

# 4

## ANALYSE ÉCONOMIQUE DE LA RÉOLUTION DES LITIGES

Éric LANGLAIS et Nathalie CHAPPE <sup>1</sup>

<b>4.1</b>	<b>Introduction</b>	<b>106</b>
<b>4.2</b>	<b>Plaignants et défendeurs</b>	<b>107</b>
<b>4.3</b>	<b>Négociation et jugement en information complète</b>	<b>114</b>
<b>4.4</b>	<b>La sélection des litiges en information incomplète</b>	<b>123</b>
<b>4.5</b>	<b>La régulation économique de l'accès à la justice</b>	<b>133</b>
<b>4.6</b>	<b>L'offre alternative de services de justice</b>	<b>140</b>
<b>4.7</b>	<b>Les résultats empiriques</b>	<b>144</b>
<b>4.8</b>	<b>Conclusion</b>	<b>148</b>

1. Pour la section 4.6.

## 4.1 INTRODUCTION

Ce chapitre est consacré aux fondements de l'analyse économique de la résolution des litiges par le droit : une partie (individu ou entreprise) dite « le plaignant » (ou demandeur) envisage de poursuivre une autre partie dite « l'offenseur » (ou défendeur) devant une juridiction civile. Le litige à l'origine de l'action en justice peut être consécutif à un accident, une transaction commerciale, ou encore un divorce par exemple. Le plaignant est victime d'un préjudice qui résulte d'une décision antérieure prise par l'offenseur ; le premier prétend alors faire reconnaître par voie de justice le droit à recevoir une compensation (dommages et intérêts) de la part du second. Le litige peut porter sur la valeur d'un bien ou d'un actif liquide ayant une valeur de marché. Mais il peut aussi porter sur la valeur d'un bien illiquidé et/ou dont la valeur monétaire n'est pas clairement établie (droit de propriété, droit de garde des enfants en cas de divorce) ; l'extension de l'analyse et de ses résultats est assez naturelle et ne pose pas de difficultés majeures (voir Shavell, 1993).

Du point de vue de l'analyse économique, les deux parties qui s'opposent dans un litige ont un comportement individuellement rationnel, au sens où si elles ont la possibilité de choisir entre une solution contentieuse et une solution amiable par exemple pour régler leur différend, elles vont choisir celle qui leur permet d'obtenir le bénéfice net espéré le plus élevé. Par bénéfice net, il faut entendre que chaque partie tient compte de l'ensemble des bénéfices et des coûts, directs et indirects, à court ou long terme, qui sont occasionnés par le règlement du litige. À différents moments de la procédure, elles vont faire face à certaines dépenses (frais d'expertises et de dossier, rémunération de l'avocat), ou supporter certains coûts non monétaires (efforts et temps consacrés à la préparation du dossier, coûts psychologiques par exemple). *A contrario*, les bénéfices apparaîtront plutôt au dernier stade de la procédure, lorsque la solution émerge : il y a alors un transfert entre les deux parties en fonction de l'issue du conflit ; par exemple, le plaignant peut obtenir une compensation amiable, ou bien le défendeur peut obtenir que le plaignant rembourse une partie des frais de justice qu'il a engagés pour se défendre.

L'analyse économique s'est plus particulièrement focalisée sur trois étapes de la résolution d'un litige en civil : 1/ l'instant où la victime décide de poursuivre son offenseur présumé ; 2/ le moment où les deux parties entrent dans une phase de préparation du procès et de négociation dans la perspective d'une éventuelle transaction amiable ; 3/ le moment du jugement rendu par le tribunal. Comme on va le voir dans ce chapitre, les modèles économiques théoriques donnent souvent des prédictions distinctes sur l'issue d'un litige : ceci reflète soit l'importance accordée au contexte informationnel qui est retenu, soit la focalisation sur l'une ou l'autre des étapes du litige.

Dans la section 4.2, on présente de façon très générale les questions qui ont été privilégiées et le cadre de référence utilisé dans la littérature. Notamment, les politiques de régulation de l'accès à la justice sont fondées sur une idée centrale : l'intérêt des parties s'opposant dans un litige est essentiellement privé ; il va donc parfois entrer en conflit avec l'intérêt social, ce qui justifie la mise en place d'un contrôle de l'accès aux services de justice. La section 4.3 s'intéresse aux raisons permettant d'expliquer pourquoi les parties font le choix d'une solution négociée ou, au contraire, celui du procès lorsqu'elles ont une information complète. L'argument coasien traditionnel fait de la négociation entre les parties

une solution socialement efficace. Il s'agit de justifier que celle-ci peut échouer alors qu'il aurait été dans l'intérêt des parties et de la société qu'elle aboutisse ; à l'inverse, il existe aussi des situations où les parties concluent un accord, alors qu'il aurait été socialement souhaitable qu'elles ne s'entendent pas. Dans un cas comme dans l'autre, on montre que ceci résulte du comportement de l'une des parties qui utilise de façon stratégique ses dépenses légales. La section 4.4 présente les deux principaux modèles théoriques expliquant le processus de sélection des litiges en information incomplète : l'approche dite « optimiste » et l'approche dite « stratégique ». Chacune repose sur un contexte informationnel spécifique pour justifier les caractéristiques des cas qui sont résolus au procès. La section 4.5 étudie les grands principes guidant les politiques de régulation de la demande de justice. La section 4.6 aborde la question de l'offre alternative de services de justice. La section 4.7 discute un certain nombre de résultats empiriques et expérimentaux concernant les prédictions principales de l'analyse économique des litiges. En conclusion, nous proposerons certaines indications bibliographiques relatives aux thèmes qui n'ont pas été abordés ici.

## 4.2 PLAIGNANTS ET DÉFENDEURS

L'analyse économique des litiges part du postulat que le plaignant ne prendra la décision de poursuivre effectivement l'offenseur que si la compensation attendue au procès est au moins égale aux dépenses qu'il a engagées au cours de la procédure. On discute tout d'abord les différentes contraintes rencontrées par un plaignant lorsqu'il souhaite poursuivre son offenseur en justice : elles proviennent d'un côté des dépenses qu'il va devoir engager pour obtenir réparation du préjudice qu'il a subi, et de l'autre, des caractéristiques de l'offre de justice à laquelle il peut accéder. On justifie alors pourquoi la littérature s'est focalisée sur la question du coût et de l'efficacité de la justice. Ceci résulte de l'existence d'une opposition fondamentale entre la valeur privée et la valeur sociale d'un litige : toute action en justice à l'initiative d'un agent privé sera à l'origine de différents types d'externalités, ce qui justifie alors une régulation économique de l'accès à la justice.

### 4.2.1 Les incitations à poursuivre l'offenseur

Considérons le point de vue du plaignant. Il s'estime victime d'un préjudice consécutivement au comportement d'une autre partie, et il a donc l'initiative de l'action en justice ; le juge interviendra au moins à deux instants décisifs : d'abord pour établir la recevabilité de sa demande ; puis pour prononcer un jugement, s'il y a un procès, ou entériner l'accord amiable. Le plaignant doit donc au préalable évaluer ses chances que sa demande soit considérée comme recevable par le juge, de telle sorte qu'un procès ait effectivement lieu. Il doit ensuite apprécier ses chances que l'issue du procès lui soit favorable, et qu'il obtienne une compensation satisfaisante au regard du préjudice subi. Compte tenu de ces différentes qualifications, le plaignant forme une anticipation sur la valeur monétaire de la compensation qu'il obtiendra devant le tribunal.

Dans ces conditions, sa décision de poursuivre l'offenseur peut être influencée par deux éléments : 1) les dépenses qu'il va devoir engager pour aller au procès, ainsi que les

différents coûts qu'il va supporter pendant toute la durée de l'affaire (perte de revenus d'activité, coûts psychologiques, etc.) ; 2) les caractéristiques du système judiciaire (tradition juridique et organisation de la justice).

### A. Les coûts d'accès à la justice

L'ouverture d'un recours en civil, ainsi que le prononcé d'un jugement par le tribunal donne d'abord lieu au paiement de taxes et de redevances. Ensuite, les dépenses directes occasionnées par la procédure pour le plaignant comprennent la rémunération de son avocat, et le cas échéant, l'indemnisation des témoins ou des experts sollicités. De façon générale, un procès est coûteux pour les deux parties, et le défendeur est confronté aux mêmes types de frais. Des études réalisées en France (InfoStatJustice, mai 2003) montrent que l'expertise judiciaire civile représente un coût moyen de l'ordre de 2200 euros, mais avec des montants qui varient de 30 euros à 150 000 euros. Certaines estimations font aussi apparaître que le coût total d'un recours représente entre un tiers et la moitié des dommages et intérêts obtenus par le plaignant. Quant aux coûts indirects, ils sont pour l'essentiel liés à la durée de traitement des affaires et ils correspondent donc au coût du temps pour les parties. Ils dépendent fortement du domaine du droit concerné, de la nature et de la complexité du contentieux entre les parties. En France, on estime (InfoStatJustice, décembre 2003) que les jugements en civil sur le fond sont rendus dans un délai moyen de l'ordre de 9,4 mois ; mais là aussi, cette moyenne masque de grandes disparités. Dans le domaine du droit des contrats, les délais sont de l'ordre de 18 mois (24 mois pour la construction), et en responsabilité, un litige sur quatre se termine en plus de deux ans. Dans les cas de divorces (qui représentent en France quatre affaires civiles sur dix), les délais moyens sont de 12,6 mois, avec une différence de durée pratiquement du simple au double entre la requête conjointe (9 mois) et le divorce pour faute (17 mois). Dans le cas des conflits en droit du travail, un grand nombre de cas sont jugés au fond en 8,9 mois par les Prud'Hommes, mais un petit nombre qui passent par l'appel et la cassation, peuvent connaître une issue au bout de 53,3 mois seulement (InfoStatJustice, avril 2006).

Par ailleurs, il peut y avoir des écarts importants entre le coût supporté *in fine* par une partie et la dépense initialement engagée. Selon les systèmes et traditions juridiques, un juge peut décider de façon discrétionnaire de réallouer entre le plaignant et le défendeur une part des dépenses individuelles en fonction du résultat du procès. Chacune des parties sait ainsi initialement que le coût final du litige qu'elle supportera pourrait s'avérer supérieur à ses propres dépenses, si le jugement prononcé lui est défavorable, ou au contraire inférieur, si le jugement lui est favorable. Deffains et Doriat-Duban (2001) rappellent la distinction faite en droit français entre deux grandes catégories de coûts. D'un côté, les *dépens* correspondent aux taxes et redevances associées à l'action en justice, auxquelles s'ajoutent éventuellement l'indemnité versée aux témoins et/ou les frais d'expertise ainsi que les droits de plaidoirie ; ce sont les frais qu'un juge français peut décider de faire supporter à la partie perdant le procès ; celle-ci règle alors non seulement les frais de ce type qu'elle a elle-même engagés, mais aussi ceux de l'autre partie. De l'autre, les coûts *irrépétibles* concernent les honoraires dus aux avocats, et restent à la charge de chacune des parties, indépendamment de l'issue du procès.

