contribuer à redéfinir son rôle : un rôle qui s'affirme d'ailleurs du début de la procédure jusqu'à son achèvement.

## B- Une présence validant l'aboutissement de la médiation

”Le médiateur n'a pas d'obligation de résultat ; il n'a qu'une obligation de moyens” entend-on dans le milieu de la conciliation. Effectivement, si un médiateur doit tout tenter pour rapprocher deux parties qui s'opposent, il ne peut en aucun cas garantir la réussite de sa mission, à savoir le règlement du litige sans recours au procès. Deux aboutissements sont alors envisageables : l'échec ou le succès. Or, bien que diamétralement opposées, ces deux issues ont pour point commun de pouvoir impliquer directement le juge.

En cas d'échec tout d'abord, l'attitude subséquente du juge recueillant l'affaire reste essentielle pour que le principe de médiation ne soit pas discrédité aux yeux des justiciables présents et futurs. Il apparaît en effet qu'un médiateur qui échoue a tendance à désigner au juge, même implicitement, l'individu qu'il tient pour responsable de son échec. Le jugement qui suit risque alors d'être biaisé par un a priori négatif concernant l'une ou l'autre des parties. Un tel biais n'est naturellement pas acceptable dans une procédure judiciaire censée être impartiale. Le juge doit donc veiller à ce que le médiateur reste neutre jusqu'au bout de sa mission, que ce soit avec les justiciables ou avec les magistrats qu'il peut ensuite être amené à rencontrer.

En cas de succès, l'autorité du juge peut également être requise pour garantir l'exécution de l'accord. Il peut en effet valider le résultat de la médiation et clore la procédure en donnant force exécutoire au procès-verbal qui en découle. La légitimité du juge donne à ce niveau un poids non négligeable à la médiation, pouvant alors être raisonnablement conçue comme un éventuel substitut à une procédure judiciaire classique. Mais pour que la relation de substituabilité soit encore plus fine, il reste un dernier aspect à maîtriser : le coût de la médiation. Or, même à ce niveau là, il semble bien que le juge puisse encore jouer un rôle important.

## C- L'aspect financier

Aux Etats-Unis ou au Canada, les justiciables ne règlent pas de frais de médiation, lorsque la procédure échoue. En France, en revanche, la médiation est payante, même si elle ne donne pas de résultat. Cet aspect pose essentiellement deux problèmes : l'un concerne le civil, l'autre le pénal.

En matière civile, tout d'abord, la médiation est à la charge des parties. Cela signifie qu'en cas d'échec, les justiciables se retournent généralement vers une procédure judiciaire, en ayant déjà des frais engagés. 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. Un moyen d'équilibrer cet arbitrage serait peut-être d'offrir une garantie aux justiciables acceptant de tenter une opération de médiation : une garantie dont le principal objectif serait de protéger ces agents contre le risque d'échouer, le risque de perdre le montant des frais engagés sans aucune contrepartie.

Cette garantie pourrait sans doute inciter les parties à accepter davantage la médiation, lorsque celle-ci semble préférable. Il reste cependant à en définir les principales modalités. De nombreuses interrogations peuvent ainsi être posées. En particulier, si un magistrat oriente des individus vers la médiation, doit-il engager sa responsabilité sur les frais qui seront engagés à sa demande ? La garantie évoquée peut-elle être conçue sur une telle notion de responsabilité ? On ne peut certes pas envisager une responsabilité trop pesante pour les magistrats, qui dès lors, n'orienteraient plus les justiciables vers la médiation, de peur de trop lourdes retombées en cas d'échec. Mais peut-on par exemple concevoir qu'en cas d'échec, le juge défende la position d'individus demandant le remboursement, par l'institution, des frais de médiation ?

La loi de 1998 offre certes aux plus défavorisés une aide juridictionnelle étendue à la médiation. Mais l'on conçoit aisément toute la difficulté à envisager une extension de ce principe d'aide ou de remboursement à d'autres justiciables qui devraient des frais de médiation sans en avoir reçu les fruits. Serait-il plutôt préférable de concevoir alors un système d'assurance contre ce risque d'échec de la médiation ? Ou faudrait-il enfin, généraliser le système de financement qui est aujourd'hui réservé à la médiation pénale ? Au pénal, il est vrai, les justiciables ne subissent pas de frais de médiation. C'est l'Etat

qui endosse cette charge . Mais peut-on réellement étendre cette facilité au domaine civil? La proposition n'est en fait, pas dénuée d'inconvénients. La promesse d'une rémunération publique risque en effet d'attirer des médiateurs ou des associations de juristes en quête de financement, mais sans forcément beaucoup de motivation pour leur mission.

Le développement de la médiation, au civil tout au moins, nécessitera donc sans doute que l'on s'interroge sur un système de financement optimal, pouvant faciliter l'acceptation de la procédure par les justiciables, sans pour autant créer trop de "mauvaises" incitations, ni trop de coût social. Cela dépasse cependant le cadre de notre étude, qui se limite au rôle pouvant être tenu par les magistrats dans le développement de la médiation. Or, à ce niveau, force est de constater que l'homme public peut apporter une importante contribution. Nous avons ainsi évoqué les conseils qu'il pouvait prodiguer aux justiciables en les orientant vers ce mode de règlement alternatif. Nous avons également cité les compétences techniques que le juge pouvait mettre en oeuvre pour assurer le bon déroulement de cette opération: autant d'éléments qui montrent que le magistrat peut certainement améliorer les conditions dans lesquelles s'effectue la médiation et créer alors des incitations plus ou moins directes à son recours.

Une question se pose cependant : si le juge peut favoriser le développement de la médiation, le veut-il réellement ? En d'autres termes, a-t-il lui-même suffisamment d'incitations pour le faire ou faut-il songer à lui en fournir ?

### **3.2 Le juge, un agent public partagé**

Le juge est un agent public qui contribue à la production du bien Justice par l'Etat. Or il s'agit ici d'étudier son rôle dans le développement d'une production connexe de ce bien, par des personnes privées ou des organisations mixtes. Cela ne va naturellement pas sans poser plusieurs problèmes. La plupart tiennent d'ailleurs au même élément : la conception que le juge peut avoir de l'efficacité de cette production privée ou mixte que représente la médiation.

Deux cas de figure peuvent alors être envisagés. Le premier correspond à une situation dans laquelle le juge ne croit pas aux vertus de ce mode de règlement. Dans ce cas, deux possibilités sont envisageables, en fonction des contraintes que doit supporter chacun. Ainsi peut-on tout d'abord concevoir

la situation d'un juge qui ne croit pas à la médiation, mais qui n'a pas les moyens de la refuser. Certains magistrats sont en effet submergés par un tel volume d'affaires, qu'ils admettent la médiation comme un moyen d'alléger leur charge, sans être réellement convaincus de la valeur même de la procédure. Tout se passe alors comme si la contrainte dominait sur l'objectif. Mais il se peut également que la contrainte tienne sa juste place et que l'objectif l'emporte : dans ce cas, le juge qui n'a pas foi en la médiation et qui ne subit pas de contraintes trop pesantes, ne conseillera simplement pas ce mode de règlement et ne contribuera donc pas à son développement.

Le second cas correspond au contraire à une catégorie de magistrats qui pensent que la médiation peut effectivement permettre de résoudre certains litiges en dehors de leur juridiction. Dans ce dernier cas, deux attitudes sont alors encore possibles : soit les juges acceptent le travail des médiateurs comme l'éventuel substitut d'une procédure classique pouvant améliorer leurs conditions de travail, soit ils craignent de se voir déposséder d'une partie intéressante de leurs attributions et se montrent alors hostiles au développement de la médiation. Naturellement les comportements peuvent être aussi nombreux que les personnalités concernées et le contexte professionnel dans lequel les juges opèrent.

Cependant, face à ces juges, il y a l'Etat. Celui-ci aimeraient voir se développer un tel mode de règlement. Mais la première partie de notre étude montre qu'il doit, pour cela, s'appuyer sur les compétences et l'autorité naturelle des magistrats. Ceux-ci sont-ils prêts à coopérer ou non ? Représentent-ils vraiment un corps puissant ou non ? Pour répondre à ces questions, l'Etat dispose de quelques "signaux". Il doit alors élaborer la meilleure politique possible, ou, pour reprendre la terminologie employée en théorie des jeux, la meilleure "stratégie" possible, compte tenu de ces données. La situation ressemble en effet à un jeu, dans lesquels cependant les joueurs ne sont pas tout à fait ordinaires. On peut ainsi s'interroger sur la relation qui existe entre les juges et l'Etat : ne retrouve t-on pas à ce niveau, quelque traits d'une relation Principal /Agent particulière, nuancée notamment par le difficile principe d'indépendance ?

L'Etat peut certes demander aux juges de favoriser le développement de la médiation, mais comment vérifier le comportement de ces derniers à cet égard ? Comment s'assurer que tel magistrat a bien tout tenté pour que les justiciables acceptent l'opération ? Par ailleurs, en France, l'indépendance des juges ne permet pas à l'Etat de sanctionner directement un juge qui s'opposerait à la médiation. En revanche, les autorités peuvent sans doute

prévoir un allégement du budget consacré aux juridictions traditionnelles, afin d'inciter les juges à déléguer davantage. Mais une telle politique ne risque t-elle pas d'être trop coûteuse, si le comportement subséquent des magistrats n'est pas celui qui était attendu ? Le modèle que nous présentons ici, tente de rassembler ces différents éléments d'analyse, sous la forme d'un jeu de signal, éventuellement envisageable comme un jeu à coups successifs mettant en scène deux types de joueurs : les juges et l'Etat.

### **3.2.1 Hypothèses et cadre du modèle**

La première partie de cet article nous l'a montré : le juge peut jouer un rôle important pour favoriser l'extension des recours à la médiation. Mais il doit avant tout le vouloir. L'homme public peut mandater un médiateur s'il pense que celui-ci incarne la meilleure solution pour les justiciables ou pour lui-même, lorsqu'il s'agit d'alléger sa charge. Mais a-t-il vraiment souvent cette conviction ? On peut penser que les juges ont les moyens de faire connaître à l'Etat, leurs diverses opinions à ce sujet. Par le biais d'enquêtes explicites ou d'études statistiques, ils peuvent ainsi émettre un premier signal sur leur façon d'envisager le développement de la médiation. Un second signal suivra, pour faire connaître à l'Etat, leur rapport de force, réel ou simulé. Muni de ces informations, l'Etat pourra alors prendre une décision, en envisageant les différentes stratégies qui lui sont possibles.

#### **A- Les juges : des "émetteurs" aux multiples attitudes**

Certains magistrats ont foi en la médiation, pour améliorer le règlement des litiges et/ou leurs conditions de travail. On peut alors penser qu'ils se comporteront comme il a été décrit plus haut, apportant à cette opération non juridictionnelle, tout le soutien dont elle pourrait avoir besoin. Nous ne reviendrons donc pas ici sur cette catégorie de juges, mais insisterons davantage sur les autres : ceux qui n'y croient pas, ceux qui montrent de la méfiance à l'égard des médiateurs. Leur comportement ne tient pas du tout de l'impulsion que nous avons déjà décrite et, somme toute, en France tout au moins, leurs attitudes ne semblent pas du tout marginales . Elles méritent donc que nous nous y arrêtons quelque peu, afin de préciser le cadre de notre modèle.

La frilosité de certains magistrats à l'égard de la médiation peut essentiellement s'expliquer de trois façons : une information imparfaite, un conflit de rationalité, une crainte devant l'évolution de la profession. Intéressons-nous

tout d'abord à la qualité de l'information sur le "marché" de la justice. Pour que les justiciables puissent choisir librement et en toute concurrence, entre les différents modes de règlement qui leur sont possibles, ils doivent naturellement être informés sur tout ce que peut apporter et coûter chaque solution. Cette information peut être dispensée par l'avocat ; elle peut également être transmise par le juge. Mais il faut pour cela que le juge ait lui-même suffisamment d'informations quant à la nature du litige, afin de pouvoir apprécier l'affaire et sa capacité à être résolue autrement que par procès. Sans cela, il se peut qu'il ne conseille pas la médiation, alors qu'elle aurait pu être bénéfique aux deux parties.

Supposons cependant que le juge ait tout de même souvent bonne connaissance de l'affaire qui lui est soumise. S'il n'oriente pas les justiciables vers la médiation quand celle-ci est possible, ce peut être alors plutôt par manque de confiance. Dans un modèle simple à information parfaite, un magistrat peut en effet estimer que, de toute façon, une opération de médiation ne vaut en aucun cas une procédure classique sérieusement menée. Cette méfiance peut porter sur les compétences du médiateur qui, il est vrai, doivent être multiples. Mais elle peut également mettre en cause l'efficacité même de la procédure. Pierre Draï illustre d'ailleurs parfaitement cet état d'esprit rencontré auprès de plusieurs magistrats. Selon lui, "les médiateurs-conciliateurs, c'est là leur grave défaut, n'ont pas l'oreille des juges () et les juges, dès lors qu'ils ne trouvent pas en eux, les hommes et les femmes qu'ils attendaient, ne leur demandent rien du tout".

De fait, les juges ne semblent pas toujours songer spontanément à la médiation, quand un litige pourrait être résolu de cette manière. Si pourtant, les parties lui en parlent, le magistrat explique la procédure, les oriente certes vers un médiateur, mais continue d'envisager pour eux, un potentiel retour au tribunal. Dans un tel contexte, les justiciables ne se sentent pas vraiment déconnectés de la procédure judiciaire et reviennent effectivement souvent vers le juge. Cette attitude n'est cependant pas seulement imputable à un manque de confiance envers le médiateur et le champ de sa mission. Il ne peut parfois s'agir que d'un souci de prudence.

En effet, les textes stipulent que le juge "ne peut pas se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui lui sont soumises". Autrement dit, le juge ne peut pas annoncer à l'avance qu'il statuera d'une façon ou d'une autre sur le litige. Comment pourrait-il alors déclarer a priori que telle affaire saura se résoudre par médiation ? Le juge peut ainsi être amené à se montrer prudent à l'égard des textes, mais également à l'égard

des justiciables. Nous l'avons signalé, la médiation est payante, et au civil, elle est due par les parties. Si le juge oriente les agents vers un médiateur, sans être assuré du résultat, il laisse une certaine part de sa responsabilité sur les frais qui vont être engagés à sa demande. On comprend ainsi mieux pourquoi un juge peut hésiter à orienter les personnes vers la négociation.

Mais il demeure encore une autre explication à ce type de retenue : la crainte pour certains magistrats, de voir le développement de la médiation bousculer un peu trop leur profession. L'article 21 du Nouveau Code de Procédure Civil précise en effet que le juge a pour première mission de concilier. On peut d'ailleurs noter à ce niveau, les multiples tentatives des législateurs pour réhabiliter ce que l'on a longtemps appelé "la conciliation par le juge". Il s'agit en fait d'une négociation directement menée par la juridiction saisie de l'affaire, en vue d'un règlement à l'amiable. Dans ce type d'opération, le magistrat ne joue pas immédiatement un rôle de juge, mais il assure avant tout la fonction de conciliateur . La conciliation peut alors intervenir avant et pendant le procès .

Ce type d'opération n'est certes plus fréquent. Cependant, la mission que l'article 21 attribue au juge, elle, est toujours de mise et c'est bien de conciliation dont il s'agit. On peut dès lors se poser la question suivante : chercher à déléguer cette mission vers des médiateurs ne risque t-il pas de susciter quelques craintes chez les magistrats ? Crainte d'être privés d'une partie de leurs fonctions ? Crainte, pourquoi pas aussi, de voir leur corps de métier perdre en importance ? Les magistrats ne risquent-ils alors pas de s'opposer au développement des procédures non juridictionnelles ? Les juges peuvent ainsi avoir la sensation qu'une telle évolution réoriente leur profession vers les aspects les moins nobles de leur travail. La partie noble demeure en effet souvent, dans l'esprit des magistrats, le jugement à rendre, et non les différentes tâches à effectuer en amont ou en aval.

Si le juge croit en l'efficacité de la médiation, il peut croire au progressif repli d'une partie des affaires, hors des tribunaux, vers des organes de médiation. Or même s'il a toujours une fonction importante à assurer autour de la médiation, la question qu'il peut se poser est la suivante : "nous sommes juges, mais que jugeons-nous ? ". Un juge doit en effet "juger" : il doit rendre une décision pour chaque litige qui lui est soumis . Mais quel pouvoir de décision garde t-il, si les justiciables ne recourent plus au magistrat, si le médiateur aide les agents à prendre eux-mêmes leurs résolutions, et si ceux-ci préfèrent effectivement la souplesse de cette solution à la quadrature de l'administration judiciaire ?

De plus, par souci d'indépendance, des textes récents ont insisté sur deux points semblant écarter encore davantage le juge des affaires traitées par médiation. Il s'agit tout d'abord de la règle de confidentialité qui interdit au juge l'accès de certaines informations délivrées pendant la négociation. Mais il faut également noter l'absence d'obligation, pour le médiateur, de rendre compte au juge, des propositions rendues et des résultats de sa mission. Ces différents secrets entretenus autour de la médiation ne sont naturellement pas pour rassurer les magistrats. Or s'ils éprouvent quelques craintes devant le développement de la médiation, ils peuvent très bien choisir de s'opposer, parfois simplement en refusant d'apporter leur contribution à une telle évolution du Droit.

On retrouve là un comportement cher à Breton et Wintrobe : un comportement sélectif qui consiste pour certains agents publics, à choisir d'être ou non efficient dans l'application des réformes qui les concernent. Si l'on considère les juges comme faisant effectivement partie du corps d'Etat, on peut sans doute retrouver chez certains, quelques traits décrits dans les analyses de la bureaucratie. Ainsi en est-il de leur capacité à altérer quantitativement ou qualitativement l'information qu'ils peuvent dispenser pour favoriser la réforme : qui, en effet, les oblige à évoquer devant les justiciables, toutes les modalités et les différents avantages que pourrait représenter une médiation bien menée ? Quelque soit leur attitude, les magistrats ont cependant les moyens de signaler leurs préoccupations et leurs attentes à l'Etat.

### **B- un Etat, "récepteur"**

Nous venons de le voir, les juges peuvent adopter de multiples attitudes par rapport au développement de la médiation. Il est cependant possible, afin de simplifier l'analyse, de classer ces divers comportements en deux catégories : les comportements qui traduisent bon gré, mal gré une acceptation de la réforme et ceux qui au contraire reflètent une certaine opposition de la part des magistrats. Si l'on considère que l'Etat est particulièrement attentif à l'écho de ces voix , il peut dès lors recevoir deux types de messages : soit les juges coopèrent (M+) et participent au développement de la médiation, soit ils résistent (M-). Face à ce premier signal, l'Etat doit estimer d'une part, si le message reçu reflète réellement une part importante des magistrats et d'autre part, si ceux-ci ont un réel pouvoir face à lui.

Même s'il ne connaît pas parfaitement le pourcentage de juges en accord avec le message reçu, l'Etat peut estimer la probabilité que ce message soit

représentatif. Nous supposerons dans notre modèle que l'Etat a les moyens de retenir le message qui aura la probabilité la plus forte de représenter le corps des magistrats. Il lui reste ensuite à apprécier le réel pouvoir qu'ont ces magistrats face à une éventuelle réforme, c'est-à-dire le degré d'importance que l'Etat doit accorder à leur réaction. Naturellement, à ce stade, les juges peuvent tenter d'influencer l'Etat, simulant par exemple une force qu'il n'ont pas. L'information dont dispose l'Etat, avant d'élaborer sa stratégie ou sa politique se compose donc de deux éléments : le contenu du message émis par les juges et la probabilité (supposée forte) que ce message soit représentatif.

En tenant compte de ces deux éléments, l'Etat peut alors schématiquement choisir entre deux politiques : soit il maintient le budget qui aurait été alloué à la Justice, sans tenir compte de l'importance prise ou non par la médiation (B+) ; soit il débudge (B-). Naturellement, chacune de ces solutions implique, pour l'Etat, un coût ou un gain différent selon la réaction attendue des juges et leur pouvoir présumé. Mais chaque solution représente également un coût ou un gain différent, pour les juges. Comme nous allons le voir, pour ces derniers, la politique de l'Etat détermine à la fois le coût de leur message et le coût de leur position. Ces multiples interactions peuvent en fait être précisées par un arbre de Kuhn et intégrées dans le modèle qui suit.

### 3.2.2 Le modèle et ses implications

Les possibilités qui s'offrent à chaque joueur peuvent être représentées dans l'arbre de décision suivant :

- (0,1) B- B- (-1,1)  
M+ M-
- (1,0) B+ faibles B+ (0,0)  
(-1,0) B- B- (0,0)
- M+ M-
- (0,1) B+ forts B+ (1,1)

Chaque branche débouche naturellement sur des coûts et des avantages propres à chaque partie. Le paiement des émetteurs tout d'abord (les juges) est ainsi déterminé à la fois par la réaction de l'Etat à leur position (budget diminué ou pas) et par leur pouvoir (faible ou fort). Supposons que, toute chose égale par ailleurs, le gain soit de 1 si l'Etat maintient son budget (B+) et de 0 sinon (B-). Les juges supporteront peut-être un coût lié à leur message : s'ils sont faibles, il est en effet risqué donc coûteux pour eux, d'annoncer leur

opposition ( $M^-$ ). Un message  $M^-$  pour un corps faible coûte 1, tandis que  $M^+$  coûterait 0. On peut tout à fait concevoir l'inverse, si le groupe est fort. Du côté de l'Etat, l'image politique ne gagnera rien si les autorités cèdent devant un corps faible (gain nul). Mieux vaut céder devant un groupe fort (gain égal à 1). Inversement, il est plus facile dont plus avantageux de soumettre un groupe faible (gain égal à 1) qu'un groupe fort (gain égal à 0)

Dans une structure d'information complète, ces différents paramètres permettent d'envisager plusieurs stratégies. En effet, connaissant les coûts subis par les émetteurs pour transmettre leur message, l'Etat pourrait penser que  $M^-$  a plus de chance d'être envoyé par un groupe fort. Le contenu du message pourrait donc indirectement l'informer sur le pouvoir de son auteur. Cependant, on remarque que si les juges ont peu de pouvoir, il demeure tout de même intéressant pour eux de se faire passer pour fort, s'ils sont sûrs que l'Etat réagit en cédant : le coût du message est surcompensé par les gains occasionnés dans ce cas. Cependant, l'Etat connaît cette possibilité et il peut très bien ne pas croire à la simulation. S'il ne cède pas, les juges auront alors perdu plus que s'ils avaient "joué" de manière sincère.

Quelles stratégies vont alors être choisies ? La stratégie des juges peut en fait être caractérisée par le couplet  $[p(M^-, F); p(M^-, f)]$ , où  $p(M^-, F)$  désigne la probabilité pour les juges de s'opposer au développement de la médiation lorsqu'ils constituent un groupe fort et  $p(M^-, f)$ , la probabilité de résister lorsqu'ils n'ont que peu de pouvoir. La stratégie que choisira l'Etat pourra, elle être notée couplet  $[p(B^-, M^-); p(B^-, M^+)]$ . Dans ce cas,  $p(B^-, M^-)$  désignera la probabilité de débudgeiser s'il sait que les juges s'y opposent, tandis que  $p(B^-, M^+)$  représentera la probabilité de réduire également le budget-Justice, lorsque les juges contribuent au développement de la médiation. Il reste ensuite à s'interroger sur la possible existence et stabilité d'un équilibre de type Nash, entre ces stratégies.

## A- La recherche de l'équilibre

L'équilibre devrait retenir pour chaque joueur, la stratégie qui assure le plus grand gain (ou le plus petit coût), compte tenu du choix de l'autre. Cette situation de "non-regret" implique que les juges envoient le meilleur message possible, compte tenu de leur pouvoir et de leur connaissance de l'Etat (connaissance du couplet  $[p(B^-, M^-); p(B^-, M^+)]$ ). Parallèlement, l'Etat utilisera son information sur  $[p(M^-, F); p(M^-, f)]$  de la meilleure façon possible, afin d'estimer au plus près la probabilité que les juges soient un groupe

puissant, s'ils annoncent leur opposition au développement de la médiation. Cependant, si les juges montrent plutôt qu'ils sont prêts à coopérer, l'Etat ne pourra approcher la dite-probabilité ou il la posera comme nulle. L'optimalité n'imposera alors aucune condition particulière pour lui.

Dans de telles conditions, et sous l'hypothèse retenue précédemment (le message émis par les juges est représentatif d'un grand nombre), nous pourrions théoriquement décrire deux types d'équilibres non-révélateurs :

- Equilibres de type I: forts ou faibles, les juges annoncent qu'ils n'encouragent pas le développement de la médiation ( $M^-$ ). On écrit alors :  $[p(M^-, F) = p(M^-, f) = 1]$ .

- Equilibres de type II: faibles ou forts, les juges se montrent favorables à la médiation ( $M^+$ ). On note  $[p(M^-, F) = p(M^-, f) = 0]$ .

Chaque type d'équilibre associe naturellement, au message des magistrats, une réponse optimale de l'Etat. Cette réponse se traduit, comme nous l'avons défini précédemment, par une stratégie de type :  $[p(B^-, M^-); p(B^-, M^+)]$ .

Formalisons donc cette stratégie, dans le premier cas de figure (équilibres de type I). Recevant  $M^-$ , l'Etat peut penser que l'émission d'un tel signal provient certainement d'un groupe fort : il vaut alors mieux céder (probabilité nulle de débudgeiser face à un message d'opposition ; le maintien du budget représente un gain supérieur si  $M^-$  émane effectivement d'un corps fort). Mais il peut également ne pas se laisser impressionner, anticiper la soumission d'un groupe ayant finalement moins de pouvoir qu'il n'y paraît (probabilité importante de débudgeiser s'il pense que les juges sont finalement faibles et coopéreront). Cette alternative peut être formalisée par le couplet :  $[p(B^-, M^-)=0; p(B^-, M^+) > 1/2]$ .

Dans les équilibres de type II, l'Etat peut tout d'abord rester méfiant. Il a certes reçu un message de soutien de la part des magistrats, mais ceux-ci sont certainement plus puissants qu'il n'y paraît : mieux vaut ne pas réduire leur budget ( $B^+$  rapporte plus à l'Etat, s'il reçoit  $M^+$  d'un groupe fort). Cependant, l'Etat peut au contraire imaginer qu'un message  $M^+$  ne peut que traduire la subordination d'un groupe faible face à la décision gouvernementale. Les magistrats peuvent ne pas oser émettre officiellement leur opposition, mais résister en pratique au développement de la médiation (simulation de  $M^+$ , mais réalisation de  $M^-$  par un groupe supposé faible). L'Etat songe alors qu'il peut gagner à accélérer le repli des affaires hors des jurisdictions publiques, en restreignant le budget alloué à la Justice (probabilité importante de réduire ce budget si l'Etat reçoit  $M^+$  d'un groupe faible, car le gain anticipé est supérieur).

On écrira donc:  $[p(B-, M-) > 1/2; p(B-, M+) = 0]$

Si l'on se réfère aux gains décrits dans l'arbre de décision précédent, ces deux types d'équilibres semblent bien refléter les meilleures associations de stratégies possibles. Cependant, les équilibres de type II ne sont pas très réalistes. En effet, si des juges supposés forts sont favorables au développement de la médiation, cela signifie qu'ils vont déléguer une partie de leur travail. La diminution budgétaire est donc possible, mais l'Etat ne semble pas y songer. Au contraire, lorsque des juges supposés peu puissants se montrent méfiants à l'égard de la médiation, c'est-à-dire lorsqu'ils demandent autant ou plus de moyens pour maintenir leur activité, l'Etat là, trouve opportun de réduire leurs ressources. Une telle conduite ne semble ni très pragmatique, ni très crédible.

Nous poursuivrons donc l'étude, en nous consacrant aux équilibres de type I. Si nous ne retenons en effet que cette catégorie de stratégies possibles, il nous reste cependant à trouver parmi elles, l'équilibre stable auquel pourraient aboutir les juges et l'Etat. Pour qu'un équilibre soit stable, il doit en effet être unique. Or nous disposons encore ici de deux possibilités : face à un message généralement frileux des magistrats à l'égard de la médiation, l'Etat peut soit maintenir la réforme, soit l'aménager, en maintenant au moins temporairement, par exemple, le budget alloué initialement à la Justice. Plusieurs critères existent naturellement pour trancher ce dilemme. Nous retiendrons ici le critère de rationalisabilité, qui consiste principalement à éliminer la stratégie dominée.

## B- Stabilité et implications

En émettant un message M-, les juges s'attendent à deux réactions possibles de l'Etat. Celui-ci peut tout d'abord les considérer comme un groupe puissant et dans ce cas, les juges trouvent un avantage non négligeable : l'Etat leur promet de ne pas traduire immédiatement le développement de la médiation par une diminution de leur budget, mais si les magistrats délèguent effectivement plus, ils bénéficieront d'un rapport ressources/emplois très favorable. Ceci profiterait à la fois aux juges qui verrait leurs conditions de travail améliorées et aux justiciables qui constateraient une meilleure allocation du bien Justice. Au contraire, si l'Etat ne croit pas à leur opposition, les juges perdront sans doute beaucoup, mais plus encore les justiciables. Dans cette optique, les magistrats ont donc tout intérêt à donner du poids à leur message, en montrant qu'ils ont effectivement un poids social accru, en

insistant même, pourquoi pas sur leur esprit de corps .

Pour l'Etat, l'avantage est le même, qu'il cède devant un groupe fort ou qu'il force un groupe faible à suivre sa réforme. La solution dominée, c'est-à-dire celle qui représente le plus petit intérêt est donc sans doute celle qui correspond à une accentuation du rapport de force entre les juges et l'Etat. L'équilibre peut donc sans doute être trouvé, en retenant la solution dans laquelle les juges émettent M- et l'Etat répond par B+. Autrement dit, en montrant bien tout le poids social qu'ils représentent, les juges font part de leurs inquiétudes à l'Etat et ce-dernier respecte ces informations, en ne forçant pas la main des magistrats, mais en leur donnant le temps et les moyens de s'adapter. Bien que très schématique, l'équilibre qui apparaît ici peut sans doute nous offrir quelques voies de réflexion, pour comprendre un pan de la réforme actuellement menée en France.

Dans sa volonté de développer la médiation, l'Etat français rencontre en effet souvent la résistance de quelques juges. Leur participation est pourtant bien nécessaire pour réorganiser dans les meilleures conditions possibles, le marché de la Justice. Pour éviter que cette difficulté ne fasse avorter la réforme en gestation, l'Etat doit alors composer une véritable politique d'accompagnement. Essentiellement orientée vers les magistrats, celle-ci pourrait alors sans doute prendre appui sur un équilibre tel que celui décrit ici. Plutôt que de bousculer un corps de métier très hétérogène, l'Etat dispose en effet de plusieurs moyens qui lui sont propres, pour rassurer, convaincre et amener peu à peu les magistrats les plus sceptiques à intégrer la médiation dans leurs comportements professionnels.

Ces moyens peuvent être financiers ou législatifs. Ils peuvent également s'accompagner d'un nouvel effort de publicité pour présenter la médiation aux multiples acteurs en présence sur le marché de la Justice, en particulier les juges. Le vocabulaire employé désormais devrait alors être soigneusement étudié, bannissant par exemple le terme de déjudiciarisation pour insister davantage sur la rénovation. : la rénovation d'une fonction ancestrale qui est celle du magistrat. Il est en effet primordial de montrer toute l'importance du juge dans le déroulement de la médiation : il apporte ses connaissances pour donner forme à la procédure et assurer le bon respect des règles de droit ; il valide ou non l'accord obtenu en lui accordant ou non la force exécutoire ; il veille enfin à l'exécution. Voici autant de fonctions qu'il importe de mettre en avant, afin que les juges admettent davantage la médiation comme une solution possible, mais en aucun cas comme une procédure visant à évincer leur profession.

Le temps est enfin primordial, pour envisager une telle réforme. Développer la médiation appelle et représente en effet, au-delà d'une simple évolution du Droit, une véritable évolution des mentalités. Avocats, magistrats et médiateurs doivent sans doute être re-formés pour pouvoir mieux accompagner ce genre d'exercice. Les justiciables doivent quant à eux intégrer davantage la médiation dans leurs stratégies. L'Etat peut certes aider les différents agents à adapter leur comportement pour améliorer l'efficacité de la Justice. Cette efficacité dépend en effet bien de la façon dont les juridictions sauront recourir aux modes de règlement alternatifs, et en particulier à la médiation. Mais il faut également laisser le temps aux agents d'apprivoiser cette nouveauté.

### Conclusion

Le bien "justice" peut être considéré comme un bien collectif faisant à la fois l'objet d'une production publique (la procédure judiciaire classique) et d'une production privée ou mixte (les procédures non juridictionnelles). Il semble aujourd'hui intéressant de faire sensiblement varier l'allocation privée à la hausse, afin d'alléger la production publique et d'améliorer la fluidité du marché. Mais peut-on vraiment passer par un agent public (le juge) pour ce-faire ? La première partie de ce chapitre montre tout l'intérêt d'impliquer effectivement les magistrats dans cette réforme. Mais cet intérêt donne parallèlement un indéniable pouvoir aux juges. Pour protéger ou améliorer leur condition, ils peuvent ainsi élaborer différentes stratégies face à la requête d'un Etat voulant réformer la justice. Un modèle élaboré en seconde partie, sur la base d'un jeu de signal, apporte alors quelques éléments de réflexion sur la possibilité d'un équilibre entre les attentes respectives de ces juges et de l'Etat.

# Chapitre 4

## Analyse économique des procédures d'arbitrage

### Introduction

L'arbitrage est un mode juridictionnel de résolution des conflits. Il consiste à faire intervenir un ou plusieurs tiers chargé(s) de résoudre le conflit. L'arbitre se substitue donc au juge lorsque les parties en ont décidé ainsi. Sa sentence a l'autorité de la chose jugée et peut acquérir l'exécution forcée par une procédure rapide et gracieuse appelée *exequatur*. Cet aspect contraignant de la décision arbitrale est crucial. Il permet notamment de différencier l'arbitrage d'autres modes alternatifs de résolution des litiges (dorénavant MARL) comme la médiation ou la conciliation. Dans ces deux MARL, le rôle du tiers est limité à l'émission de suggestions. L'arbitre, quant à lui, a la décision finale. Il impose son jugement. En cela son rôle ne diffère pas de celui du juge.

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. Dans un second niveau, il convient de décrire et expliquer le déroulement et le résultat de la procédure afin d'en faire une évaluation.