En pratique, deux autres grandes règles de réallocation des dépenses légales sont utilisées : la règle dite « américaine » correspond au cas où chaque partie ne supporte que ses propres dépenses ; la règle dite « anglaise » fait supporter à la partie perdante l'intégralité des dépenses occasionnées par le procès (voir aussi Shavell, 1982 ; Bayes, Kovenock et de Vries, 2000, pour d'autres règles). Il semble toutefois que l'application de la règle américaine est beaucoup moins fréquente que celle de la règle anglaise, ou de ses variantes (Hughes et Snyder, 1995 ; Kessler et Rubinfeld, 2007). Une question récurrente dans la littérature est évidemment celle de l'influence de l'allocation des coûts d'un procès sur les incitations des victimes à aller en justice. Par rapport à la règle américaine, la règle anglaise crée deux incitations contraires sur le plaignant : une incitation à tenter une action, puisqu'en cas de victoire, le défendeur supporterait l'intégralité des dépenses ; mais à l'inverse, elle représente un accroissement du risque associé à la procédure pour le plaignant, qui pourrait aussi supporter la charge de la totalité des coûts du procès. Il semble ainsi que pour les praticiens du droit (voir Kessler et Rubinfeld, 2007), la règle anglaise susciterait moins de recours que la règle américaine parce qu'elle expose au risque, en cas de procès perdu, de supporter un coût plus élevé. Nous reviendrons plus loin sur l'analyse explicite de ces effets.

Les incitations de la victime à poursuivre son offenseur peuvent aussi être influencées par les caractéristiques de l'offre de droit. Celle-ci reflète d'abord la tradition juridique sur laquelle l'ensemble du système judiciaire s'appuie.

## B. Traditions et systèmes juridiques

On oppose traditionnellement deux grands types de systèmes. Dans les pays de *civil law* (de tradition romano-germanique), le juge est tenu par le droit écrit, et son travail est essentiellement de qualifier des faits : le droit est figé, au sens où la bonne règle à appliquer est réputée se trouver déjà dans la loi. De façon caricaturale, il s'agit, pour prononcer un jugement, d'associer le cas soumis par les parties à la règle *ad hoc*. À l'inverse, les pays de *common law* (majoritairement anglo-saxons) attribuent au juge un pouvoir important en matière de production de droit et de solutions juridiques. Un juge de la *common law* a toute latitude pour s'appuyer sur l'existence de la jurisprudence (voir Che et Yi, 1993). Le droit est supposé être vivant sous la *common law*, au sens où il se construit dans les tribunaux – dès lors qu'un magistrat a défini une « bonne règle » dans le cadre d'une affaire, celle-ci sera ensuite appliquée ultérieurement dans des affaires similaires. Par ailleurs, la *common law* donne davantage de flexibilité face à l'incomplétude ou l'ambiguïté du droit qui sont sources d'incomplétude des contrats privés (et donc de litiges) : le juge de la *common law* peut créer du droit dans ce vide juridique, ou déclarer obsolètes des solutions antérieures pour en produire de nouvelles, créant un précédent qui pourra faire jurisprudence (*i.e.* lier les décisions futures relatives à des affaires similaires).

D'ailleurs, un courant de recherches empiriques récentes (voir chapitre 6) propose un classement des systèmes juridiques en fonction de leur efficacité à promouvoir le développement économique. Ils affirment la supériorité de la *common law* sur la *civil law* en raison d'une meilleure protection des contrats privés, et notamment des intérêts des investisseurs et créanciers.

Mais si une plus grande efficacité du système juridique facilite en théorie l'accès à la justice, en pratique elle ne signifie pas un nombre de litiges moins élevé. D'une part, lorsque les droits sont clairement établis (et donc garantis), les victimes de préjudices vont plus facilement entreprendre des recours contre leurs offenseurs. Mais ces derniers seront alors davantage enclins à réaliser une transaction amiable : on peut s'attendre alors à ce qu'il y ait moins de jugements, mais plus d'arrangements amiables entre les parties. D'autre part, l'apparition de nouveaux secteurs d'activité (de nouveaux biens) engendre de nouveaux litiges, car de nouveaux risques (sanitaires, environnementaux, etc.) apparaissent avec leur expansion ; or ces nouvelles problématiques juridiques (biotechnologies, génome humain) n'ont pas encore de réponses écrites dans le droit. Les secteurs d'activités à haute technologie sont plus particulièrement créateurs de tensions dans la production de droit : l'activité de R&D et la concurrence fondée sur l'innovation favorisent l'émergence de litiges sur la possession de brevets. Un argument souvent avancé est que la tradition juridique américaine, en raison de l'importance de la jurisprudence, est propice à faire émerger des solutions juridiques, rapides et innovantes, dans ces circonstances. Ceci tendrait donc à augmenter le nombre de recours.

### C. La mise en œuvre de la justice civile

La réputation de certains tribunaux ou magistrats notamment, favorise le développement d'un comportement de *forum shopping* aux États-Unis (Clermont et Eisenberg, 2002) : afin de trouver une solution à leur différend, chacune des parties opposées dans un litige tente d'infléchir le choix de la juridiction (cour d'État ou cour fédérale) à laquelle soumettre leur cas. Dans une certaine mesure d'ailleurs, avec la construction de l'espace européen, on assiste à l'émergence de ce *forum shopping* en Europe (choix des justiciables entre les tribunaux nationaux ou les juridictions européennes).

Plus généralement, la littérature a tenté d'infirmer ou de valider l'idée que la société américaine est une « société de litiges », ou « judiciarisée », et s'est interrogée sur les réformes permettant de réduire le coût de la justice aux États-Unis. Pour utiliser un simple indicateur, les comparaisons internationales montrent qu'en 2004, la part des dépenses judiciaires dans le PNB était de l'ordre de 0,6 % au Royaume-Uni, 0,8 % en France et au Canada, 1,4 % en Allemagne, et 1,9 % aux États-Unis (Baye, Kovenock et de Vries, 2005). Ceci peut paraître paradoxal, au regard de l'argument d'efficacité de la *common law* précédemment invoqué.

Il peut y avoir des causes structurelles. Une explication possible est que l'accès à la justice est aussi conditionné par les modalités pratiques d'organisation et de mise en œuvre de la justice. Par exemple, les règles de procédure adoptées par chaque système judiciaire sont destinées à rééquilibrer le rôle des parties par rapport au juge dans le déroulement d'un procès. De nombreux pays de *common law* ont adopté un système dit « accusatoire » où les débats contradictoires au moment du procès sont à l'initiative des parties opposées : le juge a un rôle relativement passif à ce moment. À l'opposé, les pays de code civil ont souvent opté pour un système « inquisitoire », qui donne au juge la maîtrise du déroulement du débat contradictoire<sup>2</sup>. L'un des risques du système accusatoire

2. La comparaison des systèmes accusatoire/inquisitoire fait l'objet d'une littérature relativement récente : voir Deffains, Demougin et Fluet (2007).

est d'inciter les parties à réaliser des dépenses judiciaires excessives de façon à accroître leurs chances de gagner le procès (être représentée par un ou plusieurs avocats, choisis dans les meilleurs cabinets).

Plus ponctuellement, pour certains auteurs, ce sont des innovations juridiques qui expliquent la judiciarisation de la société américaine, et le coût élevé de la justice aux États-Unis. Viscusi (1995) évoquait la crise majeure provoquée par le basculement du régime de responsabilité vers la responsabilité sans faute (par exemple, en matière de responsabilité produit ou de responsabilité médicale), et son coût économique et social. Le changement du régime de responsabilité aurait favorisé l'augmentation du nombre de litiges, et induit des effets pervers pour certaines spécialités médicales (qui ne trouvent plus de praticiens) ou pour le secteur de l'assurance (sur lesquels nous ne nous attarderons pas ici). Pour d'autres auteurs (Caroll *et al.*, 2001 ; Hensler *et al.*, 2002 ; Rand Institute for Civil Justice, 2003), l'adoption des rémunérations contingentes (littéralement : au résultat) pour les avocats et, de façon concomitante, l'introduction des procédures collectives (*class actions*) permettant l'agrégation des demandes individuelles, ont eu un effet amplificateur sur le coût de la justice aux États-Unis notamment dans les litiges sur l'amiante, sur le tabac, et ou en responsabilité produit de façon générale (voir Deffains, Doriat-Duban et Langlais, 2008).

Toutefois, il faut noter que certains domaines juridiques peuvent être beaucoup plus contentieux dans d'autres pays, alors qu'ils le sont beaucoup moins aux États-Unis. Ainsi, en matière de droit du travail, le taux de contestation du motif de licenciement est très faible aux États-Unis (0,03 %), alors qu'il est de l'ordre du quart en France. Dans le même ordre d'idées, près de 60 % des jugements prud'homaux pour l'ensemble des conflits du travail, font l'objet d'un appel en France (voir chapitre 8). Le droit du divorce en est un autre exemple (voir chapitre 7).

Pour un économiste, une discussion relative à l'efficacité ou au coût de la justice doit reposer sur un critère explicite, permettant d'identifier la situation idéale qui devrait être atteinte, et dont on s'éloigne en réalité en raison de certaines distorsions. Dans quelle mesure est-il possible d'affirmer que le coût de la justice dans un pays, ou dans telle catégorie de litige, est excessif ? L'approche économique des litiges se fonde sur l'évaluation du coût social des litiges, par opposition à leur coût privé, pour développer ce type d'analyse.

## 4.2.2 Valeur privée et valeur sociale d'un litige

Les débats académiques en *Law & Economics* relatifs à l'efficacité et le coût de la justice portent sur une question qui est aussi essentielle pour les juristes, à savoir : quel est l'objectif visé par un jugement ? Un jugement rendu par un tribunal constitue certes une solution spécifique en rapport avec un litige entre deux parties données ; il permet ainsi à la victime d'obtenir éventuellement réparation. Mais plus généralement, un jugement produit aussi des externalités globales, pécuniaires et non pécuniaires, concernant l'ensemble de la société, en rapport avec d'autres litiges identiques ou proches. De façon générale, il y a donc une divergence fondamentale entre la valeur privée d'une action en justice et sa valeur sociale (Kaplow, 1986 ; Shavell, 1982b).

*action en justice*

## A. Droit à la justice et tarification de l'accès aux services

L'une des premières causes de cette divergence, c'est que le coût d'accès aux services de justice payé par les parties opposées ne représente que le coût privé d'un litige : ce coût ne tient donc pas compte de la rémunération des magistrats ni de celle des différentes catégories de personnels mobilisées pour la résolution de leur cas (huissiers, secrétaires, etc.), ni de l'entretien des tribunaux. De façon générale, la justice est un bien public : c'est la raison pour laquelle ses coûts de fonctionnement sont financés par des taxes payées par les contribuables, et seulement une faible partie est supportée de façon directe par les justiciables. Mais la justice est un bien public impur : son fonctionnement est soumis à des externalités de congestion. Plus le nombre d'affaires arrivant devant les juges de première instance est grand, plus les délais de traitement de l'ensemble des cas sont ralentis. Ceci se reporte alors sur les juridictions de second rang (tribunaux d'appel, conseil constitutionnel), de telle sorte que l'on observe des cycles d'activité de la justice (Rubio, 2005).