Cette présentation ne pourra se faire sans une constante référence aux travaux des économistes américains qui constituent l'essentiel de la littérature

économique sur l'arbitrage. Aux Etats-Unis, l'arbitrage est en grande partie institutionnalisé en ce sens qu'il n'est pas l'aboutissement de la volonté des parties, mais le fruit d'une contrainte institutionnelle. La plupart des arbitrages concernent les contrats de travail. Il s'agit soit de régler un problème d'interprétation ("grievance arbitration") d'un contrat existant, soit de résoudre un litige au moment de la signature d'un nouveau contrat ("interest arbitration"). L'arbitrage est imposé comme substitut à la grève. La moitié des Etats américains impose le recours à l'arbitrage pour les litiges portant sur les salaires ou les conditions de travail dans le secteur public. Dans ce contexte, l'intérêt des économistes s'est porté avant tout sur la procédure en elle-même. L'analyse est effectuée en termes d'incitations à négocier induites par la menace de l'arbitrage. Il s'agit d'expliquer l'existence de l'arbitrage au détriment d'un accord amiable. Les économistes considèrent en effet la recours à l'arbitrage comme le résultat d'un dysfonctionnement du marché. Dès lors qu'un accord amiable est possible, il est souhaitable car moins coûteux que tout autre procédure. De par les coûts qu'il entraîne, l'arbitrage, comme le procès constitue un gaspillage de ressources. Ce type d'analyse exclut par définition la question du choix de l'arbitrage. Cette exclusion s'est faite naturellement étant donné la nature des litiges soumis à l'arbitrage. La plupart sont des litiges salariaux et non des litiges juridiques. Ce type de litige n'a pas *a priori* de fondement juridique pouvant légitimer des effets de droit. Il faut s'intéresser aux arbitrages portant sur des litiges commerciaux afin d'étudier la question du choix de la procédure d'arbitrage. Les réponses sont apportées en termes d'analyse coûts-bénéfices. La procédure choisie est celle qui procure le plus grand bénéfice net à la ou les parties ayant le pouvoir d'initier la procédure. Dans le cas du procès il s'agit du demandeur, alors que le recours à l'arbitrage est le fruit d'une décision conjointe des parties.

Les apports des économistes américains ne sont pas négligeables. Ils constituent une base de travail importante, même s'il convient de rester prudent lors de leur transposition au cas français.

Notre exposé s'articule autour de trois points. Dans un premier temps, nous nous sommes attachés à mettre en parallèle les éléments constitutifs de l'arbitrage avec des problèmes économiques. Il s'agit de montrer comment le recours à l'arbitrage, le déroulement de l'instance et la sentence arbitrale peuvent être étudiés à l'aide d'outils économiques pertinents. Dans un second temps, et au regard des conclusions de la première partie, nous procérons à l'analyse économique des différentes étapes de la procédure d'arbitrage. Enfin, nous posons la question de l'efficacité de l'arbitrage, ce qui nous conduit

à conclure sur le bien-fondé de son utilisation et sur l'éventuelle extension de ces domaines d'application.

## 4.1 Définitions et correspondances avec les concepts économiques

De nombreux outils économiques peuvent s'avérer utile dans l'étude de l'arbitrage. La théorie des jeux et l'économie de l'information font, sans aucun doute, partie des outils essentiels à l'amélioration de la compréhension économique de l'arbitrage. L'objet de la théorie des jeux est l'étude des interactions entre les individus. "Il y a jeu dès que des personnes interagissent" (Binmore [1999]). Dans un jeu, plusieurs individus (les joueurs) font des choix dans un cadre précis (les règles du jeu) stipulé à l'avance. Leur décisions conduisent à une issue du jeu caractérisée par des gains positifs ou négatifs pour chacun des participants. L'arbitrage est un jeu avec des règles simples et bien définies issues des textes de loi dans lequel un petit nombre de joueurs rationnels (les parties en conflit, l'arbitre et éventuellement leur conseils) peut être facilement identifié. L'issue du jeu est déterminée par l'arbitre à travers la sentence rendue.

Dans la pratique, le recours à l'arbitrage est effectué pour éviter les lourdeurs de la procédure juridique, autrement dit parce que les règles du jeu en sont plus simples. La procédure d'arbitrage peut être en totalité réglée par les parties. Selon la volonté des parties, l'arbitrage est organisé soit par une institution permanente (arbitrage institutionnel) soit par elles-mêmes (arbitrage *ad hoc*). Dans les deux cas, les parties peuvent soit définir conventionnellement les règles de la procédure, soit décider de recourir aux règles de la justice étatique. Si elles n'ont rien prévu, ce sont les arbitres qui disposent comme ils l'entendent.

Pour que la procédure débute, il est nécessaire que le recours à l'arbitrage ait été établi. La demande d'arbitrage notifiée à la partie adverse et acceptée par elle présente le litige et les prétentions du demandeur. Le tribunal arbitral est constitué et la procédure commence. Les arbitres et les parties doivent respecter les principes directeurs du procès. Ces principes interdisent à l'arbitre de se prononcer sur autre chose que sur ce qui lui a été expressément demandé. Il ne peut sortir des limites de l'objet du litige. Les arbitres doivent fonder leur jugement uniquement sur les faits prouvés par les parties. Ils doi-

vent respecter l'égalité des parties, le principe du contradictoire et les droits de la défense. La force exécutoire de la sentence rendue est garantie par ces principes. Les autres modalités de déroulement de l'instance sont librement déterminées par les parties. Les étapes suivantes nous semblent de rigueur.

Généralement, une première réunion durant laquelle les parties et leur conseil exposent leurs exigences et leurs arguments, a lieu. Ceux-ci sont communiqués aux arbitres ainsi qu'à la partie adverse en vertu du principe du contradictoire (mémoires en demande, mémoires en défense, débats oraux). Une fois la date de mise en délibéré fixée par l'arbitre, aucune nouvelle pièce n'est admise. Le tribunal commence alors l'instruction de l'affaire. S'il pense manquer d'éléments, les arbitres disposent de deux moyens pour les obtenir. Ils peuvent organiser des auditions afin d'entendre des témoins et/ou demander une expertise. L'instruction passe par une audience non publique. A l'issue de l'audience, le tribunal fixe la date du délibéré. Les arbitres se concertent et rendent leur verdict.

Cette présentation est des plus simples et ne reflète pas toujours la réalité d'une procédure qui tend à se complexifier. Toutefois elle nous suffit à mettre en évidence les étapes essentielles qui intéressent l'économiste. Il s'agit, tout d'abord d'étudier la décision de recourir à l'arbitrage. Cette décision est le résultat d'une comparaison des coûts et des bénéfices issus de l'arbitrage et de leur confrontation à ceux des autres modes de résolutions des litiges. Elle inclut à la fois les problèmes dus à la constitution du tribunal arbitral et ceux rencontrés lors de l'instruction du litige. L'économiste se référera ici aux problématiques de choix collectif et au concept de jeux non coopératifs. Enfin, la troisième étape est liée à la sentence arbitrale. Celle-ci est étudiée à travers le comportement de l'arbitre en tant qu'agent rationnel.

#### **4.1.1 La rédaction de la convention d'arbitrage**

La décision de recourir à l'arbitrage relève de la volonté des parties. Elle s'exprime dans la convention d'arbitrage. A la différence du procès, l'arbitrage nécessite le consentement des deux parties. Le demandeur seul ne peut pas entamer la procédure. Cette règle a bien entendu un impact sur l'étude de la demande d'arbitrage. Il ne s'agit plus d'étudier la demande résultant des préférences d'un individu rationnel (comme dans le cas d'un procès), mais la demande résultant de la combinaison des préférences des parties en conflit. Seul un intérêt commun peut conduire deux parties à s'accorder sur le recours à l'arbitrage. Les intérêts des deux parties peuvent diverger sur un ou

plusieurs points, mais converger quant à la nécessité de résoudre de manière efficace le conflit.

La volonté des parties de recourir à l'arbitrage peut s'exprimer de deux manières. Au moment de la signature du contrat, les parties ont la possibilité d'y inclure une clause compromissoire. Celle-ci implique la renonciation aux compétences de la justice étatique dès l'apparition d'un litige. Le recours à l'arbitrage est décidé avant l'apparition du litige. La clause compromissoire n'est valable que dans les domaines qui relèvent de la compétence des tribunaux de commerce, c'est-à-dire entre commerçants, "entre associés pour raison d'une société commerciale", dans les "actes de commerce entre toutes personnes". Son utilisation est aussi importante dans le domaine du commerce international.

Une fois le litige apparu, les parties ont de nouveau l'opportunité d'aller à l'arbitrage. Il s'agit du compromis d'arbitrage qui est donc signé après la naissance du litige. Le choix de l'une ou l'autre convention a naturellement des répercussions sur l'analyse.

En termes économiques, nous dirons que la clause compromissoire est signée *ex ante*, c'est-à-dire sans que les parties ne sachent si un conflit aura lieu. Elles en anticipent la possibilité sans qu'elle ne se réalise forcément. La clause compromissoire joue alors le rôle d'une garantie. En cas de conflit, il sera réglé par voie d'arbitrage à défaut d'accord amiable. Cet engagement a des conséquences économiques évidentes.

La signature d'une clause compromissoire entraîne un changement de comportement bénéfique aux deux parties. Par exemple, lors d'une relation commerciale bilatérale, l'apparition des conflits est liée aux comportements de précaution des deux parties. Si elles anticipent que le tribunal arbitral pourra détecter un comportement fautif, elles sont incitées à éviter toute erreur afin d'échapper à toute sentence défavorable. Dans le même ordre d'idée, une clause compromissoire peut stipuler une règle d'attribution des responsabilités plus incitative que celle des tribunaux. En situation d'incertitude, il est possible que des projets d'investissement n'aient pas lieu s'ils nécessitent des coûts fixes irrécupérables. La clause compromissoire peut prévoir le recours à l'arbitrage en cas de litiges sur ce point et ainsi réduire l'incertitude.

Ces éléments ne sont effectifs que si l'arbitrage est choisi avant la naissance du litige. Une fois celui-ci apparu, il est trop tard pour inciter les parties à des comportements prudents. Si l'arbitrage permet de réduire les coûts de résolution des éventuels litiges, il sera choisi par les parties. Pour bénéficier de cette réduction de coûts il n'est pas nécessaire que les parties s'engagent sur

l'arbitrage avant l'apparition d'un litige. Elles peuvent attendre qu'un conflit survienne et alors choisir l'arbitrage. Il s'agit ici d'un compromis d'arbitrage. Celui-ci est signé *ex post*, c'est-à-dire une fois le conflit et les conséquences économiques qui en découlent survenues. Le choix de l'arbitrage *ex post* renvoie aux problèmes de choix d'une procédure de résolution des litiges. La procédure présentant le meilleur rapport coûts-bénéfices sera choisie. Le recours à l'arbitrage n'est effectué que s'il représente la procédure la plus avantageuse pour les deux parties. La notion de coût ne doit pas être considérée au sens strict. L'arbitrage est une procédure onéreuse et les bénéfices mutuels qu'il peut procurer ne s'entendent pas tant en termes de réduction des frais qu'en termes de réduction des risques liés à la sentence. Il est impératif que l'arbitrage constitue une menace crédible, c'est-à-dire que le demandeur qui propose l'arbitrage doit être certain que le litige est fondé en droit. Si tel n'est pas le cas, le défendeur pourra toujours refuser l'arbitrage puisqu'il ne risque pas le procès. La crédibilité des menaces est un point important de l'analyse économique en terme de théorie des jeux. Elle permet de valider certains équilibres et d'en réfuter d'autres.

La confrontation de ces deux types d'arbitrages semblent établir la supériorité de la clause compromissoire. En effet, si tous deux peuvent présenter l'avantage de réduire les coûts de résolution des litiges, seul l'arbitrage *ex ante* a un impact positif sur les incitations à de bonnes performances et sur les difficultés liées à l'impossibilité de signer des contrats complets. Tous les avantages d'un compromis d'arbitrage peuvent être obtenus par la signature d'une clause compromissoire, alors que l'inverse n'est pas vrai.

#### 4.1.2 L'instance

Les arbitres constituent la pierre angulaire de l'arbitrage. Leur désignation n'est soumise qu'à peu de contraintes et peut s'effectuer de différentes façons. Lorsque le tribunal arbitral a été désigné, il appartient à la partie la plus diligente de le saisir afin qu'il accomplisse sa mission. Le tribunal arbitral invite alors le demandeur et le défendeur à comparaître pour faire valoir leurs prétentions et leurs arguments.

L'un des atouts avancés de l'arbitrage est d'éviter les lourdeurs de la procédure étatique. Certains arbitrages sont rapides et aboutissent à une sentence équitable, alors que d'autres sont lents et équivoques car entravés par de multiples incidents. Il n'est pas de règles strictes gouvernant l'instruction. Certaines régularités nous semblent cependant émerger.

## A- La constitution du tribunal arbitral

Dans la pratique, la sélection des arbitres s'effectue une fois le litige survenu. Les parties ayant signé une clause compromissoire se sont le plus souvent contentées de désigner le mode de sélection. La détermination du nom des arbitres dans la clause compromissoire paraît prématurée alors que ni l'importance, ni la nature du litige ne sont connues.

La personne du tiers chargé de résoudre le litige possède un impact primordial sur la procédure. L'arbitre est un professionnel choisi et rémunéré par les parties. Cet aspect de l'arbitrage a conduit à une certaine méfiance. Si les arbitres sont payés par les parties, alors ils peuvent être corrompus par l'une d'elle. Le juge, quant à lui, est rémunéré par une instance extérieure au conflit et paraît exempt de toute suspicion. Cette critique occulte l'impact de la procédure de sélection du tribunal arbitral. En effet, l'arbitrage est une procédure dans laquelle les deux parties interviennent, y compris au moment de la formation du tribunal arbitral. Or, si les deux parties ont un intérêt commun dans la résolution du conflit, elles peuvent avoir des intérêts différents quant au choix de l'arbitre. De nombreuses procédures sont imaginables. Elles sont précisément construites pour palier les problèmes liés à la sélection d'un arbitre impartial. Dans une institution d'arbitrage, les arbitres peuvent être nommés pour une période donnée. Ils arbitrent alors toutes les disputes ayant lieu durant leur mandat. De manière générale, la sélection du ou des arbitres se déroule en deux temps. Dans un premier temps un organisme établit et propose une liste d'arbitres potentiels. Dans un second temps, les parties expriment leurs préférences à propos des différents arbitres proposés. La liste fournie par l'organisme est dite ouverte car les parties peuvent y ajouter des noms. L'expression des préférences des parties peut se faire de diverses manières. La liste peut passer de mains en mains, chaque partie éliminant un arbitre à son tour. Des procédures plus complexes dans lesquelles les parties ordonnent les arbitres potentiels existent. En cas d'arbitre unique, il n'est pas rare que sa désignation soit le fait d'un organisme d'arbitrage. La loi impose un nombre impair d'arbitres. Dans la pratique les litiges sont soumis à un ou trois arbitres, rarement plus. Dans la suite de cet exposé nous emploierons l'expression "tribunal arbitral" qu'il s'agisse d'un arbitre unique ou d'un collège d'arbitres.

Il peut paraître surprenant que des parties opposées dans un conflit parviennent à se mettre d'accord sur le choix d'un arbitre. Bloom et Cavanagh [1986] proposent une étude empirique des motivations des parties dans le

choix des arbitres. Leur étude est fondée sur les cas d'arbitrages apparus dans le New Jersey pour des conflits impliquant des officiers de police. Il s'agit donc d'arbitrage concernant des relations de travail et opposant employeur et employé. Ils montrent que les parties évaluent de manière similaire les qualités et les défauts des arbitres qui leur sont proposés. Il semble en effet exister une corrélation positive entre les évaluations des parties. Ce résultat implique l'existence de critères communs de sélection. Le premier et le plus important d'entre eux est l'expérience des arbitres. Deux autres critères concernent les connaissances dans les domaines juridiques et économiques. Les deux parties valorisent ces connaissances, mais de manière différente. Les employés préfèrent les arbitres juristes alors que les employeurs préfèrent les arbitres économistes. Cette divergence s'explique facilement et tient en grande partie à la personne des parties. Les employeurs pensent pouvoir tirer profit d'un arbitre économiste dont les raisonnements lui paraîtront familiers et fondés sur la notion d'efficacité. De leur côté les employés parient sur la notion de justice associée aux juristes.

## B- L'instruction du litige

Rapidité, discréction, souplesse et compétence des arbitres sont les arguments les plus souvent avancés pour justifier de l'utilisation de l'arbitrage. L'arbitrage se veut plus rapide que la justice étatique car débarrassé de ses lenteurs, de ses formalités et de ses encombrements. Les parties ont la possibilité de fixer un délai aux arbitres pour rendre leur sentence. La loi leur fixe un délai maximum de six mois. La discréction est un avantage indéniable de l'arbitrage. La délibération à huis clos d'arbitres soumis au secret professionnel se substitue à l'audience publique du tribunal. Peu de décisions sont portées à la connaissance du public sauf accord explicite des parties, alors que tout jugement doit être rendu en audience publique. Seules les affaires ayant fait l'objet d'un recours devant la justice d'Etat sont connues. Cette confidentialité rend l'arbitrage très attrayant pour les milieux d'affaires peu désireux de voir leur querelle médiatisée.

La souplesse de l'arbitrage ne fait aucun doute, en particulier lorsque les parties demandent aux arbitres de statuer en tant qu'amiables compositeurs. Les arbitres peuvent dès lors rechercher des solutions "équilibrées" et s'éloigner des règles du droit. L'amiable composition implique en outre le renoncement à l'appel. Elle donne sa véritable valeur à l'arbitrage, puisqu'elle permet à l'arbitre de se différencier du juge. Elle lui octroie plus de

libertés notamment en matière de dommages-intérêts. La réparation de l'entier dommage, quelle que soit la faute qui l'a causée, n'est plus obligatoire. En pratique, les sentences arbitrales peuvent être moins tranchées que celles du juge et ainsi permettre la continuation de relations commerciales. La pérennisation des relations est aussi favorisée par l'organisation de l'arbitrage. Celle-ci est laissée en grande partie voire en totalité au gré des parties. Il est évident que l'arbitrage se déroule dans un milieu plus propice à un règlement amiable que ne l'est un tribunal. Les intervenants se sont plus ou moins choisis et ne sont pas imposés par une "puissance extérieure".

Ces multiples avantages ne doivent pas occulter le principal défaut de l'arbitrage. Cette procédure entraîne des coûts élevés. Aux honoraires du ou des arbitres s'ajoutent le cas échéant les frais de l'organisme choisi pour gérer la procédure.

*Tableau 1 : Barèmes des honoraires des arbitres et frais d'administration*

| Pour un montant de litige<br>par tranche en Francs | Frais<br>d'administration | Honoraires d'un arbitre* |         |
|----------------------------------------------------|---------------------------|--------------------------|---------|
|                                                    |                           | Minimum                  | Maximum |
| jusqu'à 300 000                                    | 7 500 F                   | 10 000 F                 | 15%     |
| de 300 001 à 1 500 000                             | 1,6 %                     | 0,9%                     | 3,8 %   |
| de 1 500 001 à 10 000 000                          | 0,5 %                     | 0,32%                    | 1,6 %   |
| de 10 000 001 à 80 000 000                         | 0,08 %                    | 0,12%                    | 0,3 %   |
| de 80 000 001 à 300 000 000                        | 0,02 %                    | 0,02%                    | 0,07 %  |
| au-delà de 300 000 000                             | 0,01 %                    | 0,01%                    | 0,04 %  |

\* Lorsqu'il y a trois arbitres ces chiffres sont à multiplier par 3, sauf indication contraire des arbitres, le Comité d'arbitrage répartit le total des honoraires d'arbitrage à raison de 40 % pour le président et 30 % pour chacun des arbitres.

Source: Association Française d'arbitrage, 1999.

L'ensemble de ces éléments (discretion, souplesse, rapidité, cherté) font de l'arbitrage le domaine privilégié des relations commerciales internes ou internationales. En effet seules les entreprises disposent des fonds nécessaires pour s'assurer de la rapidité et de la discréction d'une justice privée.

*Tableau 2 : Objets du litige arbitral*

| Objet du litige arbitral en matière interne | Arbitrages | Pourcentages |
|---------------------------------------------|------------|--------------|
| vente                                       | 37         | 30,3         |
| cession d'actions                           | 12         | 9,8          |
| contrat de travail                          | 11         | 9            |
| distribution                                | 8          | 6,6          |
| franchise                                   | 5          | 4,1          |
| sous-traitance                              | 5          | 4,1          |
| fournitures de services                     | 4          | 3,3          |
| contrat de collaboration                    | 4          | 3,3          |
| construction                                | 3          | 2,5          |
| contrat d'assurance                         | 3          | 2,5          |
| contrat de bail                             | 3          | 2,5          |
| opérations boursières                       | 3          | 2,5          |
| transport                                   | 3          | 2,5          |
| cession de parts de société                 | 2          | 1,6          |
| <b>Total</b>                                | <b>122</b> | <b>100</b>   |
| <b>Arbitrage international</b>              | <b>88</b>  | <b>100</b>   |

Source: Crépin, *Revue de l'arbitrage*, 1991.

Une différence importante entre la procédure arbitrale et la procédure juridique concerne le rôle joué par les parties. Il est généralement admis que la justice d'Etat relève d'une procédure inquisitoire. Le juge y joue un rôle prédominant dans la conduite de l'instruction et dans la recherche des preuves. Or, la procédure arbitrale semble relever d'une procédure accusatoire. En effet le rôle principal dans le déclenchement et dans la conduite de l'instance est réservé aux parties. En raison du caractère conventionnel de l'arbitrage, tous les éléments de la procédure nécessitent le consentement de toutes les parties. Ce sont elles qui d'un commun accord décident de recourir à l'arbitrage, ce sont elles qui, si besoin est, autorisent le recours au juge étatique lors de la procédure, par exemple lorsque l'intervention d'un tiers est requise. Seul le juge étatique dispose de l'"imperium" nécessaire pour ordonner une exécution forcée à un tiers. D'un point de vue économique, cette distinction entre procédure inquisitoire et accusatoire se répercute sur la qualité de la transmission d'information au tiers. Plus une procédure permet d'obtenir de

l'information, plus cette procédure est jugée efficace.

En France, l'arbitrage est essentiellement commercial. Cet état de fait tient d'une part aux restrictions juridiques, mais aussi à la nature même de l'arbitrage. Le choix de l'arbitrage repose sur les bénéfices que les parties en retirent. Nous pouvons les résumer en quatre points. Les parties ont la maîtrise de la sélection des arbitres. Elles peuvent choisir des experts réduisant ainsi les risques d'erreur et économisant les coûts de convocation de ces mêmes experts devant une cour de justice. En outre les parties peuvent contrôler l'ensemble de la procédure ce qui rend celle-ci moins conflictuelle que la procédure judiciaire qu'elles ne maîtrisent pas. La discrétion et la rapidité sont les gages de relations commerciales pérennes et expliquent que les parties acceptent de payer le prix fort pour une justice privée.

#### **4.1.3 La sentence arbitrale**

La sentence arbitrale est l'aboutissement de la procédure arbitrale. Elle est ce pour quoi les parties ont désigné le tribunal arbitral. Elle a le caractère de la chose jugée et en tant que telle peut faire l'objet de recours. Toutefois, la possibilité d'un recours qui se fera devant la justice étatique, compromet le caractère confidentiel et rapide de l'arbitrage. Lorsque l'exécution de la sentence pose problèmes, l'intervention du juge est nécessaire pour conférer l'"exequatur" à la sentence, c'est-à-dire son caractère exécutoire. L'autorité de la chose jugée constitue un titre qui permet de se passer de l'autorisation du juge pour obtenir des mesures conservatoires.

La mission de l'arbitre est identique à celle du juge. Il s'agit de trancher le litige, c'est-à-dire d'attribuer les torts et raisons à l'une ou l'autre des parties et d'en tirer les conséquences. En termes économiques, la mission de l'arbitre consiste à allouer des ressources. Cette allocation passe par la détermination d'un transfert monétaire du défendeur au demandeur comprenant les dommages et intérêts et les coûts de la procédure (honoraires et frais de l'organisme). Toutefois, la méthode mise en oeuvre pour accomplir leur mission est différente. Le juge règle le conflit par l'application de la loi, alors que l'arbitre investi amiable compositeur n'a aucune obligation envers les règles de droit.

Une autre différence importante entre le juge et l'arbitre tient en leur mode de rémunération et de désignation. L'arbitre est un professionnel choisi et rémunéré par les parties. Le juge est un professionnel choisi et rémunéré par l'appareil judiciaire. Cette distinction a une incidence sur les motivations

de chacun. Comme tout agent économique, l'arbitre est un individu rationnel qui maximise son utilité. Celle-ci dépend non seulement de sa rémunération présente, mais aussi de sa rémunération future. L'arbitre sera en effet amené à arbitrer sur d'autres litiges. La rémunération du juge ne dépend pas du nombre de cas traités. Cette différence suffit-elle à faire de l'arbitre un être différent du juge ? La pratique semble apporter une réponse positive à cette interrogation. Les arbitres ont en effet tendance à hésiter à trancher les litiges et à couper la poire en deux au moment de rendre leur sentence. Ainsi, les protagonistes de la vie économique conçoivent rarement qu'en recourant à l'arbitrage l'un risque de tout perdre et l'autre de tout gagner. Le risque associé à la procédure d'arbitrage leur paraît moins important que celui associé à la justice étatique. Cette perception semble accrue lorsque les arbitres reçoivent des parties mission de statuer comme amiables compositeurs. Ce faisant, les parties donnent aux arbitres un pouvoir plus large bien que restreint par les règles appartenant à l'ordre public général. L'arbitre désigné amiable compositeur peut rendre sa décision en équité. Même si dans les textes, le juge peut lui aussi être investi amiable compositeur, cela reste une hypothèse d'école. La mission d'amiable composition semble donc constituer, le cas échéant, une différence notable entre le juge et l'arbitre.

La chronologie présentée nous permet de distinguer trois étapes essentielles : le choix de l'arbitrage, l'instance et la sentence. A chacune de ces étapes l'économiste associe un ou plusieurs concepts et outils différents.

Le choix de l'arbitrage correspond à l'expression d'une demande émanant d'agents économiques supposés rationnels. Cette demande révèle leurs préférences en matière de méthodes de résolution des conflits. Elle peut s'exprimer avant (*ex ante*) ou après (*ex post*) l'apparition d'un litige. La décision de l'agent repose sur une comparaison coûts-avantages entre les différentes procédures. L'instance inclut à la fois la sélection du tribunal arbitral qui renvoie aux problèmes de choix collectifs et la procédure qui sera analysée en termes de jeux non coopératifs. L'objectif de l'économiste consistera, d'une part, à mettre en évidence une méthode de sélection non manipulable et efficace ; d'autre part à mesurer l'impact de la procédure sur l'acquisition d'information. Enfin, la sentence est le fruit d'une décision individuelle. L'économiste considère l'arbitre comme un individu rationnel. Dans ce cadre, il rend la sentence qui maximise son utilité. Ces correspondances sont récapitulées dans le tableau 3.

*Tableau 3 : Arbitrage et outils économiques*

| <i>Correspondances entre les étapes de la procédure et les concepts économiques</i> |                                                  |
|-------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------|
| 1. La convention d'arbitrage                                                        | Analyse coûts-bénéfices                          |
| 2. L'instance                                                                       |                                                  |
| La sélection du tribunal arbitral                                                   | Problème de choix collectif                      |
| La procédure                                                                        | Jeux non coopératifs                             |
| 3. La sentence                                                                      | Maximisation de l'utilité par un agent rationnel |

## 4.2 Le processus de résolution des litiges via l'arbitrage

Dans cette partie, nous allons mettre en évidence un certain nombre de résultats proposés par les économistes. Ces résultats ont tous un même objectif: expliciter les incitations rencontrées par les agents lors d'une procédure d'arbitrage. Quelles incitations les motivent dans leur choix de l'arbitrage? Quelles incitations les gouvernent au moment de la sélection du tribunal arbitral? Quelles sont les incitations rencontrées dans ma formulation des prétentions? Enfin, quelles incitations dirigent l'arbitre?

La chronologie que nous suivons distingue trois étapes. D'un point de vue économique, il n'existe pas de distinction impérative. Toutes sont interdépendantes. Les décisions prises à chaque étape dépendent des anticipations sur les décisions des étapes futures. Le choix de l'arbitrage est réalisé en comparant la sentence anticipée à celle des autres procédures. La sélection du tribunal se fait en fonction des anticipations des décisions prises par le futur tribunal. Il en est de même pour les demandes formulées par les parties durant l'instruction.

### 4.2.1 La demande d'arbitrage

L'analyse économique de l'arbitrage ne peut se concevoir sans répondre préalablement à la question du choix de cette procédure. Ainsi, le développement récent de l'arbitrage s'inscrit dans l'intérêt porté aux modes alternatifs de résolution des litiges (MARL) qu'ils soient juridictionnels (arbitrage) ou non juridictionnel (transaction, conciliation, médiation). La promotion des MARL tient d'une part en la nécessité de réduire la charge des tribunaux et d'autre part en la volonté de réduire les coûts du système juridique. Les différents MARL sont en effet perçus comme générant moins de coûts. L'économiste fonde son analyse sur une comparaison coûts-bénéfices des différentes procé-

dures. La procédure possédant le gain net (bénéfices moins coûts) le plus important sera retenue par les parties.

Cette question a été largement traitée dans le cadre de l'opposition entre traitement juridictionnel (le procès) et traitement non juridictionnel (la transaction ou la négociation). Dans cette optique, l'arbitrage et le procès ne présentent pas de différences fondamentales dans leur opposition à la négociation. La négociation est la moins coûteuse des procédures. Elle est rapide et discrète ce qui en fait la méthode de résolution des conflits optimale. Nous nous concentrerons donc ici sur l'opposition arbitrage procès. L'interrogation porte sur l'existence d'arbitrages ou de procès alors que ces deux modalités de règlement des conflits sont strictement dominées par la négociation.

Des parties en conflit optent pour l'arbitrage s'il leur permet d'en retirer des avantages mutuels. Seule une augmentation de bien-être peut motiver le recours à l'arbitrage. Etant donné que le choix de l'arbitrage est le fruit d'une décision bilatérale, cette augmentation de bien-être doit concerner les deux parties.

La réduction des coûts de la résolution d'un litige s'avère une source d'avantages mutuels. Si l'on ne considère que ses coûts pécuniaires (honoraires du tribunal arbitral et frais de l'organisme de gestion), l'arbitrage est sans aucun doute l'une des procédures les plus coûteuses et, de ce fait, est peu attrayant. De nombreux autres éléments entrent en ligne de compte et viennent compenser ces coûts. Tout d'abord, nous avons vu que l'arbitrage est une procédure discrète. Cette discréption s'avère le plus souvent sans prix pour les milieux d'affaires. Ensuite, sa rapidité semble un atout majeur. Enfin, l'arbitrage semble présenter moins de risque que le procès. Lorsque les parties choisissent l'arbitrage ou le procès elles ne connaissent pas la sentence qui sera rendue. Cette situation d'incertitude est d'une grande importance au niveau économique, puisqu'elle se révèle bien souvent être un facteur d'inefficacité. Or, comme nous l'avons évoqué l'arbitrage est une procédure contrôlée par les parties. Celles-ci ont notamment choisi la composition du tribunal arbitral. Ce pouvoir amène les parties à considérer cette procédure comme moins risquée que le procès dans lequel elles ne maîtrisent rien. Cette vision est renforcée par le fait que les arbitres sont des spécialistes dont les décisions sont jugées de qualité supérieure. Cette supériorité qualitative n'est pas remise en cause lorsque les litiges concernent des domaines très pointus (droit maritime, droit international....). Dans le cas d'une clause compromissoire, viennent s'ajouter les bénéfices retirés de la diminution des risques de litige liée à la réduction des comportements opportunistes.

L'arbitrage est choisi lorsque le gain net qu'il procure est positif et supérieur à celui des autres procédures de résolution des litiges.

#### **4.2.2 Le comportement des parties**

Les modalités de sélection des arbitres et les procédures d'instruction sont nombreuses et divergent bien souvent d'un arbitrage à un autre. Elles rencontrent cependant une même difficulté : la révélation de la vérité.

##### **A- Le choix du tribunal arbitral**

Le premier problème auquel font face les parties concerne la composition du tribunal arbitral. Même s'il est établi que certains critères sont recherchés par les deux parties, il est peu probable que leurs préférences soient parfaitement identiques. Toute la difficulté est alors de conduire les parties à révéler leurs préférences. Il n'est en effet pas certain que les parties en conflit les expriment de manière sincère. Tout un pan de la littérature économique est ainsi consacré à l'étude des mécanismes de vote dont l'enjeu est la révélation des préférences des électeurs.

La plupart des procédures de sélection des arbitres visent à obtenir le consentement des parties. Il s'agit de mécanismes dans lesquels les parties révèlent leurs préférences. La difficulté consiste alors à trouver un mécanisme non manipulable. Ce problème relève des problèmes de choix collectif. Plusieurs agents économiques doivent collectivement décider d'un résultat final ou intermédiaire d'un jeu. Il faut éviter la mise en oeuvre de comportements stratégiques visant à manipuler le mécanisme de vote par une fausse représentation des préférences.

Arrêtons nous sur un exemple afin de mettre en évidence le problème.

Soit un arbitrage opposant deux parties A et B. Afin qu'elles choisissent l'arbitre, supposé unique, chargé de résoudre leur conflit, un organisme d'arbitrage leur propose une liste de quatre arbitres : 1, 2, 3 et 4. La procédure retenue est la suivante : la partie A élimine un arbitre de la liste qui est alors envoyé à la partie B. A son tour, celle-ci élimine l'un des arbitres restants et, enfin, la partie A choisit un nom parmi les deux derniers. Supposons que les préférences des deux parties soient celles présentées dans le tableau ci-dessous :

|                 | <i>Préférences par ordre croissant</i> |
|-----------------|----------------------------------------|
| <i>Partie A</i> | 1, 2, 3, 4                             |
| <i>Partie B</i> | 1, 4, 2, 3                             |

Considérons le cas où les parties agissent de manière sincère. La partie A va commencer par éliminer l'arbitre qu'elle aime le moins, c'est-à-dire l'arbitre 1. A son tour, la partie B va éliminer l'arbitre 4. Le choix de A va alors se porter sur l'arbitre 3.

L'arbitre 3 qui est élu ne représente pas le meilleur arbitre aux yeux de la partie A. Si elle anticipe ce résultat la partie A peut être tentée de manipuler ses préférences afin d'arriver à l'élection de l'arbitre 4. Il lui suffit pour cela d'éliminer l'arbitre 2 et non plus l'arbitre 1 en premier. Dans ce cas, la partie B va éliminer l'arbitre 1 et il restera alors à la partie A à choisir entre les arbitres 3 et 4. L'arbitre 4 sera saisi.

Cet exemple nous montre qu'il existe des situations dans lesquelles les parties peuvent avoir intérêt à manipuler leur décision. Les économistes ont apporté des éléments de réponse. Il existe notamment un résultat qui énonce que “la seule façon de construire une procédure de vote où chaque électeur sera incité à voter sincèrement quel que soit l'état de l'opinion est de donner tout le pouvoir de décision à un électeur.” (Moulin [1980]). Ce résultat négatif affirme que seules les procédures dictatoriales sont efficaces.

Dans certains mécanismes de sélection, la désignation de l'arbitre est indépendante de la volonté des parties. Il s'agit par exemple des systèmes de rotation des arbitres dans lesquels les arbitres jugent à tour de rôle selon un ordre préétabli.

La question qui se pose alors est de savoir s'il vaut mieux laisser le choix de l'arbitre aux mains d'une institution impartiale (chambre d'arbitrage) ou s'il faut tenir compte des préférences des parties ?

Les théories du vote montrent qu'il n'existe qu'une procédure non manipulable et qu'il s'agit de la procédure dictatoriale. Le choix de l'arbitre par une instance supérieure semble donc la meilleure dans le but d'éviter toute manipulation. Toutefois, cette dictature remet en cause l'une des bases de l'arbitrage : le rôle important des parties afin d'obtenir un milieu propice à l'accord amiable.

## B- Les stratégies des parties lors de l'arbitrage

Une fois la procédure d'arbitrage engagée, les parties doivent faire connaître leurs prétentions. Dans la pratique, cette information se fait par le biais de mémoires écrits destinés à la partie adverse et au tribunal arbitral. Les parties anticipent que la décision de l'arbitre dépend des arguments avancés dans ces mémoires. Cette anticipation peut amener les parties à cacher une partie de l'information dont elle dispose ou à faire circuler de fausses informations. C'est ce problème de révélation de l'information qui a retenu l'attention des économistes. Si les parties font connaître à l'arbitre l'exakte vérité, alors celui-ci n'aura pas de difficultés à rendre son jugement. Il intimera à la partie fautive de dédommager la partie lésée à raison de la perte exactement subie. En revanche, si les parties manipulent les informations, l'arbitre aura plus de difficultés à émettre un jugement et sera certainement contraint d'engager des frais supplémentaires (d'expertise par exemple) pour obtenir la vérité. En supposant la procédure d'expertise parfaite, la vérité sera atteinte mais à un coût plus élevé. Il est de même possible que le tribunal arbitral ne puisse pas acquérir l'information sans la bonne volonté des parties. La sentence arbitrale s'en trouvera très certainement biaisée. La révélation de l'information par les parties permet donc d'obtenir une sentence optimale. Comme lors de la sélection des arbitres, il est possible que les parties aient intérêt à manipuler l'information dont elles disposent.

Le demandeur et le défendeur cherchent à maximiser leur utilité. De manière schématique, un litige est assimilé à un transfert monétaire. Il s'agit de la somme que le défendeur doit verser au demandeur suite à la sentence rendue par l'arbitre. L'analyse économique se fait en termes de jeu à somme nulle. Les gains de l'un ont pour contrepartie les pertes de l'autre. Dans ce type particulier de jeu, nous savons que la stratégie du défendeur consiste à minimiser sa perte et que celle du demandeur consiste à maximiser son gain (théorème du minimax).

Supposons un cas très simple. Le demandeur a subi un dommage. L'arbitre exige de chaque partie qu'elle lui annonce son estimation des dommages. Afin d'établir sa sentence, nous supposons que l'arbitre se conforme aux règles nécessaires à l'obtention de la solution de Nash [1950] (si  $x$  et  $y$  sont les deux propositions des parties, la solution de Nash commande à l'arbitre de rendre la sentence  $s = \frac{x+y}{2}$ ). Cette hypothèse n'est pas contraignante puisque les économistes interprètent les règles d'obtention de la solution de Nash comme les recommandations qu'un arbitre impartial devrait suivre (Luce et Raiffa

[1957]; Myerson [1991]). Pour des raisons de commodités, qui n'altèrent en rien la généralité du résultat, supposons que chaque partie a le choix entre trois estimations : 25 ; 50 et 75. Le montant réel du dommage subi est 50.

|           |    | Défendeur   |      |      |
|-----------|----|-------------|------|------|
|           |    | 25          | 50   | 80   |
| Demandeur | 25 | 25          | 37,5 | 52,5 |
|           | 50 | 37,5        | 50   | 65   |
|           | 80 | <b>52,5</b> | 65   | 80   |

Lecture : Les chiffres en italique correspondent aux différentes stratégies possibles. En ligne se lisent les stratégies du demandeur, en colonne celles du défendeur. Les autres chiffres représentent les valeurs du jeu. Dans un jeu à somme nulle, les gains des joueurs sont égaux au signe près. Par exemple le chiffre 25 signifie que le demandeur gagne 25 qui lui sont payés par le défendeur qui perd donc 25.

Le chiffre en gras correspond à l'équilibre de ce jeu. Il signifie que le demandeur prétend avoir subi un dommage aussi élevé qu'il le peut (80), alors que le défendeur prétend avoir causé le dommage le plus faible possible (25). A quoi tient ce résultat? Essentiellement à la manière dont l'arbitre détermine sa sentence. Plus exactement au fait qu'il tienne compte des dires des parties. Nous reviendrons sur ce point dans la partie consacrée à l'étude du comportement de l'arbitre. Nous verrons que contrairement aux apparences ce type de comportement est rationnel.

La sentence anticipée joue un rôle prédominant dans la détermination des stratégies des parties (Crawford [1979], Farber et Katz [1979], Farber [1981]). Les parties émettent des propositions dans l'optique de modifier le comportement de l'arbitre en leur faveur. Le demandeur va émettre une proposition susceptible d'augmenter le transfert alors que le défendeur va tout faire pour convaincre l'arbitre de diminuer ce transfert. L'écart entre les deux propositions est une fonction de l'incertitude pouvant exister sur la sentence future, de l'aversion face au risque des parties et du poids accordé aux assertions des parties. Le fait que l'arbitrage conduise à des propositions divergentes est qualifié d'“effet de glaciation”.

L'existence d'une différence entre les deux propositions alors qu'*a priori* il n'existe qu'une vérité amène les économistes à considérer la procédure d'arbitrage comme inefficace. Ce constat s'est traduit aux Etats-Unis par une évolution des règles de l'arbitrage. Depuis de nombreuses années, la plupart

des arbitrages est effectuée selon une procédure dite “entre offres finales” proposée par Stevens [1966]. Le choix de l’arbitre y est restreint aux seules propositions des parties, c'est-à-dire que l’arbitre n'est pas libre de sa sentence. Il doit obligatoirement choisir l'une des exigences formulées par l'une des parties. Cette restriction a pour objectif de contraindre les parties à émettre des propositions identiques. Il paraît naturel pour l’arbitre de choisir celle des deux propositions qui s'approche le plus de ce qu'il estime être la juste sentence *au regard des faits*. Par conséquent, les parties font un compromis entre une proposition élevée, synonyme de gains importants, mais ayant peu de chances d'être choisie et une proposition plus faible, synonyme de gains moins élevés mais ayant plus de chances d'être retenue. Toutefois, l’analyse de cette méthode n’aboutit pas à une complète similitude des propositions. Elles sont certes plus rapprochées, mais toujours différentes. La présence de cet “effet de glaciation” est corroborée par de nombreuses études empiriques (Anderson [1981]). Face à cet échec, les théoriciens ont alors proposé d’autres procédures dont l’unique objectif est la convergence des propositions. Dans les faits, il s’agit de rendre l’arbitrage plus coûteux, notamment en termes de risque, afin d’inciter les parties à se mettre d’accord par elles-mêmes. Ces nouvelles modifications des règles de l’arbitrage restent cependant théoriques et présentent l’indubitable inconvénient de compliquer la procédure.

#### **4.2.3 Le comportement de l’arbitre et le choix d’une sentence**

Une fois l’instruction du litige close, le tribunal rend sa sentence. Afin d’étudier le comportement de l’arbitre, l’économiste a besoin de connaître ses motivations et ses objectifs. Comme nous l’avons mis en évidence ci-dessus, le choix de l’arbitre est l’apanage des parties et celles-ci ont des critères communs de sélection. Disponibilité, connaissances du milieu et impartialité sont les caractéristiques recherchées. En bref, les parties vont établir leur choix en fonction de la réputation d’un arbitre.

Les juges privés que sont les arbitres maximisent leur revenu en rendant une sentence qui maximise la demande pour leur service. Autrement dit, l’arbitre doit maximiser sa probabilité d’être choisi ultérieurement. Dans ces conditions, un arbitre peut être considéré comme un individu cherchant à satisfaire certains critères de justice. L’arbitre est un agent impartial et bienveillant dont la décision va satisfaire un certain nombre d’axiomes reflétant

l'idée de justice. Nous retrouvons ici la solution de Nash évoquée précédemment.

Une seconde approche implique un comportement de maximisateur d'utilité à l'arbitre. L'arbitre est toujours désireux de plaire aux deux parties. Mais, pour ce faire, il ne cherche plus à satisfaire des critères de justice, mais à s'approcher le plus possible des attentes des parties. L'arbitre recherche le meilleur compromis entre ce qu'il pense être juste et les prétentions des parties (Farber et Bazerman [1986]). Plus la décision de l'arbitre s'éloigne des espérances des parties, moins il a de chances d'être choisi dans le futur. Le résultat de l'arbitrage est donc le résultat d'interactions complexes entre les stratégies de propositions des parties et les faits qui sous tendent la querelle.

Bien que ces deux conceptions de l'arbitre ne requièrent pas l'utilisation des mêmes outils économiques, elles conduisent à des solutions identiques. Un arbitre va établir sa sentence comme le partage équitable des prétentions des parties. Ce résultat fait de l'arbitre un individu différent du juge. En effet, de par sa fonction le juge ne rend son jugement qu'en considérations des faits, sans s'intéresser à la formulation que les parties en font. Cependant, le fait que l'arbitre accorde une certaine importance aux assertions des parties n'est pas contradictoire avec l'idée de justice (Farber [1981]). Reprenons l'exemple précédent afin de nous en convaincre. Remplaçons la stratégie 80 par la stratégie 75.

|           |    | Défendeur |      |      |
|-----------|----|-----------|------|------|
|           |    | 25        | 50   | 75   |
| Demandeur | 25 | 25        | 37,5 | 52,5 |
|           | 50 | 37,5      | 50   | 65   |
|           | 75 | <b>50</b> | 62,5 | 75   |

Nous constatons qu'en s'appuyant sur les affirmations des parties, l'arbitre rend la sentence correcte. Ce résultat s'explique par le fait que les messages des parties contiennent de l'information. Pour établir leur stratégie, les parties évaluent le jugement de l'arbitre. Si elles ont confiance en l'arbitrage (ce que laisse penser le choix de cette procédure), les parties anticipent une sentence juste. Elles tentent alors de manière opposée et simultanée de faire pencher la décision en leur faveur. Toutefois, le fondement de leur stratégie reste la vérité. L'arbitre fonde donc sa sentence sur les demandes des parties

ayant elles-mêmes pour origine la vérité. La relation entre les stratégies des parties et la sentence de l'arbitre est inversée. Ce ne sont pas les propositions des parties qui déterminent la sentence, mais la sentence qui détermine les propositions. Ce résultat est crucial. Il contribue à une perception moins naïve de l'arbitre. Son rôle ne consiste pas simplement à couper la poire en deux. Il rend une sentence juste en extrayant l'information contenue dans les propositions des parties (Gibbons [1988]).

Tous les arbitres se comportent ainsi, car aucun n'a intérêt à se démarquer. Ce constat permet à Ashenfelter [1987] de poser l'hypothèse d'arbitres statistiquement échangeables. Chaque arbitre cherche à reproduire le comportement de ses pairs dans des circonstances similaires. La concurrence qui existe entre les arbitres les incite à formuler des sentences efficaces. Cette hypothèse acquiert toute son importance dans la confrontation de l'arbitrage aux autres modes de résolution des litiges. En effet, cette idée a pour corollaire une moins grande incertitude quant à la sentence arbitrale. Elle réduit la possibilité d'une décision isolée et inattendue. De ce fait l'arbitrage devient une procédure moins coûteuse en termes de risque lié à la sentence.

### **4.3 L'efficacité de la procédure d'arbitrage**

Les économistes évaluent les procédures juridiques selon le critère de l'efficacité et non selon le critère de justice. Cette notion d'efficacité s'oppose à celle de gaspillage dans un sens très général. Dans le contexte qui nous intéresse, l'arbitrage est une procédure efficace si elle permet une allocation des ressources à leur usage le plus productif. Le recours à des concepts économiques ne paraît pas rédhibitoire dans le cadre de l'arbitrage qui concerne pour l'essentiel des litiges commerciaux. En ce domaine, les raisonnements en termes de calcul économique rationnel semblent naturels. Notre évaluation de l'arbitrage est effectué autour de trois points. Il s'agit d'évaluer l'efficacité de la procédure :

- en termes d'incitation à la négociation ;
- en termes de réduction du nombre de litiges ;
- en termes d'acquisition d'information.

### 4.3.1 L'incitation à la négociation

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 (cf. par exemple le règlement de l'Association Française d'Arbitrage p. 3). 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. L'obtention d'un accord amiable est la solution la plus avantageuse tant sur le plan privé que social. L'accord amiable devrait toujours apparaître comme mutuellement avantageux pour les deux parties qui devraient, par conséquent, toujours y aboutir. La question qui se pose alors est de savoir si la menace que constitue l'arbitrage (au même titre qu'une grève ou qu'un procès) est suffisamment crédible pour inciter les parties à négocier. Autrement dit, il s'agit de déterminer les causes de l'échec des négociations. Cette vision renvoie à l'interprétation du théorème de Coase [1960] selon laquelle peu importe l'attribution des droits, pourvu que les coûts de transaction soient nuls. Si cette condition est vérifiée, alors une allocation efficace des ressources est possible grâce à une négociation volontaire.

L'ensemble des réponses apportées est fondé sur l'existence d'une zone de négociation. Ce concept définit un intervalle dans lequel des possibilités d'accord négocié existent. Ces opportunités sont plus ou moins nombreuses en fonction des anticipations des agents, de leur attitude vis-à-vis du risque et de l'information dont ils disposent. Cette zone de négociation est définie comme la différence entre l'utilité que le défendeur et le demandeur espèrent retirer de l'arbitrage. Le défendeur est prêt à accepter tout accord amiable qui lui procure une utilité plus grande que l'arbitrage. Dans le cas du défendeur, son utilité est en réalité une perte puisqu'il est contraint de dédommager le demandeur. Il est prêt à accepter tout accord amiable dans lequel son paiement sera inférieur à celui de l'arbitrage. Le demandeur de son côté, accepte tout accord amiable qui lui procure un dédommagement plus important que l'arbitrage. A 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, nous voyons 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 aisément 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. Ce résultat a été corroboré par des études empiriques (Ashenfelter et al. [1992], Babcock et Taylor [1995]). Les parties arrivent d'autant plus facilement à obtenir un accord négocié qu'elles détiennent des informations précises sur la sentence arbitrale.

Jusqu'ici, nous avons occulté les coûts de l'arbitrage. Or, ils entrent dans les anticipations des parties et, par conséquent, influencent l'existence et l'étendue de la zone de négociation. Deux interprétations du théorème de Coase s'affrontent. La première prône la réduction des coûts de la négociation, alors que la seconde invoque la nécessité d'augmenter les coûts de l'arbitrage. La première solution est l'interprétation stricte du théorème. La seconde a pour objectif de décourager l'utilisation de l'arbitrage au profit de la négociation. Cette vision n'intègre que l'alternative arbitrage/négociation et oublie toute autre méthode de résolution des conflits comme le procès. Une étude expérimentale menée par Farber, Neale et Bazerman [1990] établit l'existence d'une relation croissante entre les coûts et les accords négociés. Lorsque les coûts de l'arbitrage augmentent, le nombre d'accord négocié s'accroît.

La répartition des coûts est aussi un facteur déterminant de la zone de négociation. Il ne semble pas exister de réglementation quant à la charge des frais de l'arbitrage. Il est d'usage que le tribunal fixe la proportion des dépens (frais, honoraires...) à la charge de chaque partie. Shavell [1982] s'est attaché à mettre en évidence l'impact des différentes règles d'allocation des coûts (la partie perdante paie ou chaque partie supporte ses propres coûts) sur la probabilité d'obtenir un accord négocié.

La présence d'asymétries d'informations s'avère un autre élément crucial dans l'explication de l'échec des négociations. De très nombreux articles se sont intéressés à ce problème. Nous renvoyons le lecteur à la synthèse de Deffains [1997]. Dans ces modèles, le recours à l'arbitrage est efficace. Il est le résultat de la prise en compte des contraintes incitatives pesant sur les parties.

### **4.3.2 La réduction du nombre de litiges**

Il existe une corrélation positive entre le nombre de litiges et l'importance des précautions prises par les parties. Plus un automobiliste est prudent au volant, moins il a de risque d'avoir un accident. Le thème de la précaution a été principalement étudié à travers les incitations procurées par les divers systèmes de responsabilité. L'objectif est de minimiser le coût social du litige.

Pn'g [1987] est l'un des premiers économistes à considérer l'influence du mode de résolution des litiges sur l'effort de précaution. Shavell [1995] met en évidence l'impact positif de la signature d'une clause compromissoire sur le comportement préventif des parties.

En effet l'arbitrage étant coûteux et la clause compromissoire l'imposant en cas de conflit, les parties ont intérêt à prendre les précautions nécessaires afin de réduire la probabilité d'apparition d'un litige. Cette probabilité est décroissante avec le niveau de précaution choisi. Plus une entreprise sera attentive à son processus de production, moins les risques d'incident seront grands. Les parties recherchent le meilleur compromis entre les coûts des précautions et le gain en probabilité qu'elles permettent d'obtenir. En outre, la prise de précautions permet à la partie qui les met en oeuvre de s'assurer une sentence favorable en cas d'arbitrage. Il n'existe, en effet, pas de règle juridique impliquant une augmentation de la responsabilité de la partie prenant des précautions. En outre, l'arbitrage présente l'avantage de laisser aux parties le choix des règles qui prévaudront lors de la procédure. Elles peuvent ainsi décider de substituer une règle de responsabilité pour faute à une règle de responsabilité stricte (ou inversement) si elles estiment cette nouvelle règle plus favorable à leur contrat.

Dans une relation bilatérale, il est généralement admis qu'une des parties dispose de plus d'informations que l'autre. Dans le cas d'une relation de vente et d'achat, le vendeur est supposé détenir plus d'informations sur la qualité de son produit. Si l'acheteur ne peut différencier les vendeurs, ces derniers vendent leur produit à un prix unique (Akerlof [1970]) et le marché est susceptible de disparaître. L'intérêt des bons vendeurs est de trouver un moyen de se différencier afin de s'accaparer le marché. De nombreuses solutions ont été proposées. La publicité, la garantie, les normes de qualité en font notamment partie. La clause compromissoire peut également jouer ce rôle. Elle impose le recours à l'arbitrage et donc un dédommagement en cas de litige. En ce sens, elle s'apparente à une clause de garantie. Elle permet aux entreprises de bonne qualité de se signaler et d'obtenir le marché. Par

conséquent, les contrats sont passés avec les meilleures entreprises, ce qui tend à faire diminuer le nombre de litiges.

La plupart des relations commerciales sont régies explicitement par un contrat. Au moment de sa signature, il est souvent impossible aux parties de prendre en compte toutes les contingences. En d'autres termes, les parties ne peuvent pas considérer de manière exhaustive les différentes possibilités et ce que devra être le comportement des contractants dans chacune d'elles. Le contrat signé est alors incomplet. Cette incomplétude est souvent la source d'inefficacité. A titre d'exemple citons les relations de production conjointe faisant appel à des investissements spécifiques irrécupérables. Dans le cadre de relations commerciales, l'arbitrage peut permettre aux parties de ne pas perdre la totalité des bénéfices mutuels ayant motivés leur collaboration. Elle laisse la porte ouverte à des comportements opportunistes. Il peut être de l'intérêt d'une des parties de laisser sa partenaire investir pour ensuite s'approprier les gains de l'investissement. L'une des solutions consiste pour les contractants à faire appel à un arbitre. Son rôle sera de déterminer les actions appropriées lorsque des situations non prévues par le contrat (des points litigieux) apparaîtront. Le fait de savoir que les litiges seront réglés par voie d'arbitrage, rend les tentatives de comportements opportunistes moins attrayantes.

#### **4.3.3 La transmission d'information**

La sentence arbitrale est définie comme correcte lorsqu'elle a été rendue en application des règles et dans des conditions d'information complète. Cependant, le tribunal arbitral ne dispose pas initiallement de toute l'information nécessaire. Les parties sont le plus au fait de la nature du litige. Plus le tribunal obtient d'informations (justes), moins il est susceptible de commettre des erreurs. Cependant, les parties ont intérêt à cacher de l'information ou à la manipuler.

Baird, Gertner et Picker [1994] affirment qu'un système légal idéal doit tenir compte de l'information contenue dans les actions des individus. Il en est ainsi de l'arbitrage. Bien que les procédures d'arbitrages ne permettent pas une totale convergence des propositions des parties (nous ne tenons pas compte des procédures proposées par les théoriciens et qui n'ont pas d'application), le tribunal arbitral rend sa sentence en utilisant l'information fournie par les parties à travers leurs prétentions. Ce mécanisme lui permet de rendre une sentence juste.

Plusieurs solutions ont été proposées afin d'améliorer la qualité de l'information envoyée par les parties. Toutes ont comme objectif de rendre l'arbitrage plus coûteux ou plus risqué. L'augmentation des frais de la procédure ou l'accroissement de l'incertitude pesant sur la sentence font partie des caractères propres à l'arbitrage. Il convient aux institutions d'arbitrage de les prendre en compte. La modification de la répartition des coûts et/ou la modification des règles de responsabilité peuvent être imposées par les parties au moment de la signature de la clause compromissoire. Toutefois, l'arbitrage doit conserver sa qualité de simplicité. Il convient de trouver le juste compromis entre l'augmentation des coûts induite par l'acquisition supplémentaire d'information et le gain issu de la réduction des erreurs de jugement. La rédaction attentive d'une clause compromissoire permet aux parties de choisir les règles qui le tribunal leur fera valoir lors de l'instruction du litige.

### Conclusion

Dans cet exposé nous avons apporté quelques éléments de réponses aux questions concernant le recours à l'arbitrage. Pourquoi cette procédure est-elle choisie par les parties? Quels avantages privés ou sociaux justifient son utilisation? A la première question nous avons répondu par une analyse coûts-bénéfices. A l'instar de toute décision économique, celle de recourir à l'arbitrage est fondée sur des critères de rationalité. 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 discréetion ou encore de contrôle de la procédure. Nous avons montré l'avantage de l'arbitrage en termes de qualité de la sentence, en particulier lorsque des domaines spécialisés sont concernés (droit maritime, droit de la propriété industrielle, droit international....). La possibilité (lorsqu'elle lui est donnée) pour l'arbitre de statuer en amiable compositeur, lui permet de juger en équité et ainsi de veiller aux maintiens de bonnes relations entre les parties. La rédaction d'une clause compromissoire est profitable au niveau des incitations à des comportements prudents, des limitations des comportements opportunistes et de l'acquisition d'information.

Par conséquent, l'association de l'amiable composition et de la clause compromissoire permet à l'arbitrage de prendre sa pleine valeur. L'utilisation de l'arbitrage *via un compromis* lorsque les arbitres jugent en suivant les règles de droit ne permet pas de faire de l'arbitrage une procédure assez différente du procès pour justifier des coûts importants qu'il entraîne.

Les questions qui se posent alors concernent la promotion de cette méthode de résolution des litiges. L'arbitrage doit-il être plus fortement encouragé, voire subventionné? Ses domaines d'application doivent-ils être étendus?

Sans parler d'encouragements, ni de subventions, il apparaît que l'arbitrage souffre d'un manque cruel d'informations. Peu d'entreprises connaissent ce mode de résolution des litiges. Lorsqu'elles le connaissent, elles en ignorent les règles. L'utilisation de l'arbitrage en France semble être l'apanage de quelques grandes firmes (LVMH, Eurodisney, France Telecom...). En choisissant l'arbitrage, ces grands groupes ne subissent plus le droit, mais l'utilisent afin d'accroître ou de maintenir leurs profits. Cependant, la grande majorité des entreprises est constitué de petites et moyennes entreprises qui ne disposent pas des moyens nécessaires pour recourir à l'arbitrage. Cette état de fait tend à expliquer la faiblesse du développement de l'arbitrage en France.

La question de l'extension de l'arbitrage est de plus en plus abordée. Il s'agit le plus souvent d'étendre la possibilité de l'arbitrage aux matières civile, pénale ou encore publique. Dans ces domaines, la médiation et/ou la conciliation ont déjà fait, ou sont en train de faire, leur apparition. L'arbitrage n'est souhaitable que si les avantages mis en avant peuvent prendre leur effet. De plus en plus fréquemment, l'Etat nomme des médiateurs, conciliateurs ou arbitres lors de conflits du travail dans le secteur public. Le développement de l'arbitrage en ce domaine nous paraît tout à fait souhaitable. Les relations de travail constituent un exemple parfait de relation à long terme qu'il convient de pérenniser. Des investissements spécifiques et irrécupérables en capital humain (formation, par exemple) y sont réalisés et il convient de les protéger. La résolution des conflits en dehors des tribunaux s'avère nécessaire en ce sens. Comme nous l'avons mis en évidence précédemment, la signature d'une clause compromissoire permet de réduire les comportements opportunistes et s'avère donc une solution efficace. En outre, les incitations à la précaution qu'elle suscite peuvent s'avérer prépondérantes dans le domaine des conditions de travail où les mesures de sécurité sont importantes. Ces avantages privés ont pour corollaire des bénéfices collectifs puisqu'ils entraînent une réduction du nombre de litige. Il est à ce titre remarquable qu'aux Etats-Unis la plupart des arbitrages concernent des conflits du travail tant dans le secteur public que privé. Dans de nombreux Etats, l'arbitrage est imposé comme substitut à la grève. Les employés du secteur public n'ayant pas le droit de grève (pompiers, policiers) sont ainsi obligés de recourir à l'arbitrage en cas de conflit.

Cette extension de l'arbitrage aux conflits du travail suppose une sortie du cadre juridique. En effet, les litiges concernant les salaires ou les conditions de travail ne possèdent pas de fondement juridique et n'entraîne donc pas d'effets de droit. Le procès ne peut plus asseoir la crédibilité de l'arbitrage. La solution alternative à l'arbitrage n'est plus le procès, mais la grève.

# Chapitre 5

## Efficacité comparée des Modes Alternatifs de Règlement des Litiges dans les pays de droit civil

### Introduction

L'analyse économique des conflits étudie le mode de résolution des litiges lorsque les parties ont le choix entre régler leur différend à l'amiable ou aller au jugement. Traditionnellement, l'étude de la solution coopérative est limitée à la libre négociation (P'ng [1983], Bebchuck [1984], Reinganum et Wilde [1986], Spier [1992], ...). Dans la réalité et dans tous les pays, une large panoplie de solutions amiables est pourtant offerte aux justiciables, chacune se différenciant par sa forme, par la présence ou non d'un tiers, par l'autonomie du tiers par rapport au juge ou encore par son coût. Ces alternatives au jugement sont regroupées sous le vocable de Modes Alternatifs de Réglement des Litiges (MARL) ou d'*Alternative Dispute Resolution (ADR)*.

Peu d'économistes se sont intéressés aux particularités de ces modes de règlement des litiges. Shavell [1995] 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. Il étudie plus particulièrement la médiation et 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, Shavell ignore 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 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<sup>1</sup>. 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<sup>2</sup>. L'objet de cet article est alors de démontrer que le comportement de négociation des parties varie en fonction de celui qui nomme le tiers (parties ou juge).

Avant de poursuivre l'analyse, il convient de souligner précisément les particularités de l'arbitrage et de la médiation (sachant que ces deux alternatives au jugement sont autorisées en matière civile, même si l'usage de l'arbitrage dans ce domaine demeure encore très exceptionnel).

En premier lieu, l'**arbitrage** est un mode de résolution **juridictionnel** dans la mesure où la sentence de l'arbitre s'impose aux parties. En revanche, la **médiation** est un mode de résolution **non-juridictionnel** puisque le médiateur ne peut pas imposer de solution aux parties ; son rôle se limite à leur soumettre une solution ou à les aider à en élaborer une<sup>3</sup>.

En second lieu, l'**arbitrage** relève d'une **justice privée**, exercée par des tiers choisis pour leurs compétences spécifiques. Lorsque les parties optent pour l'arbitrage, elles renoncent à la justice des tribunaux. A l'inverse, la **médiation** relève de la **justice publique** : elle est menée par des tiers placés sous la surveillance du juge public<sup>4</sup>. Elle s'opère donc dans le cadre des tribunaux, à l'ombre du juge qui conserve une position dominante à

---

<sup>1</sup>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".

<sup>2</sup>Notre étude porte sur la médiation dite "judiciaire", instaurée par la loi du 8 février 1995 et régie par les articles 131-1 à 131-15 du NCPC.

<sup>3</sup>Selon Cornu et Foyer [1996], "le médiateur doit tenter d'échafauder une solution, un projet de règlement qu'il va soumettre aux parties".

<sup>4</sup>Durant la phase de médiation judiciaire, le juge n'est pas désaissi (art. 131-2). Il peut d'ailleurs mettre fin à la médiation à la demande de l'une des parties, du médiateur ou s'il estime que le bon déroulement de la médiation est compromis (art. 131-10 du NCPC).

travers ses pouvoirs de nomination, de surveillance et d'homologation des accords.

Enfin, l'arbitrage est un mode de résolution des litiges très coûteux. Le coût d'une procédure d'arbitrage est le prix à payer pour préserver le secret du conflit et bénéficier de compétences particulières. A l'inverse, même si le médiateur est rémunéré par les parties, la médiation est une procédure peu onéreuse. De surcroît, en France, les justiciables peuvent bénéficier de l'aide juridictionnelle, à condition toutefois de répondre aux critères d'éligibilité.

Les procédures d'arbitrage étudiées concernent uniquement les arbitrages nés d'un compromis. En effet, seuls ces derniers sont autorisés en France en matière civile, la clause compromissoire étant interdite dès lors que le conflit n'est pas de nature commerciale. En outre, notre intérêt se limitera à l'arbitrage conventionnel dans lequel l'arbitre n'est pas contraint par les propositions des parties.

## 5.1 Le tiers choisi par les parties : l'arbitrage

L'arbitrage, contrairement aux autres modes alternatifs de règlement des litiges, a donné lieu à plusieurs études économiques (Farber [1981], Farber et Bazerman [1986], Bloom [1986], Aschenfelter [1987], Aschenfelter, Curries, Farber et Spiegel [1992]). Ces études s'intéressent plus particulièrement aux déterminants de la sentence arbitrale. Ils ignorent en revanche les raisons qui peuvent expliquer le recours à ce mode de résolution. Shavell [1995] s'efforce néanmoins de justifier l'existence des *ADR* mais sans construire de modèle de choix entre le jugement et l'arbitrage. Notre étude a pour but de compléter les travaux existants en déterminant les conditions sous lesquelles, une fois le litige né, les parties décident d'opter pour l'arbitrage. Nous nous intéresserons ensuite à la façon dont l'arbitre fixe sa sentence et aux propositions des parties.

### 5.1.1 Les conditions du recours à l'arbitrage

Les arguments en faveur de l'arbitrage sont d'abord présentés. Ensuite, les conditions sous lesquelles chaque partie décide de recourir à l'arbitrage sont spécifiées. Dans une procédure d'arbitrage, ce sont en effet les parties qui décident seules, sans intervention d'un juge, de recourir aux services d'un tiers pour régler leur différend. Le choix de cette procédure va alors dépendre

de la perception des parties quant à la décision de l'arbitre. Enfin, le mode de résolution du litige est déterminé, sachant que l'arbitrage, contrairement au jugement, requiert l'accord des deux parties.

### A- Les arguments en faveur de l'arbitrage

Les parties vont opter pour la procédure d'arbitrage si elles estiment en retirer un gain par rapport au jugement. Les arguments les plus fréquemment avancés en faveur de l'arbitrage sont sa souplesse (même si le degré de formalisme des procédures arbitrales tend à s'accroître), sa rapidité, sa confidentialité<sup>5</sup>, la compétence technique spécifique de l'arbitre ; ces arguments s'opposent à la complexité des procédures judiciaires, à la lenteur des tribunaux, à la publicité des jugements et à la compétence générale du juge. L'arbitrage, cependant, présente l'inconvénient majeur d'être une procédure extrêmement coûteuse. Néanmoins, ces coûts supplémentaires par rapport au jugement sont généralement compensés par les gains retirés de la confidentialité qui permet au conflit de demeurer secret. En conséquence, nous admettons que l'arbitrage permet une économie de coûts par rapport au jugement correspondant à :

$$(T_p + T_d) - (N_p + N_d) = E_p + E_d$$

A cette différence de coûts s'ajoute l'effet de l'expérience de l'arbitre sur le risque d'erreur de la décision rendue. Plus précisément, l'expérience de l'arbitre dans le type particulier du litige qu'il doit trancher lui permettrait de réduire le risque d'erreur par rapport à celui du juge<sup>6</sup>. Les risques d'erreur sont de deux types :

---

<sup>5</sup>Pour Guyon [1995], “le seul avantage indiscutable de l'arbitrage est sa discrétion. En effet, même si les parties peuvent demander que les débats devant un tribunal d'Etat aient lieu en la chambre du conseil, le jugement doit toujours être rendu en audience publique (art. 451 du NCPC). Or cette publicité est souvent gênante. Il suffit d'envisager le cas où un producteur reproche des malfaçons à l'un de ses sous-traitants” (GUYON Y. [1995], *L'arbitrage*, Droit poche, Droit des Affaires, Economica, p. 9).

<sup>6</sup>Selon Benson, “les arbitres tendent à être spécialisés dans des types particuliers de conflits. Un spécialiste peut rendre une décision plus rapidement et avec moins de transferts d'informations, et donc moins de coûts pour les parties mais également avec un risque d'erreur plus faible” (B. BENSON, Arbitration, *The Encyclopedia of Law and Economics*, à paraître, B. Bouckaert et G. De Geest Editors, Edward Elgar and the University of Ghent Publishers, p. 4).

Néanmoins, il ne faut pas en déduire que le risque d'erreur est nécessairement plus faible lorsque le litige est tranché par un arbitre plutôt que par un juge, notamment parce que

- le risque d'erreur de type 1: innocenter un défendeur coupable,
- le risque d'erreur de type 2: condamner un défendeur innocent.

L'arbitre est soumis aux mêmes types d'erreurs que le juge qui peuvent être de type 1 ou de type 2. En supposant que les compétences spécifiques de l'arbitre peuvent réduire les risques d'erreur par rapport au juge, les risques d'erreur du juge et de l'arbitre sont :

- $q_1$  et  $q'_1$ : risques d'erreur de type 1 respectivement du juge et de l'arbitre, avec  $q'_1 < q_1$  compte-tenu des compétences spécifiques de l'arbitre,
- $q_2$  et  $q'_2$ : risques d'erreur de type 2 respectivement du juge et de l'arbitre (condamner un défendeur innocent), avec  $q'_2 < q_2$  compte-tenu des compétences spécifiques de l'arbitre.

Ces risques d'erreurs définis, il convient de les intégrer dans les paiements des parties en cas de jugement et en cas d'arbitrage afin de déterminer les conditions sous lesquelles l'arbitrage est préféré au jugement.

## B- Le choix des parties

Les gains attendus nets du demandeur sous les deux procédures (procès et arbitrage) sont d'abord déterminés, puis les pertes escomptées du défendeur en cas de procès et d'arbitrage sont spécifiées. Nous supposons qu'il existe deux types de défendeurs : les défendeurs coupables qui représentent une proportion  $\alpha$  de la population totale des défendeurs et les défendeurs innocents qui sont présents dans une proportion complémentaire ( $1 - \alpha$ ).