On peut alors remarquer que chacune des règles de réallocation des dépenses légales entre les parties correspond à une conception particulière des services de justice. Le système américain repose sur l'idée que le fonctionnement de la justice est soumis à des externalités de congestion : il est donc justifié que chaque partie paye un prix d'accès à ce service (logique tarifaire), qu'il perde ou qu'il gagne le procès. À l'inverse, dans le cas de la règle anglaise ou française, c'est une logique indemnitaire qui prime : on considère que la partie qui a le droit de son côté *in fine* à l'issue du procès, n'a pas à payer pour que justice lui soit rendue (Deffains et Doriat-Duban, 2001).

La divergence entre valeur sociale et privée des litiges peut aussi résulter soit d'un nombre insuffisant de recours, soit au contraire d'un trop grand nombre de litiges. On revient alors à la question centrale des incitations du plaignant à déposer un recours.

## B. Un taux de recours insuffisant

Par exemple, dans le cas où l'accident provoqué par l'offenseur fait un grand nombre de victimes, il peut arriver que le dommage agrégé soit très élevé ; mais du point de vue d'une victime isolée (hypothèse du « petit » plaignant), les incitations à poursuivre l'offenseur en justice peuvent être insuffisantes, au sens où le dommage espéré en cas de procès est inférieur aux dépenses individuelles résultant de la procédure (délais pour obtenir un jugement au fond, difficultés à recueillir des preuves). Cette situation est doublement inefficace d'un point de vue social.

D'abord, cela signifie qu'un grand nombre de victimes ne recevront aucune compensation pour le préjudice subi ; en l'absence de mécanisme d'assurance ou de solidarité, il y a donc une distorsion dans l'allocation des risques. Par ailleurs, ceci pose aussi un problème d'équité, puisque des offenseurs disposant de capacités financières importantes (trésorerie ou possibilités d'endettement) seraient avantagés par rapport à des victimes potentielles isolées et faisant face à une contrainte financière beaucoup plus stricte.

Ensuite, si l'offenseur anticipe qu'il peut échapper aux poursuites judiciaires en cas d'accident où sa responsabilité est engagée, il est probable qu'il investira moins dans la



sécurisation de son activité et dans la prévention des accidents : il apparaît donc également des distorsions dans les incitations à la prévention.

### C. Un taux de recours excessif

Un autre aspect du problème est que, bien que la sécurité soit un bien public, sa mise en œuvre et sa gestion sont déléguées à des agents privés. Ceci est aussi à l'origine d'un conflit d'intérêts.

Prenons l'exemple de la responsabilité-produit ou de la responsabilité médicale : dans le cadre de la mise en œuvre du droit des accidents, la prévention des accidents est déléguée au producteur (entreprises, médecins), dont les efforts de prévention visent à réduire le dommage anticipé. Mais d'une part, les investissements individuels (de l'entreprise, des médecins) se font à rendements d'échelle décroissants (la productivité marginale des premiers euros dépensés en prévention est supérieure à celle des euros suivants) ; et d'autre part, il est possible qu'une fois atteint un seuil donné (qui peut dépendre du secteur d'activité, de la taille de l'entreprise, ou de la spécialité médicale), un accroissement des dépenses de prévention n'ait plus d'effet sensible sur la probabilité d'accident ou sur le dommage (le dommage espéré atteint le niveau minimum, fixé de façon exogène). Dans cette situation, le coût social de l'accident *ex ante* est le plus faible possible, toutes choses égales par ailleurs – aux dépenses légales près.

Une première difficulté apparaît : en cas d'accident, les victimes auront une incitation à déposer un recours contre l'offenseur, dès lors que leur bénéfice privé espéré est supérieur aux dépenses occasionnées par le procès. Cette incitation est d'autant plus forte que le régime de responsabilité leur est favorable (responsabilité stricte ; voir Viscusi, 1995) ou que les tribunaux sont enclins à accorder des compensations généreuses : l'offenseur sert dans ce cas d'« assureur en dernier ressort », palliant l'absence de mécanismes d'assurance privée des victimes. Dans cette configuration, les dépenses légales des deux parties seront des charges mortes, et induiront un coût total des accidents qui est excessif au regard du niveau socialement souhaitable.

À un autre niveau, les offenseurs potentiels peuvent être incités à engager des dépenses de prévention excessives (au-delà du standard de négligence par exemple) alors que leur rendement marginal est négligeable, ou à entreprendre des campagnes d'information coûteuses sur l'utilisation de leur produit, de façon à échapper à l'obligation d'avoir à compenser les victimes en cas d'accident. Ceci explique que certaines clauses des notices d'utilisation de nombreux produits de consommation courante (des jouets) paraissent parfois saugrenues. Ceci accroît aussi le coût social de l'accident.

Dès lors qu'il existe un écart entre la valeur privée et la valeur sociale d'un bien ou d'un service, on sait qu'il existe plusieurs instruments permettant d'aligner l'intérêt privé et l'intérêt public. Concernant l'accès à la justice, on peut accroître les incitations des plaignants à poursuivre les offenseurs en utilisant des multiplicateurs de dommage (une victime peut recevoir un multiple du préjudice effectif subi) ou des dommages punitifs (s'il s'avère que l'offenseur s'est comporté de façon particulièrement imprudente, sans tenir aucun compte du risque auquel il a exposé les victimes). On peut aussi favoriser la constitution

d'actions collectives, permettant à un grand nombre de petits plaignants de se regrouper face à un ou des défendeurs puissants. À l'inverse, il est possible d'adapter le régime de responsabilité et les standards de prévention exigés, de façon à dissuader les recours de plaignants purement opportunistes. Nous y reviendrons amplement dans la suite du chapitre. Mais il s'agit d'abord de comprendre comment les deux parties vont parvenir à trouver une solution pour leur différend. Deux types de contextes informationnels ont été abordés dans la littérature. Nous commencerons par la situation où l'information est symétrique entre les parties.

### 4.3 NÉGOCIATION ET JUGEMENT EN INFORMATION COMPLÈTE

Si un nombre important de conflits sont résolus par les tribunaux, il semblerait que de nombreux litiges trouvent en fait une solution amiable – « à l'ombre du juge » selon l'expression de Cooter, Mark et Mnookin (1982). Il n'est pas aisé d'obtenir l'information sur ces accords amiables, puisque par essence, l'une ou moins des parties désire conserver une certaine confidentialité sur les causes du conflit et/ou les conditions de l'arrangement (l'autre partie renonce alors de fait à en faire publicité). Néanmoins, on estime que le nombre de litiges civils qui sont résolus par les cours fédérales aux États-Unis est de l'ordre de 2 % seulement (Spier, 2007 ; voir aussi Clermont et Eisenberg, 2002). La répartition est extrêmement variable en fonction des juridictions et/ou du domaine du droit concerné (contrats ; accidents ; propriété ; voir Kessler et Rubinfeld, 2007).

On discute ici quels sont les avantages et les inconvénients de la négociation par rapport à un procès. La littérature se fonde sur l'argument de Coase pour justifier l'efficacité de la solution négociée en situation d'information complète. Toutefois, les dépenses judiciaires peuvent aussi donner à l'une des parties un avantage stratégique au moment du procès, et expliquer ainsi l'échec de la négociation. Nous passons en revue ici ces deux types d'arguments.

Nous introduisons tout d'abord les notations qui seront utilisées par la suite. Lorsque le jugement est en faveur du plaignant, notons  $D$  la compensation qui lui est accordée (dommages et intérêts). Notons  $p$  la probabilité que le jugement soit en faveur du plaignant (*i.e.* que le défendeur soit reconnu responsable du préjudice subi par le plaignant). On peut enfin proposer une représentation générale de la règle d'allocation des coûts d'un procès (nous l'appellerons par la suite « règle française »). Notons :  $\beta \in [0, 1]$  la part du coût du plaignant qui est supportée par le défendeur lorsque celui-ci est reconnu responsable par le juge (avec probabilité  $p$ ) ; et  $\alpha \in [0, 1]$  la part du coût du défendeur qui est supportée par le plaignant lorsque celui-ci est débouté au procès *i.e.* lorsque le juge estime que le défendeur n'est pas responsable (le plaignant perd le procès avec probabilité  $1 - p$ ) ; on retrouve la règle américaine si  $\alpha = 0 = \beta$ , et la règle anglaise si  $\alpha = 1 = \beta$ .

Notons alors  $C_p > 0$  la dépense engagée initialement pour le procès par le plaignant et  $C_d > 0$  celle du défendeur. Enfin, notons  $k_p > 0$  la dépense légale effective du

plaignant, et  $k_d > 0$  celle du défendeur. Le tableau suivant récapitule l'expression des dépenses légales de chaque partie en cas de procès en fonction de la règle de coût qui est appliquée par le tribunal :

Tableau 4.1

Règle	$k_p =$	$k_d =$
Anglaise	$(1 - p)(C_p + C_d)$	$p(C_p + C_d)$
Française	$(1 - p\beta)C_p + \alpha(1 - p)C_d$	$p\beta C_p + (1 - \alpha(1 - p))C_d$
Américaine	$C_p$	$C_d$

Au moment du procès, le bénéfice espéré du plaignant et le coût espéré pour le défendeur seront alors notés respectivement  $u_p = pD - k_p$ , et  $u_d = pD + k_d$ .

### 4.3.1 La solution amiable

Dans une perspective coasienne, les deux parties devraient pouvoir trouver une solution amiable à leur différend. Plutôt que de supporter des coûts de procès, elles peuvent négo-cier le montant de la compensation que l'offenseur versera directement à la victime, sans recourir à l'intervention d'un juge (autre que l'homologation de l'accord et l'enregistrement de l'abandon de la poursuite).

Les caractéristiques de cette compensation dépendent du déroulement de la négociation. On peut imaginer deux processus généraux de marchandage : 1/ L'une des parties fait une « proposition à prendre ou à laisser » à l'autre : dans ce cas d'ultimatum, il est bien connu que l'avantage va à la partie qui joue en premier. 2/ Les parties s'engagent dans un marchandage où à chaque étape l'une répond à la proposition faite précédemment par l'autre.

#### A. Ultimatum

Admettons que le coût de la négociation directe est négligeable (au regard de ceux du procès) et que les deux parties estiment toutes deux que le juge accordera au plaignant une compensation espérée égale à  $pD$  en cas de procès.