---

les juges peuvent recourir à des experts pour éclairer leurs décisions. Cependant, dans des litiges très techniques ou de nature spécifique, l'intervention d'un tiers spécialisé contribue à réduire le risque d'erreur. Selon Guyon [1995], en effet, l'avantage de l'arbitrage selon lequel il permettrait d'aboutir à "une justice de meilleure qualité" est indéniable dans des domaines très particuliers comme le droit aérien ou maritime ou certains aspects du droit des sociétés (GUYON Y. [1995], *L'arbitrage*, Droit poche, Droit des Affaires, Economica, p. 9)

### a) Gains nets attendus du demandeur en fonction de la procédure

Le demandeur connaît la proportion des défendeurs de chaque type dans la population mais ignore celui de son adversaire de sorte qu'il est soumis à un problème d'anti-sélection. Il connaît également les risques d'erreur de types 1 et 2 du juge et de l'arbitre. Il est supposé que l'enjeu du litige  $D$  est indépendant du mode de résolution du litige (procès ou arbitrage). En d'autres termes, il est supposé que le juge et l'arbitre évaluent de la même façon les dommages et intérêts<sup>7</sup>.

Le demandeur en déduit ses gains nets escomptés au *jugement* :

$$G_p = \alpha(1 - q_1)D + (1 - \alpha)q_2D - T_p = D[\alpha(1 - q_1) + (1 - \alpha)q_2] - T_p \quad (5.1)$$

où  $P_p = \alpha(1 - q_1) + (1 - \alpha)q_2$  représente sa probabilité de victoire au procès et  $T_p$  ses coûts de procès.

Il évalue ensuite ses gains attendus de la *sentence arbitrale* :

$$A_p = \alpha(1 - q'_1)D + (1 - \alpha)q'_2D - N_p = D[\alpha(1 - q'_1) + (1 - \alpha)q'_2] - N_p \quad (5.2)$$

Le demandeur préfère l'arbitrage au procès si et seulement si il en retire un gain net c'est-à-dire si et seulement si  $G_p - A_p \leq 0$  ( $\Leftrightarrow A_p \geq G_p$ ). Il faut donc étudier le signe de  $G_p - A_p$ .

$$\begin{aligned} G_p - A_p &= D[\alpha(1 - q_1) + (1 - \alpha)q_2] - T_p - \{D[\alpha(1 - q'_1) + (1 - \alpha)q'_2] - N_p\} \\ &\Leftrightarrow \alpha(q'_1 - q_1)D + (1 - \alpha)(q_2 - q'_2)D - (T_p - N_p) \end{aligned} \quad (5.3)$$

Le signe de l'expression (3) est indéterminé. En effet :

- le terme  $\alpha(q'_1 - q_1)D$  est négatif puisque par hypothèse ( $q'_1 < q_1$ ) ;
- le terme  $-(T_p - N_p)$  est supposé négatif compte-tenu des arguments favorables à l'arbitrage (simplicité, souplesse, rapidité confidentialité) ;
- mais le terme  $(1 - \alpha)(q_2 - q'_2)D$  est positif; en effet, la diminution du risque d'erreur de type 2 permise par l'arbitrage est défavorable au demandeur puisqu'elle réduit ses chances d'être indemnisé ( $q'_2 < q_2$ ).

En conséquence, l'arbitrage est préféré au jugement si la réduction du risque d'erreur de type 1 et les avantages de l'arbitrage par rapport au procès suffisent à compenser la réduction du risque d'erreur de type 2. En d'autres termes, le demandeur préfère l'arbitrage au jugement si et seulement si :

$$G_p - A_p \leq 0 \Leftrightarrow (1 - \alpha)(q_2 - q'_2)D \leq (T_p - N_p) + \alpha(q_1 - q'_1)D \quad (5.4)$$

---

<sup>7</sup>Cette hypothèse sera discutée dans le paragraphe suivant, consacré aux déterminants de la sentence arbitrale.

## b) Pertes brutes attendues du défendeur en fonction de la procédure

Les résultats de l'étude comparative entre le jugement et la sentence arbitrale vont dépendre du type du défendeur. En effet, chaque défendeur est soumis à un seul type d'erreur : le risque d'erreur de type 1 pour les défendeurs coupables, le risque d'erreur de type 2 pour les défendeurs innocents. En conséquence, la diminution du risque d'erreur de type 1 permise par l'arbitrage est sans effet sur les défendeurs innocents alors qu'elle est défavorable aux défendeurs coupables qui ont moins de chances d'échapper à leur obligation de réparation du dommage. A l'inverse, la diminution du risque d'erreur de type 2 permise par l'arbitrage est sans effet sur les défendeurs coupables mais favorise les défendeurs innocents qui voient leur chances d'être condamnés à tort diminuer.

- *Choix du défendeur coupable entre le procès et l'arbitrage :*

Les pertes attendues du défendeur coupable sont :

- en cas de jugement :  $G_d = D(1 - q_1) + T_d$
- en cas d'arbitrage :  $A_d = D(1 - q'_1) + N_d$

Le défendeur coupable préfère l'arbitrage au procès si et seulement si  $G_d - A_d \geq 0$ . Or :

$$G_d - A_d = D(q'_1 - q_1) + (T_d - N_d) \quad (5.5)$$

Le signe de cette expression est indéterminé. En effet, le terme  $(T_d - N_d)$  est positif en raison des différents avantages de l'arbitrage par rapport au jugement (simplicité, rapidité, souplesse, confidentialité). En revanche, le terme  $D(q'_1 - q_1)$  est négatif ( $q'_1 < q_1$ ). Il en résulte qu'un défendeur coupable préfère l'arbitrage au jugement si et seulement si l'économie de coûts réalisée excède l'augmentation de ses pertes attendues liée à la diminution du risque d'erreur de type 1 (innocenter un défendeur coupable).

- *Choix du défendeur innocent entre le procès et l'arbitrage :*

Les pertes attendues du défendeur coupable sont :

- en cas de jugement :  $G_d = q_2 D + T_d$
- en cas d'arbitrage :  $A_d = q'_2 D + N_d$

Le défendeur innocent opte pour l'arbitrage si et seulement si  $G_d - A_d \geq 0$ .  
Or :

$$G_d - A_d = D(q_2 - q'_2) + (T_d - N_d) \quad (5.6)$$

Cette expression est toujours positive. En effet, d'une part, l'arbitrage présente des avantages (rapidité, souplesse, confidentialité) qui permettent une économie de coûts par rapport au procès ( $T_d - N_d > 0$ ). D'autre part, la diminution du risque d'erreur de type 2 (condamner un innocent) réduit ses pertes escomptées par rapport au jugement ( $q_2 > q'_2$ ). Il en résulte qu'un défendeur innocent préfère toujours l'arbitrage au jugement.

L'ensemble de nos résultats peut être résumé dans la proposition suivante :

**Proposition 5** *Un demandeur préfère l'arbitrage au jugement si l'économie de coûts permise par l'arbitrage et la réduction du risque d'erreur de type 1 suffisent à compenser la réduction du risque d'erreur de type 2. Dans le cas inverse, il préfère le jugement.*

*Un défendeur innocent préfère toujours l'arbitrage au jugement en raison de l'économie de coûts permise par l'arbitrage et de la réduction du risque d'erreur de type 2.*

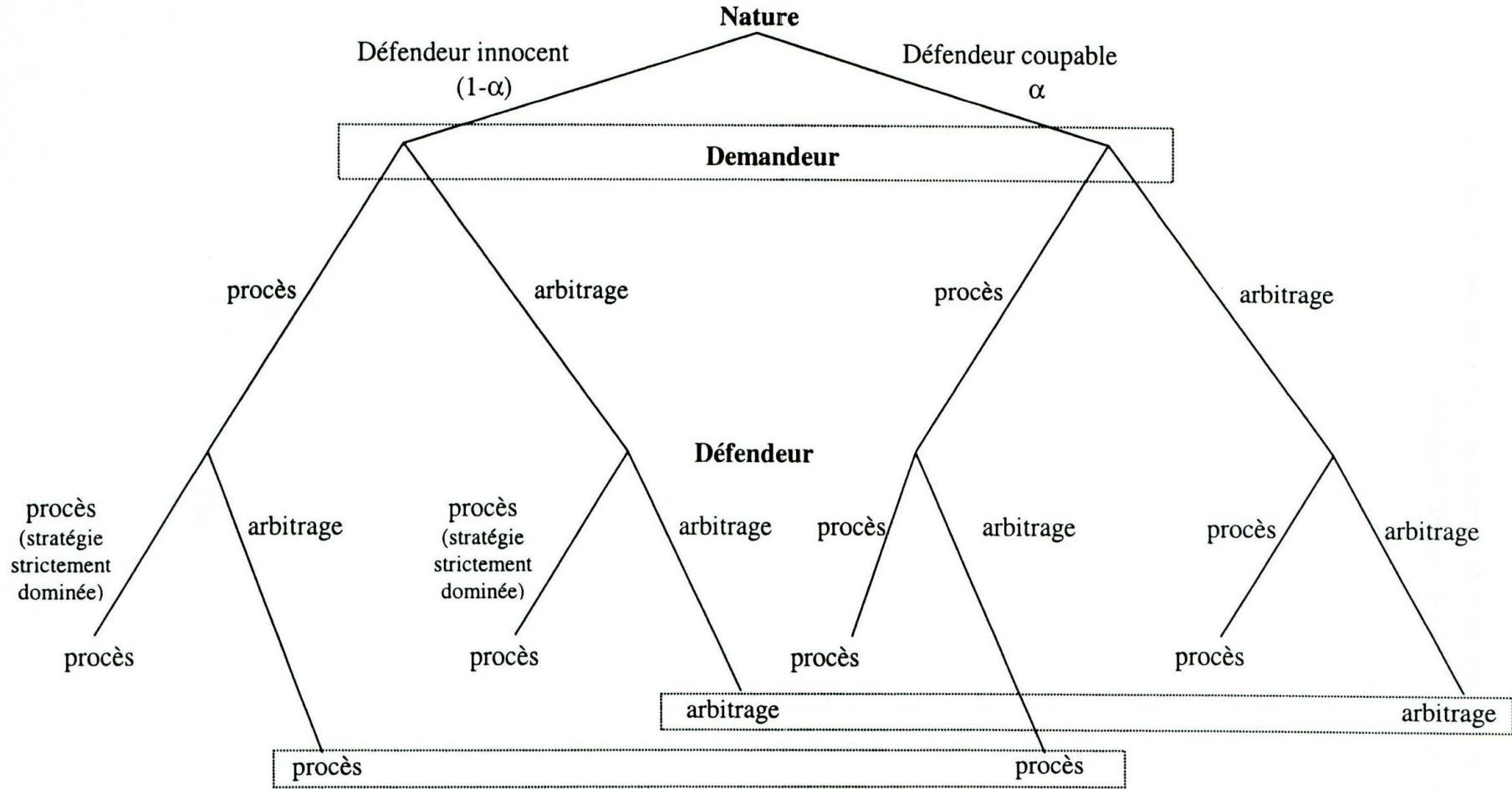
*Un défendeur coupable préfère l'arbitrage au jugement si l'économie de coûts permise par l'arbitrage suffit à compenser l'augmentation de ses pertes attendues compte-tenu de la diminution du risque d'erreur de type 1. Dans le cas inverse, il préfère le jugement.*

Ces résultats permettent de prévoir le mode de résolution du litige (sentence arbitrale ou jugement) en fonction des stratégies choisies par les parties.

## C- Le mode de résolution du litige

L'arbitrage est possible uniquement avec l'accord des deux parties. L'arbre du jeu correspondant au choix entre l'arbitrage et le jugement est présenté à la page suivante. Le type du défendeur est choisi par la Nature. Le demandeur ignore le type du défendeur de sorte qu'il choisit sa stratégie en se fondant uniquement sur la répartition connue des deux types de défendeurs dans la population. Le défendeur, en revanche connaît son type et choisit sa stratégie en fonction de celui-ci. La matrice des paiements associées à ce jeu est

présentée dans le tableau intitulé: "Matrice des paiements du demandeur, du défendeur coupable et du défendeur innocent"



Le choix entre l'arbitrage et le jugement

|                                        |                                                                        | <i>Stratégies du défendeur</i>                                            |                                                                    |                                                                       |  |
|----------------------------------------|------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------|--|
|                                        |                                                                        | Défendeur coupable                                                        |                                                                    | défendeur innocent                                                    |  |
| <i>Stratégies<br/>du<br/>Demandeur</i> | procès                                                                 | arbitrage                                                                 | procès                                                             | arbitrage                                                             |  |
|                                        | ( $\alpha D(1-q_1) + (1-\alpha)Dq_2 \cdot T_p$ ;<br>$D(1-q_1) + T_d$ ) | ( $\alpha D(1-q_1) + (1-\alpha)Dq_2 \cdot T_p$ ;<br>$D(1-q_1) + T_d$ )    | ( $\alpha D(1-q_1) + (1-\alpha)Dq_2 \cdot T_p$ ;<br>$Dq_2 + T_d$ ) | ( $\alpha D(1-q_1) + (1-\alpha)Dq_2 \cdot T_p$ ;<br>$Dq_2 + T_d$ )    |  |
| <b>procès</b>                          | ( $\alpha D(1-q_1) + (1-\alpha)Dq_2 \cdot T_p$ ;<br>$D(1-q_1) + T_d$ ) | ( $\alpha D(1-q'_1) + (1-\alpha)Dq'_2 \cdot N_p$ ;<br>$D(1-q'_1) + N_d$ ) | ( $\alpha D(1-q_1) + (1-\alpha)Dq_2 \cdot T_p$ ;<br>$Dq_2 + T_d$ ) | ( $\alpha D(1-q'_1) + (1-\alpha)Dq'_2 \cdot N_p$ ;<br>$Dq'_2 + N_d$ ) |  |
| <b>arbitrage</b>                       | ( $\alpha D(1-q_1) + (1-\alpha)Dq_2 \cdot T_p$ ;<br>$D(1-q_1) + T_d$ ) | ( $\alpha D(1-q'_1) + (1-\alpha)Dq'_2 \cdot N_p$ ;<br>$D(1-q'_1) + N_d$ ) | ( $\alpha D(1-q_1) + (1-\alpha)Dq_2 \cdot T_p$ ;<br>$Dq_2 + T_d$ ) | ( $\alpha D(1-q'_1) + (1-\alpha)Dq'_2 \cdot N_p$ ;<br>$Dq'_2 + N_d$ ) |  |

Les paiements des parties sont présentés de la façon suivante : (paiement du demandeur ; paiement du défendeur)

Paiements du demandeur, du défendeur coupable et du défendeur innocent  
selon le mode de résolution du litige

D'après cette matrice, deux équilibres peuvent être obtenus lorsque *le demandeur choisit l'arbitrage* :

- un équilibre *mélangeant* (noté  $E_1$ ) dans lequel les deux types de défendeurs choisissent l'arbitrage et qui conduit à une sentence arbitrale ; les stratégies d'équilibre sont ici (arbitrage; arbitrage, arbitrage)<sup>8</sup> ; cet équilibre est obtenu lorsque les conditions suivantes sont vérifiées :
  - demandeur :  $(1 - \alpha)(q_2 - q'_2)D \leq \alpha(q_1 - q'_1)D + (T_p - N_p)$
  - défendeur coupable :  $D(q_1 - q'_1) \leq (T_d - N_d)$
  - défendeur innocent :  $D(q_2 - q'_2) + (T_d - N_d) \geq 0$  (toujours vérifiée).
- un équilibre *séparateur* (noté  $E_2$ ) dans lequel le défendeur innocent choisit l'arbitrage et le défendeur coupable le procès ; dans ce cas, le litige a deux issues possibles en fonction du type de défendeur : un jugement si le défendeur est coupable, une sentence arbitrale si le défendeur est innocent ; les stratégies d'équilibre sont (procès; arbitrage; arbitrage) ; cet équilibre est obtenu lorsque les conditions suivantes sont vérifiées :
  - demandeur :  $(1 - \alpha)(q_2 - q'_2)D \leq \alpha(q_1 - q'_1)D + (T_p - N_p)$
  - défendeur coupable :  $D(q_1 - q'_1) > (T_d - N_d)$ ,
  - défendeur innocent :  $D(q_2 - q'_2) + (T_d - N_d) \geq 0$  (toujours vérifiée).

De même, lorsque *le demandeur opte pour le jugement*, deux équilibres peuvent être atteints en fonction du type du défendeur :

- un équilibre *mélangeant* (noté  $E_3$ ) dans lequel les deux défendeurs auraient préféré l'arbitrage mais qui conduit nécessairement à un jugement compte-tenu du choix du demandeur ; les stratégies d'équilibre sont ici (procès; arbitrage, arbitrage) ; cet équilibre est obtenu lorsque les conditions suivantes sont vérifiées :

---

<sup>8</sup>Les stratégies d'équilibre sont données dans l'ordre suivant : (stratégie du demandeur ; stratégie du défendeur coupable, stratégie du défendeur innocent).

- demandeur:  $(1 - \alpha)(q_2 - q'_2)D > \alpha(q_1 - q'_1)D + (T_p - N_p)$
  - défendeur coupable:  $D(q_1 - q'_1) \leq (T_d - N_d)$
  - défendeur innocent:  $D(q_2 - q'_2) + (T_d - N_d) \geq 0$  (condition toujours vérifiée).
- un équilibre *séparateur* (noté  $E_4$ ) dans lequel le défendeur innocent choisit l'arbitrage et le défendeur coupable le procès; dans ce cas, le jugement est la seule issue possible, quel que soit le type du défendeur en raison du choix du demandeur; les stratégies d'équilibre sont (procès; procès, arbitrage); cet équilibre est obtenu lorsque les conditions suivantes sont vérifiées:
    - demandeur:  $(1 - \alpha)(q_2 - q'_2)D > \alpha(q_1 - q'_1)D + (T_p - N_p)$
    - défendeur coupable:  $D(q_1 - q'_1) > (T_d - N_d)$
    - défendeur innocent:  $D(q_2 - q'_2) + (T_d - N_d) \geq 0$  (condition toujours vérifiée).

En définitive, la proposition suivante peut être énoncée :

**Proposition 6** *Le jeu opposant les parties sur le choix du mode de résolution du litige peut conduire à quatre équilibres selon l'importance des coûts de procès ( $T_p$ ,  $T_d$ ,  $N_p$  et  $N_d$ ) et selon les risques d'erreur du juge et de l'arbitre ( $q_1$  et  $q_2$  pour le juge,  $q'_1$  et  $q'_2$  pour l'arbitre). Les équilibres potentiels sont :*

- deux équilibres mélangeants : l'équilibre  $E_1$ , associé aux stratégies (arbitrage; arbitrage, arbitrage), qui conduit à une sentence arbitrale et l'équilibre  $E_3$ , associé aux stratégies (procès; arbitrage, arbitrage) qui implique un jugement,
- deux équilibres séparateurs : l'équilibre  $E_2$ , associé aux stratégies (arbitrage; procès, arbitrage) qui conduit au jugement si le défendeur est coupable et à une sentence arbitrale si le défendeur est innocent, et l'équilibre  $E_4$ , associé aux stratégies (procès; procès, arbitrage) qui conduit toujours au jugement de l'affaire compte-tenu du choix du demandeur.

### 5.1.2 Les déterminants de la sentence arbitrale

Dans notre étude du choix des parties entre le jugement et l'arbitrage, nous avons supposé que le juge et l'arbitre octroyaient le même montant de dommages et intérêts,  $D$ . Or, il semble que le juge et l'arbitre ne fondent pas leur décision sur les mêmes éléments. Leurs décisions n'ont alors plus de raisons d'être identiques. Plus précisément, le juge doit s'efforcer "de donner ou de restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée" (art. 12 alinéa 2 du NCPC). Les faits jouent donc un rôle essentiel dans l'établissement d'un jugement. En revanche, l'intervention de l'arbitre résulte d'une volonté commune des parties de faire trancher leur litige par une personne privée. L'arbitre, comme le rappellent Farber et Bazerman [1985], ne peut alors se contenter des faits, pour au moins trois raisons. D'abord, la sentence arbitrale doit être acceptable pour les deux parties afin que leurs relations commerciales ou professionnelles de long terme soient préservées. Ensuite, les offres des parties ne peuvent être négligées car elles sont susceptibles de contenir des informations relatives aux faits du litige que l'arbitre ne peut obtenir autrement<sup>9</sup>. Enfin, l'arbitre, contrairement au juge, est choisi par les parties et son revenu dépend directement du nombre d'affaires traitées. En conséquence, s'il désire maximiser ses chances d'être choisi pour dénouer d'autres conflits, il doit trouver une solution qui les satisfasse toutes les deux (alors qu'un juge n'est pas soumis à cette contrainte).

L'objectif de l'arbitre consiste à maximiser son utilité qui dépend du nombre d'arbitrages auxquels il participe. Son objectif est donc de maximiser sa probabilité d'être à nouveau choisi dans l'avenir. Pour ce faire, il doit se garder de prendre des décisions extrêmes qui mécontenteraient l'une des parties. En conséquence, il va intégrer les propositions des parties dans sa décision. Néanmoins, pour la plupart des auteurs (Farber [1981], Bloom [1986], ...), il se réfère également aux faits, afin d'estimer la sentence "juste" (*appropriate award*). En définitive, l'arbitre s'efforce de minimiser l'écart entre sa sentence et d'une part, la sentence estimée "juste" (fondée sur les faits), d'autre part, les propositions des parties (pour éviter de mécontenter l'une d'elles). Soient  $y_p$  et  $y_d$  les propositions des parties,  $s$  la sentence et  $y_{ep}$  et  $y_{ed}$  la sentence estimée "juste", respectivement par le demandeur et le défendeur.

---

<sup>9</sup>Cet argument peut paraître critiquable en vertu des comportements stratégiques que les parties sont incitées à adopter dès lors que les informations qu'elles détiennent leur sont défavorables. Les offres ont alors pour seul objectif de tromper l'arbitre et l'adversaire.

La fonction d'utilité de l'arbitre peut donc s'écrire :

$$\begin{aligned} V(s, y_p, y_d) &= \alpha [\beta(s - y_{ep})^2 + (1 - \beta)(s - y_{ed})^2] \\ &\quad + (1 - \alpha) [\gamma(s - y_p)^2 + (1 - \gamma)(s - y_d)^2] \end{aligned} \quad (5.7)$$

avec  $\alpha, \beta, \gamma$  des paramètres compris dans l'intervalle  $[0; 1]$ , sachant que :

- $\alpha$ : est le poids accordé à l'écart entre l'évaluation des parties de la sentence juste et la sentence
- $(1 - \alpha)$ : est le poids accordé à l'écart entre les propositions des parties et la sentence (plus est faible et plus l'arbitre accorde de poids aux offres des parties)
- $\beta$  et  $\gamma$ : sont les poids accordés respectivement à la sentence estimée juste du demandeur par rapport à celle du défendeur et à la proposition du demandeur par rapport à celle du défendeur.

La sentence optimale  $s^*$  est celle qui maximise la fonction d'utilité de l'arbitre, notée  $V(s, y_p, y_d)$ . La condition de premier ordre est :

$$\begin{aligned} \frac{\delta V(s, y_p, y_d)}{\delta s} &= 0 \\ \Leftrightarrow s^* &= \alpha y_e + (1 - \alpha) [\gamma y_p + (1 - \gamma) y_d] \end{aligned} \quad (5.8)$$

avec :  $y_e = \beta y_{ep} + (1 - \beta) y_{ed}$  c'est-à-dire que la sentence estimée juste de l'arbitre est une moyenne pondérée des sentences estimées justes des parties. En conséquence, l'arbitre se réfère à la sentence estimée juste (fondée sur les faits) à laquelle il donne plus ou moins d'importance, en fonction de la valeur du paramètre  $\alpha$ . Trois cas attirent plus particulièrement l'attention parce qu'ils correspondent à des valeurs particulières des paramètres de pondération :

- $\alpha = 1$ : seuls les faits importent,  $s^* = y_e$
- $\alpha = 1$  et  $\gamma = \frac{1}{2}$ : seules les propositions des parties importent et un poids identique est accordé à chacune,  $s^* = \frac{y_p + y_d}{2}$

- $\alpha = 1$  et  $\gamma$  indéterminé: seules les propositions des parties importent mais elles sont pondérées différemment,  $s^* = \gamma y_p + (1 - \gamma) y_d$ . Dans cette situation, les parties sont incitées à formuler des propositions extrêmes. En effet, plus le demandeur a de fortes prétentions ( $y_p$  élevée), plus  $s^*$  est élevée. Inversement, moins le défendeur propose ( $y_d$  faible) et plus  $s^*$  est faible. Ce phénomène est qualifié d'*effet de glaciation (chilling effect)*; il s'explique par la forme de la fonction d'utilité de l'arbitre dans laquelle le poids accordé aux faits est indépendant des exigences des parties. Or, il semble plus réaliste de penser que l'arbitre accorde d'autant plus d'importance aux faits que les offres des parties sont déraisonnables. Farber et Bazerman [1986] ont proposé de modifier la fonction d'utilité de l'arbitre pour tenir compte de cet élément. Le paramètre  $\alpha$  (i.e. le poids accordé aux faits) devient alors une fonction croissante de l'écart entre les offres des parties ( $\alpha = g(y_p - y_d)$  avec  $\frac{d\alpha}{d}(y_p - y_d) > 0$ ). Ainsi, plus les propositions des parties sont déraisonnables et plus le poids accordé aux faits est grand. Les parties ne sont alors plus incitées à formuler des offres extrêmes si elles souhaitent que leur proposition participe à la détermination de la sentence. L'effet de glaciation devrait donc disparaître. Nous allons montré qu'il subsiste pourtant.

### 5.1.3 Les propositions des parties

Pour simplifier, l'arbitre est supposé accorder un poids équivalent aux offres des parties ( $\gamma = \frac{1}{2}$ ). L'expression de la sentence optimale devient alors :

$$s^* = \alpha y_e + (1 - \alpha) \left( \frac{y_p + y_d}{2} \right) \quad (5.9)$$

L'objectif des parties consiste à faire la proposition ( $y_p$  pour le demandeur,  $y_d$  pour le défendeur) qui maximise leur utilité. Ainsi, le demandeur cherche la valeur de  $y_p$  qui maximise  $U_p[s(y_p, y_d, y_e)] = s^*$  pour  $y_d$  donnée tandis que le défendeur cherche la valeur de  $y_d$  qui minimise  $U_d[s(y_p, y_d, y_e)] = s^*$  pour  $y_p$  donnée. Sous ces hypothèses, le demandeur gagne  $s$  tandis que le défendeur perd  $s$  de sorte qu'il s'agit d'un jeu à somme nulle où le demandeur gagne ce que perd le défendeur (les coûts de l'arbitrage pour les parties sont donc ignorés).

Les propositions optimales  $y_p^*$  et  $y_d^*$  sont données par les conditions de

premier ordre suivantes, sachant que  $s^* = \alpha y_e + (1 - \alpha) \left( \frac{y_p + y_d}{2} \right)$  avec  $\alpha = g(y_p - y_d)$ :

- pour le demandeur :

$$\frac{\delta U_p(s)}{\delta y_p} = \frac{\delta s}{\delta y_p} = 0 \Leftrightarrow y_p = 2y_e + \frac{(1 - \alpha)}{\alpha'_{y_p}} - y_d \quad (5.10)$$

Or,  $\alpha'_{y_p} = \frac{\delta g(y_p - y_d)}{\delta(y_p - y_d)} \times \frac{\delta(y_p - y_d)}{\delta y_p} = g'(y_p - y_d)$ , d'où :

$$y_p = 2y_e + \frac{1 - g(y_p - y_d)}{g'(y_p - y_d)} - y_d \quad (5.11)$$

- pour le défendeur :

$$\frac{\delta U_d(s)}{\delta y_d} = \frac{\delta s}{\delta y_d} = 0 \Leftrightarrow y_d = 2y_e + \frac{(1 - \alpha)}{\alpha'_{y_d}} - y_p \quad (5.12)$$

Or,  $\alpha'_{y_d} = \frac{\delta g(y_p - y_d)}{\delta(y_p - y_d)} \times \frac{\delta(y_p - y_d)}{\delta y_d} = -g'(y_p - y_d)$ , d'où :

$$y_d = 2y_e - \frac{1 - g(y_p - y_d)}{g'(y_p - y_d)} - y_p \quad (5.13)$$

En remplaçant  $y_d$  par son expression dans  $y_p$ , on obtient :

$$\begin{aligned} y_p &= 2y_e + \frac{1 - g(y_p - y_d)}{g'(y_p - y_d)} - 2y_e + \frac{1 - g(y_p - y_d)}{g'(y_p - y_d)} + y_p \\ &\Leftrightarrow \frac{1 - g(y_p - y_d)}{g'(y_p - y_d)} = 0 \\ &\Leftrightarrow g(y_p - y_d) = 1 \\ &\Leftrightarrow \alpha = 1 \end{aligned}$$

Il en résulte que l'arbitre fonde sa sentence uniquement sur les faits ( $s^* = y_e$ ) ce qui confirme la présence d'un effet de glaciation.

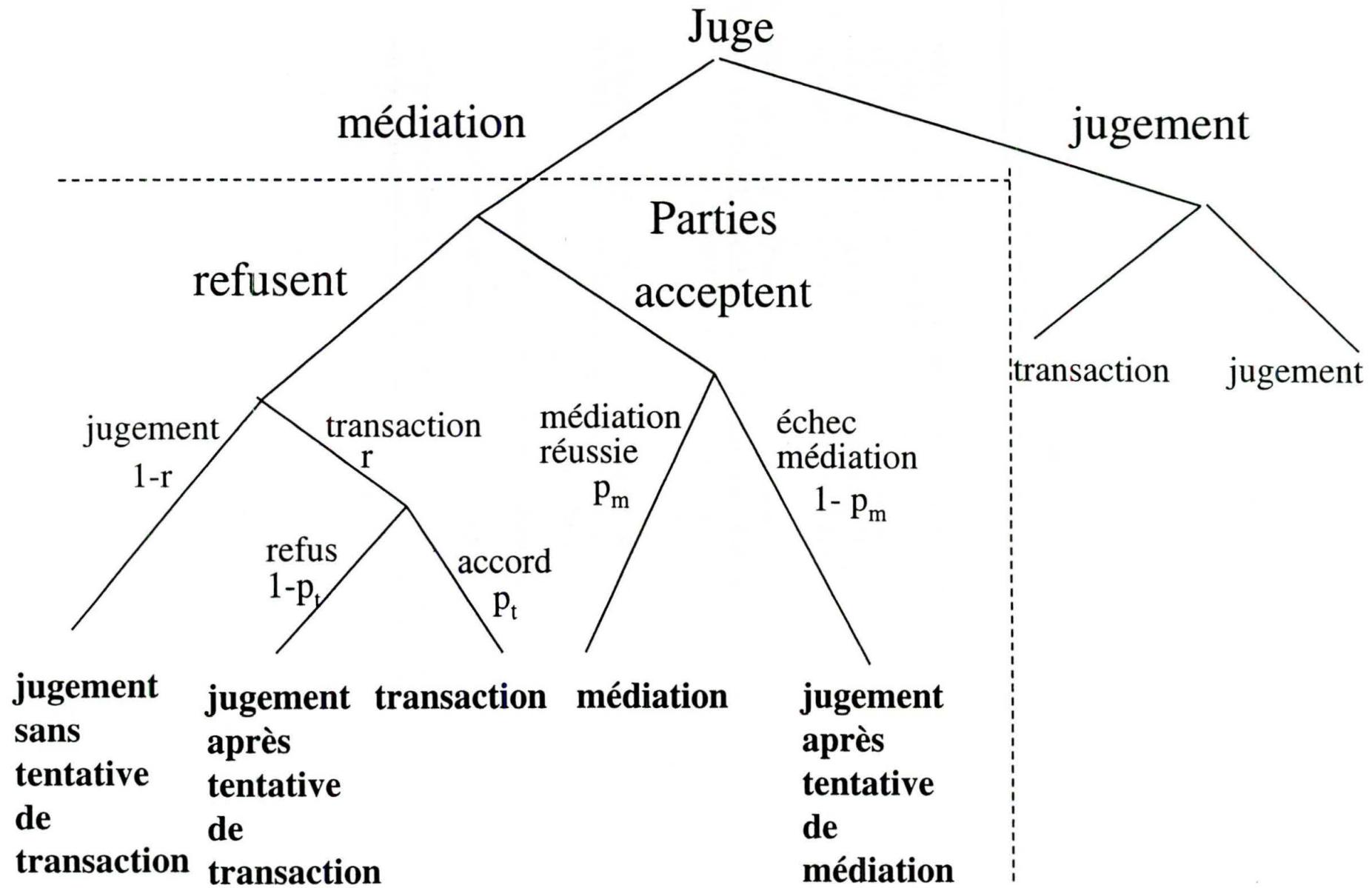
*Question : Dans la mesure où la sentence estimée juste  $y_e$  est fondée uniquement sur les faits et que le jugement est également basé sur les faits (art. 12 alinéa 2 du NCPC), la décision de l'arbitre diffère-t-elle de celle d'un juge ? Ne peut-on pas en déduire que l'arbitre et le juge fondent leur décision sur les mêmes éléments ? Une différence apparaîtrait alors avec le médiateur qui intègre dans sa proposition non seulement le jugement (et donc les faits) mais également les propositions des parties puisqu'il n'y a pas d'effet de glaciation.*

## **5.2 Le tiers choisi par le juge : la médiation**

Les conditions sous lesquelles les parties vont accepter la proposition de médiation du juge sont d'abord examinées. La proposition d'arrangement du médiateur est ensuite déterminée. Les offres de règlement amiable des parties au cours de la procédure de médiation sont enfin identifiées.

### **5.2.1 Les conditions d'acceptation de la médiation**

L'analyse se situe après la décision du juge de proposer une médiation c'est-à-dire dans la partie gauche du jeu de la page suivante.



Les parties doivent maintenant décider si elles acceptent la proposition du juge et tentent une médiation, ou si elles refusent et vont au jugement, à moins de parvenir à conclure une transaction. Les parties sont donc face à une alternative consistant à choisir l'une des deux solutions suivantes :

- l'option médiation/jugement sachant que si la médiation tentée échoue, ils iront au jugement,
- et l'option transaction/jugement, sachant que la négociation avant jugement n'est pas obligatoire et qu'elles peuvent aller directement au jugement.

Dans une perspective comparative, il convient de tenir compte d'une différence essentielle entre la France et les Etats-Unis. Plus précisément, en France, les coûts de la médiation sont toujours supportés dès lors que les parties la tentent et ce quelle que soit son issue : arrangement ou jugement. En revanche, aux Etats-Unis, le médiateur n'est pas rémunéré si la médiation échoue.

A l'inverse, les coûts de négociation, autres que ceux liés à la rémunération du médiateur, sont supportés par les parties dès lors qu'elles tentent une transaction ou une médiation avant un éventuel jugement.

Soient les notations suivantes :

$r$  : probabilité qu'une transaction soit tentée avant le jugement lorsque les parties refusent la médiation ( $1 - r$  : probabilité de jugement immédiat après le refus de la médiation)

$p_t$  : probabilité d'arrangement après une tentative de transaction

$p_m$  : probabilité d'arrangement après une tentative de médiation

$p_m > p_t$  : compte-tenu de la capacité du tiers à susciter des offres, à structurer les négociations, à équilibrer les pouvoirs de négociation, de son expérience juridique et technique<sup>10</sup>

$T_p, T_d$  : coûts de procès respectivement du demandeur et du défendeur

---

<sup>10</sup>Pour une discussion plus approfondie de ces arguments, consultez DORIAT-DUBAN M. [2000], *L'analyse économique du règlement des conflits : application au droit civil français*, thèse de doctorat, pp. 771-785.

$N_p$ ,  $N_d$ : coûts de négociation respectivement du demandeur et du défendeur, supportés dès lors qu'une médiation ou une transaction est tentée

$M$ : rémunération du médiateur

$\beta_p$ ,  $\beta_d$ : part de la rémunération du médiateur supportée respectivement par le demandeur et le défendeur ( $\beta_p + \beta_d = 1$ )

$G_p$ ,  $G_d$ : jugement attendu respectivement par le demandeur et le défendeur

$A_m$ : arrangement en cas de médiation réussie

$A_t$ : arrangement en cas de transaction réussie

Les paiements attendus des parties en fonction de l'issue du litige sont donc les suivants :

Dans le cas de la médiation française :

|           | médiation               | jugement après médiation      | jugement si médiation refusée                      | transaction         |
|-----------|-------------------------|-------------------------------|----------------------------------------------------|---------------------|
| demandeur | $A_m - \beta_p M - N_p$ | $G_p - T_p - \beta_p M - N_p$ | $(1 - r)(G_p - T_p) + r(1 - p_t)(G_p - T_p - N_p)$ | $r p_t (A_t - N_p)$ |
| défendeur | $A_m + \beta_d M + N_d$ | $G_d + T_d + \beta_d M + N_d$ | $(1 - r)(G_d + T_d) + r(1 - p_t)(G_d + T_d + N_d)$ | $r p_t (A_t + N_d)$ |

Dans le cas de la médiation américaine :

|           | médiation               | jugement après médiation | jugement si médiation refusée                      | transaction         |
|-----------|-------------------------|--------------------------|----------------------------------------------------|---------------------|
| demandeur | $A_m - \beta_p M - N_p$ | $G_p - T_p - N_p$        | $(1 - r)(G_p - T_p) + r(1 - p_t)(G_p - T_p - N_p)$ | $r p_t (A_t - N_p)$ |
| défendeur | $A_m + \beta_d M + N_d$ | $G_d + T_d + N_d$        | $(1 - r)(G_d + T_d) + r(1 - p_t)(G_d + T_d + N_d)$ | $r p_t (A_t + N_d)$ |

## A- Le choix du demandeur

Le demandeur choisit l'option médiation/jugement (i.e. accepte de tenter la médiation) si et seulement si ses gains attendus sont supérieurs à ceux escomptés sous l'option transaction/jugement (i.e. refuse la médiation).

Dans la mesure où le médiateur n'est pas rémunéré aux Etats-Unis lorsque la médiation échoue, il est nécessaire de déterminer les conditions du recours à la médiation pour les deux pays séparément.

### a) Le choix du demandeur en France

En France, la médiation est choisie par le demandeur si et seulement si :

$$\begin{aligned} & p_m (A_m - \beta_p M - N_p) + (1 - p_m) (G_p - T_p - \beta_p M - N_p) \\ & \geq (1 - r) (G_p - T_p) + r (1 - p_t) (G_p - T_p - N_p) + r p_t (A_t - N_p) \\ \Leftrightarrow & p_m (A_m - G_p + T_p) - r p_t (A_t - G_p + T_p) \geq (1 - r) N_p + \beta_p M \quad (5.14) \end{aligned}$$

où :

$p_m (A_m - G_p + T_p)$  est le gain net attendu de la médiation par rapport au jugement lorsque la médiation est tentée et réussie

$r p_t (A_t - G_p + T_p)$  est le gain net attendu de la transaction par rapport au jugement lorsque la médiation n'est pas tentée mais qu'un accord est conclu entre les parties

En conséquence, le membre de gauche de l'inégalité (1) représente le gain net attendu de la médiation par rapport à la transaction pour le demandeur.

Le membre de droite de l'inégalité (1) représente quant à lui les coûts de négociation évités lorsque la médiation est refusée ( $\beta_p M$ ) et que la transaction n'est pas tentée ( $(1 - r) N_p$ ) c'est-à-dire lorsque les parties vont directement au jugement.

**Proposition 7** *En France, le demandeur accepte de tenter une médiation si les gains nets escomptés de la médiation par rapport à la transaction excèdent l'économie de coûts de négociation réalisée en allant directement au procès.*

### b) Le choix du demandeur aux Etats-Unis

**Aux Etats-Unis,** la médiation est choisie par le demandeur si et seulement si :

$$\begin{aligned}
 & p_m (A_m - \beta_p M - N_p) + (1 - p_m) (G_p - T_p - N_p) \\
 & \geq (1 - r) (G_p - T_p) + r (1 - p_t) (G_p - T_p - N_p) + r p_t (A_t - N_p) \\
 \Leftrightarrow & p_m (A_m - G_p + T_p) - r p_t (A_t - G_p + T_p) \geq (1 - r) N_p + p_m \beta_p M \quad (5.15)
 \end{aligned}$$

**Proposition 8** *Aux Etats-Unis comme en France, le demandeur accepte de tenter une médiation si les gains nets escomptés de la médiation par rapport à la transaction excèdent l'économie de coûts de négociation réalisée en allant directement au procès.*

Il existe cependant une différence entre les deux pays dans le montant des coûts économisés en allant directement au procès, toutes choses égales par ailleurs. En effet, en France, l'économie de coûts réalisée en allant directement au procès est  $(1 - r) N_p + \beta_p M$ . Cette économie est supérieure à celle réalisée aux Etats-Unis où elle vaut  $(1 - r) N_p + p_m \beta_p M$ . En conséquence, toutes choses égales par ailleurs, l'inégalité (2) est satisfaite pour un gain net de la médiation par rapport à la transaction plus faible qu'en France. En d'autres termes, l'inégalité (2) a plus de chances d'être satisfaite que l'inégalité (1). *Il en découle que le demandeur tentera plus souvent une médiation aux Etats-Unis qu'en France.* Ce résultat s'explique par la rémunération du médiateur toujours supportée par les parties en France dès lors que la médiation est tentée, alors qu'elle n'est supportée aux Etats-Unis qu'en cas de réussite de la médiation.

## B- Le choix du défendeur

Le défendeur choisit de tenter une médiation si et seulement si ses pertes escomptées avec l'option médiation/jugement sont inférieures à ses pertes escomptées avec l'option transaction/jugement. Comme précédemment, il faut opérer une distinction en fonction du pays.

### a) Le choix du défendeur en France

$$\begin{aligned}
 & p_m (A_m + \beta_d M + N_d) + (1 - p_m) (G_d + T_d + \beta_d M + N_d) \\
 & \leq (1 - r) (G_d + T_d) + r (1 - p_t) (G_d + T_d + N_d) + r p_t (A_t + N_d)
 \end{aligned}$$

$$\Leftrightarrow p_m (A_m - G_d - T_d) - rp_t (A_t - G_d - T_d) \leq -(1 - r) N_d - \beta_d M$$

$$\Leftrightarrow rp_t (A_t - G_d - T_d) - p_m (A_m - G_d - T_d) \geq (1 - r) N_d + \beta_d M \quad (5.16)$$

où :

$p_m (A_m - G_d - T_d)$  est la perte nette attendue de la médiation par rapport au jugement lorsque la médiation est tentée et réussie

$rp_t (A_t - G_d - T_d)$  est la perte nette attendue de la transaction par rapport au jugement lorsqu'elle est tentée et réussie

de sorte que le membre de gauche de l'inégalité (3) représente les pertes économisées par le défendeur lorsqu'il conclut une médiation plutôt qu'un transaction.

Le membre de droite de l'inégalité (3) représente quant à lui les coûts de négociation évités lorsque la médiation est refusée ( $\beta_d M$ ) et que la transaction n'est pas tentée ( $(1 - r) N_d$ ) c'est-à-dire lorsque les parties vont directement au jugement.

**Proposition 9** *En France, le défendeur accepte de tenter une médiation si la réduction des pertes nettes escomptées permise par la médiation par rapport au jugement excède celle de la transaction par rapport au jugement d'un montant supérieur à l'économie de coûts réalisée en allant directement au jugement.*

### b) Le choix du défendeur aux Etats-Unis

$$p_m (A_m + \beta_d M + N_d) + (1 - p_m) (G_d + T_d + N_d)$$

$$\leq (1 - r) (G_d + T_d) + r (1 - p_t) (G_d + T_d + N_d) + rp_t (A_t + N_d)$$

$$\Leftrightarrow p_m (A_m - G_d - T_d) - rp_t (A_t - G_d - T_d) \leq -(1 - r) N_d - p_m \beta_d M$$

$$\Leftrightarrow rp_t (A_t - G_d - T_d) - p_m (A_m - G_d - T_d) \geq (1 - r) N_d + p_m \beta_d M \quad (5.17)$$

**Proposition 10** *Aux Etats-Unis comme en France, le défendeur choisit de tenter une médiation si les pertes qu'elle permet d'éviter sont supérieures aux coûts de négociation qu'il économiserait en allant directement au jugement.*

La différence observée entre les deux pays dans le montant des coûts économisés en allant directement au procès est identique à celle observée pour le demandeur. En effet, en France, l'économie de coûts réalisée en allant directement au procès est  $(1 - r) N_d + \beta_d M$  alors qu'elle vaut  $(1 - r) N_d + p_m \beta_d M$  aux Etats-Unis. En conséquence, l'inégalité (4) a plus de chances d'être satisfaite que l'inégalité (3). *Il en découle que le défendeur tentera plus souvent une médiation aux Etats-Unis qu'en France.* Ce résultat s'explique à nouveau par la rémunération du médiateur toujours supportée par les parties en France dès lors que la médiation est tentée, alors qu'elle n'est supportée aux Etats-Unis qu'en cas de réussite de la médiation.

## C- Conditions nécessaires pour qu'une médiation soit tentée

### a) En France

Les parties acceptent de tenter la médiation proposée par le juge si et seulement si les inégalités (1) et (3) sont simultanément vérifiées c'est-à-dire si et seulement si :

$$p_m (A_m - G_p + T_p) - rp_t (A_t - G_p + T_p) \geq (1 - r) N_p + \beta_p M$$

$$\Leftrightarrow A_m \geq \frac{(1 - r) N_p + \beta_p M}{p_m} + \frac{rp_t (A_t - G_p + T_p)}{p_m} + G_p - T_p \quad (5.18)$$

et

$$\begin{aligned} & rp_t (A_t - G_d - T_d) - p_m (A_m - G_d - T_d) \geq (1 - r) N_d + \beta_d M \\ \Leftrightarrow A_m & \leq -\frac{(1 - r) N_d + \beta_d M}{p_m} - \frac{rp_t (A_t - G_d - T_d)}{p_m} + G_d + T_d \quad (5.19) \end{aligned}$$

Les inégalités (8) et (9) définissent les bornes de l'intervalle de tentative de médiation c'est-à-dire l'ensemble des propositions d'arrangement pour lesquelles les parties acceptent de tenter une médiation dans le cadre français. Ainsi :

$$ITM_F = \left[ \begin{array}{l} \frac{(1-r)N_p+\beta_p M}{p_m} + \frac{rp_t(A_t-G_p+T_p)}{p_m} + G_p - T_p; \\ -\frac{(1-r)N_d+\beta_d M}{p_m} - \frac{rp_t(A_t-G_d-T_d)}{p_m} + G_d + T_d \end{array} \right] \quad (5.20)$$

### b) Aux Etats-Unis

Les parties acceptent de tenter la médiation proposée par le juge si et seulement si les inégalités (2) et (4) sont simultanément vérifiées c'est-à-dire si et seulement si :

$$p_m (A_m - G_p + T_p) - rp_t (A_t - G_p + T_p) \geq (1 - r) N_p + p_m \beta_p M$$

$$\Leftrightarrow A_m \geq \frac{(1 - r) N_p + p_m \beta_p M}{p_m} + \frac{rp_t (A_t - G_p + T_p)}{p_m} + G_p - T_p \quad (5.21)$$

et

$$rp_t (A_t - G_d - T_d) - p_m (A_m - G_d - T_d) \geq (1 - r) N_d + p_m \beta_d M$$

$$\Leftrightarrow A_m \leq -\frac{(1 - r) N_d + p_m \beta_d M}{p_m} - \frac{rp_t (A_t - G_d - T_d)}{p_m} + G_d + T_d \quad (5.22)$$

Les inégalités (11) et (12) définissent les bornes de l'intervalle de tentative de médiation c'est-à-dire l'ensemble des propositions d'arrangement pour lesquelles les parties acceptent de tenter une médiation dans le cadre américain. Ainsi :

$$ITM_{US} = \left[ \begin{array}{l} \frac{(1-r)N_p + p_m \beta_p M}{p_m} + \frac{rp_t(A_t - G_p + T_p)}{p_m} + G_p - T_p; \\ -\frac{(1-r)N_d + p_m \beta_d M}{p_m} - \frac{rp_t(A_t - G_d - T_d)}{p_m} + G_d + T_d \end{array} \right] \quad (5.23)$$

Pour comparer les incitations des parties à tenter une médiation dans les deux pays, il suffit alors de comparer la taille des intervalles de médiation  $ITM_F$  et  $ITM_{US}$ . Il apparaît que la borne inférieure de l'intervalle de tentative de médiation française est supérieure à celle de l'intervalle de tentative de médiation américaine (car  $\frac{(1-r)N_p + \beta_p M}{p_m} > \frac{(1-r)N_d + \beta_d M}{p_m}$ ) et que la borne supérieure de l'intervalle de tentative de médiation américaine est supérieure à celle de l'intervalle de tentative de médiation française (car  $\frac{(1-r)N_d + \beta_d M}{p_m} < \frac{(1-r)N_p + \beta_p M}{p_m}$ ).

**Proposition 11** *L'intervalle de tentative de médiation est plus grand aux Etats-Unis qu'en France. La médiation sera donc davantage tentée outre Atlantique qu'en France, toutes choses égales par ailleurs.*

Ce résultat peut être exprimé graphiquement, en posant :

$$B_{\inf US} = \frac{(1-r)N_p + p_m \beta_p M}{p_m} + \frac{rp_t(A_t - G_p + T_p)}{p_m} + G_p - T_p$$

$$\begin{aligned}
B_{\inf F} &= \frac{(1-r)N_p + \beta_p M}{p_m} + \frac{rp_t(A_t - G_p + T_p)}{p_m} + G_p - T_p \\
B_{\sup US} &= -\frac{(1-r)N_d + p_m \beta_d M}{p_m} - \frac{rp_t(A_t - G_d - T_d)}{p_m} + G_d + T_d \\
B_{\sup F} &= -\frac{(1-r)N_d + \beta_d M}{p_m} - \frac{rp_t(A_t - G_d - T_d)}{p_m} + G_d + T_d \\
\hline
B_{\inf US} &\quad B_{\inf F} \quad \quad \quad B_{\sup F} \quad B_{\sup US} \quad A_m
\end{aligned}$$

Le choix des parties concernant la tentative de médiation dépend de la proposition d'arrangement du médiateur  $A_m$ . Il convient donc de s'interroger sur la façon dont le médiateur détermine la proposition d'arrangement qu'il formule aux parties.

### 5.2.2 La proposition du médiateur

Le médiateur cherche à maximiser son utilité. Celle-ci dépend du nombre de médiations qui lui sont confiées par le juge (médiation française et certaines médiations américaines). En d'autres termes, le médiateur s'efforce de maximiser ses chances d'être à nouveau nommé dans l'avenir. Deux éléments sont alors pris en considération :

1. les chances du médiateur d'être à nouveau nommé seront d'autant plus élevées que sa proposition  $A_m$  ne sera pas trop éloignée des exigences des parties (respectivement,  $y_p$  et  $y_d$ ) puisque dans ce cas, il maximise ses chances de parvenir à faire accepter la médiation ;
2. ses chances d'être à nouveau nommé par le juge qui exerce un contrôle sur la médiation (homologation des accords), seront également d'autant plus élevées que la proposition  $A_m$  du médiateur n'est pas trop éloignée du jugement qui serait rendu en cas d'échec des négociations,  $J$  (à noter ici, une différence essentielle avec l'arbitre dont la référence n'est pas le jugement mais la sentence que les parties estiment être juste ( $y_e$ )).

En conséquence, la fonction d'utilité du médiateur peut être écrite de la façon suivante :

$$U(A_m, J, y_p, y_d) = \alpha (A_m - J)^2 + (1 - \alpha) \left[ \gamma (A_m - y_p)^2 + (1 - \gamma) (A_m - y_d)^2 \right] \quad (5.24)$$

avec :

- $\alpha$ : le poids accordé par le médiateur à l'écart entre sa proposition et le jugement
- $(1 - \alpha)$ : le poids accordé par le médiateur à l'écart entre sa proposition et les prétentions des parties
- $\gamma$ : le poids accordé par le médiateur à l'offre du demandeur par rapport à celle du défendeur
- $\gamma(1 - \alpha)$ : le poids accordé à l'offre du demandeur

Le médiateur cherche à déterminer la proposition d'arrangement  $A_m^*$  qui maximise son utilité  $U(A_m, J, y_p, y_d)$ . La condition de premier ordre est :

$$\frac{\delta U}{\delta A_m} = 0 \Leftrightarrow A_m^* = \alpha J + (1 - \alpha) [\gamma y_p + (1 - \gamma) y_d] \quad (5.25)$$

Nous retrouvons une expression identique à celle obtenue pour déterminer la sentence optimale de l'arbitre (équation (8)), à la différence que la médiateur s'approprie le jugement estimé  $J$  pour en faire sa proposition estimée juste. Le médiateur va donc donner d'autant plus de poids au jugement estimé que les offres des parties sont éloignées l'une de l'autre. Trois cas attirent plus particulièrement l'attention.

1.  $\alpha = 1$ : le médiateur tient compte uniquement du jugement estimé rendu par la juge si la médiation échoue ; dans ce cas,  $A_m^* = J$ .
2.  $\alpha = 0$  et  $\gamma = \frac{1}{2}$  : le médiateur tient uniquement compte des propositions des parties et de façon équivalente ; dans ce cas,  $A_m^* = \frac{y_p + y_d}{2}$
3.  $\alpha = 0$  et  $\gamma$  indéterminé ; dans ce cas,  $A_m^* = \gamma y_p + (1 - \gamma) y_d$  ; un effet de glaciation apparaît (*chilling effect*) puisque dans cette situation, les parties sont incitées à proposer des offres extrêmes (le demandeur une offre très élevée, le défendeur, une offre dérisoire). Néanmoins, devant de tels comportements, le médiateur peut être amené à réviser le poids accordé aux offres des parties et se fier finalement au seul jugement ( $\alpha = 1$ ).

### 5.2.3 Les offres des parties dans la médiation française

Il convient désormais de préciser les offres des parties lors de la procédure de médiation. Les parties sont supposées capables d'estimer  $A_m^*$ . Le demandeur choisit la proposition  $y_p$  qui maximise le gain attendu de la médiation et le défendeur la proposition  $y_d$  qui minimise ses pertes escomptées, sachant que la médiation tentée réussit avec la probabilité  $p_m$ . Dans un premier temps, il est supposé que  $p_m$  est indépendante des propositions des parties. Dans un second temps, il est supposé que  $p_m$  dépend des offres des parties (plus  $y_p$  est élevée et plus  $p_m$  est faible,  $\frac{\delta p_m}{\delta y_p} < 0$ ; inversement, plus  $y_d$  est élevée et plus  $p_m$  est élevée;  $\frac{\delta p_m}{\delta y_d} > 0$ ).

#### A- Propositions des parties quand la probabilité de réussite de la médiation est indépendante des offres des parties

La différence principale entre l'arbitrage et la médiation réside dans le fait que les parties peuvent toujours et à tout moment décider de revenir devant le juge. En conséquence, le demandeur ne va pas s'efforcer de maximiser le montant de l'arrangement mais ses gains attendus, sachant qu'il peut retourner devant le juge. De même, le défendeur va choisir la proposition qui minimise ses pertes escomptées et non l'arrangement proposé par le médiateur. En conséquence, les parties n'intègrent pas uniquement le montant de l'arrangement dans le choix de leur offre mais également les chances de réussite de la médiation ( $p_m$ ). Ainsi, le programme de maximisation du demandeur n'est pas  $\max_{y_p} A_m^*$  mais  $\max_{y_p} G_{mp}$  où  $G_{mp}$  est son gain attendu de la tentative de médiation. De même, le programme de minimisation du défendeur n'est pas  $\min_{y_d} A_m^*$  mais  $\min_{y_d} G_{md}$  où  $G_{md}$  est sa perte attendue de la tentative de médiation.

##### a) Proposition du demandeur

Le demandeur s'efforce de maximiser ses gains attendus de la tentative de médiation. Son programme de maximisation est le suivant :

$$\max_{y_p} G_{mp} = p_m (A_m^* - N_p - \beta_p M) + (1 - p_m) (G_p - T_p - N_p - \beta_p M)$$

$$\begin{aligned} \max_{y_p} G_{mp} &= p_m \{ \alpha J + (1 - \alpha) [\gamma y_p + (1 - \gamma) y_d] \} \\ &\quad + (1 - p_m) (G_p - T_p) - N_p - \beta_p M \end{aligned}$$

La condition de premier ordre est :

$$\frac{\delta G_{mp}}{\delta y_p} = 0 \Leftrightarrow p_m (1 - \alpha) \gamma = 0$$

La condition de premier ordre ne dépend pas de  $y_p$ . Néanmoins, cette condition est vérifiée si et seulement si  $(1 - \alpha) \gamma = 0$  (par hypothèse, la médiation est tentée si  $p_m > 0$ ). Or,  $(1 - \alpha) \gamma$  est le poids accordé par le médiateur à la proposition du demandeur. En conséquence, la condition de premier ordre est vérifiée si le médiateur n'accorde aucune importance à l'offre du demandeur. Tel est le cas si ce dernier formule une offre extrêmement élevée. En conséquence, puisque le demandeur maximise les gains attendus de la médiation lorsque  $(1 - \alpha) \gamma = 0$ , il est incité à proposer une offre extrême.

### b) Proposition du défendeur

Le défendeur détermine son offre en s'efforçant de minimiser les pertes attendues de la tentative de médiation. Son programme de minimisation est donc le suivant :

$$\begin{aligned} \min_{y_d} G_{md} &= p_m (A_m^* + N_d + \beta_d M) + (1 - p_m) (G_d + T_d + N_d + \beta_d M) \\ &\Leftrightarrow \min_{y_d} G_{md} = p_m \{ \alpha J + (1 - \alpha) [\gamma y_p + (1 - \gamma) y_d] \} \\ &\quad + (1 - p_m) (G_d + T_d) + \beta_d M + N_d \end{aligned}$$

La condition de premier ordre est :

$$\frac{\delta G_{md}}{\delta y_d} = 0 \Leftrightarrow p_m (1 - \alpha) (1 - \gamma) = 0$$

Cette condition de premier ordre ne dépend pas directement de  $y_d$  mais elle est vérifiée si et seulement si  $(1 - \alpha) (1 - \gamma) = 0$ . Or,  $(1 - \alpha) (1 - \gamma)$  est le poids accordé par le médiateur à la proposition du défendeur. En conséquence, la condition de premier ordre est vérifiée si le médiateur n'accorde aucune importance à l'offre du défendeur. Tel est le cas si ce dernier formule une offre extrêmement faible. En conséquence, le défendeur est incité à proposer une offre extrême.

Dans la mesure où les deux parties sont incitées à formuler des offres extrêmes, un **effet de glaciation** (*chilling effect*) se produit. Il en résulte

que le médiateur fonde sa proposition uniquement sur le jugement rendu en cas d'échec de la médiation ( $\alpha = 1$ ) :

$$A_m^* = J$$

La médiation va alors réussir si et seulement si les deux parties acceptent l'arrangement  $A_m^*$ , c'est-à-dire si :

- $A_m^* \geq G_p - T_p$ : condition d'acceptation de l'arrangement pour le demandeur (les coûts de la médiation  $\beta_p M + N_p$  sont supportés quelle que soit l'issue de la tentative de médiation)
- $A_m^* \leq G_d + T_d$ : condition d'acceptation de l'arrangement pour le défendeur (les coûts de la médiation  $\beta_d M + N_d$  sont supportés quelle que soit l'issue de la tentative de médiation)

**Remarque :** Les conditions d'acceptation de la médiation américaine diffèrent légèrement puisque le médiateur est rémunéré uniquement si la médiation réussie. En conséquence, la médiation réussit si les deux conditions suivantes sont simultanément vérifiées :

- $A_m^* \geq G_p - T_p + \beta_p M$ : condition d'acceptation de l'arrangement pour le demandeur
- $A_m^* \leq G_d + T_d - \beta_d M$ : condition d'acceptation de l'arrangement pour le défendeur.

Dans la mesure où  $A_m^*$  est identique sous les systèmes de médiation français et américain (puisque nous avons raisonné toutes choses égales par ailleurs), il est possible de comparer les chances de réussite de la médiation sous les deux systèmes.

Comme  $G_p - T_p + \beta_p M \geq G_p - T_p$  et  $G_d + T_d - \beta_d M \leq G_d + T_d$ , la médiation a plus de chances de réussir en France qu'aux Etats-Unis, toutes choses égales par ailleurs (notamment, pour des coûts de procès équivalents). En d'autres termes, l'intervalle de médiation ( $\Leftrightarrow$  l'intervalle de tentative de médiation dans la mesure où une médiation tentée ne réussit pas nécessairement) est plus grand en France qu'aux Etats-Unis ( $IM_F = [G_p - T_p; G_d + T_d]$  et  $IM_{US} = [G_p - T_p + \beta_p M; G_d + T_d - \beta_d M]$ ). Cette différence est due aux coûts de la médiation. Dans la mesure où ils sont toujours supportés en

France dès lors que la médiation est tentée, les justiciables français sont plus incités à parvenir à un accord qu'aux Etats-Unis où les parties échappent au paiement de ces coûts si les négociations échouent.

Comment expliquer alors le faible taux de réussite de la médiation en France et le fort taux observé aux Etats-Unis? Deux raisons peuvent être avancées :

1. Nous avons montré préalablement que la médiation était moins souvent tentée en France qu'aux Etats-Unis. En conséquence, bien qu'elle réussisse plus souvent lorsqu'elle est tentée, la plus faible fréquence des tentatives de médiation peut expliquer qu'il y ait moins de médiation en France qu'aux Etats-Unis. La règle de paiement des coûts de la médiation jouent ici un rôle essentiel. Le fait qu'ils soient toujours supportés en France dès lors que la médiation est tentée a un effet négatif sur la tentative de la médiation mais un effet positif sur le taux de réussite de la médiation.
2. Les résultats sont établis toutes choses égales par ailleurs. Or, les coûts de procès diffèrent très sensiblement entre la France (où ils sont relativement faibles, notamment en raison de l'aide juridictionnelle) et les Etats-Unis. Lorsque ces différences sont introduites, l'intervalle de médiation aux Etats-Unis peut devenir plus grand que l'intervalle de médiation en France.

L'effet de glaciation mis en évidence est identique à celui observé pour le cas de l'arbitrage. Ce résultat tient cependant uniquement au fait que  $p_m$  soit supposée indépendante des offres des parties. Dans la mesure où, sous cette hypothèse, les offres influent uniquement sur le montant de l'arrangement,  $A_m^*$ , on se retrouve dans une situation identique à celle observée pour l'arbitrage, lorsque les parties s'efforcent d'influencer la sentence à leur avantage. Cet effet de glaciation existe-t-il toujours lorsque les liens entre  $p_m$  et les offres des parties sont pris en compte?

## B- Propositions des parties quand la probabilité de réussite de la médiation est fonction des offres des parties

Désormais, la probabilité de réussite de la médiation,  $p_m$  est supposée fonction des propositions des parties. Vraisemblablement, plus l'offre du demandeur  $y_p$  est élevée et plus  $p_m$  est faible, ce qui signifie que  $\frac{\delta p_m}{\delta y_p} < 0$ . Inversement, plus l'offre du défendeur  $y_d$  est élevée et plus  $p_m$  est élevée également,

ce qui signifie que  $\frac{\delta p_m}{\delta y_d} > 0$ . Sous ces hypothèses, quelles sont les offres des parties?

### a) Proposition du demandeur

Comme précédemment, le demandeur choisit la proposition  $y_p$  qui maximise ses gains attendus de la tentative de médiation, mais en intégrant désormais le fait que  $p_m = f(y_p, y_d)$ :

$$\max_{y_p} G_{mp} = p_m (A_m^* - N_p - \beta_p M) + (1 - p_m) (G_p - T_p - N_p - \beta_p M) \quad (5.26)$$

$$\begin{aligned} \max_{y_p} G_{mp} &= p_m \{ \alpha J + (1 - \alpha) [\gamma y_p + (1 - \gamma) y_d] \} \\ &\quad + (1 - p_m) (G_p - T_p) - N_p - \beta_p M \end{aligned} \quad (5.27)$$

La condition de premier ordre est :

$$\frac{\delta G_{mp}}{\delta y_p} = 0 \Leftrightarrow y_p^* = -\frac{p_m}{p'_{my_p}} - \frac{\alpha J - G_p + T_p}{\gamma(1 - \alpha)} - \frac{(1 - \gamma)}{\gamma} y_d \quad (5.28)$$

### b) Proposition du défendeur

Comme précédemment, le défendeur choisit la proposition  $y_d$  qui minimise les pertes attendues de la tentative de médiation, sachant que  $p_m = f(y_p, y_d)$ :

$$\min_{y_d} G_{md} = p_m (A_m^* + N_d + \beta_d M) + (1 - p_m) (G_d + T_d + N_d + \beta_d M) \quad (5.29)$$

$$\begin{aligned} \Leftrightarrow \min_{y_d} G_{md} &= p_m \{ \alpha J + (1 - \alpha) [\gamma y_p + (1 - \gamma) y_d] \} \\ &\quad + (1 - p_m) (G_d + T_d) + \beta_d M + N_d \end{aligned} \quad (5.30)$$

La condition de premier ordre est :

$$\frac{\delta G_{md}}{\delta y_d} = 0 \Leftrightarrow y_d^* = -\frac{p_m}{p'_{my_d}} - \frac{\alpha J - G_d - T_d}{(1 - \gamma)(1 - \alpha)} - \frac{\gamma}{(1 - \gamma)} y_p \quad (5.31)$$

En remplaçant  $y_d^*$  par son expression dans  $y_p^*$  et en supposant que  $p'_{my_d} = -p'_{my_p}$  (ce qui signifie qu'une augmentation de  $y_p$  ou de  $y_d$  a un effet de même ampleur sur  $p_m$  mais de sens inverse), on obtient :

$$\frac{(G_p - G_d) - (T_p - T_d)}{(1 - \alpha)} = \frac{p_m}{p'_{my_p}} \quad (5.32)$$

Il en résulte que  $\alpha \neq 1$  de sorte que le médiateur tient compte des propositions des parties. Cela implique que les parties ne formulent pas d'offres extrêmes. Par conséquent :

**Proposition 12** *En médiation, il n'y a pas d'effet de glaciation.*

L'absence d'effet de glaciation s'explique par le fait que la formulation d'offres extrêmes influe sur la probabilité de réussite de la médiation. La menace de retourner devant le juge suffit alors à désinciter les parties à faire des propositions déraisonnables. Cette menace n'existe pas dans le cas de l'arbitrage où l'arbitre se substitue au juge pour trancher le litige. L'arbitrage implique en effet un renoncement au juge tandis que la médiation n'est qu'une délégation partielle de pouvoirs du juge à un tiers qui reste sous son contrôle. En conséquence, la médiation apparaît véritablement comme un accord puisque les parties contribuent par leurs propositions à faire émerger une solution négociée alors que l'arbitrage correspond davantage à un "jugement privé" c'est-à-dire à une décision imposée aux parties et à laquelle elles ne contribuent pas.

### Conclusion

Notre étude a permis de démontrer plusieurs résultats importants sur l'arbitrage et la médiation.

Concernant l'arbitrage, les conditions sous lesquelles les parties préfèrent recourir à un arbitre plutôt qu'à un juge ont été établies. En nous inspirant des modèles d'arbitrage existants, nous avons également montré que l'arbitre, compte-tenu de la présence d'un effet de glaciation, fonde essentiellement sa sentence sur les faits, comme le ferait un juge.

Concernant la médiation, les conditions sous lesquelles les parties acceptent de tenter une médiation ont été établies, sous les systèmes français et américains de paiement du médiateur. Le système américain est alors apparu plus favorable aux tentatives de médiation, toutes choses égales par ailleurs. Les conditions sous lesquelles la médiation réussit ont également été déterminées, sous les systèmes français et américains. Il apparaît alors que le système de rémunération du médiateur français est plus favorable à l'émergence d'un accord que le système américain. En définitive, les médiations sont plus souvent tentées aux Etats-Unis mais elles réussissent plus souvent en France, toutes choses égales par ailleurs.

Enfin, dans une approche comparative du comportement des parties lors d'une médiation et d'un arbitrage, nous avons montré que l'effet de glaciation n'existe pas dans le cas de la médiation. Sa disparition s'explique par l'influence des propositions des parties sur la probabilité d'échec de la médiation et donc sur le risque de revenir devant le juge alors qu'elles n'influent pas sur l'arbitrage qui correspond à un renoncement définitif à la justice publique.

# Chapitre 6

## Analyse économique de l'accès à la justice : les effets de l'aide juridictionnelle

### Introduction

L'analyse économique des conflits juridiques (AECJ) a pour ambition d'étudier le déroulement et le mode de résolution des litiges. Cette branche de la *Law and Economics* est apparue aux Etats-Unis, sous l'impulsion de Landes [1971], Posner [1973] et Gould [1973] qui considéraient l'optimisme excessif des parties sur leurs chances de victoire au procès comme la cause exclusive de l'occurrence des jugements. Le courant optimiste, ensuite développé par les travaux de Shavell [1982 a] et Priest et Klein [1984], est aujourd'hui fortement concurrencé par le courant stratégique de l'AECJ, né de la critique de Cooter, Marks et Mnookin [1982]. Ces auteurs dénoncent plus particulièrement l'absence de justification de l'optimisme des parties et regrettent que soit ignorée la dimension stratégique des conflits et avec elle, le rôle des asymétries d'information dans l'échec des négociations. Il existe trois grandes catégories de modèles stratégiques<sup>1</sup> : les modèles de filtrage<sup>2</sup> dans lesquels la partie non-informée fait la proposition d'arrangement, les modèles de signal<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup>Pour une synthèse sur les modèles économiques de résolution des conflits, consultez B. Deffains [1997], "L'analyse économique de la résolution des conflits juridiques", Revue Française d'économie, vol. XII, n°3, pp. 57-99.

<sup>2</sup>Bebchuk (1984) et Nalebuff (1987) pour une analyse statique, Spier (1992) pour une étude dynamique.

<sup>3</sup>P'ng (1983), Reinganum et Wilde (1986).

dans lesquels la partie informée soumet une offre de règlement amiable et les modèles à double asymétrie d'information<sup>4</sup>.

L'objectif des auteurs ne se limite généralement pas à expliquer les raisons de l'occurrence des jugements. Cette étape est souvent le préalable d'une recherche plus approfondie sur les moyens à mettre en œuvre pour limiter le coût social des conflits. L'intérêt de ces travaux réside dans le fait qu'ils contribuent à répondre au problème des pays confrontés à une véritable crise de la justice, caractérisée par un encombrement croissant des tribunaux et un allongement des délais de résolution des litiges<sup>5</sup>.

Les politiques publiques visant à réguler la demande de justice interviennent à deux moments distincts du litige: lors de la décision d'intenter une action en justice dans le but de rapprocher les incitations sociales et privées à ester en justice<sup>6</sup> et lors du choix de l'issue du litige (arrangement ou jugement). Les coûts de procès sont l'une des variables identifiées comme pouvant influer sur le nombre des poursuites et des jugements<sup>7</sup>. Les analyses

---

<sup>4</sup>Schweizer (1989), Daughety et Reinganum (1994).