Considérons tout d'abord que c'est le défendeur qui fait une « offre à prendre ou à laisser » au plaignant (notée  $s$ ) : dans cette éventualité, le défendeur ne peut pas proposer un  $s < pD - k_p$  (plus faible que le consentement à recevoir au procès du plaignant) sinon le plaignant refusera cette offre, et il y aura jugement. La meilleure offre que peut alors faire le défendeur correspond au montant minimum accepté par le plaignant soit  $s = pD - k_p$ , et la probabilité d'un procès est égale à 0.

Supposons maintenant que c'est le plaignant qui exprime une « demande à prendre ou à laisser » d'arrangement au défendeur (notée  $S$ ) : le plaignant ne peut pas proposer un

$S > pD + k_d$  (supérieur à la disponibilité à payer au procès du défendeur) sinon le défendeur refusera cette proposition, et préférera le procès. La meilleure proposition que peut alors faire le plaignant correspond au montant maximum accepté par le défendeur soit  $S = pD + k_d$ , de sorte que la probabilité d'un procès est égale à 0.

La différence entre le consentement à payer et le consentement à recevoir donne le surplus de la négociation,  $C_p + C_d$  : c'est la charge morte du procès, *i.e.* les seuls coûts qui ne trouvent aucune compensation, et qui peuvent être évités grâce à la négociation. Si  $pD > (C_p + C_d)$ , *i.e.* si la compensation attendue au procès est au moins égale au coût *total* occasionné par le procès, alors la négociation est la solution socialement et individuellement efficace<sup>3</sup>.

## B. Négociations séquentielles

Supposons maintenant que la négociation se déroule en  $T$  périodes, la date du procès étant fixée à l'avance en  $T + 1$ . L'information est symétrique ( $p$  et  $D$  sont connaissance commune). Le plaignant fait à chaque étape  $t$  une demande d'arrangement amiable : si le défendeur accepte, le litige est résolu ; s'il refuse, la négociation continue (le plaignant fait une nouvelle proposition).

Supposons que le plaignant supporte un coût (constant, pour simplifier) à chaque date  $t$  où il négocie (pour  $t = 1, \dots, T$ ), noté :  $c \geq 0$ . Les deux parties sont neutres au risque et ont le même taux de préférence pour le présent (on notera le *facteur* d'actualisation :  $\delta < 1$ ). Si la négociation a échoué en  $T$ , les deux parties se retrouvent en  $T + 1$  au procès, et le plaignant obtient le gain espéré  $u_p = pD - k_p$ , pendant que le défendeur supporte le coût anticipé  $u_d = pD + k_d$ . Par convention, on suppose que lorsque le défendeur est indifférent entre accepter une proposition et la rejeter, il accepte l'accord.

On peut analyser le jeu de négociation en commençant par la dernière étape (raisonnement par *backward induction*), juste avant le procès : si la négociation continue jusqu'à la date  $T$ , la meilleure demande que peut alors formuler le plaignant est égale à  $s_T = \delta \times u_d = \delta \times (pD + k_d)$  : le défendeur est alors indifférent entre l'accepter ou aller au procès. Plus généralement, la meilleure proposition du plaignant à une date quelconque  $t \leq T$  où la négociation se prolonge est  $s_t = \delta^{T-t+1} \times u_d$ , et le défendeur sera indifférent entre accepter et refuser.

Du côté du plaignant, on peut évaluer la valeur présente (en  $t = 1$ ) de son bénéfice lorsque la négociation aboutit à une date quelconque  $t \leq T$  : il obtient un gain espéré dont la valeur actualisée est égale à la différence entre la valeur actuelle de la demande  $s_t$ , et la

3. Par construction, la valeur du surplus  $C_p + C_d$  (*i.e.* l'écart entre les bornes de l'intervalle de négociation [ $pD - k_p, pD + k_d$ ]) est indépendante du choix de la règle de coût. Toutefois, ce résultat repose sur l'hypothèse que les parties sont neutres au risque, et qu'elles ont les mêmes anticipations sur  $pD$ . Au contraire, la valeur du surplus de la négociation perçue et/ou les incitations à négocier des deux parties changent si elles n'ont pas la même attitude vis-à-vis du risque (voir Deffains et Langlais, 2006), ou si elles n'ont pas la même information (voir section 4.4).

somme actualisée des coûts supportés en négociant jusqu'à la date  $t$  :

$V(t) = \delta^{t-1} s_t - c \sum_{i=1}^t \delta^{i-1} = \delta^T (pD + k_d) - c \left( \frac{1 - \delta^t}{1 - \delta} \right)$ . A l'inverse, si la négociation échouait en  $T$ , le procès lui procurerait un bénéfice espéré dont la valeur actualisée est :

$V(T+1) = \delta^T u_p - c \left( \frac{1 - \delta^T}{1 - \delta} \right) = \delta^T (pD - k_p) - c \left( \frac{1 - \delta^T}{1 - \delta} \right)$  ; supposons que  $V(T+1) > 0$ .

On voit alors que  $\left( \frac{1 - \delta^t}{1 - \delta} \right) < \left( \frac{1 - \delta^T}{1 - \delta} \right)$  : ceci implique d'une part que  $V(t)$  est décroissant avec  $t$  tant que  $c > 0$ , et que d'autre part,  $V(t) > V(T+1)$  tant que  $k_p + k_d > 0$ . Ceci entraîne donc que (Spier, 1992) :

### Proposition 1

i) Si  $c = 0$ , le litige peut être résolu à une date  $t$  quelconque. ii) Si  $k_p = k_d = c = 0$ , le litige peut aussi être résolu au procès. 3/ Dès que  $c > 0$ , le litige est résolu dès la date 1.

Si  $c = 0$ , le plaignant est indifférent entre obtenir  $\delta \times u_d$  en  $T$ , et obtenir  $\delta^T \times u_d$  à la date 1 ; il existe donc dans ce cas une multiplicité d'équilibres en termes de résultat, où l'accord est conclu à une date  $t \leq T$  quelconque (i.e. c'est un équilibre parfait en sous-jeu). Lorsque  $k_p = k_d = c = 0$  alors pour tout  $t = 1, \dots, T$ ,  $V(t) = \delta^T pD = V(T+1)$  : il existe donc en plus un équilibre en termes de résultat où le litige est résolu au procès, puisque l'attente n'occasionne aucun coût supplémentaire pour le plaignant. Lorsque la négociation est coûteuse en revanche ( $c > 0$ ), le plaignant a intérêt à conclure un accord le plus tôt possible : la négociation aboutit dans ce cas dès la date 1.

On peut rappeler que, dans le modèle usuel de négociation à la Rubinstein (avec un taux de préférence pour le présent identique pour les deux parties, et en l'absence d'asymétrie d'information), c'est l'impatience des individus qui les incite à négocier tout de suite. L'originalité est ici que la taille du gâteau à partager entre les deux parties ne diminue pas avec le passage du temps : ce gâteau, c'est le coût de transaction à la date  $T+1$  au moment du procès. Que les deux parties actualisent ou pas, ce qui les incite à négocier le plus tôt possible, c'est qu'à chaque étape, il y ait un coût  $c > 0$  à négocier pour au moins une partie (ici, le plaignant).

Dans ces deux interprétations du processus de négociation, les dépenses légales sont considérées comme des coûts fixes, des charges mortes, qui peuvent être évitées par les deux parties en trouvant le plus rapidement possible un accord. Certains travaux se sont intéressés à la dimension stratégique des dépenses légales. Par exemple, un plaignant peut utiliser la menace d'un procès (bien qu'il estime qu'il a peu de chances d'en sortir vainqueur) dans le seul but d'extorquer un arrangement amiable au défendeur : c'est la question de la crédibilité des recours opportunistes. À l'inverse, un plaignant qui attribue une valeur élevée au jugement, peut être entraîné dans une procédure longue et très coûteuse, avant de pouvoir obtenir un jugement en sa faveur : c'est l'interprétation du procès en termes de course à la rente. Nous étudions ces deux points maintenant.

### 4.3.2 Les recours opportunistes

On appelle recours opportuniste (« nuisance suits » ou « frivolous suits »), une action entreprise par un plaignant dans l'espoir d'extorquer au défendeur un dédommagement au cours d'un arrangement amiable. L'objectif du plaignant n'est pas d'obtenir réparation auprès d'un juge : au contraire il estime que ses chances de succès devant un tribunal sont faibles. Mais il pense que le défendeur cédera à la menace, et plutôt que de supporter des dépenses judiciaires ou de courir le risque d'être condamné à tort, il préférera une transaction amiable. On montre ici que la crédibilité de tels recours dépend de la séquence du paiement des coûts judiciaires lorsque l'information est complète, i.e. de la concentration des dépenses légales à certains instants du litige, ou au contraire de leur répartition tout au long de la procédure.

#### A. Bluff, ultimatum et engagement

Considérons le jeu en deux étapes suivant, en supposant que c'est la règle américaine qui est utilisée ( $\alpha = 0 = \beta$ ). Le plaignant fait une demande amiable  $s$  au défendeur ; si celui-ci accepte, le litige est résolu ; mais s'il refuse, les deux parties vont au procès. Une action opportuniste correspond au cas où l'espérance de gain du plaignant en cas de procès est négative :  $pD - C_p < 0$ .

Supposons tout d'abord que, pour les deux parties, le paiement des dépenses judiciaires est concentré au moment du procès. Dans cette situation, le défendeur rejettera toujours la demande de compensation du plaignant : en deuxième étape, il sait que le plaignant n'ira pas au procès car sa menace n'est pas crédible :  $pD - C_p < 0$ , et qu'il abandonnera donc l'idée d'un recours contre le défendeur.

Supposons maintenant que le plaignant engage les dépenses de procédure *ex ante* (avant de savoir s'il poursuit ou s'il abandonne). Si la négociation aboutit à un accord, son gain est  $s - C_p$  alors que si la négociation échoue et qu'il décide d'abandonner le recours, il supporte une perte  $-C_p$  (il a déjà réglé ses dépenses légales). Lorsque le défendeur rejette la demande amiable, le plaignant préférera maintenant un procès plutôt que d'abandonner, puisque  $pD - C_p > -C_p$  : sa menace devient crédible aux yeux du défendeur qui acceptera la demande tant que  $s \leq pD + C_d$ . En première étape, le plaignant aura donc toujours intérêt à déposer un recours ; il fera la demande  $s = pD + C_d$  au défendeur, qui lui laissera un bénéfice net égal à  $pD + C_d - C_p$ .

La meilleure réponse du défendeur serait alors d'engager aussi ses dépenses juridiques *ex ante* : c'est une façon de justifier que les entreprises de grande taille ont leur propre service juridique – le fait de salarier des avocats permet de dissuader le dépôt de plaintes opportunistes. L'existence potentielle de recours purement opportunistes aurait donc un coût social élevé, puisque les parties se trouvent stratégiquement dans l'obligation d'engager des dépenses d'avocats, d'un côté pour exercer une menace crédible, de l'autre pour rendre crédible la dissuasion d'un recours opportuniste, même si ces recours ne sont finalement jamais engagés par les plaignants.

## B. Crédibilité des menaces et négociations séquentielles

Supposons maintenant comme en 4.3.1 B que la négociation se déroule en  $T$  périodes, le procès ayant lieu en  $T + 1$ . Le dommage espéré  $pD$  est connaissance commune. Nous supposons en revanche que le plaignant comme le défendeur payent une fraction (constante, pour simplifier) de leurs dépenses légales à chaque date  $t = 1, \dots, T$ , respectivement :  $\frac{C_p}{T}$  et  $\frac{C_d}{T}$  (voir Bebchuck, 1996). À chaque étape  $t < T$ , le plaignant a le choix entre continuer à négocier ou abandonner le recours, et le défendeur a le choix entre accepter ou refuser la négociation.

On admettra ici qu'en cas d'accord amiable conclu à l'étape  $t$ , la compensation négociée est égale à  $S_t = S_{t+1} + \frac{1}{2T}(C_d - C_p)$  (i.e. il y a un tirage au sort, de sorte que la meilleure demande du plaignant :  $S_{t+1} + \frac{C_d}{T}$  et la meilleure offre du défendeur :  $S_{t+1} - \frac{C_p}{T}$  ont une probabilité de  $1/2$  d'être retenues en  $t$ ). Finalement, on admettra que  $\delta = 1$  (comme précédemment, le passage du temps n'a pas d'effet propre ici non plus).

On peut à nouveau analyser le jeu à rebours : à l'étape ultime de la négociation, le défendeur n'acceptera de verser une compensation que si la menace du procès est crédible à cet instant ; ceci requiert donc qu'en  $T$  on ait :  $pD - \frac{C_p}{T} \geq 0$  ; dans ces conditions, les deux parties concluent un accord avec une compensation égale à  $S_T = pD + \frac{1}{2T}(C_d - C_p)$ .

Mais pour que la négociation atteigne cette étape juste avant le procès, il faut qu'à chaque instant  $t < T$ , le plaignant ait intérêt à continuer à négocier jusqu'en  $t + 1$ , sans abandonner la procédure : or ceci n'est possible que si le gain de la négociation qu'il retirera en  $t + 1$  est supérieur au coût de l'abandon en  $t$ , soit :  $S_{t+1} = pD + \left(\frac{T-t}{2T}\right)(C_d - C_p) \geq \frac{C_p}{T}$  ; si cette condition est vérifiée, la négociation aboutit, et le défendeur verse au plaignant la compensation  $S_t = S_{t+1} + \frac{1}{2T}(C_d - C_p) = pD + \left(\frac{T-t+1}{2T}\right)(C_d - C_p)$ . On obtient donc (Bebchuck, 1996) :

### Proposition 2

Si  $pD + \left(\frac{T+1-t}{2T}\right)(C_d - C_p) \geq \frac{C_p}{T}$  pour  $t = 1, \dots, T$ , alors le plaignant poursuivra le défendeur et obtiendra une compensation amiable égale à  $S^* = pD + \frac{1}{2}(C_d - C_p)$ . L'accord sera conclu dès la date  $t = 1$ .

Si  $pD + \left(\frac{T+1-t}{2T}\right)(C_d - C_p) \geq \frac{C_p}{T}$  pour  $t = 1, \dots, T$ , le plaignant a intérêt à initier un recours contre le défendeur en  $t = 1$  et à commencer à négocier (puisque

$S_2 = pD + \left(\frac{T-1}{2T}\right)(C_d - C_p) \geq \frac{C_p}{T}$ ; la compensation qui lui est proposée est égale à  
 $S_1 = S_2 + \left(\frac{1}{2T}\right)(C_d - C_p) = pD + \frac{1}{2}(C_d - C_p)$ . Pour les deux parties, il serait coûteux d'attendre plus longtemps; l'accord est donc conclu dès le début de la négociation, et le défendeur verse au plaignant  $S^* = S_1$ .

L'idée est que, même si *initialement* le bénéfice net du plaignant est négatif en cas de procès ( $pD - C_p < 0$ ), la divisibilité des coûts et leur répartition tout au long de la procédure peut permettre au plaignant de parvenir à extorquer au défendeur une compensation amiable. Toutefois, il est nécessaire que la menace d'un procès reste crédible à chaque étape de la négociation – sinon le défendeur refuserait à un moment de négocier, et le plaignant abandonnerait le recours.

On peut remarquer que lorsque  $T$  est grand ( $T \rightarrow \infty$ ), la condition assurant la crédibilité de la menace devient  $pD + \frac{1}{2}(C_d - C_p) > 0$ : ceci implique par exemple que même si le préjudice du plaignant est faible ( $D$  petit), il peut néanmoins espérer obtenir une compensation amiable de la part du défendeur de façon crédible (si la différence  $C_d - C_p$  n'est pas trop grande). La présence d'une asymétrie d'information en faveur du défendeur peut néanmoins mettre en échec la menace du plaignant (voir Klement, 2003).

### 4.3.3 Jugement et recherche de rente

Les praticiens du droit mettent aussi en avant une autre dimension stratégique des dépenses légales: la possibilité d'influencer le résultat du procès en utilisant les services d'avocats et d'experts réputés. Cette interprétation fait du procès une course visant à s'approprier une rente (la valeur du jugement): les dépenses légales réalisées par chaque partie sont vues comme des investissements qui ont pour objectif d'accroître leur probabilité de gagner le procès. Nous avons vu précédemment que l'organisation du système judiciaire peut favoriser ces comportements de recherche de rente. Nous montrons ici qu'ils sont aussi influencés par le choix de la règle d'allocation des coûts (Katz, 1987; Farmer et Pecorino, 1999).

Deux parties neutres au risque s'opposent lors d'un litige, où le montant accordé par le juge, la probabilité de gagner le procès et la règle d'allocation des coûts sont connaissance commune. Le plaignant doit décider s'il poursuit l'offenseur (il supporte alors les coûts de procédure) ou pas: s'il perd, il supporte alors une partie du coût du défendeur en fonction de la règle d'allocation appliquée. Le défendeur choisit soit de se défendre (il supporte aussi des coûts de procédure) soit de ne pas se défendre; s'il perd, il doit verser la compensation et (en fonction de la règle d'allocation des coûts) supporter les dépenses du plaignant. On suppose que chaque partie choisit le montant de ses dépenses judiciaires, respectivement  $C_p$ ,  $C_d$ , sans connaître celui de l'autre partie.

La probabilité de gagner le procès du plaignant est  $p = P(C_p, C_d) = \frac{e^m C_p^{1/2}}{e^m C_p^{1/2} + C_d^{1/2}}$  (fonction de succès à la Tullock). Le terme correspondant à la fonction



exponentielle  $e^m$  est un indicateur naturel de la qualité du cas : si  $m > 0$  (respectivement  $m < 0$ ), alors le cas est *a priori* favorable au plaignant (défendeur). L'exposant  $1/2$  est un indicateur de l'efficacité des dépenses judiciaires, résumant les caractéristiques de la technologie judiciaire (l'impact des arguments des avocats, leur perception par le tribunal, et des erreurs de jugement). La situation examinée ici est donc symétrique entre les deux parties (au terme  $e^m$  près) : elles ont des avocats dont l'habileté et l'expérience sont comparables, par exemple ; ou aucune partie ne dispose d'un privilège lui permettant de cacher certaines informations (secret professionnel), etc. On montre que (Farmer et Pecorino, 1999) :

### Proposition 3

- i) Sous la règle américaine, les deux parties investissent de façon identique dans le procès.  
 ii) Sous la règle anglaise, la partie initialement favorisée par le mérite du cas investit dans le procès davantage que l'autre partie.  
 iii) La règle américaine induit un coût des procès qui est inférieur à celui de la règle anglaise.

**Règle américaine :** Le bénéfice espéré du procès pour le plaignant  $u_p$  et le coût espéré du défendeur  $u_d$  sont donnés sous la règle américaine par :

$$u_p^{us} = P(C_p, C_d) \times D - C_p$$

$$u_d^{us} = P(C_p, C_d) \times D + C_d$$

Étant donnée sa conjecture sur les dépenses du défendeur, le plaignant choisit un niveau de dépense  $C_p > 0$  qui maximise  $u_p^{us}$  et vérifie la condition de premier ordre (fonction de meilleure réponse du plaignant) :

$$e^m C_d^{1/2} C_p^{-1/2} D = 2 \left( e^m C_p^{1/2} + C_d^{1/2} \right)^2 \quad (1)$$

De la même façon, le défendeur fait une conjecture sur les dépenses du plaignant, et choisit une dépense qui minimise  $u_d^{us}$ , d'où la condition de premier ordre (fonction de meilleure réponse du défendeur) :

$$e^m C_p^{1/2} C_d^{-1/2} D = 2 \left( e^m C_p^{1/2} + C_d^{1/2} \right)^2 \quad (2)$$

L'équilibre de Nash correspond aux décisions  $(C_p^{us}, C_d^{us})$  obtenues en résolvant les conditions (1) et (2). On remarque leur symétrie : il existe donc un équilibre de Nash symétrique (ici, unique) caractérisé par des dépenses judiciaires égales à

$C_p^{us} = C_d^{us} = \frac{1}{2} \frac{e^m}{(1 + e^m)^2} D$ . La probabilité que le plaignant gagne le procès est alors

$p^{us} = \frac{e^m}{1 + e^m}$ . Les deux parties obtiennent respectivement  $u_p^{us} = \frac{1}{2} p^{us} D \left( \frac{1 + 2e^m}{1 + e^m} \right)$  et

$u_d^{us} = p^{us} D \left( 1 + \frac{1}{2} \frac{1}{1 + e^m} \right)$ .

Il reste toutefois à vérifier dans quel cas les contraintes de participation des deux parties sont bien satisfaites. Si le défendeur n'investit pas ( $C_d = 0$ ), le plaignant gagne le

procès avec la probabilité  $p = 1$  et le défendeur doit verser la compensation  $D$  : le défendeur investira donc dans les services d'un avocat plutôt que d'indemniser directement le plaignant si  $u_d^{us} < D \Rightarrow e^{-m} > -\frac{1}{2}$ . Si le plaignant n'investit pas dans le procès ( $C_p = 0$ ), sa probabilité de gagner est  $p = 0$  et son gain est nul. Le plaignant aura donc une incitation à poursuivre le défendeur si  $u_p^{us} > 0 \Rightarrow e^m > -\frac{1}{2}$ .

Ces résultats impliquent donc que quelque soit le signe de  $m$  (le mérite initial du cas du plaignant), les deux parties investiront dans le procès ; par ailleurs, le mérite initial du cas  $m$  ne crée pas d'incitations différenciées entre les parties : elles ont les mêmes dépenses légales à l'équilibre.