<sup>5</sup>Consultez pour la France:

- le rapport Coulon (1996), "Réflexions et propositions sur la procédure civile", rapport au garde des Sceaux.

- Jolibois et Fauchon (1996), "Quels moyens pour quelle justice?", mission d'information de la commission des lois du sénat chargée d'évaluer les moyens de la justice.

<sup>6</sup>Shavell [1982 b ; 1997] a démontré, dans le domaine des accidents, que les incitations privées et sociales à engager des poursuites sont susceptibles de diverger pour deux raisons. D'une part, le coût privé de l'action en justice va différer du coût social si le demandeur n'inclut pas dans l'évaluation de ses frais, les coûts de procès du défendeur. D'autre part, les bénéfices privés, équivalant aux dommages et intérêts attendus par le demandeur n'ont aucune raison de correspondre aux bénéfices sociaux, liés à l'impact des procès sur les mesures préventives. Des poursuites socialement inefficaces (dont les coûts sociaux excèdent les bénéfices sociaux) peuvent alors être intentées parce qu'elles sont justifiées dans une optique purement privée. Dans cette situation, le comportement privé de la victime va à l'encontre du bien-être collectif: le nombre des poursuites dépasse le nombre socialement optimal. La situation inverse se produit lorsque des actions en justice socialement désirables ne sont pas intentées parce que la victime ne perçoit pas de bénéfice net privé.

<sup>7</sup>Les autres variables traditionnellement soupçonnées d'influer sur la propension des parties à ester en justice et sur l'issue du litige sont: les délais (Landes [1971], Gravelle [1990]), l'augmentation des dommages et intérêts (Polinsky et Rubinfeld [1988], Cooter et Rubinfeld [1989], Cooter, Marks et Mnookin [1982], ...), les règles d'allocation de coûts de procès (Shavell [1982 a], P'ng [1987], Hylton [1993], Farmer et Pecorino [1994], Hughes et Snyder [1990 ; 1995] pour une approche empirique, ...), la procédure (Shin [1998], Dewatripont et Tirole [1999]), la présence des avocats (Miller [1987], Miceli et Segerson [1991], Gravelle et Waterson [1993], Miceli [1994], Bebchuk et Guzman [1996], ...).

théoriques, qu'elles soient fondées sur l'optimisme des parties (Cooter et Rubinfeld [1989]) ou sur les asymétries d'information (Bebchuk [1984], P'ng [1983]) ont établi qu'une politique d'élévation des coûts de procès diminue le nombre des poursuites judiciaires et augmente la fréquence des arrangements. Une réduction des frais d'instance produit l'effet inverse d'encourager les parties à ester en justice et à recourir au juge pour régler leurs différends. Ces résultats invitent directement à étendre l'analyse à tous les dispositifs qui modifient la valeur des coûts d'accès aux tribunaux afin de mesurer leur influence sur la fréquence des poursuites judiciaires et des arrangements. L'une des spécificités françaises<sup>8</sup> est l'existence d'un vaste système d'aide financière à l'accès au droit<sup>9</sup> dont le rôle est de faciliter l'accès au droit des plus démunis<sup>10</sup> par une aide financière totale ou partielle de l'Etat : l'aide juridictionnelle. L'admission des justiciables à l'aide juridictionnelle équivaut pour son bénéficiaire à une réduction de ses coûts de procès et de négociation, égale à la somme des frais pris en charge par l'Etat. L'aide juridictionnelle est donc susceptible d'avoir une influence sur la fréquence des poursuites judiciaires et des jugements.

L'étude proposée est exploratoire, les systèmes d'aide financière à l'accès

---

<sup>8</sup>Tous les pays n'octroient pas une aide financière d'aide à l'accès au droit aux justiciables les plus démunis. Aux Etats-Unis, notamment, la représentation des parties par un avocat n'est pas obligatoire en matière civile, ce qui décharge l'Etat de toute obligation d'aider financièrement le justiciable à assurer sa défense. Des systèmes de *legal aids* existent néanmoins, mais grâce à des fonds privés, au concours d'étudiants en droit qui y trouvent un moyen de se former au métier d'avocat et au *Legal Services Corporation*, créée en 1974 par le Congrès pour participer au financement des *legal services agencies* (R. A. CARP ET R. STIDHAM [1998], *Judicial Process in America*, 4<sup>e</sup> édition, p. 119).

<sup>9</sup>D'après l'annuaire statistique de la justice (La documentation française, édition de 1998), en 1996, l'Etat a consacré 1072,11 millions de Francs à l'aide juridictionnelle, tous domaines du droit confondus. Concernant le domaine civil, 320054 affaires étaient soumises à l'aide totale (en particulier, 207227 affaires dans les TGI, 39175 dans les TI) et 71776 à l'aide partielle (en particulier 47075 affaires dans les TGI, 9127 dans les TI) sachant que le nombre d'affaires nouvelles était de 676282 dans les TGI et de 479760 dans les TI. Selon le Ministère de la Justice, le contentieux strictement civil représente environ les 4/5<sup>e</sup> des admissions à l'aide juridictionnelle, la majeure partie étant consacrée aux divorces. Entre 1996 et 1997, le nombre des demandes a progressé de 5,7 % en matière civile mais simultanément les rejets augmentaient de +11,5 % de sorte que le nombre des admissions n'a augmenté que de 4,9 % (contre +9,4 % pour le pénal).

<sup>10</sup>En 2000, le plafond de ressource mensuelles (hors prestations sociales) est de 4 965 Francs pour l'aide juridictionnelle totale et de 7 449 Francs pour l'aide juridictionnelle partielle, ces montants étant majorés de 565 Francs par personne à charge (Les chiffres clés de la Justice).

au droit en général et l'aide juridictionnelle en particulier, n'ayant jamais été étudiés par les économistes<sup>11</sup>. La raison en est probablement que l'AECJ s'est surtout développée aux Etats-Unis où l'accès au droit des plus démunis est facilité par la légalisation du pacte de *quota litis*<sup>12</sup>. L'analyse est exclusivement positive puisque toute considération normative visant à justifier l'existence de cette aide ou au contraire à préconiser sa suppression est écartée. Les justifications fondées notamment sur l'égalité d'accès des individus aux tribunaux pour défendre leurs droits, quelles que soient leurs ressources, ne sont ni ignorées, ni discutées. Il ne s'agit donc en aucun cas de remettre en cause les fondements moraux de cette aide. Notre objectif est simplement de prévoir les effets de l'aide juridictionnelle sur la fréquence des poursuites judiciaires et le taux de règlement amiable des conflits.

L'article s'articule autour de trois parties. La première est consacrée à la présentation juridique de l'aide juridictionnelle. Elle permet de s'imprégner des spécificités du système français d'aide à l'accès au droit et de mieux comprendre son évolution en accordant une importance particulière aux changements les plus récents, consécutifs à l'adoption de la loi du 18 décembre 1998. Les deux parties suivantes consistent à déterminer les conséquences de l'aide juridictionnelle sur le nombre de poursuites et de jugements. L'octroi de l'aide juridictionnelle pouvant être assimilé à une réduction des coûts de procès et de négociation, les modèles initialement élaborés pour mesurer l'impact des variations de ces coûts sur la résolution des litiges devront être adaptés pour intégrer les spécificités du système judiciaire français. Dans un premier temps, l'analyse économique des conséquences de l'aide juridictionnelle sur la fréquence des poursuites est présentée. L'hypothèse selon laquelle cette aide encourage les parties à ester en justice est d'abord testée. Les changements qui devraient survenir avec l'application de la loi du 18 décembre 1998 sont ensuite évoqués. L'impact de l'aide juridictionnelle sur la convergence des

---

<sup>11</sup>Shavell [1997] est l'un des rares auteurs à avoir brièvement évoqué les systèmes de *legal aid* et leurs conséquences sur les incitations des demandeurs à poursuivre et sur ses implications en termes d'optimalité sociale des poursuites (S. Shavell, The Fundamental Divergence between the Private and the Social Motive to Use the Legal System, *Journal of Legal Studies*, vol. XXVI, juin 1997, p. 593).

<sup>12</sup>Ce pacte, interdit en France par l'article 72 de la loi du 10 juillet 1991, permet aux avocats d'être rémunérés uniquement en fonction du résultat du procès. Ce système évite au client d'avancer les frais de justice, l'ensemble des risques et des coûts de procès étant assumés par l'avocat qui se rembourse, s'il gagne, en retenant un certain pourcentage des gains de son client (généralement un tiers).

incitations privées et sociales à poursuivre est finalement discuté. Dans un deuxième temps, l'influence de l'aide juridictionnelle sur le choix de l'issue du litige, arrangement ou jugement, est examinée. L'analyse théorique est suivie d'une réflexion portant d'une part, sur les changements engendrés par la réforme de la justice et, d'autre part, sur la possible utilisation stratégique des demandes d'aide juridictionnelle.

## 6.1 Présentation du système français d'aide financière à l'accès au droit : l'aide juridictionnelle

En France, le recours à la justice impose des coûts aux parties. De l'engagement des poursuites au dénouement du conflit, elles supportent des coûts de procédure et de défense, dont l'estimation est difficile, le coût d'un procès pour les parties pouvant varier considérablement, notamment selon le type de conflits et le montant des honoraires des avocats. L'importance des coûts d'accès à la justice comparée à la faiblesse de leurs ressources, peut conduire certains justiciables à renoncer à faire valoir leurs droits. L'aide juridictionnelle traduit alors la volonté du législateur d'assurer l'égalité des individus devant la justice<sup>13</sup> en facilitant l'accès aux tribunaux des plus démunis par la prise en charge totale ou partielle par l'Etat des frais du procès<sup>14</sup>. Le Nouveau Code de Procédure Civile (NCPC) sépare l'ensemble des coûts de procès en deux catégories : les dépens<sup>15</sup> (ou coûts répétables) et les coûts irrépétables. Les premiers, avancés par chaque partie, incombent au final à

---

<sup>13</sup>Il s'agit également d'une obligation imposée par la convention européenne des droits de l'homme qui reconnaît un droit à un procès équitable en matière civile et pénale et qui, par ce biais, oblige les Etats à aider financièrement les plus démunis à faire valoir leurs droits.

<sup>14</sup>Comme le rappelle Evelyne Serverin [1998], cette préoccupation est ancienne puisque la loi d'assistance du 22 janvier 1851 avait déjà instauré une aide judiciaire, réformée ensuite par la loi du 3 janvier 1972, puis réorganisée par la loi du 10 juillet 1991 qui ajoutait à l'aide financière de l'Etat, une aide à l'accès au droit dont le but consiste à donner aux justiciables une meilleure connaissance de leurs droits. La loi du 18 décembre 1998 vise à améliorer encore l'information des justiciables par le développement des conseils départementaux à l'accès au droit et étend l'aide juridictionnelle aux transactions conclues avant l'instance.

<sup>15</sup>L'article 695 du NCPC définit très précisément les dépens. Il stipule que "les dépens afférents aux instances, actes et procédures d'exécution comprennent :

la partie perdante (article 696 du NCPC) ; les seconds restent à la charge de chaque partie. Cependant, lorsque la partie perdante bénéficie de l'aide juridictionnelle, ses propres dépens ne lui incombent pas ; en raison de sa défaite, elle doit, en revanche, supporter ceux de son adversaire<sup>16</sup>.

Les conditions d'obtention de l'aide juridictionnelle totale ou partielle sont précisément définies par la loi du 10 juillet 1991. Son article 2 précise que "les personnes physiques dont les ressources sont insuffisantes pour faire valoir leurs droits en justice peuvent bénéficier d'une aide juridictionnelle" et que "cette aide est partielle ou totale". La contribution de l'Etat dépend de l'importance des revenus de l'intéressé et couvre de 15% à 100% des dépenses engagées au titre des frais de représentation (honoraires de l'avocat), des frais d'expertise et d'exécution des jugements. Lorsque l'aide juridictionnelle est totale, "les dépenses qui incomberaient au bénéficiaire de l'aide juridictionnelle, s'il n'avait pas cette aide, sont à la charge de l'Etat". En revanche, "l'aide juridictionnelle partielle laisse à son bénéficiaire la charge d'un honoraire fixé par convention avec l'avocat conformément à l'article 35 ou d'un émolumument au profit des officiers publics et ministériels qui prêtent leur concours" (art. 24). Les plafonds de ressources qui déterminent le droit à l'aide juridictionnelle totale ou partielle sont révisés chaque année<sup>17</sup>.

Des ressources inférieures aux plafonds ne suffisent cependant pas à garantir l'accès à l'aide juridictionnelle. Plus précisément, elle est accordée uniquement si l'action n'apparaît pas manifestement irrecevable ou dénuée de

- 
- les droits, taxes, redevances et émoluments perçus par les secrétariats des juridictions ou l'administration des impôts à l'exception des droits, les taxes et pénalités éventuellement dus sur les actes et titres produits à l'appui des prétentions des parties ;
  - les indemnités des témoins ;
  - la rémunération des techniciens ;
  - les débours tarifés ;
  - les émoluments des officiers publics ou ministériels ;
  - la rémunération des avocats dans la mesure où elle est réglementée, y compris les droits de plaidoirie".

<sup>16</sup>Le juge, conformément à l'article 700 du NCPC, tient néanmoins compte de la situation économique de la partie perdante.

<sup>17</sup>Entre 1993 et 1999, les plafonds de l'aide juridictionnelle sont passés de 4523 Francs à 4940 Francs en 1999 pour l'aide totale et de 6785 Francs à 7412 Francs pour l'aide partielle.

fondement (art. 7). L'admission à l'aide juridictionnelle est ainsi prononcée par un bureau d'aide juridictionnelle (art. 12) qui évalue la validité de la demande de la personne intéressée et peut recueillir tous les renseignements sur la situation financière de celle-ci (art. 21).

La loi du 10 juillet 1991 a été récemment complétée par la loi du 18 décembre 1998<sup>18</sup> qui vise à apporter une réponse au problème persistant de l'accès au droit des plus démunis. L'objectif principal de la loi est de permettre aux plus pauvres de faire valoir leurs droits tout en limitant l'encombrement des tribunaux<sup>19</sup>. Pour satisfaire cet objectif principal, deux moyens sont imaginés. Le premier repose sur l'amélioration de l'information des justiciables sur leurs droits et obligations par la généralisation, à l'ensemble des départements, des conseils départementaux de l'accès au droit. Le second consiste à permettre à des parties ayant des revenus modestes, de régler leurs litiges sans passer préalablement par une juridiction. La loi du 18 décembre 1998 contribue à la réalisation de cet objectif en supprimant l'obligation d'assigner son adversaire en justice pour pouvoir bénéficier de l'aide juridictionnelle. L'extension de l'aide juridictionnelle aux transactions conclues avant la saisine d'une juridiction devrait accentuer le recours aux modes de règlement amiable des litiges en évitant aux parties d'entrer dans une phase contentieuse.

L'aide juridictionnelle se justifie par un souci de solidarité et d'égalité d'accès des citoyens à la justice et au droit. Elle s'efforce d'atteindre cet objectif par un allègement du coût de la reconnaissance des droits pour les plus démunis. Dans la mesure où les coûts d'accès à la justice jouent un rôle primordial dans la décision du demandeur d'ester en justice et dans le choix des parties entre l'arrangement et le jugement, cette aide est susceptible d'influencer directement le nombre des poursuites et l'issue du litige. Cette considération rapproche les économistes des juristes qui reconnaissent, à l'instar de L. Cadet (1994), que "l'allègement du coût de l'accès à la justice est un facteur important de la libération de l'accès aux tribunaux". Néanmoins,

---

<sup>18</sup> Loi n°98-1163 du 18 décembre 1998, publiée au Journal Officiel le 22 décembre 1998 (JO n°296).

<sup>19</sup> Le souhait du Ministre de la Justice, Elisabeth Guigou, s'exprime dans ces termes : "[...] la négociation doit constituer non seulement une alternative au jugement, mais aussi et surtout une alternative au procès lui-même. Il faut cesser de confondre l'accès au droit et l'accès à la justice" (Discours de Madame Elisabeth Guigou, Ministre de la Justice, Garde des Sceaux, concernant le projet de loi relatif à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits devant l'Assemblée Nationale, le 9 décembre 1998).

il convient de confirmer cette intuition par une analyse minutieuse afin de voir si l'aide juridictionnelle accroît effectivement le recours des justiciables aux tribunaux.

## 6.2 Les conséquences de l'aide juridictionnelle sur le nombre des poursuites

Après avoir précisé les notations qui serviront à nos démonstrations, nous proposons, dans un premier temps, de voir comment un système de subvention de l'accès à la justice peut modifier les incitations des justiciables à recourir aux tribunaux. A cette fin, nous assimilerons l'octroi de l'aide juridictionnelle à une réduction des coûts de procès et de négociation. Dans un deuxième temps, les particularités de l'aide juridictionnelle et les conséquences de la loi du 18 décembre 1998 seront examinées. Cette étude sera l'occasion de prévoir les effets de la nouvelle loi et de montrer dans quelle mesure elle peut effectivement répondre à l'objectif de réduction de l'encombrement des tribunaux qui lui est associé. L'ensemble des résultats obtenus conduira, dans un troisième temps, à s'interroger sur l'efficacité de l'aide juridictionnelle entendue comme sa capacité à faire converger les incitations sociales et privées à poursuivre.

### 6.2.1 Les notations

Les notations utilisées dans les démonstrations sont les suivantes :

- $q$  : probabilité que l'affaire soit jugée, ( $1 - q$  : la probabilité que l'affaire soit réglée à l'amiable),
- $A_p$  : montant attendu de l'arrangement,
- $G_p$  : gains attendus du demandeur au procès, égaux à  $P_p \times J_p$  où  $P_p$  est la probabilité estimée de victoire du demandeur et  $J_p$  son jugement attendu,
- $G_d$  : pertes attendues du défendeur au procès, égales à  $P_d \times J_d$  où  $P_d$  est la probabilité estimée de défaite du défendeur et  $J_d$  son jugement attendu,

- $C_{po}$ : coûts des poursuites du demandeur,
- $T_p$ : coûts attendus de procès du demandeur qui comprennent :
  - ses coûts irrépétibles ( $T_{Ip}$ ), généralement à sa charge<sup>20</sup>,
  - ses dépens ( $T_{Dp}$ ) et ceux de son adversaire ( $T_{Dd}$ ) à sa charge uniquement s'il perd, ce qu'il estime se produire avec la probabilité  $(1 - P_p)$ .

Ainsi, l'expression des coûts attendus de procès d'un demandeur qui ne bénéficie pas de l'aide juridictionnelle est :  $T_p = T_{Ip} + (1 - P_p)(T_{Dp} + T_{Dd})$ ,
- $T_d$ : coûts de procès du défendeur qui comprennent :
  - ses frais irrépétibles  $T_{Id}$ , généralement à sa charge<sup>21</sup>
  - ses dépens  $T_{Dd}$  et ceux de son adversaire  $T_{Dp}$  qu'il supporte s'il perd, ce qu'il estime se produire avec la probabilité  $P_d$ .

Ainsi, l'expression des coûts attendus de procès d'un défendeur qui ne bénéficie pas de l'aide juridictionnelle est :  $T_d = T_{Id} + P_d(T_{Dp} + T_{Dd})$ ,
- $N_p$ : coûts de négociation du demandeur une fois les poursuites engagées,
- $N_d$ : coûts de négociation du défendeur une fois les poursuites engagées.

### 6.2.2 L'impact de l'aide juridictionnelle sur la fréquence des poursuites judiciaires

Un demandeur, non-bénéficiaire de l'aide juridictionnelle, intente une action en justice si ses gains escomptés sont supérieurs à ses coûts, sachant que le gain escompté des poursuites intègre à la fois le gain net estimé au procès

---

<sup>20</sup> Le juge, par application de l'article 700 du NCPC, peut "condamner la partie tenue aux dépens à payer à l'autre la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens". Cependant, selon Cadet [1998], "l'expérience montre que l'indemnité fondée sur l'article 700 ne compense qu'une partie, mineure pour ne pas dire dérisoire, des frais irrépétibles" (p. 60).

<sup>21</sup> V. infra, note 10.

$q \times (G_p - T_p)$  et le gain net espéré d'un arrangement  $(1 - q) \times (A_p - N_p)$ , et que les poursuites occasionnent des coûts  $C_{po}$ . Le demandeur engage donc des poursuites contre le défendeur si et seulement si :

$$\begin{aligned} C_{po} &< q \times (G_p - T_p) + (1 - q) \times (A_p - N_p) \\ \Leftrightarrow C_{po} &< q \times \{G_p - [T_{Ip} + (1 - P_p)(T_{Dp} + T_{Dd})]\} + (1 - q) \times (A_p - N_p) \end{aligned} \quad (6.1)$$

Lorsque le demandeur bénéficie de l'aide juridictionnelle totale, les coûts de poursuites et de négociation sont pris intégralement en charge par l'Etat. Ses coûts de procès (dépens,  $T_{Dp}$ , et frais irrépétibles,  $T_{Ip}$ ) sont également payés par l'Etat. En revanche, s'il perd, les dépens  $T_{Dd}$  de son adversaire sont théoriquement à sa charge. En conséquence, pour un demandeur bénéficiaire de l'aide juridictionnelle totale, la condition de poursuites judiciaires (1) devient :

$$0 < q \times [G_p - (1 - P_p)T_{Dd}] + (1 - q) \times A_p \quad (6.2)$$

Ce résultat nous conduit à formuler la proposition suivante :

**Proposition 13** *Des actions en justice qui n'auraient pas été intentées sans un système d'aide juridictionnelle parce que les gains attendus n'auraient pas permis de couvrir les coûts du recours au tribunal, le seront grâce à la subvention de l'Etat.*

**Preuve:** En soustrayant le membre de droite de l'inégalité (2) à celui de l'inégalité (1), on obtient :

$$\begin{aligned} &q \{G_p - [T_{Ip} + (1 - P_p)(T_{Dp} + T_{Dd})]\} + (1 - q)(A_p - N_p) \\ &- q \{[G_p - (1 - P_p)T_{Dd}] + (1 - q) \times A_p\} \\ &= -q[T_{Ip} + (1 - P_p)T_{Dp}] - (1 - q)N_p < 0 \end{aligned} \quad (6.4)$$

Le signe négatif de cette soustraction prouve que l'aide juridictionnelle totale augmente le membre de droite de la condition de poursuites. Comme  $C_{po} > 0$ , l'aide juridictionnelle réduit simultanément le membre de gauche de la condition de poursuites. En conséquence, la condition de poursuites judiciaires a davantage de chances d'être vérifiée lorsque le demandeur bénéficie de l'aide juridictionnelle. Elle augmente donc le nombre de poursuites judiciaires<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup>Un résultat identique mais associé à des variations plus faibles de chacun des membres de l'inégalité (1) est observé sous l'aide juridictionnelle partielle puisque  $C_{po}$ ,  $T_p$  et  $N_p$  diminuent sans s'annuler.

Ce premier résultat peut être utilisé pour montrer que l'aide juridictionnelle permet aux *poursuites économiquement indésirables* de devenir économiquement justifiées. Ces poursuites sont ainsi qualifiées parce qu'elles sont intentées alors que le gain attendu du procès est inférieur aux coûts de procès et de poursuites ( $G_p - T_p - C_{po} \leq 0 \Leftrightarrow G_p - [T_{Ip} + (1 - P_p)(T_{Dp} + T_{Dd})] - C_{po} \leq 0$ ). Leur apparition est traditionnellement expliquée par la possibilité offerte au demandeur de soutirer un arrangement au défendeur grâce à un avantage lié à une asymétrie des coûts de procès entre les parties (influence sur la réputation du défendeur), à une asymétrie d'information ou à un décalage temporel dans le paiement des frais d'instance<sup>23</sup>. On peut alors montrer que l'aide juridictionnelle donne une justification supplémentaire à ce type de poursuites parce qu'elle élimine leur caractère indésirable en rendant leur gain attendu net positif. Plus précisément, l'Etat prenant en charge le coût des poursuites ( $C_{po}$ ) et les coûts de procès, sauf éventuellement les dépens du défendeur si le demandeur perd (soit un coût pour l'Etat de  $T_{Ip} + (1 - P_p)T_{Dp}$ ), le demandeur intègre dans sa décision uniquement le montant attendu du jugement  $G_p$  et les dépens du défendeur s'il perd  $(1 - P_p)T_{Dd}$ . Or, il s'avère que  $G_p - (1 - P_p)T_{Dd} \geq G_p - [T_{Ip} + (1 - P_p)(T_{Dp} + T_{Dd})] - C_{po}$ . Le gain attendu des poursuites peut donc devenir positif ( $G_p - (1 - P_p)T_{Dd} \geq 0$ ) alors qu'il était négatif sans l'aide de l'Etat ( $G_p - [T_{Ip} + (1 - P_p)(T_{Dp} + T_{Dd})] - C_{po} \leq 0$ ). Il en résulte que les poursuites qui étaient initialement économiquement indésirables peuvent désormais devenir économiquement justifiées. En définitive, l'aide juridictionnelle renforce les incitations à poursuivre des demandeurs dont les poursuites étaient initialement économiquement indésirables.

En définitive, la proposition suivante peut être énoncée :

**Proposition 14** *L'aide juridictionnelle accroît le nombre de poursuites judiciaires par rapport à une situation dans laquelle elle n'existerait pas parce qu'elle réduit le coût des poursuites, de procès et de négociation. De cette façon, elle contribue à rendre profitables des actions en justice qui ne seraient pas intentées en son absence. De surcroît, elle permet à des actions initialement économiquement indésirables de devenir économiquement justifiées parce que les demandeurs bénéficiaires voient leurs gains nets augmenter lorsqu'ils échappent au paiement de leurs coûts d'accès à la justice.*

---

<sup>23</sup>Rosenberg et Shavell [1985], Cooter et Rubinfeld [1989], Bebchuk [1988 ; 1996].

L'effet de l'aide juridictionnelle sur le nombre des poursuites a été identifié en se focalisant uniquement sur la réduction des coûts de procès et de négociation du demandeur. Certaines spécificités du cadre législatif et notamment les conditions d'obtention de l'aide n'ont pas été introduites alors qu'elles peuvent partiellement expliquer l'augmentation du nombre des poursuites. L'objectif du paragraphe suivant est de montrer que les obligations imposées par le législateur peuvent contribuer à l'encombrement des tribunaux et que leur levée peut remédier à ce problème. Les inconvénients de la loi du 10 juillet 1991 sont ainsi mis en évidence avant de présenter les améliorations à attendre de l'adoption de la loi du 18 décembre 1998.

### **6.2.3 La loi du 18 décembre 1998 et l'objectif de réduction du nombre des poursuites judiciaires intentées par les bénéficiaires de l'aide juridictionnelle**

Avant l'adoption de la loi du 18 décembre 1998, un facteur, lié au cadre législatif, accentuait mécaniquement l'augmentation de la fréquence des poursuites chez les bénéficiaires de l'aide juridictionnelle. Ce facteur était lié à ses conditions d'obtention. Son octroi était, plus particulièrement, conditionné à l'engagement d'une action en justice ce qui excluait du système tous les justiciables désireux de se faire assister par un avocat pour conclure une transaction avant le début de l'instance. Plus précisément, sous la loi du 10 juillet 1991, les transactions obtenues avant l'engagement de poursuites judiciaires ne donnaient pas lieu à une contribution financière de l'Etat ; les justiciables qui ne souhaitaient pas aller en justice devaient donc supporter seuls leurs coûts de négociation ou renoncer à faire valoir leurs droits. La loi du 18 décembre 1998 met fin à cette obligation et permet la rémunération des avocats dans le cas où les parties seraient parvenues à un accord avant l'introduction de l'instance. La loi du 18 décembre 1998 supprime par ce biais le facteur d'encombrement des tribunaux lié aux seules conditions d'octroi de l'aide. Une réduction du nombre des poursuites judiciaires par les bénéficiaires de l'aide juridictionnelle devrait en conséquence être observée dans les années à venir.

Une démonstration simple permet de justifier ce résultat. Avant l'adoption de la loi du 18 décembre 1998, un demandeur potentiellement admissible à l'aide juridictionnelle totale et qui concluait une transaction avec l'aide d'un

avocat sans intenter d'action en justice, supportait ses coûts de négociation, égaux aux honoraires de l'avocat, notés  $N_p^a$  (où l'indice supérieur  $a$  indique qu'il s'agit de coûts de négociation avant le début des poursuites) et supposés équivalents aux coûts de négociation  $N_p$  qu'il aurait à subir s'il avait engagé des poursuites et ne bénéficiait pas de l'aide juridictionnelle. Ainsi sous l'ancien système, s'il acceptait une transaction d'un montant  $A$  avant d'engager des poursuites, son gain net était de :

$$A - N_p^a$$

En revanche, s'il décidait d'engager des poursuites préalablement à la conclusion de la transaction de même montant  $A$ , ses coûts de négociation  $N_p$  étaient intégralement pris en charge par l'Etat de sorte que son gain net correspondait au montant total de la transaction, soit un gain de  $A$ . Dans la mesure où le gain d'une transaction postérieure aux poursuites était toujours supérieur au gain d'une transaction antérieure aux poursuites ( $A - N_p^a < A$ ), le demandeur était systématiquement amené à engager une action en justice avant de conclure la transaction<sup>24</sup>. Avec la loi du 18 décembre 1998, les coûts de négociation engendrés par une transaction conclue avant l'introduction de l'instance sont pris en charge par l'Etat dans les mêmes proportions que les coûts des transactions conclues avant le début des poursuites. Les gains nets des transactions antérieures et postérieures aux poursuites devenant identiques (et égaux au montant de la transaction  $A$ ), le demandeur n'est plus incité à ester en justice et conclut l'arrangement sans que le tribunal ne soit informé du conflit. La société économise ainsi le coût lié au recours des tribunaux dans le seul but d'obtenir l'aide financière de l'Etat.

Nous avons montré que la loi du 18 décembre 1998 réduit la fréquence des poursuites grâce à une diminution des coûts de négociation dans la phase pré-contentieuse, équivalente à la diminution des coûts de négociation dans la phase contentieuse sous la loi du 10 juillet 1991. Cependant, l'effet de la nouvelle loi est visible uniquement sur les justiciables qui, sous l'ancienne loi, intentaient une action en justice dans le seul but de faire couvrir les coûts de négociation par l'Etat. En d'autres termes, cette loi élimine uniquement l'effet

---

<sup>24</sup>Une démonstration identique peut être effectuée pour un demandeur bénéficiaire de l'aide partielle qui conserve à sa charge une fraction des coûts de négociation. On montre alors que le demandeur intente toujours une action en justice puisque  $A - N_p^a < A - (N_p - Sub)$  où  $Sub$  est l'aide financière de l'Etat, en supposant que  $N_p^a = N_p$ .

indésirable lié au cadre législatif initial trop restrictif de l'aide juridictionnelle. Pour les parties qui refusent tout accord amiable avant l'engagement des poursuites, l'aide juridictionnelle continue de contribuer à augmenter le nombre des poursuites parce qu'elle réduit les coûts de poursuites, de procès et de négociation. En définitive, l'effet global sur le nombre des poursuites de l'aide juridictionnelle (instaurée par la loi du 10 juillet 1991 et étendue par la loi du 18 décembre 1998) combine deux effets : un effet **restrictif** sur le nombre de poursuites, attribuable au fait qu'elle permet désormais aux parties de transiger avant l'introduction de l'instance et un effet **expansif** parce qu'elle incite des parties qui n'intenteraient pas d'action en justice si elle n'existe pas, à ester en justice. *En d'autres termes, l'aide juridictionnelle conduit à une fréquence de poursuites supérieure à celle observée en l'absence de toute aide financière de l'Etat tandis que les dispositions de la loi du 18 décembre 1998 devraient engendrer une diminution du nombre de poursuites par rapport à la situation observée sous la seule loi du 10 juillet 1991.*

Une fois identifiées les conséquences de l'aide juridictionnelle sur les incitations privées à poursuivre, il convient de s'intéresser au problème de la convergence des incitations sociales et privées à poursuivre dans un système d'aide financière à l'accès au droit.

#### **6.2.4 L'aide juridictionnelle et le problème de la convergence des incitations privées et sociales à poursuivre**

Partant de la conclusion qu'un système d'aide juridictionnelle augmente la fréquence des poursuites en accroissant les incitations privées à ester en justice, nous sommes naturellement amenés à nous interroger sur l'efficacité de cette aide, définie par sa capacité à rapprocher les incitations privées et sociales à poursuivre. Cette convergence se justifie, dans le domaine civil, notamment en matière de responsabilité, par la nécessité d'envoyer aux auteurs de dommage potentiels des signaux les incitant à respecter les niveaux de précaution socialement optimaux<sup>25</sup>. Le caractère socialement optimal des règles qui agissent sur les coûts d'accès au droit dépend alors exclusivement de l'objectif social poursuivi. En particulier, il est nécessaire d'évaluer l'excès

---

<sup>25</sup> Calabresi [1970] puis Shavell [1987] définissent le niveau de précaution optimal comme celui qui permet de minimiser le coût social des accidents, constitué des pertes liées aux préjudices subis et du coût de résolution des conflits résultant des dommages.

ou l'insuffisance de poursuites judiciaires avant de se prononcer sur le caractère socialement désirable des poursuites intentées par les bénéficiaires des aides de l'Etat. L'idée sous-jacente est qu'il peut exister un excès ou une insuffisance de poursuites judiciaires et qu'ils peuvent être corrigés en modifiant les incitations à poursuivre de certains groupes de justiciables. Partant alors simplement du constat que l'aide juridictionnelle favorise les poursuites, nous pouvons nous prononcer sur la politique à suivre en matière d'aide financière à l'accès au droit, selon que le nombre des poursuites doit être accru ou réduit.

D'une manière générale, si les incitations privées à poursuivre sont insuffisantes parce que les auteurs de dommage prennent trop peu de précautions par rapport au niveau de précaution qui minimise le coût social des accidents, l'aide juridictionnelle agit dans le sens d'un accroissement du bien-être social : en facilitant le recours des justiciables les plus démunis à la justice, elle renforce les incitations des auteurs de dommage à prendre des précautions. A l'inverse, si le recours aux tribunaux est jugé socialement excessif parce que les auteurs de dommage prennent trop de précautions par rapport au niveau qui minimise le coût social des conflits, il convient de limiter les incitations des victimes à ester en justice. Un moyen d'obtenir ce résultat pourrait alors consister à réduire le montant de l'aide juridictionnelle ou à baisser les plafonds qui conditionnent son octroi, de façon à réduire directement le nombre des actions en justice. Néanmoins, l'adoption de cette mesure reviendrait à pénaliser les bénéficiaires de l'aide et implicitement à considérer qu'ils sont davantage responsables de l'excès social de poursuites que les justiciables plus aisés. En d'autres termes, une telle analyse ferait peser le poids de la responsabilité de l'encombrement des tribunaux sur les seuls bénéficiaires de l'aide juridictionnelle sans chercher dans les autres groupes les raisons de l'excès de demande de justice. En réduisant ainsi l'accès des plus démunis à la justice, des poursuites socialement désirables (en ce sens qu'elles contribuent à inciter les auteurs de dommage à prendre des précautions) peuvent être abandonnées alors que des poursuites socialement indésirables sont engagées uniquement parce que les justiciables concernés disposent de moyens financiers suffisants. Il pourrait alors sembler préférable, pour limiter l'encombrement des tribunaux, de généraliser à l'ensemble des demandeurs le contrôle du bien fondé des actions en justice plutôt que de pénaliser le groupe des justiciables les plus démunis en les empêchant de recourir aux tribunaux.