**Règle anglaise :** Les fonctions de bénéfice anticipé du plaignant et de coût anticipé du défendeur s'écrivent maintenant :

$$u_p^{uk} = P(C_p, C_d) \times (D + C_p + C_d) - (C_p + C_d)$$

$$u_d^{uk} = P(C_p, C_d) \times (D + C_p + C_d)$$

Compte tenu de la conjecture formée sur la décision de l'autre partie, les conditions de premier ordre s'écrivent maintenant :

$$e^m C_p^{-1/2} (D + C_p + C_d) = 2 \left( e^m C_p^{1/2} + C_d^{1/2} \right) \quad (3)$$

$$e^m C_d^{-1/2} (D + C_p + C_d) = 2 \left( e^m C_p^{1/2} + C_d^{1/2} \right) \quad (4)$$

Il existe un unique équilibre de Nash (asymétrique) obtenu en résolvant (3) et (4), et correspondant aux niveaux de dépenses  $C_p^{uk} = \frac{(e^m)^2}{1 + (e^m)^2} D$  et  $C_d^{uk} = \frac{1}{1 + (e^m)^2} D$ . La probabilité que le plaignant gagne le procès est  $p^{uk} = \frac{(e^m)^2}{1 + (e^m)^2}$ .

Étudions les contraintes de participation à nouveau. Si le défendeur n'investit pas ( $C_d = 0$ ), le plaignant gagne le procès avec la probabilité  $p = 1$  ; le défendeur doit alors lui verser la compensation augmentée de ses dépenses. On vérifie maintenant que l'on a toujours  $u_d^{uk} < D + C_p^{uk}$  : pour cela, on remarque que  $C_p^{uk} = p^{uk} D$  de telle sorte que :  $u_d^{uk} \equiv p^{uk} (D + C_p^{uk} + C_d^{uk}) = p^{uk} D + p^{uk} (C_p^{uk} + C_d^{uk}) < D + p^{uk} D$ . Le défendeur préfère donc toujours investir. Si le plaignant n'investit pas dans le procès ( $C_p = 0$ ), sa probabilité de gagner est  $p = 0$  et il doit supporter les coûts du défendeur. Le plaignant choisira d'investir si  $u_p^{uk} > -C_d^{uk}$  ; or  $p^{uk} (D + C_p^{uk} + C_d^{uk}) - (C_p^{uk} + C_d^{uk}) > -C_d^{uk} \Rightarrow p^{uk} (C_p^{uk} + C_d^{uk}) > 0$  qui est vrai indépendamment de la valeur de  $e^m$ .

Deux conséquences en découlent, là aussi : les deux parties investissent toujours (ici) dans le procès ; mais dans la mesure où  $C_p^{uk} / C_d^{uk} = (e^m)^2$ , le mérite initial du cas crée des incitations différenciées entre les parties : la partie initialement favorisée investit davantage que l'autre partie ( $m < 0 \Rightarrow e^m < 1$  ; alors que  $m > 0 \Rightarrow e^m > 1$ ).

Le coût total du procès est alors supérieur au coût obtenu sous la règle américaine puisque :  $C_p^{uk} + C_d^{uk} = D$ . En outre, il devient indépendant du mérite initial du cas : les parties sont toujours incitées à accroître leurs dépenses de procès jusqu'à ce que la dépense totale épuise le montant du litige (phénomène de dissipation de la rente).

L'exemple développé ci-dessus relativise ce qui a été dit en 4.2.1 A ; la justification (Katz, 1987 ; Plott, 1987) est que la règle anglaise introduit comme enjeu du procès, le « partage d'un gâteau » égal au montant du dommage augmenté des coûts du procès  $D + C_p + C_d$ . Par conséquent, lorsque les dépenses de procès sont endogènes, la règle anglaise incite les parties à accroître l'investissement dans l'appropriation de cette rente.

Toutefois, la spécification de la fonction de succès à la Tullock  $P(C_p, C_d)$  a suscité un débat depuis Dixit (1987). On peut l'illustrer ici : sous la règle américaine, les contraintes de participation des parties se ramènent à une relation entre le mérite du cas et le paramètre d'efficacité de la technologie judiciaire  $\tau > 0$  (avec dans notre exemple  $\tau = \frac{1}{2}$ ), ce que l'on peut exprimer sous la forme :  $\tau - 1 < \min \{e^{-m}, e^m\}$ . Il pourrait alors arriver que, pour des valeurs élevées de  $\tau$ , la contrainte de l'une des parties soit violée (voir Farmer et Pecorino, 1999). Ceci conduit au « paradoxe de Tullock » (voir Dari-Mattiacci, Langlais, Lovat et Parisi, 2007). Dans ce cas, il peut ne pas exister d'équilibre de Nash en stratégies pures, et l'analyse de l'équilibre du jeu devient plus complexe (équilibre en stratégies mixtes). Même sous la règle américaine, il y aurait alors une probabilité positive que les parties soient incitées à accroître de façon excessive leurs dépenses, le coût total espéré du procès devenant supérieur au dommage accordé par le tribunal.

Enfin, Plott (1987) relevait que l'analyse en termes de fonction de succès repose sur l'hypothèse que l'efficacité de la technologie judiciaire et/ou le mérite d'un cas sont indépendants du comportement des parties. Cette objection a une portée beaucoup plus grande, et renvoie aux problèmes soulevés par le traitement théorique des questions relatives à la production des preuves, l'élaboration des standards de responsabilité, etc., qui font l'objet d'une littérature plus récente (voir chapitre 2).

La limite principale de ces approches est qu'elles ne parviennent pas à expliquer de façon endogène le processus de sélection des cas, entre ceux qui vont au procès et ceux qui sont résolus à l'amiable. Pour cela, il est pertinent de changer le contexte informationnel.

## 4.4 LA SÉLECTION DES LITIGES EN INFORMATION INCOMPLÈTE

Dans cette section, nous étudions comment la distribution de l'information relative au résultat possible du procès affecte le choix des parties entre négocier ou aller au procès. Deux grands types de justifications ont été proposés : d'un côté, le modèle dit « optimiste » où les parties ont des anticipations divergentes sur l'issue du procès ; de l'autre, le

modèle dit « stratégique » où l'une ou l'autre des parties a une information privée concernant une variable importante pour l'issue du procès.

Dans tout ce qui suit, on admettra que  $D > C_p + C_d$  (le recours est socialement utile) et que les parties sont neutres au risque.

#### 4.4.1 L'excès d'optimisme des parties

La première tentative d'explication de l'échec de la négociation a été proposée par le modèle « optimiste » (ou « naïf ») de résolution des litiges (Landes, 1972 ; Gould, 1973 ; Shavell, 1982a) : c'est l'excès d'optimisme des deux parties quant à l'issue du procès qui justifierait l'échec de la négociation avant jugement.

##### A. Le modèle canonique optimiste

Considérons une catégorie de litige (exemple : collisions véhicule/piéton). Les deux parties forment des anticipations sur le résultat du procès, qui sont données de façon exogène. La valeur anticipée du jugement, *i.e.* de la compensation accordée au plaignant par un juge, est notée respectivement :  $D^p = p^p \times D$  pour le plaignant, et  $D^d = p^d \times D$  pour le défendeur ; ceci signifie que les deux parties ont la même opinion sur la compensation monétaire qui sera accordée par le juge, mais que leur opinion diverge sur la probabilité avec laquelle le plaignant l'obtiendra ( $p^p \neq p^d$ ). Les deux parties connaissent leurs anticipations respectives et leurs coûts respectifs (ainsi que la règle d'allocation choisie par le juge) : l'information est symétrique.

Les prédictions formulées par ce modèle très simple sont les suivantes. Connaissant (tableau 4.1) le consentement à recevoir (au procès) du plaignant  $p^p D - k_p$  (en supposant  $p^p D - k_p > 0$ ) et le consentement à payer du défendeur  $p^d D + k_d$ , la négociation avant procès aboutira à un accord amiable si  $p^p D - k_p < p^d D + k_d \Rightarrow p^p - p^d < \frac{C_p + C_d}{D}$  (avec  $k_p + k_d \equiv C_p + C_d$ ) : c'est toujours l'idée que la négociation ne peut aboutir que si le gain collectif de la négociation est positif ; si les anticipations des deux parties coïncidaient ou étaient très proches ( $p^p - p^d \rightarrow 0$ ), alors le litige serait toujours résolu par arrangement amiable.

Inversement, il y aura donc un procès dès que :

$$p^p - p^d > \frac{C_p + C_d}{D + \beta C_p + \alpha C_d} \quad (5)$$

Dans ce cas, plus chacune des parties est convaincue que l'issue du procès lui sera favorable (*i.e.* plus la différence  $p^p - p^d$  est grande par rapport à  $\frac{C_p + C_d}{D + \beta C_p + \alpha C_d}$ ), plus le gain de la négociation est faible et plus le procès sera vraisemblable. Par conséquent, c'est la divergence des estimations individuelles sur le résultat en cas de procès et leur excès d'optimisme, qui expliquent l'échec de la négociation.

Pour certains auteurs (Daughety et Reinganum, 2005), les parties ont ici une attitude intransigeante, dans la mesure où même si celles-ci peuvent mettre en commun leurs informations (et leurs croyances), elles demeurent irréconciliables. Réinterprété dans un cadre stratégique, le modèle optimiste correspond à une situation où les croyances individuelles sur l'issue du procès sont incohérentes : les parties sont « d'accord pour ne pas être d'accord » – le théorème d'Aumann (l'impossibilité d'être d'accord sur le fait d'être en désaccord) exclut une telle situation, sous l'hypothèse de connaissance commune. Enfin, l'incohérence des croyances ne peut s'expliquer que par la rationalité limitée des parties : mais ceci n'est pas modélisé (Daughety et Reinganum, 2005 ; voir Bar-Gill, 2005 ; Farmer et Pecorino, 2002 ; Langlais, 2008b) pour des travaux intégrant cette dimension).

## B. Une chance sur deux pour les plaignants au procès

Priest et Klein (1984) supposent que les probabilités  $p^p$  et  $p^d$  peuvent être interprétées comme l'estimation formée par chaque partie de la qualité du cas présenté par le plaignant ; la qualité est comprise ici comme les chances de la victime auprès d'un tribunal.

Admettons que chaque cas possible (une victime/un offenseur) soit représenté par un indice de qualité  $q \in [\underline{q}, \bar{q}]$  et que le standard de preuve nécessaire à un juge pour qu'il se prononce en faveur du plaignant soit égal à  $\hat{q}$  : si  $q \geq \hat{q}$  le plaignant gagnera le procès ; sinon, le défendeur sera jugé non responsable. Supposons que les erreurs d'estimation de chaque partie suivent une loi normale ; leur estimation de  $q$  suit donc une loi normale, et on notera  $f_p(q)$  (et respectivement  $f_d(q)$ ) la densité de probabilité, à valeur dans  $[\underline{q}, \bar{q}]$ , associée aux estimations formées par le plaignant (respectivement, le défendeur) sur la qualité de son cas ; on supposera enfin que ces estimations sont indépendantes et de faible variance. Par définition,  $p^p = P(q \geq \hat{q} | f_p) = \int_{\hat{q}}^{\bar{q}} f_p(q) dq$  et  $p^d = P(q \geq \hat{q} | f_d) = \int_{\hat{q}}^{\bar{q}} f_d(q) dq$ .