L'existence de poursuites économiquement indésirables (i.e dont le coût

excède les gains attendus) constitue une seconde source d'inefficacité. S'il a été prouvé que l'aide juridictionnelle favorise l'émergence des poursuites économiquement indésirables, il n'en demeure pas moins que ce type d'actions en justice est également intenté par des non bénéficiaires. Un système d'estimation des coûts et des gains attendus de l'action en justice associé à un système d'incitation à la résolution négociée de ce type de conflits<sup>26</sup> ou d'interdiction d'aller devant le juge lorsque les coûts excèdent l'enjeu<sup>27</sup>, contribuerait également à limiter l'encombrement des tribunaux.

L'analyse précédente indique qu'une convergence entre les motivations sociales et privées des conflits peut être obtenue, lorsque les incitations privées à ester en justice sont excessives, par des lois qui limitent le nombre de poursuites judiciaires. Il convient néanmoins d'être très prudents sur l'interprétation des objectifs associés aux lois qui visent à réduire le nombre de poursuites judiciaires. Elles n'ont pas toutes vocation à inciter les victimes à renoncer à leur indemnisation, en particulier lorsque le préjudice causé est d'ampleur limitée. La réduction du nombre de poursuites, en effet, n'équivaut pas nécessairement à une réduction du nombre des victimes indemnisées mais peut correspondre à une modification du **mode d'indemnisation**. La réduction du nombre de poursuites judiciaires n'entraîne pas alors de réduction des précautions prises par les auteurs de dommage et peut même conduire à leur augmentation, si le nombre d'accidents donnant lieu à réparation est accru. En d'autres termes, l'élément important dans la maximisation du bien-être social n'est pas le nombre des poursuites judiciaires mais le nombre de victimes indemnisées quel que soit le mode d'indemnisation parce qu'il détermine le niveau de précautions des auteurs de dommage. La possibilité de conclure des arrangements et la menace d'aller au procès si un accord n'est pas conclu peuvent constituer un signal suffisant pour inciter les auteurs de dommage au respect des normes de précautions. C'est donc le coût imposé aux auteurs de dommage potentiels et non la façon dont ce coût est supporté qui importe.

Ce raisonnement indique que la loi du 18 décembre 1998 ne devrait pas avoir pour conséquence de restreindre les incitations des auteurs de dommage

---

<sup>26</sup> Par exemple, une tentative de conciliation obligatoire comme elle existe déjà en matière de divorce ou en matière prud'homale.

<sup>27</sup> Comme en matière d'appel où pour des raisons d'importance des coûts de procédure, il est autorisé uniquement si l'enjeu du litige excède 25 000 Francs (plafond relevé de 13 000 Francs à 25 000 Francs au 1er mars 1999).

potentiels à prendre des précautions en limitant le nombre des poursuites judiciaires. Si la loi du 18 décembre 1998 vise explicitement à réduire le nombre des poursuites, son objectif n'est pas de diminuer le nombre de victimes indemnisées. Il s'agit au contraire de substituer une indemnisation négociée à une indemnisation contentieuse, en permettant à des personnes démunies d'obtenir plus facilement des informations sur leurs droits et de les faire valoir alors qu'elles ne le faisaient pas sous l'ancien système. En conséquence, cette loi modifie le comportement préventif des auteurs de dommage en améliorant l'information des justiciables sur leurs droits et en augmentant par ce biais le nombre de victimes indemnisées. Dans le même temps, elle limite le coût social de résolution des conflits en jouant sur la façon dont les victimes sont indemnisées. En définitive, la loi du 18 décembre 1998 devrait participer à l'amélioration du bien-être social parce qu'elle contribue à faire converger les incitations privées et sociales à poursuivre, en permettant simultanément de réduire un nombre de poursuites judiciaires jugé excessif et d'augmenter le nombre de victimes indemnisées.

Nous avons étudié l'influence de l'aide juridictionnelle sur le nombre de poursuites judiciaires et montré qu'elle contribue effectivement à faciliter le recours aux tribunaux des plus démunis. Néanmoins, l'effet de l'aide juridictionnelle sur le nombre des poursuites, s'il était théoriquement prévisible avant la loi du 18 décembre 1998, devient désormais indéterminé, les nouvelles dispositions visant à accroître le nombre des préjudices réparés en limitant simultanément le recours aux tribunaux. Notre second objectif consiste à évaluer l'impact de l'aide juridictionnelle sur le taux d'arrangement une fois les poursuites engagées, en intégrant les conséquences de la loi du 18 décembre 1998.

### **6.3 Les conséquences de l'aide juridictionnelle sur le mode de règlement des litiges**

Une analyse de l'impact de l'aide juridictionnelle sur le mode de règlement des litiges (jugement ou arrangement) est d'abord présentée. Deux prolongements sont ensuite envisagés, le premier visant à rendre compte des changements engendrés par la loi du 18 décembre 1998, le second, plus théorique, intégrant la dimension stratégique des demandes d'aide juridictionnelle.

### 6.3.1 Analyse de l'impact de l'aide juridictionnelle sur le mode de règlement des litiges

Dans l'analyse optimiste, un accord est conclu si la demande minimale du demandeur est inférieure à l'offre maximale du défendeur c'est-à-dire s'il existe un intervalle de négociation. Le demande minimale du demandeur correspond à son jugement attendu net ( $G_p - T_p$ ) auquel il faut ajouter les coûts de négociation de l'accord  $N_p$ . Elle constitue la borne inférieure de l'intervalle de négociation. L'offre maximale du défendeur correspond à ses pertes escomptées brutes au procès ( $G_d + T_d$ ) desquelles il faut retrancher ses coûts de négociation  $N_d$ . Elle représente la borne supérieure de l'intervalle de négociation. La condition d'obtention d'un arrangement (i.e la condition d'existence d'un intervalle de négociation) est donc :

$$\begin{aligned} & G_p - T_p + N_p < G_d + T_d - N_d \\ \Leftrightarrow & G_p - [T_{Ip} + (1 - P_p)(T_{Dp} + T_{Dd})] + N_p < G_d + T_{Id} + P_d(T_{Dp} + T_{Dd}) - N_d \end{aligned} \quad (6.5)$$

Si le demandeur bénéficie de l'aide juridictionnelle totale<sup>28</sup>, il échappe au paiement de l'ensemble de ses coûts de négociation et de ses coûts de procès, exceptés les dépens du défendeur s'il perd. La condition d'obtention d'arrangement devient donc :

$$G_p - (1 - P_p)T_{Dd} \leq G_d + T_{Id} + P_d(T_{Dp} + T_{Dd}) - N_d \quad (6.6)$$

La proposition suivante peut alors être énoncée :

**Proposition 15** *L'impact de l'aide juridictionnelle accordée au demandeur sur les chances de résoudre le litige à l'amiable est indéterminé. Il varie selon l'importance de ses coûts de négociation  $N_p$  par rapport aux frais de procès pris en charge par l'Etat (ses frais irrépétables,  $T_{Ip}$ , et ses dépens attendus s'il perd,  $(1 - P_p)T_{Dp}$ ).*

**Preuve:** En retranchant le membre de gauche de l'inégalité (6) à celui de l'inégalité (5), on obtient :

$$\begin{aligned} & G_p - [T_{Ip} + (1 - P_p)(T_{Dp} + T_{Dd})] + N_p - [G_p - (1 - P_p)T_{Dd}] \\ = & -T_{Ip} - (1 - P_p)T_{Dp} + N_p \end{aligned}$$

---

<sup>28</sup>L'analyse peut être facilement transposée à l'aide juridictionnelle partielle en conservant les termes  $T_p$  et  $N_p$  mais en les diminuant pour intégrer la contribution de l'Etat.

Le signe du résultat de cette soustraction dépend de l'importance du terme  $-T_{Ip} - (1 - P_p) T_{Dp}$  par rapport à la valeur des coûts de négociation du demandeur  $N_p$ . Si  $-T_{Ip} - (1 - P_p) T_{Dp} + N_p < 0$ , l'aide juridictionnelle accroît la borne inférieure de l'intervalle de négociation et réduit les chances de règlement amiable. Si  $-T_{Ip} - (1 - P_p) T_{Dp} + N_p > 0$ , l'aide juridictionnelle diminue la borne inférieure de l'intervalle de négociation et accroît les chances de règlement amiable. En d'autres termes, l'aide juridictionnelle totale augmente la demande minimale du demandeur si et seulement si ses coûts de négociation,  $N_p$ , sont inférieurs aux coûts attendus de procès pris en charge par l'Etat,  $T_{Ip} + (1 - P_p) T_{Dp}$ . L'effet de l'aide juridictionnelle sur les chances de régler le conflit à l'amiable est donc indéterminé *a priori*.

De la même façon, l'attribution d'une aide financière au seul défendeur a une influence indéterminée sur la borne supérieure de l'intervalle de négociation. La proposition suivante peut donc être énoncée :

**Proposition 16** *L'influence de l'aide juridictionnelle accordée au défendeur sur les chances de conclure un arrangement est indéterminée.*

**Preuve :** La condition d'arrangement lorsque le défendeur bénéficie de l'aide juridictionnelle totale est :

$$G_p - T_p + N_p < G_d + P_d T_{Dp} \quad (6.7)$$

En soustrayant le membre de droite de l'inégalité (7) à celui de l'inégalité (5), on obtient :

$$G_d + T_{Id} + P_d (T_{Dp} + T_{Dd}) - N_d - [G_d + P_d T_{Dp}] = T_{Id} + P_d T_{Dd} - N_d$$

Le signe du résultat de cette soustraction dépend de l'importance des coûts de négociation du défendeur  $N_d$  par rapport aux coûts de procès pris en charge par l'Etat,  $T_{Id} + P_d T_{Dd}$ . Si  $T_{Id} + P_d T_{Dd} - N_d > 0$ , l'aide juridictionnelle diminue la borne supérieure de l'intervalle de négociation et les chances de règlement amiable. Si  $T_{Id} + P_d T_{Dd} - N_d < 0$ , l'aide juridictionnelle accroît la borne supérieure de l'intervalle de négociation et les chances de règlement amiable. En d'autres termes, le défendeur diminue son offre maximale si ses coûts de négociation sont inférieurs à ses coûts de procès attendus pris en charge par l'Etat. A l'inverse, il accroît sa proposition maximale si ses coûts de négociation excèdent ses coûts attendus de procès pris en charge par l'Etat.

En définitive, l'impact de l'aide juridictionnelle accordée au défendeur sur les chances de conclure un accord amiable est indéterminé.

Des propositions 3 et 4, nous pouvons déduire la proposition 5 :

**Proposition 17** *Lorsque les deux parties bénéficient de l'aide juridictionnelle, la demande minimale du demandeur peut augmenter ou diminuer de même que l'offre maximale du défendeur. Il est donc impossible de savoir a priori si l'aide juridictionnelle est défavorable au règlement amiable des litiges et incite davantage les parties à recourir au juge pour résoudre leur différend.*

Ce résultat indéterminé s'explique aisément. D'une manière générale, les modèles optimistes établissent qu'une réduction des coûts de procès des parties tend à augmenter le taux de procès parce qu'elle accroît l'avantage relatif du procès par rapport à l'arrangement (diminution du surplus coopératif qui représente la différence entre la valeur de l'arrangement et la valeur du jugement). Pour les mêmes raisons, une diminution des coûts de négociation favorise le règlement amiable des litiges (accroissement du surplus coopératif). L'aide juridictionnelle combine à la fois une réduction des coûts de procès et une diminution des coûts de négociation. En effet, d'une part, les coûts de procès de la partie bénéficiaire diminuent parce que l'Etat prend en charge tout ou partie de ses frais de procès (hormis les dépens de son adversaire qui sont à sa charge s'il perd) ; d'autre part, les coûts de négociation baissent puisque l'Etat rémunère l'avocat qui a participé à la conclusion d'une transaction. Dans la mesure où les deux réductions de coûts conduisent à deux effets opposés, celle des coûts de procès favorisant le jugement et celle des coûts de négociation le règlement amiable, l'effet de l'aide juridictionnelle sur le taux de règlement amiable des litiges dépend de l'importance relative des deux effets jouant en sens inverse.

### 6.3.2 Prolongements de l'analyse

Deux prolongements sont envisagés. Le premier est relatif aux changements que devrait apporter l'application de la loi du 18 décembre 1998. Le second, plus théorique, concerne l'utilisation des modèles stratégiques pour étudier la dimension stratégique des demandes d'aide juridictionnelle.

## A- Les changements engendrés par la loi du 18 décembre 1998

L'analyse proposée s'est jusqu'à présent limitée aux conséquences sur le nombre d'arrangements de l'aide juridictionnelle telle qu'elle a été instaurée par la loi du 10 juillet 1991. Les apports de la loi du 18 décembre 1998 relatifs à l'accès à l'information et à la prise en charge des coûts de négociation avant le début de l'instance ne doivent cependant pas être ignorés. Le premier objectif d'accès à une meilleure information peut contribuer à favoriser les règlements amiables en limitant l'optimisme excessif des parties ou les comportements stratégiques adoptés par des justiciables qui profitent d'informations privilégiées. Pour cette raison, le taux de règlement amiable pourrait s'élever dans l'avenir.

Le second objectif de la loi du 18 décembre 1998 amène à s'interroger sur les accords conclus avant le début des poursuites, ce qui nous constraint à dépasser le cadre d'analyse habituel, généralement limité aux arrangements conclus après l'inscription de l'affaire au rôle du tribunal compétent<sup>29</sup>. Concernant la généralisation de l'aide juridictionnelle aux transactions conclues avant le début de l'instance, l'impact de la nouvelle loi pourrait concerner davantage le moment de la conclusion des accords que leur fréquence. Plus précisément, l'extension de l'aide juridictionnelle aux transactions conclues avant le début de l'instance devrait permettre à une fraction des arrangements conclus après l'action en justice sous l'ancien système de l'aide juridictionnelle, d'être désormais signés avant l'introduction de l'instance. L'influence de l'extension de l'aide juridictionnelle à la phase pré-contentieuse devrait ainsi conduire à une accélération de la conclusion des accords plutôt qu'à un accroissement de leur fréquence.

En définitive, le premier objectif de la loi du 18 décembre 1998 devrait se traduire par une réduction du nombre de jugements grâce à une meilleure information des justiciables, étant entendu que les asymétries d'information peuvent expliquer l'optimisme excessif des parties et engendrent des comportements stratégiques qui entravent la résolution amiable des litiges. Le second objectif devrait, pour sa part, accélérer le règlement amiable des li-

<sup>29</sup> L'analyse économique des conflits juridiques s'intéresse aux accords conclus après l'engagement des poursuites car il est impossible d'obtenir de l'information sur les affaires réglées à l'amiable avant qu'une action en justice soit intentée. L'octroi de l'aide juridictionnelle pour les transactions conclues avant l'engagement de poursuites judiciaires devrait permettre dans l'avenir de disposer de davantage d'informations sur ce type de conflits réglés à l'amiable.

tiges en transférant une partie d'entre eux de la phase contentieuse à la phase pré-contentieuse.

## B- Etude des motivations stratégiques des demandes d'aide juridictionnelle

L'analyse des effets de l'aide juridictionnelle sur la fréquence des jugements aurait également pu être menée dans le cadre des modèles stratégiques (Bebchuk [1984], P'ng [1983]) qui établissent, à l'instar des modèles optimistes, qu'une réduction des coûts de procès accroît la probabilité d'occurrence du jugement. Ces modèles n'ont pas été utilisés pour évaluer l'impact de l'aide juridictionnelle sur l'issue du litige parce qu'ils compliquent considérablement et inutilement l'analyse. L'effet identifié des variations de coûts étant le même quel que soit le courant de l'AECJ, les difficultés supplémentaires liées à l'adoption d'un cadre stratégique n'auraient pas été compensées par des apports théoriques conséquents<sup>30</sup>. Une utilisation plus judicieuse des modèles stratégiques consisterait à étudier les comportements stratégiques engendrés par l'aide juridictionnelle. Plus précisément, ces modèles pourraient rendre compte des demandes d'aide juridictionnelle, soumises volontairement et dans le seul but de retarder la procédure, par des défendeurs qui savent que leurs ressources excèdent les plafonds. Cette question dépasse les possibilités de l'analyse optimiste qui ignore toute la dimension stratégique des conflits. L'usage stratégique des demandes d'aide juridictionnelle est permis par l'asymétrie d'information qui existe entre celui qui la demande connaissant ses revenus et celui qui décide de son octroi et doit rechercher les éléments nécessaires à sa décision. La durée du traitement du dossier constitue autant de temps gagné par le défendeur.

---

<sup>30</sup>En particulier, les modèles stratégiques sont construits en supposant que chaque partie supporte ses propres coûts de procès quel que soit le résultat du jugement (règle américaine d'allocation des coûts de procès). Le système de condamnation aux dépens instauré par la France oblige donc à les modifier pour intégrer les transferts de coûts entre les parties. D'autre part, les auteurs du courant stratégique considèrent généralement les coûts de négociations comme négligeables et les écartent de l'analyse sur ce seul motif (hormis dans l'analyse dynamique de Spier [1992] dans laquelle ils jouent un rôle déterminant dans le moment de la conclusion des accords). Il aurait donc été nécessaire de les réintégrer dans l'analyse. Toutes ces adaptations ne présentent pas de difficultés considérables mais s'avèrent inutiles dans la mesure où les modèles optimistes, plus simples d'utilisation, permettent d'apporter les mêmes réponses.

En 1996, 64 072 demandes d'aide juridictionnelle ont été rejetées<sup>31</sup>. Parmi les motifs, 26 878 rejets s'expliquent par des ressources supérieures au plafond, 13 259 par une absence de pièces justificatives et 16 282 ne sont pas renseignés. Il est possible d'imaginer que parmi ces demandes rejetées, certaines ont été formulées uniquement dans le but de retarder la procédure du temps nécessaire au traitement de la demande. En particulier, on peut imaginer que certains justiciables savent qu'ils dépassent les plafonds mais font la demande pour gagner du temps. De même, certains demandeurs de l'aide peuvent tarder à communiquer les pièces nécessaires, etc. Il serait alors intéressant d'étudier comment les demandes d'aide juridictionnelle, au-delà même du simple désir de fraude, peuvent être utilisées à des fins stratégiques pour retarder la procédure.

### Conclusion

L'analyse, d'abord consacrée à l'impact de l'aide juridictionnelle sur les incitations des demandeurs à intenter des poursuites, a montré qu'elle accroît le nombre des poursuites judiciaires en réduisant les coûts d'accès à la justice. Le rapport du Sénat, "Quels moyens pour quelle justice ?" [1997]<sup>32</sup>, confirme nos prédictions théoriques. Il montre, plus précisément, en comparant le nombre d'admissions sous l'ancien régime de l'aide judiciaire au nombre d'admissions sous le nouveau système de l'aide juridictionnelle, que le remplacement en 1992 de l'aide judiciaire, plus restrictive, par l'aide juridictionnelle<sup>33</sup> a incité davantage de justiciables à ester en justice. Ce rapport indique en effet qu'avant 1992, le nombre d'admissions à l'aide financière de l'Etat stagnait. En revanche, il a crû, en matière civile de 17% en 1992 et 1993 et de 13,5 % en 1994. Dans le même temps, le volume des affaires civiles augmentait seulement de 3,5%. Le recours accru aux tribunaux des justiciables bénéficiaires de l'aide semble ainsi se justifier davantage par la réduction du coût d'accès à la justice que par les motifs qui seraient invoqués par les personnes non admissibles à l'aide (les mutations sociale, économique et culturelle, les procédures nouvelles et en particulier l'instauration de juges

<sup>31</sup> *Annuaire statistique de la justice*, édition de 1998, La Documentation Française, p.239.

<sup>32</sup> JOLIBOIS C. (président) et FAUCHON P. (rapporteur) (1997), *Quels Moyens pour quelle Justice ?*, Les rapports du Sénat, 49.

<sup>33</sup> Lors du remplacement de l'aide judiciaire par l'aide juridictionnelle en janvier 1992, les plafonds de ressource sont passés de 3465 Francs à 4400 Francs par mois pour l'aide totale et de 5250 Francs à 6600 Francs pour l'aide partielle.

uniques pour régler certains types d'affaires<sup>34</sup>, ...) <sup>35</sup>. Cette étude, réalisée avant l'adoption de la loi du 18 décembre 1998, ne permet pas d'en mesurer les effets et de tester la validité de nos prédictions la concernant. On peut néanmoins s'attendre à ce que la loi du 18 décembre 1998 limite le recours des justiciables aux tribunaux tout en favorisant la prévention et la réparation des dommages, grâce à la prise en charge des honoraires des avocats ayant participé à la conclusion d'une transaction avant la saisine d'une juridiction.

L'analyse théorique a ensuite exploré l'influence de l'aide juridictionnelle sur l'issue du litige. L'impact de l'aide juridictionnelle apparaît finalement indéterminé parce qu'elle provoque deux effets jouant en sens inverse : d'une part, elle diminue les coûts de négociation ce qui accroît les chances de règlement amiable et d'autre part elle réduit les coûts de procès ce qui a pour conséquence d'augmenter la probabilité de jugement.

L'analyse théorique pourrait être approfondie en recherchant les motivations stratégiques des demandes d'aide juridictionnelle. Les modèles stratégiques retrouveraient alors une place centrale dans l'analyse, apportant des éléments de réflexion sur lesquels les modèles optimistes sont condamnés à demeurer muets. L'analyse empirique devrait également être poursuivie dans l'avenir afin d'infirmer ou de confirmer les intuitions relatives aux effets de la loi du 18 décembre 1998, notamment sur la réduction du nombre d'arrangements conclus après la saisine d'une juridiction et sur le moment de la conclusion des accords<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> Juge des affaires familiales créé par la loi du 8 janvier 1993, Juge de l'exécution institué par la loi du 9 juillet 1991.

<sup>35</sup> Selon les auteurs du rapport, d'autres facteurs expliquent également l'augmentation des demandes d'aide juridictionnelle : l'extension de son champ d'application à l'assistance éducative, à l'autorité parentale ou aux tribunaux de police et la meilleure information des justiciables sur son existence. Le rapport indique en outre, sur la base d'un sondage effectué auprès de 4000 bénéficiaires de l'aide, qu'un tiers des nouveaux bénéficiaires auraient pu renoncer à faire valoir leurs droits s'ils n'avaient pu en bénéficier.

<sup>36</sup> Pour une étude empirique sur le moment de la conclusion des accords dans un cadre général ignorant l'influence de l'aide juridictionnelle, consultez : M. DORIAT ET B. DEF-FAINS [1999], *The Dynamics of Pretrial Negotiation in France: is there a Deadline Effect in the French Legal System?*, *International Review of Law and Economics*, pp. 447-470.

## Conclusion générale

L'analyse économique du droit a pour principale ambition de proposer une explication à l'existence d'une solution alternative au jugement afin d'assurer le règlement des conflits. Pour résumer, il s'agit de répondre à une question fondamentale : quelles sont les principales variables susceptibles d'inciter les parties à un litige à trouver un arrangement amiable ? L'étude a permis d'apporter plusieurs éléments de réponse. En première approximation, l'analyse économique souligne le rôle des croyances des parties qui peuvent conduire à la perception d'un surplus coopératif négatif. L'intervention du juge est alors l'unique façon de régler le conflit et de corriger l'optimisme des parties en leur imposant une solution. Une autre explication réside dans les asymétries d'information qui permettent aux parties dotées d'informations défavorables d'adopter des comportements stratégiques. Le recours au juge est alors le seul moyen de lever les asymétries d'information et de protéger les intérêts de la partie non-informée. Ces explications mettent en avant le comportement des justiciables. Quel que soit le type de modèle envisagé, l'étude a également permis de mesurer l'influence des variables monétaires (coûts des procès, honoraires des avocats, aide juridictionnelle, rémunération des médiateurs et arbitres, montant de l'enjeu,...) ainsi que des variables institutionnelles (nature de la procédure, modalités des règlements alternatifs,...). Il est apparu en particulier que ces différentes variables jouent différemment selon le type de contentieux considéré.

Dans les deux courants de l'analyse économique des conflits juridiques, le juge apparaît comme un agent central dans le règlement des litiges. Pourtant, les analyses se focalisent essentiellement sur les parties et traitent rarement du juge. La présente étude a donc permis d'entrouvrir une nouvelle voie de recherche jusqu'alors inexplorée : l'analyse économique du rôle du juge dans la médiation. La mission conciliatrice du juge découle directement de l'article 21 du NCPC. Elle signifie que le recours au juge n'implique pas nécessairement un jugement puisqu'il peut aider les parties à trouver un arrangement, en usant à la fois de son autorité, de son expérience et de ses compétences juridiques. Ce faisant, le juge n'est plus seulement "diseur de droit" mais devient "faiseur de loi", trouvant des solutions particulières (mais conformes

au droit) à des conflits spécifiques. La question est alors de savoir pourquoi le juge ne concilie pas toujours les parties lorsque la médiation apparaît comme une alternative au jugement. La réponse à cette question nécessite de déterminer les motivations du juge à la fois lorsqu'il prononce un jugement et lorsqu'il permet une médiation ou une conciliation. En particulier, il s'agit de savoir dans quelle mesure des juges fonctionnaires dont le salaire ne dépend pas des solutions imposées aux litiges satisfont leurs propres intérêts à travers les décisions qu'ils prennent. La réputation retirée d'une pratique juridictionnelle ou conciliatrice devrait alors être traitée comme une variable déterminante du choix du juge entre aider les parties à trouver un accord ou juger l'affaire. En d'autres termes, les recherches devraient s'appuyer sur l'idée que le juge poursuit un objectif privé, sachant qu'il est d'autant plus enclin à encourager les parties à s'entendre devant lui qu'il en retire un bénéfice. Comme les parties, le juge peut en effet décider de l'issue à privilégier en se livrant à un calcul coûts-avantages. La comparaison des gains (en termes de réputation par exemple) et des coûts (le temps consacré à l'obtention d'un arrangement qui peut être supérieur au temps qu'il mettrait pour appliquer une règle de droit) retirés d'une médiation ou d'une conciliation détermine-rait alors le mode de résolution de l'affaire. L'obtention d'un arrangement devant le juge dépendrait alors non seulement de la perception tardive (en ce sens qu'elle est permise par l'intervention du juge) du surplus coopératif par les parties (la perception d'un surplus coopératif demeure une condition nécessaire à la réussite des pourparlers) mais également du surplus récupéré par le juge par rapport au jugement de l'affaire.

Une seconde explication à l'échec des négociations devant le juge pourrait être recherchée dans l'infirmation de l'hypothèse d'une information parfaite du juge. Dans la plupart des modèles théoriques et quel que soit le courant de l'AECJ (optimiste ou stratégique), le juge est supposé parfaitement informé des paramètres du litige et capable de redonner leur exacte qualification aux faits. En d'autres termes, alors que les parties évoluent dans un environnement où l'information est incomplète, le juge serait capable de lever les asymétries d'information et de trancher les litiges comme si l'information était complète. Le juge ne se tromperait donc jamais. L'existence de voies de recours montre que cette hypothèse n'est pas vérifiée dans les faits, le législateur permettant aux parties de s'opposer à la décision du juge et éventuellement d'obtenir un second jugement. De surcroît, même si le juge peut demander l'aide d'experts pour obtenir de l'information sur les faits

constitutifs du litige, il n'est pas à l'abri d'une erreur de jugement.

Les risques d'erreur du juge sont multiples. Ils peuvent porter sur l'évaluation du préjudice ou la détermination de la culpabilité (il s'agit alors des erreurs de types 1 et 2). Quelques travaux ont commencé à explorer les conséquences de ces erreurs sur le mode de règlement des litiges. Rasmusen [1995] a ainsi étudié les conséquences d'une erreur du juge dans l'estimation des dommages et intérêts sur la décision du demandeur d'intenter des poursuites. Il opère une distinction selon que le risque d'erreur du juge est prévisible ou imprévisible. Lorsque l'erreur des tribunaux 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 mais tentent de faire croire qu'ils en ont subi. L'adoption d'un comportement stratégique se traduit chez ces derniers par la décision d'intenter des poursuites s'ils estiment que le risque d'erreur du juge est suffisant pour que leur gain net attendu au procès soit positif. Rasmusen explique que les tribunaux peuvent lutter contre ces comportements stratégiques en réduisant le montant des dommages et intérêts accordés par rapport au montant qu'ils estimeraient devoir accorder (qui est supérieur au montant correspondant au dommage subi puisqu'il commet une erreur d'estimation). Son argument est fondé sur l'idée qu'une évaluation élevée des dommages et intérêts a une plus grande probabilité d'être due à une erreur d'estimation qu'à un réel dommage de grande ampleur. Lorsque les risques d'erreur sont *imprévisibles*, la décision d'intenter des poursuites signale la qualité de l'affaire du demandeur. Plus précisément, le demandeur, à travers son action en justice, 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. Rasmusen propose alors qu'un tribunal qui estimera un dommage faible relève le montant des dommages et intérêts accordés au demandeur dans la mesure où la décision d'intenter des poursuites est un signal crédible du demandeur indiquant que les dommages subis sont supérieurs à ceux estimés par le tribunal.

Outre les erreurs sur le montant des dommages, le juge peut se tromper dans la détermination de la culpabilité et commettre l'un des deux types d'erreurs suivants : innocenter un coupable (type 1) ou condamner un innocent (type 2). Les risques d'erreur du juge posent deux problèmes. D'une part, ils influent sur la crédibilité de la menace de procès du demandeur. En nous inspirant des travaux de Nalebuff [1987], nous avons montré que lorsque le demandeur a subi un dommage faible, sa menace de procès en cas de refus

de sa proposition d'arrangement par le défendeur n'est pas crédible, compte-tenu des coûts du procès. La stratégie des défendeurs coupables consiste alors à se faire passer pour des défendeurs innocents, espérant que le demandeur abandonnera son action en justice. Le risque d'erreur de type 1 contribue à réduire encore davantage la crédibilité de la menace de procès du demandeur parce qu'il réduit ses gains attendus au procès. L'effet négatif de l'erreur de type 1 sur la crédibilité de la menace du demandeur est cependant compensé, au moins partiellement, par le risque d'erreur de type 2 qui accroît le gain attendu du demandeur au procès. En conséquence, la crédibilité de la menace de procès du demandeur est respectivement réduite par le risque d'erreur de type 1 et accrue par le risque d'erreur de type 2.

D'autre part, les risques d'erreur de type 1 et de type 2 suscitent des comportements stratégiques nuisibles au règlement amiable des litiges. Comme nous l'avons montré dans le cadre de l'arbitrage, l'erreur de type 1 est favorable aux défendeurs coupables et défavorable aux demandeurs. L'erreur de type 2 est favorable aux demandeurs et défavorable aux défendeurs innocents. Si l'erreur de type 2 est suffisamment élevée pour que les gains attendus du demandeur au procès contre un défendeur innocent soient positifs, le demandeur est incité à intenter des poursuites contre les défendeurs innocents. Il sera d'autant plus décidé à se comporter stratégiquement qu'il sait que le défendeur n'est pas en mesure de prouver son innocence. Le risque d'erreur de type 1 a l'effet inverse puisqu'il peut conduire le demandeur à renoncer à une action en justice si les gains escomptés du procès contre un défendeur coupable sont inférieurs à ses coûts. En revanche, si le risque d'erreur de type 1 est suffisamment élevé pour que les pertes escomptées d'un procès soient inférieures à celles d'un arrangement, les défendeurs coupables vont refuser l'arrangement et aller au procès en prétendant être innocents (surtout si les demandeurs ne sont pas en mesure de prouver la culpabilité du défendeur).

En définitive, les risques d'erreur du juge, sur le montant des dommages et intérêts ou sur la détermination de la culpabilité, engendrent des comportements stratégiques qui provoquent des jugements. 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. L'introduction de tels comportements stratégiques est susceptible de remettre en cause l'un des résultats fondamentaux du courant optimiste : l'hypothèse de sélection de Priest et Klein [1984]. Ces auteurs ont montré que le taux de victoire du demandeur au procès est proche de 50 % parce que les affaires qui vont au procès sont celles pour lesquelles le jugement est le plus incertain. Lorsque la culpabilité du

défendeur est facile à prouver, les parties parviennent à s'entendre puisque leurs estimations sur le jugement convergent. En revanche, lorsque la culpabilité du défendeur est difficile à établir parce qu'aucune des parties ne peut clairement établir la culpabilité ou l'absence de culpabilité du défendeur, les parties vont au procès. D'après Priest et Klein [1984], les demandeurs gagnent alors dans 50 % des cas. Partant de cette idée, Hylton [1993] envisage une situation dans laquelle le défendeur bénéficie d'une information privilégiée sur sa probabilité d'être condamné au procès. Un défendeur qui se sait coupable tend à être pessimiste sur ses chances de victoire au procès ; à l'inverse, un défendeur qui se sait innocent tend à être plutôt optimiste. En conséquence, les défendeurs coupables ont plus de chances de conclure un accord que les défendeurs innocents. Il en résulte que les défendeurs innocents sont les seuls à aller au procès. Cependant, en l'absence de comportements stratégiques, les demandeurs devraient parvenir à trouver un accord avec les défendeurs innocents avant d'aller devant le juge, le refus de l'arrangement proposé par le demandeur signalant le type du défendeur. Aucun procès ne devrait donc avoir lieu. Cependant, les défendeurs coupables peuvent avoir intérêt à se comporter stratégiquement si le juge n'est pas en mesure de les distinguer des défendeurs coupables (l'anticipation de l'erreur de type 1 du juge fait qu'ils peuvent avoir intérêt à ne pas conclure d'arrangement et à aller jusqu'au procès pour profiter de leur avantage informationnel). Le refus de la proposition d'arrangement du demandeur n'est alors plus une preuve de l'innocence du défendeur et conduit les parties devant le juge. Le juge sait que les défendeurs qui vont au procès sont essentiellement des défendeurs innocents. S'il n'est pas en mesure de distinguer les quelques défendeurs coupables qui se comportent stratégiquement des défendeurs innocents, la probabilité de victoire du demandeur au procès est faible (elle est proche de la probabilité d'erreur de type 2 qui consiste à condamner un innocent) et donc inférieure à 50 %<sup>37</sup>. De la même façon, un demandeur qui sait que la probabilité de condamnation du défendeur est faible parce qu'il n'est pas à l'origine du dommage causé, va tenter de profiter de l'erreur de type 2 du juge et refuser l'arrangement. Le juge sait que les demandeurs qui vont au procès sont essentiellement ceux qui ont subi un dommage. S'il ne peut différencier les demandeurs qui n'ont pas subi de dommage de ceux qui en ont subi, le

<sup>37</sup> Ce résultat est confirmé par Kessler, Meites et Miller [1996] qui ont montré empiriquement que la détention d'une information privilégiée par le défendeur réduit la probabilité de victoire du demandeur au procès.

taux de défaite des demandeurs au procès est faible (proche de la probabilité d'erreur de type 1 qui consiste à innocenter un coupable) ; la probabilité de victoire des demandeurs au procès est donc élevée et supérieure à 50 %. L'hypothèse de sélection établie par Priest et Klein [1984] est donc invalidée lorsque l'information des parties est incomplète à la fois pour les parties et pour le juge. Elle est en revanche maintenue lorsqu'aucune des parties ne bénéficie d'information privilégiée puisqu'en l'absence de comportement stratégique, seules les affaires pour lesquelles le jugement est incertain vont au procès.