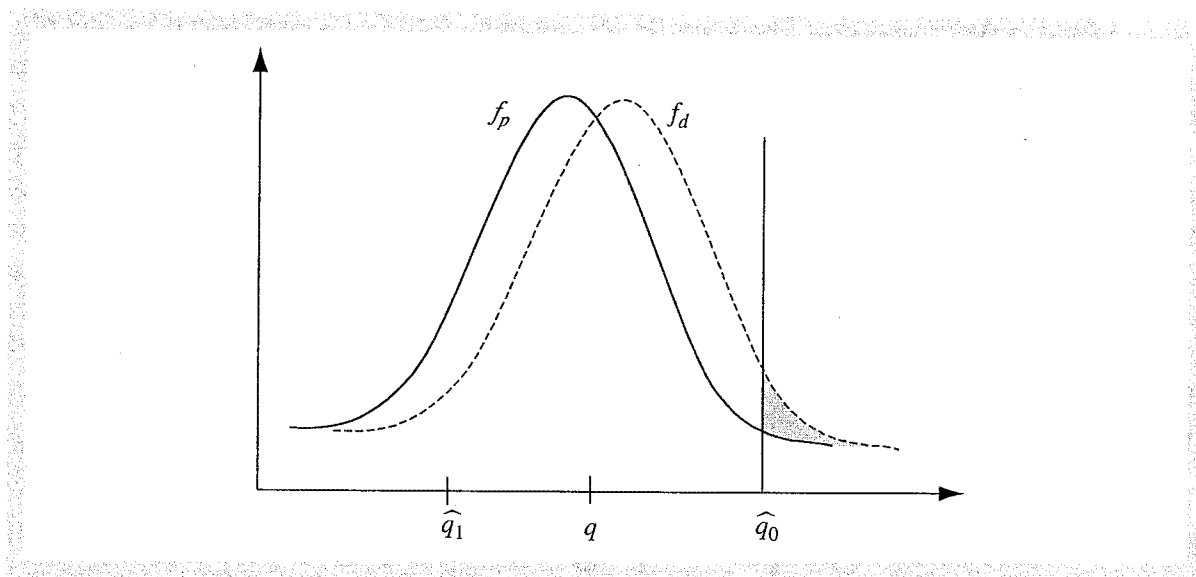
Le graphique 4.1 représente la situation la plus favorable à l'argument de Priest et Klein : la distribution du défendeur (en pointillés) a une espérance mathématique supérieure à celle du plaignant (en traits pleins) pour une même variance, et toutes deux présentent un faible biais par rapport à la vraie valeur de leur cas  $q$  :

On peut alors illustrer le résultat suivant (Priest et Klein, 1984) :

### Proposition 4

i) Plus la qualité d'un cas est éloignée du standard  $\hat{q}$ , plus les croyances du plaignant et du défendeur seront proches. Inversement, plus la qualité d'un cas est proche du standard  $\hat{q}$ , plus les croyances du plaignant et du défendeur auront tendance à diverger. ii) Les litiges qui seront résolus à l'amiable (respectivement, par jugement) sont donc ceux dont la qualité est très éloignée (proche) du standard. iii) À la limite, les litiges présentés devant les juges sont ceux pour lesquels chaque partie a une probabilité égale à 1/2 de gagner le procès.

Sur le graphique 4.1, on voit que si l'écart entre la qualité du cas  $q$  et le standard  $\hat{q}_0$  est important, alors la différence  $p^p - p^d = \int_{\hat{q}_0}^{\bar{q}} [f_p(q) - f_d(q)] dq$ , qui correspond graphiquement à l'aire (hachurée) entre les deux densités de probabilité à droite de  $\hat{q}_0$ , sera



Graphique 4.1

faible – ici, le jugement serait en faveur du plaignant, mais on peut vérifier que le même résultat serait obtenu dans le cas d'un jugement en faveur du défendeur, *i.e.* pour un  $q$  situé plus loin à gauche de  $\hat{q}_0$ . Inversement, si le standard est  $\hat{q}_1$  alors la différence  $p^p - p^d$ , mesurée par l'aire entre les deux densités de probabilité à droite de  $\hat{q}_1$ , est importante.

Ceci illustre que, dans le cas de litiges dont la qualité est très faible (ou au contraire très élevée) par rapport au standard, il est vraisemblable que les parties réussiront à s'entendre à l'ombre du juge, car leurs estimations des chances de succès du plaignant divergent peu : l'issue du procès leur paraît évidente et elles estiment alors préférable de négocier pour économiser les coûts du procès. L'intuition est que ces cas sont peu problématiques à juger pour les tribunaux : leur issue peut être facilement éclaircie, ce qui est anticipé par les deux parties ; néanmoins, la menace d'un jugement étant exercée par le plaignant, le défendeur acceptera un arrangement amiable pour économiser les coûts du procès. Au contraire, lorsque la qualité se rapproche du standard, les chances que les deux parties négocient s'amenuisent, car elles divergent fortement dans leur appréciation de l'issue du procès : celle-ci leur paraît beaucoup plus incertaine. Les cas qui iront jusqu'au procès ne sont donc pas tirés au hasard dans l'ensemble des litiges, mais sont au contraire concentrés sur les qualités proches du standard : ils sont plus problématiques pour les juges (ceux-ci peuvent basculer dans un sens ou dans l'autre en fonction du poids accordé au doute), et seront donc davantage susceptibles d'inciter les deux parties à courir le risque d'un procès.

Par ailleurs, plus les erreurs d'estimation de  $q$  commises par les deux parties sont importantes, plus l'écart  $p^p - p^d$  tend à augmenter et donc plus la fréquence des procès est importante. Si l'on considère la distribution pour l'ensemble des litiges, la proportion exacte de ceux qui sont résolus à l'amiable et de ceux qui vont au procès dépend de la distribution des erreurs commises par les parties opposées pour l'ensemble des cas. À la limite, si les erreurs sur chaque cas sont faibles (estimateurs non biaisés), alors il y aura de moins en moins de procès, et la grande majorité des cas présentés devant le juge sera elle-même

proche du standard : le taux de succès des plaignants sera alors proche de 50 %, indépendant de la fixation du standard.

Pour Priest et Klein en d'autres termes, si les deux parties forment des anticipations rationnelles sur la vraisemblance avec laquelle le plaignant gagnera le procès, les cas qui seront résolus devant les tribunaux ne sont ni sélectionnés au hasard, ni représentatifs de l'ensemble des litiges existants. Le standard de décision appliqué par les tribunaux n'influencera que partiellement le processus de sélection : si la sélection était purement aléatoire, le taux de réussite du plaignant devrait changer selon que le standard est plus ou moins en sa faveur. Le modèle prédit à l'inverse que lorsque les parties forment des anticipations non biaisées (rationnelles) sur l'issue du procès, alors il y a un biais de sélection des cas qui finissent devant un juge en faveur de ceux pour lesquels le plaignant a 50 % de chances de gagner.

L'hypothèse de normalité de la distribution des cas et des estimations est évidemment une hypothèse centrale pour le résultat de Priest et Klein (voir Wittman, 1985). L'approche « optimiste » a en outre l'inconvénient de justifier l'échec de la négociation par des considérations purement extérieures au modèle : s'il existe une zone de négociation, la fréquence d'un accord amiable est alors de 1 pendant que la fréquence des procès est nulle ; on obtient le résultat inverse lorsqu'il n'y a pas de zone de négociation. Les modèles stratégiques permettent d'endogénéiser cette probabilité, ainsi que le montant de la compensation négociée.

#### 4.4.2 Les asymétries d'information entre les parties

Le modèle optimiste prédit qu'il y aura toujours accord entre les parties dès lors que les gains collectifs de la négociation sont positifs. L'approche stratégique met en évidence qu'au contraire, un procès peut avoir lieu alors même que les gains de la négociation sont positifs. L'échec de la négociation avant procès résulte alors de l'existence d'asymétries d'information entre les parties : la proposition amiable faite par l'une a une probabilité non nulle d'être rejetée si elle n'est pas adaptée au type de l'autre, qui est une information privée.

On étudie ici le modèle avec information privée sur  $p$ , d'abord, dans un cadre de *screening* (filtrage) où la partie non informée fait la proposition d'accord amiable, ensuite dans un cadre de signal, où c'est la partie informée qui joue en premier.

##### A. Le modèle canonique avec filtrage

Supposons que le défendeur dispose d'une information privée sur la probabilité de succès du plaignant au procès (Bebchuk, 1984) :  $p \in [\underline{p}, \bar{p}]$  sera le type du défendeur (il sait plus précisément dans quelle mesure sa responsabilité est engagée dans l'accident qui a conduit au préjudice de la victime, etc.). La distribution de  $p$ , supposée connaissance commune, sera représentée par la fonction de répartition  $F$ , avec une densité  $f > 0$  pour tout  $p \in [\underline{p}, \bar{p}]$ . Par ailleurs, on supposera que  $F$  est caractérisée par un ratio  $\frac{1-F}{f}$  (inverse

du taux de hasard) qui est décroissant, et tel que  $\left(\frac{1-F}{f}\right)_{\underline{p}} > \frac{C_p + C_d}{D} > \left(\frac{1-F}{f}\right)_{\bar{p}}$  ; ces restrictions nous évitent des digressions secondaires (ici) sur l'existence et l'unicité de l'équilibre. Le montant du dommage  $D$  accordé par le tribunal est aussi de connaissance commune.

Le règlement du litige sur la responsabilité du défendeur se déroule alors en deux étapes principales, après que la Nature ait choisi le type du défendeur  $p$ , et que le plaignant ait déposé un recours : 1) en première étape, le plaignant fait au défendeur une proposition (demande) du type « à prendre ou à laisser », notée  $S$ , en vue d'un règlement amiable du litige. 2) En deuxième étape, le défendeur choisit selon son type d'accepter la demande (alors, le litige est résolu : implicitement, le juge se cantonne à enregistrer l'accord) ou de la refuser (auquel cas, il y a un procès).

Notons  $d = D + \beta C_p + \alpha C_d$ , l'enjeu incertain du jugement, qui résulte à la fois du dommage accordé par le tribunal et de la réallocation d'une partie des coûts du procès entre les parties ; notons aussi  $K_p = C_p + \alpha C_d$  et  $K_d = (1 - \alpha)C_d$ , tel que  $K_p + K_d = C_p + C_d$ . Le bénéfice espéré du plaignant (face à un défendeur de type  $p$ ) et le coût anticipé du défendeur au procès peuvent alors s'écrire sous la forme suivante :

$$u_p(p) = pd - K_p ; u_d(p) = pd + K_d$$

On suppose que  $\underline{p}d - K_p > 0$  : la menace de poursuite est crédible même si le plaignant fait face au défendeur qui a le plus de chance de remporter le procès.