Il est également intéressant de remarquer que la partie pour laquelle l'erreur du juge est défavorable peut aussi avoir intérêt à faire juger l'affaire. Dans notre étude, nous avons envisagé le règlement des conflits en première instance. Or, les parties disposent de voies de recours. En particulier, lorsqu'elles sont opposées à la décision prononcée en première instance, elles ont la possibilité, sous certaines conditions<sup>38</sup>, de faire appel. Plutôt que de conclure un arrangement défavorable parce que l'adversaire se comporte stratégiquement, une partie peut avoir intérêt à faire juger l'affaire même si elle sait que le juge va commettre une erreur. Elle pourra en effet contester le jugement en appel, espérant que le second juge ne commettra pas la même erreur. Le choix du jugement est justifié par le fait que la transaction a l'autorité de la chose jugée en dernier ressort (art. 2052 du NCPC). Plutôt que de conclure un arrangement qui ne pourra être contesté ultérieurement, la partie qui ne peut pas prouver le comportement stratégique de son adversaire préférera faire juger l'affaire et s'exposer à l'erreur du juge. Si le comportement stratégique de son adversaire conduit effectivement le juge à se tromper, elle pourra alors faire appel et tenter d'obtenir un second jugement, plus favorable. En conséquence, des prolongements à l'étude du mode de règlement des conflits pourraient être apportés en incluant les voies de recours et les possibilités d'une révision du jugement.

La possibilité des parties d'user stratégiquement des risques d'erreurs du juge conduit à rechercher un moyen de réduire ces risques de façon à limiter la propension des parties à se comporter stratégiquement. Une façon de remédier à l'utilisation stratégique de l'erreur du juge par les parties consiste

---

<sup>38</sup>En particulier, en matières personnelles et mobilières, le montant de la demande doit excéder 25 000 Francs (depuis le 1<sup>er</sup> mars 1999) les tribunaux d'instance jugant en dernier ressort les affaires portant sur des sommes inférieures à ce montant (art. R.\* 321-1 du code de l'org. jud.).

à s'interroger sur la nature de la procédure qui permet de limiter le risque d'erreur du juge. Une étude comparative des procédures accusatoire et inquisitoire devrait ainsi être menée. Dans le cadre de l'arbitrage, les travaux de Shin [1997] ont montré qu'en l'absence de comportements stratégiques, la procédure accusatoire était préférable à la procédure inquisitoire parce qu'elle limitait l'erreur de l'arbitre. L'introduction de comportements stratégiques pourrait infirmer ce résultat dans la mesure où comme les parties, le juge qui tranche le litige uniquement en fonction des faits exposés par les justiciables, peut être victime des comportements stratégiques de ces derniers. La procédure inquisitoire, parce qu'elle le constraint à rechercher lui-même les faits constitutifs du litige pourrait limiter les comportements stratégiques et par ce biais réduire les risques d'erreur du juge.

L'analyse économique du règlement des conflits insiste sur l'optimisme excessif des parties et les asymétries d'information pour expliquer l'échec des négociations. Ces analyses ont permis d'établir d'importants résultats. En particulier, les analyses optimistes ont démontré que l'estimation des gains et pertes au procès jouent un rôle central. Les analyses stratégiques ont introduit une dimension supplémentaire en montrant que les asymétries d'information pouvaient engendrer des procès et que ce sont toujours les parties qui disposent d'informations favorables qui supportent le coût de l'externalité. Ces deux types d'analyses accordent un poids particulier au jugement. Les décisions des parties et en particulier le choix du mode de résolution du litige se fondent, en effet, exclusivement sur le résultat à attendre du jugement, sachant qu'il permettra de rétablir la vérité. Le fait que le juge ne soit pas en mesure de lever toutes les asymétries d'information ni de corriger tous les optimismes excessifs ouvre la voie à de nouvelles recherches. Celles-ci devraient plus précisément approfondire l'étude du processus de négociation entre les parties lorsque les asymétries d'information sont susceptibles de persister au-delà du jugement. Elles pourraient ensuite contribuer à justifier l'importance du taux de traitement juridictionnel en insistant sur le fait que le refus de l'arrangement peut constituer une stratégie rationnelle lorsque le juge ne dispose pas d'une information complète. Elles devraient enfin être orientées sur les moyens de réduire les risques d'erreur du juge afin de limiter le recours aux tribunaux à des fins stratégiques.

Les analyses stratégiques devraient prédominer dans ces nouvelles voies de recherche puisqu'elles permettront de mettre l'accent sur l'utilisation stratégique de l'erreur du juge par les parties. Les analyses optimistes ne devraient

cependant pas être délaissées dans la mesure où la sur-évaluation des risques d'erreur du juge peut justifier les erreurs d'estimation des parties et par ce biais leur optimisme excessif et les jugements.

Les analyses optimistes et stratégiques peuvent également servir à mieux appréhender le processus de négociation entre les parties. L'impact de différentes variables et de plusieurs intervenants sur les négociations des parties a pu être étudié. Concernant les coûts de procès et les règles d'allocation des coûts de procès, les recherches futures devraient avoir pour principal objectif d'évaluer le montant moyen des coûts de procès des parties par type de conflits dans les systèmes américain, anglais et français, dans une perspective comparative. Le rôle des avocats dans la détermination de l'issue du litige doit également être étudié. D'autres tiers sont également susceptibles de jouer un rôle prépondérant dans les négociations. En particulier, peu d'études sont consacrées au rôle des experts mais aussi des assureurs, dans la résolution des litiges. Les compagnies d'assurance interviennent pour deux raisons dans le processus de négociation : soit parce qu'elles permettent aux parties d'échapper à leurs frais d'instance (les protections juridiques), soit parce qu'elles se substituent à l'une des parties, en particulier dans le domaine de la responsabilité (l'assureur de l'auteur de dommage négocie à la place de son client).

Peu d'auteurs ont manifesté un intérêt pour l'étude des *assurances juridiques* et de leur effet sur le mode de résolution des litiges. Le développement des protections ou assurances juridiques permet aux parties d'échapper partiellement ou totalement au paiement de leurs frais de procès, moyennant le paiement d'une prime. En exonérant les parties du paiement de leurs coûts de procès, ces assurances engendrent une diminution des coûts de procès. En conséquence, l'analyse de l'influence des protections juridiques sur le mode de règlement des litiges est très proche de celle de l'aide juridictionnelle. En particulier, l'étude de Kirstein [1998] sur les conséquences de l'assurance juridique sur la décision du demandeur à poursuivre en justice conduit à des résultats équivalents à ceux que nous avons obtenus pour l'aide juridictionnelle. Il montre en effet que l'assurance juridique accroît les poursuites "économiquement indésirables" (dont le coût pour le demandeur est supérieur au gain à attendre du procès) en leur permettant de devenir "économiquement désirables" parce qu'elle accroît le gain net du procès. Rickman et Heyes [1997] ont pour leur part chercher à prévoir l'impact d'une protection juridique du demandeur sur la probabilité d'arrangement mais également

sur le comportement préventif des auteurs de dommages potentiels. La seule conclusion certaine à laquelle ils parviennent est que l'assurance juridique durcit la position du demandeur dans la négociation. En revanche, l'impact de l'assurance juridique sur le comportement préventif des auteurs de dommages est indéterminé car deux effets jouent en sens inverse. Le premier effet repose sur le fait que le durcissement de la position de négociation des demandeurs assurés incite les défendeurs à prendre davantage de précautions. Une explication à ce résultat peut être recherchée dans l'analyse de Farmer et Pecorino [1994]. Ces auteurs ont montré qu'un défendeur pouvait profiter de l'aversion pour le risque des demandeurs pour leur proposer une offre faible, son objectif étant de récupérer la prime de risque des demandeurs. En contre-partie cependant, il s'expose au risque d'aller au jugement si le demandeur est neutre envers le risque. La protection juridique empêche le défendeur d'adopter un tel comportement stratégique. Il est donc contraint de proposer des offres d'arrangement correspondant aux offres acceptées par un demandeur neutre envers le risque à tous les demandeurs. Ce coût accru peut l'inciter à prendre davantage de précautions. Cependant, un second effet va jouer dans la mesure où le défendeur peut influer sur la probabilité de dommage et qu'il sait qu'un plus grand nombre de litiges provoque un accroissement de la prime d'assurance versée par les demandeurs manifestant de l'aversion pour le risque. Une prime plus élevée réduit les exigences du demandeur pour conclure un accord. Comme le soulignent Rickman et Heyes [1997], il est alors possible que les défendeurs réduisent leurs précautions de façon à accroître le nombre de litiges et la prime d'assurance des demandeurs dans le but de manipuler le comportement de négociation de ces derniers. En raison de ces deux effets jouant en sens inverse, il n'est pas certain que l'assurance juridique réduise la probabilité d'arrangement. En outre, Rickman et Heyes envisagent uniquement une protection juridique du demandeur. Si les deux parties ont la possibilité de s'assurer contre les coûts d'un procès, l'assurance juridique va accroître non seulement le pouvoir de négociation du demandeur mais également celui du défendeur (Kirstein [1998]).

Dans le domaine particulier de la responsabilité, les assurances interviennent également sous la forme de négociateurs directs, lorsqu'elles se substituent à leur client. L'introduction de l'assurance dans les négociations introduit une distinction entre l'auteur du dommage et celui qui le répare (les accidents de la circulation constituent un exemple de ce type de situations de marchandage). La différence essentielle avec des négociations entre des parties telles que nous les avons envisagées dans l'ensemble de notre étude réside dans

le déséquilibre des pouvoirs de négociation que l'intervention de l'assureur engendre. La compagnie d'assurance est un joueur expérimenté puisqu'elle intervient dans de nombreux conflits. Le demandeur, au lieu d'être opposé à l'auteur du dommage qui comme lui est souvent un joueur inexpérimenté, se trouve alors confronté à un adversaire rodé aux pratiques de la négociation. Un déséquilibre dans les pouvoirs de négociation peut en résulter. De surcroît, ce déséquilibre peut être accru par la volonté de la compagnie d'assurance d'établir une réputation de négociateur intransigeant. Fenn et Vlachonikolis [1990] montrent que le processus de négociations entre le demandeur et la compagnie d'assurance est proche du processus de négociation imaginé par Cooter, Marks et Mnookin [1982]. Plus précisément, les offres et les contre-offres sont perçues par les parties comme des moyens de transmettre des informations à l'adversaire. Les concessions respectives des parties indiquent à l'opposant la valeur des offres de réserve (i.e. la demande minimale acceptée par le demandeur pour conclure un accord et l'offre maximale que l'assureur est prêt à verser pour éviter le procès). Les négociations échouent alors lorsque les asymétries d'information n'ont pas pu être levées parce que le défendeur (la compagnie d'assurance) préfère aller au jugement plutôt que de proposer une nouvelle offre plus élevée. Le cas échéant, la valeur de réserve du demandeur (demande minimale pour cesser ses poursuites) n'est pas déterminée par le défendeur mais il sait qu'elle est supérieure à la sienne (offre maximale proposée pour conclure un arrangement). Par ce processus de tâtonnement, l'assureur parvient à récupérer le surplus de la négociation puisqu'en commençant par des offres faibles et en menaçant le demandeur d'aller au procès s'il refuse la prochaine offre, l'assureur parvient à conclure un accord correspondant à l'exigence minimale du demandeur pour conclure un accord. Cependant, Fenn et Vlachonikolis [1990] montrent que les défendeurs ne sont pas en mesure de récupérer la totalité du surplus coopératif. Il faudrait pour cela que l'assureur soit capable de conclure un accord correspondant à la demande minimale du demandeur avec tous les types de demandeurs. Or, si l'assureur commence par une offre faible et en propose une deuxième lorsque la première est refusée, sa menace d'aller au procès n'est pas crédible. En effet, si le demandeur anticipe une offre plus élevée, il est incité à refuser la première proposition et à attendre que le défendeur en fasse une nouvelle. Une meilleure stratégie pour l'assureur consiste alors à choisir la probabilité d'arrangement qu'il souhaite atteindre et à proposer l'offre lui permettant de l'obtenir. Si cette offre est refusée, le demandeur ne doit pas savoir si l'assureur va au procès ou formuler une nouvelle offre. En

adoptant cette stratégie, l'assureur fait peu de propositions, ce qui contribue à accroître la crainte du demandeur qu'il ne formulera pas de nouvelle offre après un refus. Un nombre limité de propositions et la possibilité qu'il n'y ait pas de nouvelle offre maintiennent la crédibilité de la menace de procès de l'assureur et permettent de lutter contre les comportements stratégiques des demandeurs qui tenteraient de profiter de la révision des offres pour obtenir un arrangement plus élevé. Cette stratégie de l'assureur lui permet de récupérer une partie du surplus coopératif mais pas la totalité. En effet, l'obligation de formuler peu d'offres fait qu'il ne parvient pas à ajuster exactement son offre à la demande minimale du demandeur. Danzon [1990] reproche au modèle de Fenn et Vlachonikolis de ne pas déterminer la part maximale du surplus que le défendeur peut récupérer, sachant qu'il ne peut s'accaparer la totalité. Pour accroître sa part du surplus, l'assureur doit formuler des offres plus faibles et plus progressives tout en maintenant la crédibilité de sa menace de procès. Danzon préconise alors de déterminer le nombre de propositions et le taux d'arrangement optimaux en fonction du coût d'un accord plus tardif et de la probabilité que le demandeur comprenne que le refus de l'offre peut donner lieu à une nouvelle proposition de la part du défendeur. Il apparaît en définitive que le pouvoir de négociation de l'assureur est supérieur à celui du demandeur uniquement si le défendeur peut se construire une réputation de négociateur intransigeant dont la menace de procès à la suite du rejet de son offre est crédible.

Notre étude des modes alternatifs de règlement des litiges a montré que la négociation libre constituait seulement une facette des pourparlers pouvant donner lieu au règlement amiable des litiges. Une large panoplie de solutions alternatives est en effet proposée aux parties dans laquelle le rôle du tiers dans la résolution du litige varie selon qu'il facilite la négociation (conciliateur), contribue à l'émergence d'une solution (médiateur) ou impose une solution aux parties (arbitre). Le choix du mode de résolution des litiges ne se limite donc pas à l'alternative constituée de la négociation libre et du jugement. Notre analyse théorique a permis de déterminer les conditions sous lesquelles les parties vont préférer négocier avec l'assistance d'un tiers plutôt que seules (médiateur, conciliateur) ou aller devant un arbitre plutôt que devant un juge. L'évaluation des coûts de la médiation pourrait conduire, au moins pour certains conflits, à infirmer l'hypothèse d'une économie de coûts permise par l'arrangement. L'analyse du choix entre le jugement et la médiation devrait alors tenir compte du fait que l'arrangement puisse être plus coûteux que

le procès. Une estimation des coûts de la médiation, intégrant en particulier l'allongement de la durée de règlement du litige si les parties échouent dans leur tentative de négociation et une comparaison avec les coûts du jugement pourraient contribuer à expliquer le taux élevé de traitements juridictionnels. Les parties préfèreront en effet le jugement à l'arrangement s'il est moins coûteux et plus rapide.

La longueur des procédures de médiation et de conciliation pose également le problème d'une utilisation stratégique de ces modes alternatifs de règlement des conflits. Dans la mesure où leur utilisation peut retarder le paiement des dommages et intérêts, les défendeurs coupables peuvent être incités à demander une médiation ou une conciliation dans le seul but de gagner du temps. Néanmoins, le législateur a limité à trois mois la durée de la mission du médiateur de façon à ne pas trop retarder le règlement du conflit lorsque les négociations sont infructueuses. En outre, les médiateurs ou les conciliateurs, s'ils perçoivent le comportement stratégique du défendeur, peuvent mettre fin à leur mission.

Notre analyse s'est, en outre, essentiellement intéressée aux MARL intervenant après la saisine du juge. Ils peuvent également permettre de régler les litiges avant que l'affaire soit portée devant les tribunaux. En particulier, les conciliations extra-judiciaires se déroulent en-dehors de la sphère judiciaire. Une proportion importante de ces conciliations correspond à des conflits qui n'auraient pas été devant le juge. Toutes les conciliations extra-judiciaires ne contribuent donc pas à désengorger les tribunaux. Seules les conciliations sur des affaires susceptibles d'être portées devant le juge réduisent le nombre de recours au juge. Ainsi, un accroissement du nombre de conciliations ne devrait pas être assimilé à un moindre recours au juge si les affaires réglées devant le conciliateur correspondent à des conflits qui n'auraient jamais été portés devant un tribunal.

L'étude des MARL nécessite également de s'intéresser aux tiers, médiateurs ou conciliateurs, qui jouent un rôle actif dans la résolution des litiges parce qu'ils sont susceptibles de poursuivre des objectifs propres, différents de ceux des parties. Plus précisément, les résultats qu'ils obtiennent sont communiqués aux juridictions dont ils dépendent à travers des rapports annuels. Cette surveillance de leur activité peut susciter une volonté d'établir une réputation de conciliateur ou de médiateur efficaces. Le cas échéant, le tiers conciliateur ou médiateur peut ne pas se limiter à faciliter l'arrangement mais être enclin à exercer des pressions sur les parties afin qu'elles parviennent à s'entendre. Dès lors, la recherche d'une réputation n'est pas sans conséquence

sur le mode de résolution des litiges. La question de l'influence de la réputation se pose particulièrement pour les médiateurs qui sont nommés au cas par cas par le juge chargé de l'affaire en fonction des résultats obtenus précédemment ; néanmoins, il se pose également pour les conciliateurs qui sont nommés par le premier président de la cour d'appel sur proposition du juge d'instance pour une durée initiale de un an renouvelable tous les deux ans. Le paiement du médiateur accentue ce phénomène. Un médiateur peut en effet chercher à accroître ses gains en établissant sa réputation sur le nombre de médiations réussies. En outre, une rémunération fondée sur le nombre d'affaires qui lui sont confiées peut l'inciter à faire pression sur les parties pour obtenir des accords plus rapides et traiter ainsi un plus grand nombre d'affaires.

Au-delà du choix du mode de résolution des litiges et de la façon d'influer sur le taux d'arrangement, une des questions centrales posées par l'analyse économique du règlement des litiges est celle de la durée de résolution des conflits selon qu'ils se terminent par un accord ou par un jugement. Nous sommes parvenus à des résultats robustes concernant la présence d'un effet de dernière limite dans les tribunaux d'instance et de grande instance. L'analyse mériterait d'être prolongée par la construction de modèles de durée qui permettraient d'identifier l'influence de différentes variables (nature de l'affaire, coûts de procès, honoraire des avocats, enjeu du litige, asymétries d'information, ...) sur la durée de résolution des conflits par voies juridictionnelles et non-juridictionnelles. Un important travail de collecte des données nécessaires à cette étude devrait précéder leur traitement économétrique. Les recherches futures pourraient s'inspirer des travaux menés en Grande-Bretagne par Fenn et Rickman [1999] et Fenn, Rickman, Gray et Al-Nowaihi [1999] ou aux Etats-Unis par Fournier et Zuehlke [1996]. Ces auteurs ont testé empiriquement les prédictions théoriques du modèle de Spier [1992] en déterminant les facteurs qui influent sur la décision de négocier des parties au cours du déroulement du litige. Globalement, les prédictions théoriques sont confirmées. Fenn et Rickman [1999] montrent en effet que le délai de résolution amiable s'allonge lorsque les coûts de négociation sont faibles (notamment lorsque le demandeur bénéficie d'une *legal aid*), lorsque l'enjeu est élevé et lorsque le défendeur s'estime innocent. Une étude équivalente en France permettrait de déterminer les variables explicatives de la durée des litiges et d'orienter les politiques de régulation du marché de la justice sur ces variables.

L'analyse économique du règlement des conflits que nous avons proposée a permis de mieux comprendre les causes de l'échec des négociations mais également de mieux appréhender le déroulement des pourparlers. A partir des résultats obtenus, des prédictions ont été formulées concernant l'impact d'un changement de différentes règles de droit sur la demande de justice. L'analyse économique du règlement des conflits s'inscrit ainsi dans une perspective d'aide à la décision publique. Néanmoins, elle contribuera d'autant plus à éclairer les décisions des autorités publiques sur les moyens de réguler la demande de justice qu'elle intégrera parfaitement les spécificités du système judiciaire français et que ses prédictions seront confortées par des études empiriques.

L'analyse économique des conflits juridiques est apparue comme un outil théorique extrêmement puissant capable d'intégrer les spécificités du système judiciaire français (aide juridictionnelle, honoraire au temps passé et de résultat, conception française des MARL). Des efforts doivent cependant encore être faits pour intégrer d'autres spécificités du système judiciaire français, notamment les particularités procédurales, en insistant davantage sur le rôle fondamental du juge dans l'obtention des accords, à travers son rôle d'homologation des arrangements. La question du jugement en tant que référence aux arrangements doit également être posée (Spier [1997]), les jugements prononcés dans des conflits équivalents constituant la base des négociations entre les parties. Outre cette nécessité d'intégrer encore davantage les particularités juridiques françaises, les conclusions théoriques devront être testées empiriquement. L'analyse économique du règlement des conflits pourra en effet jouer un rôle déterminant dans le choix des instruments de régulation du marché de la justice en France uniquement si elle parvient à confirmer ses prévisions dans les faits et à prouver par ce biais, la pertinence de ses conclusions théoriques.

# Bibliographie

- [1] AKERLOF G. (1970), The market for lemons: quality uncertainty and the market mechanism, *Quarterly Journal of Economics*, vol. 89, pp. 488-500.
- [2] ANDERSON J. (1981), The impact of arbitration: a methodological assessment, *Industrial Relations*, vol. 20, n° 2, pp. 129-148.
- [3] ANNUAIRE STATISTIQUE DE LA JUSTICE, édition de 1998, La Documentation Française.
- [4] ASHENFELTER O. (1987), Arbitrator behavior, *American Economic Review*, vol. 77, n° 2, pp.342-346.
- [5] ASHENFELTER O., CURRIE J., FARBER H. ET SPIEGEL M. (1992), An experimental comparison of dispute rates in alternative arbitration systems, *Econometrica*, vol. 60, n° 6, pp. 1407-1433.
- [6] AXELROD R. (1984), The evolution of cooperation, *Basic Books*, Londres.
- [7] BABCOCK L. ET TAYLOR L. (1996), The role of arbitrator uncertainty in negotiation impasses, *Industrial Relations*, vol. 35, pp. 604-610.
- [8] BAIRD D., GERTNER R. ET PICKER R. (1994), Game theory and the law, Harvard University Press, 330 p.
- [9] BEBCHUK L. A. (1984), Litigation and Settlement under Imperfect Information, *Rand Journal of Economics*, 15, pp. 404-415.
- [10] BEBCHUK L. A. (1988), Suing Solely to Extract a Settlement Offer, *Journal of Legal Studies*, 17, pp. 437-450.

- [11] BEBCHUK L. A. (1996), A New Theory Concerning the Credibility and Success of Threats to Sue, *Journal of Legal Studies*, 25, pp. 1-25.
- [12] BEBCHUK L. A. ET GUZMAN A. T. (1996), How Would you Like to Pay for That ? The Strategic Effects of Fee Arrangements on Settlement Terms, *Harvard Negotiation Law Review*, 1, pp. 53-63.
- [13] BEGUIN J ET. CANIVET G. (2000), La justice des années 2000 devra s'adapter aux attentes de la société, *La semaine juridique*, édition générale , n°1-2.
- [14] BINMORE K. (1999), Jeux et théories des jeux, De Boeck.
- [15] BLOOM D. ET CAVANAGH C. (1986), An analysis of the selection of arbitrators, *American Economic Review*, vol. 76, n° 3, pp. 408-422.
- [16] BRAUDO S. (1995), Propos sur la médiation en matière civile, *La Gazette du Palais*.
- [17] CADIET L. (1994), Le Spectre de la Société Contentieuse, *Droit Civil, Procédure, Linguistique juridique, Ecrits en hommage à G. Cornu*, PUF.
- [18] CADIET L. (1998), *Droit judiciaire privé*, 2ème édition, Litec.
- [19] CALABRESI G. (1970), *The Costs of Accidents*, New Haven, Yale University Press.
- [20] CARP R. A. ET STIDHAM (1998), *Judicial Process in America*, 4ème édition.
- [21] CLARK D. (1988), The selection and accountability of judges implementation of a Rechtsstand, *Southern California Law Review*, n°61.
- [22] COASE R. (1960), The problem of social cost, *Journal of Law and Economics*, vol. 3, pp. 1-44.
- [23] Code Civil.
- [24] COMMAILLE J. ET LASCOUMES P. (1997), La production gouvernementale du Droit, Mission de Recherche Droit et Justice.

- [25] COOTER R., MARKS S. ET MNOKIN R. (1982), Bargaining in the Shadow of the Law: a Testable Model of Strategic Behavior, *Journal of Legal Studies*, 11, pp. 225-251.
- [26] COOTER R. ET RUBINFELD D. (1989), Economic Analysis of Legal Disputes and their Resolution, *Journal of Economic Literature*, 27, pp. 1067-1097.
- [27] CORNES R. ET SANDLER T. (1996), Theory of externalities, public goods and club goods, Cambridge University Press.
- [28] COULON J-M (1996), *Réflexions et Propositions sur la Procédure Civile*, rapport au Garde des Sceaux, La Documentation Française.
- [29] CRAWFORD V. (1979), On compulsory arbitration schemes, *Journal of Political Economy*, vol. 87, pp. 131-160.
- [30] CREPIN S. (1991), Le contrôle des sentences arbitrales par la Cour d'appel de Paris depuis les réformes de 1980 et 1981, *Revue de l'arbitrage*, pp. 521-599.
- [31] CURRIE J. ET MCCONNELL S. (1991), Collective bargaining in the public sector: the effect of legal structure on dispute costs and wages, *American Economic Review*, vol. 81, n° 4, pp. 693-718.
- [32] DAUGHEY A. ET REINGANUM J. (1994), Settlement Negotiation with Two-Sided Asymmetric Information: Model Duality, Information Distribution, and Efficiency, *International Review of Law and Economics*, 14, pp. 283-298.
- [33] DEFFAINS B. (1997), L'Analyse Economique de la Résolution des Conflits Juridiques, *Revue Française d'Economie*, 12, pp. 57-99.
- [34] DEFFAINS B. (1999), La norme et le juge dans le libéralisme de Hayek, Colloque Hayek (?).
- [35] DEWATRIPONT M. ET TIROLE J. (1999), Advocates, *Journal of Political Economy*, 107, pp. 1-39.
- [36] DORIAT M. ET DEFFAINS B. (1999), The Dynamics of Pretrial Negotiation in France: Is there a Deadline Effect in the French Legal

System? , communication à la 15ème Conférence de l'EALE, à paraître dans l'*International Review of Law and Economics*.

- [37] DRAI P. (1989), La médiation dans l'institution judiciaire, *Le groupe familial*, n°125.
- [38] FARBER H. (1980), An analysis of final-offer arbitration, *Journal of Conflict Resolution*, vol. 24, n° 4, pp. 683-705.
- [39] FARBER H. (1981), Splitting-the-difference in interest arbitration, *Industrial and Labor Relations Review*, vol. 35, n° 1, pp. 70-77.
- [40] FARBER H. ET BAZERMAN M. (1986), The general basis of arbitrator behavior: an empirical analysis of conventional and final-offer arbitration, *Econometrica*, vol. 54, n° 6, pp. 1503-1528.
- [41] FARBER H., NEALE M. ET BAZERMAN M. (1990), The role of arbitration costs and risk aversion in dispute outcomes, *Industrial Relations*, vol. 29, pp. 361-384.
- [42] FARMER A. ET PECORINO P. (1994), Pretrial Negotiations with Asymmetric Information on Risk Preferences, *International Review of Law and Economics*, 14, pp. 273-281.
- [43] GIBBONS R. (1988), Learning in equilibrium models of arbitration, *American Economic Review*, vol. 78, n° 5, pp. 896-912.
- [44] GOULD J. P. (1973), The Economics of Legal Conflicts, *Journal of Legal Studies*, 2, pp. 279-300.
- [45] GRAVELLE H. (1990), Rationing Trials by Waiting: Welfare Implications, *International Review of Law and Economics*, 10, pp. 255-270.
- [46] GRAVELLE H. ET WATERSON M. (1993), No Win, No Fee: Some Economics of Contingent Legal Fees, *The Economic Journal*, 103, pp. 1205-1220.
- [47] GRAVELLE H. (1995), Regulating the Market for Civil Justice, in *Reform of Civil Procedure*, Oxford University Press, pp. 279-303.
- [48] GREFFE X. (1994), *Economie des politiques publiques*, Dalloz.

- [49] HAYEK F. (VON) (1980), Droit, législation et liberté: une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique, t1: Règles et ordre.
- [50] HUGHES J. ET SNYDER E. (1990), The English Rule for Allocating Legal Costs: Evidence confronts Theory, *Journal of Law, Economics and Organization*, 6, n° 2, pp. 345-380.
- [51] HUGHES J. ET SNYDER E. (1995), Litigation and Settlement under the English and American Rules: Theory and Evidence, *Journal of Law and Economics*, 38, pp. 225-250.
- [52] HYLTON H. (1993), Litigation Cost Allocation Rules and Compliance with the Negligence Standard, *Journal of Legal Studies*, 22, pp. 457-473.
- [53] JASAY A. (DE) (1985), Social contract and free ride: a study of the public goods problem, The State, Basil Blackwell, Londres.
- [54] JOLIBOIS C. ET FAUCHON P. (1996), *Quels Moyens pour quelle Justice ?* Mission d'information de la commission des lois du Sénat, chargée d'évaluer les moyens de la justice.
- [55] LAFFONT J.J. (1988), Fondements de l'économie publique , vol.1, Economica.
- [56] LANDES W. ET POSNER R., The independant judiciary in an interest group perspective, *Journal of Law, Economics and Organization*, n°18.
- [57] LANDES W. M. (1971), An Economic Analysis of the Courts, *Journal of Law and Economics*, 14, pp. 61-107.
- [58] LE ROY E. (1988), Les pratiques de la médiation et le droit : spécificité de la problématique française contemporaine, *Annales de Vaucresson*, II, 29.
- [59] LUCE D. ET RAIFFA H. (1957), Games and decisions, New York: Wiley.
- [60] MARBURGER D. (1993), Exchangeable arbitrator behavior, *Economics Letters*, vol. 43, pp. 219-220.

- [61] MICELI T. ET SEGERSON K. (1991), Contingent Fees for Lawyers ; the Impact on Litigation and Accident Prevention, *Journal of Legal Studies*, 20, pp. 381-399.
- [62] MICELI T. (1994), Do Contingent Fees Promote Excessive Litigation ? , *Journal of Legal Studies*, 23, pp. 211-224.
- [63] MILLER G. P. (1986), An Economic Analysis of Rule 68, *Journal of Legal Studies*, 15, pp. 93-125.
- [64] MILLER G. (1987), Some Agency Problems in Settlement, *Journal of Legal Studies*, 16, pp. 189-215.
- [65] MOULIN H. (1980), La statégie du vote, éd. du CNRS.
- [66] MUHL M. ET VEREECK L. (1998), *The Economics of Court Delay: a first Assessment of the Situation in Belgium*, communication à la 15ème Conférence de l'EALE.
- [67] MYERSON R. (1991), Game theory : analysis of conflict, Harvard University Press.
- [68] NALEBUFF B. (1987), Credible Pretrial Negotiation, *Rand Journal of Economics*, 18, pp. 198-210.
- [69] Nouveau Code de Procédure Civile.
- [70] NASH J. (1950), The bargaining problem, *Econometrica*, vol. 18, pp. 155-162.
- [71] OWEN A. (1992), The role of the judge, *Review and Lease Renewal*, n°3, vol.12.
- [72] P'NG I. P. L (1983), Strategic Behavior in Suit, Settlement and Trial, *The Review of Economics and Statistics*, 14, pp. 7-14.
- [73] P'NG I. P. L (1987), Litigation, Liability and Incentives for Care, *Journal of Public Economics*, 34, pp. 61-85.
- [74] POLINSKY A. M. ET RUBINFELD D. (1988), The Welfare Implications of Costly Litigation for the Level of Liability, *Journal of Legal Studies*, 27, pp. 151-164.

- [75] POSNER R. (1973), An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration, *Journal of Legal Studies*, pp. 399-458.
- [76] POSNER R. (1996), *Law and Legal Theory in England and America*, Clarendon Law Lectures, Clarendon Press Oxford.
- [77] PRIEST G. ET KLEIN B. (1984), The Selection of Disputes for Litigation, *Journal of Legal Studies*, 13, pp. 1-53.
- [78] RASMUSEN E. (1994), Judicial legitimacy as a repeated game, *Journal of Law, Economics and Organization*, X, 1.
- [79] REINGANUM J. ET WILDE L. (1986), Settlement, Litigation, and the Allocation of Litigation Costs, *Rand Journal of Economics*, 17, pp. 557-566.
- [80] REINHARDT S. (1993), Too few judges, too many cases, *American Bar Association Journal*, n°79.
- [81] RIDEAU J. (1998), Le droit au juge dans l'Union Européenne, CEDURE, Nice.
- [82] ROSENBERG D. ET SHAVELL S. (1985), A Model in which Suits are brought for their nuisance value, *International Review of Law and Economics*, pp. 3-13.
- [83] ROSENBERG J.D. (1991), In defense of mediation, *Arizona Law Review*, n°3, vol.3.
- [84] ROUSSEL V. (1999), Le complot des juges, quelques remarques sur un mythe contemporain, Justice, n°62.
- [85] SCHWEIZER U. (1989), Litigation and Settlement under Two-Sided Incomplete Information, *Review of Economics Studies*, 56, pp. 163-178.
- [86] SERVERIN E. (1998), Accès au droit et Notion de Proximité, *L'accès au droit en Guyane*, Ibis Rouge Editions pp. 123-144.
- [87] SHAVELL S. (1982), The Social versus the Private Incentives to Bring Suit in a Costly Legal System, *Journal of Legal Studies*, 11, pp. 333-339.

- [88] SHAVELL S. (1982), Suit, Settlement and Trial: a Theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs, *Journal of Legal Studies*, 11, pp. 55-81.
- [89] SHAVELL S. (1987), *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge, Harvard University Press.
- [90] SHAVELL S. (1995), Alternative dispute resolution: an economic analysis, *The Journal of Legal Studies*, vol. 24, pp.1-28.
- [91] SHAVELL S. (1997), The Fundamental Divergence between the Private and the Social motive to Use the Legal System, *Journal of Legal Studies*, 26, pp. 575-612.
- [92] SHIN H. S (1998), Adversarial and Inquisitorial Procedures in Arbitration, *Rand Journal of Economics*, 29, pp. 378-405.
- [93] SPIER K. (1992), The Dynamics of Pretrial Negotiation, *Review of Economic Studies*, 59, pp. 93-108.
- [94] STEVENS C. (1966), Is compulsory arbitration compatible with bargaining? , *Industrial Relations*, vol. 5, pp. 38-52.
- [95] TAISNE J.J. (1996), Institutions Judiciaires, Dalloz.