On résout alors à rebours : en deuxième étape, un défendeur de type  $p$  acceptera toute demande  $S \leq pd + K_d$ . Appelons « défendeur marginal »  $p(S) \in [\underline{p}, \bar{p}]$  le type qui est indifférent entre le procès et l'accord amiable, soit :  $S = p(S)d + K_d \Rightarrow p(S) = \frac{S - K_d}{d}$ . La demande  $S$  va donc séparer la population des défendeurs en deux groupes : ceux qui vont accepter l'accord amiable, *i.e.*  $p \geq p(S)$ , et ceux qui vont préférer le procès, *i.e.*  $p < p(S)$ .

En première étape, le plaignant sait donc que pour toute demande  $S$ , il a une probabilité  $1 - F(p(S))$  de conclure un accord amiable et recevra (de façon certaine)  $S$  ; mais il a aussi une probabilité  $F(p(S))$  d'aller au procès, auquel cas il recevra un paiement

égal à l'espérance conditionnelle de gain  $\mu d - K_p$ , où  $\mu = \frac{1}{F(p(S))} \int_{\underline{p}}^{p(S)} pf(p)dp$  est

sa probabilité moyenne de gagner le procès conditionnellement aux types de défendeurs qui ont rejeté sa demande. La meilleure demande d'arrangement qu'il peut formuler est donc celle qui maximise son gain moyen :  $G(S) = (1 - F(p(S)))S + F(p(S))(\mu d + K_p)$ , qui s'écrit explicitement comme :

$$G(S) = (1 - F(p(S)))S + d \int_{\underline{p}}^{p(S)} f(p)dp - F(p(S))K_p$$



avec  $p(S) = \frac{S - K_d}{d}$ . On obtient alors le résultat suivant pour  $p^* \in ]\underline{p}, \bar{p}[$  et  $S^* \in ]\underline{p}d + K_d, \bar{p}d + K_d[$  (Bebchuck, 1984) <sup>4</sup> :

### Proposition 5

La demande amiable et le type marginal du défendeur sont définis respectivement par :

$$S^* = p^*d + K_d \quad (6)$$

$$\left( \frac{1-F}{f} \right)_{|p^*} = \frac{C_p + C_d}{d} \quad (7)$$

Au procès, le plaignant est confronté aux types de défendeurs contre qui il a les chances les plus faibles de gagner :  $[\underline{p}, p^*]$ , et la fréquence de procès est égale à  $P(p \leq p^*) = F(p^*)$ .

En dérivant la fonction de gain du plaignant, on obtient :

$$G'(S) = (1 - F(p(S)) - f(p(S)) \frac{C_p + C_d}{d}$$

Le premier terme est le bénéfice marginal de l'augmentation de  $S$  ; le second terme représente son coût marginal : lorsque le plaignant augmente sa demande, la fréquence des procès augmente de  $\frac{d}{dS} F(p(S)) = f(p(S)) \times \frac{1}{d}$ , mais en renonçant à un arrangement avec le défendeur marginal, le plaignant perd le bénéfice des gains de la négociation  $C_p + C_d$ . La condition (7) exprime alors simplement que la demande d'équilibre donne un bénéfice marginal juste égal à son coût marginal. La condition (6) montre que cette demande s'établit au niveau du consentement à payer du défendeur marginal.

Les conditions (6) et (7) caractérisent un équilibre semi-séparateur. La demande du plaignant est acceptée par tous les défendeurs dont le type est suffisamment fort ( $p \geq p^*$ ). Puisqu'ils sont confondus avec le type marginal, leur information privée n'est pas révélée, et ils bénéficient donc d'une rente informationnelle : ils obtiennent tous de payer la compensation  $S^*$  correspondant à la disponibilité à payer du défendeur marginal  $u_d(p^*)$  qui est inférieure à la leur. À l'équilibre, une partie de l'information privée reste donc cachée. Seule l'information privée des défendeurs qui vont au procès ( $p < p^*$ ) est révélée à l'équilibre. Remarquons que la distribution d'équilibre des litiges allant au procès est du même

4. Plus précisément, la solution  $(S^*, p^*)$  correspond à l'équilibre bayésien parfait du jeu de négociation avec défendeur informé : cet équilibre est caractérisé par un ensemble de stratégies pour chaque type de joueur (la demande amiable du plaignant, la décision d'accepter ou de refuser cette demande pour le défendeur en fonction de son type) et un ensemble de croyances formées par le plaignant, qui permettent de supporter ces stratégies à l'équilibre.

La condition de second ordre implique :

$$G''(p^*) = \left( \frac{1-F}{f} \right)'_{|p^*} \left( 1 - \frac{C_p + C_d}{d} \right) < 0$$

Par hypothèse, on a :  $C_p + C_d < D$  ; comme  $d = D + \beta C_p + \alpha C_d$ , on a donc que  $\frac{C_p + C_d}{d} < 1$ . Par ailleurs,

$\left( \frac{1-F}{f} \right)' < 0$ . La condition de concavité de  $G$  est donc toujours vérifiée.

type que la distribution de la population initiale : si celle-ci est uniforme, celle-là le sera aussi puisqu'elle est obtenue en tronquant la première au-delà d'un type marginal.

## B. Quel taux de succès pour le plaignant au procès ?

Dans cette interprétation, les cas qui se retrouvent devant le juge ne sont donc pas (non plus) représentatifs de l'ensemble des litiges : la distribution des cas soumis au tribunal est obtenue en tronquant la distribution initiale, pour la restreindre aux défendeurs qui ont les meilleures chances de gagner le procès, *i.e.*  $[p, p^*]$ . La sélection des cas vers le procès est d'une certaine façon en défaveur du plaignant : ici la compensation espérée en cas de procès est faible, puisqu'il fera face aux types de défendeurs qui ont la probabilité la plus faible de perdre. Toutefois, Shavell (1996) montre qu'il est impossible de prédire quelle est la proportion de litiges remportés par le plaignant au procès : celle-ci peut prendre n'importe quelle valeur.

Admettons pour simplifier que la distribution des types suit une loi uniforme sur  $[p, \bar{p}]$  ; on a alors  $f(p) = \frac{1}{\bar{p} - p}$  et  $F(p) = \frac{p - p}{\bar{p} - p}$  de telle sorte qu'en résolvant (7), on obtient l'expression du type marginal (implicitement avec les restrictions nécessaires pour que  $p^* > 0$ ) :  $p^* = \bar{p} - \left( \frac{C_p + C_d}{d} \right) (\bar{p} - p)$ .

À l'équilibre, le taux de succès au procès du plaignant correspond à la probabilité moyenne de gagner le procès conditionnellement aux types de défendeurs ayant rejeté sa demande, soit :  $\mu^* = \frac{1}{F(p^*)} \int_p^{p^*} pf(p)dp$  ; la distribution des types au procès suivant elle-même une loi uniforme sur  $[p, p^*]$ , on a donc directement  $\mu^* = \frac{p^* + p}{2}$  ; par construction  $\mu^* < 1$ , et peut prendre en fait n'importe quelle valeur entre 0 et 1.

Une limite importante de cette analyse semble être que les deux parties sont supposées ne négocier que pendant deux périodes. En fait, Spier (1992) a montré qu'en présence d'une asymétrie d'information, si les parties négocient pendant  $T$  périodes avant le procès (comme en 4.3.1 B) avec un coût fixe à chaque fois qu'un arrangement amiable est proposé, alors il y aura une probabilité positive qu'un accord amiable soit conclu à chaque étape de la négociation. Par ailleurs, lorsque les coûts du procès sont largement supérieurs à ceux de la négociation, la structure des cas se concluant par un accord aura une forme en U : une grande partie des litiges seront résolus à l'amiable soit dès le début ( $t = 1$ ), soit à l'étape ultime de la négociation « sur les marches du palais » (effet *dead-line*). La conséquence intéressante de ce résultat est que l'hypothèse d'une négociation du type « à prendre ou à laisser » est finalement moins restrictive qu'il ne semble *a priori*.

On peut aussi justifier de façon plus factuelle pourquoi un cadre d'analyse avec une négociation comportant un nombre limité d'étapes est plus adapté qu'un cadre à la Rubinstein avec une infinité de périodes (voir Daughety et Reinganum, 1994) : il est coûteux en pratique de faire une proposition, ou de réagir à une proposition formulée par

l'autre partie. La date d'un procès étant fixée à l'avance, il est également coûteux de demander une modification de cette date (voir Spier, 1992) pour une analyse avec date de procès endogène). Il est donc justifié de focaliser l'analyse sur les deux dernières étapes de la négociation, comme dans le modèle d'ultimatum, plutôt que de considérer un modèle de négociation en horizon infini : les parties vont volontairement se restreindre à un nombre limité de propositions. Swanson et Mason (1998) observent à ce propos qu'en pratique, les parties se cantonnent à formuler une proposition unique avant le procès dans la majorité des cas de litiges.

### C. Le modèle canonique avec signal

Dans l'approche à la Bebchuck, on considère que la décision du défendeur de rejeter/accepter la demande amiable ne révèle aucune information sur son type au plaignant. Pour étudier le rôle de signal de la compensation, conservons l'ensemble des hypothèses précédentes, mais inversons l'ordre du jeu (Reinganum et Wilde, 1986) : en première étape, le défendeur (partie informée) fait une offre « à prendre ou à laisser » au plaignant (partie non informée) ; en deuxième étape, le plaignant l'utilise pour inférer le type du défendeur, et décide alors de l'accepter (le litige est alors résolu) ou de la refuser (il y a alors un procès) ; on suppose toujours  $pd - K_p > 0$ .

On résout à nouveau à rebours : en deuxième étape, le plaignant est confronté à une offre  $s$ , et forme une croyance  $\varphi(s) \equiv E(p|s)$  sur le type du défendeur (avec une restriction naturelle :  $\varphi(s) \in [\underline{p}, \bar{p}]$ ). Si  $s \geq \varphi(s)d - K_p$ , il l'accepte ; sinon il refuse et va au procès où il obtient, compte tenu de sa croyance,  $\varphi(s)d - K_p$ . Notons  $\eta \in ]0, 1[$  la probabilité avec laquelle il accepte l'offre du défendeur : elle est obtenue en maximisant le gain espéré du litige  $G(s) = \eta s + (1 - \eta)(\varphi(s)d - K_p)$ .

En première étape, un défendeur de type  $p$  sait qu'il y a une probabilité  $\rho(s)$  que  $s$  soit acceptée ; si elle est refusée, il supportera un coût espéré égal à  $pd + K_d$  au procès. La meilleure proposition qu'il peut alors formuler est obtenue en maximisant le coût *ex ante*  $L(s) = \rho(s)s + (1 - \rho(s))(pd + K_d)$ . Sous certaines restrictions (voir Reinganum et Wilde, 1986), il existe un unique équilibre séparateur (*i.e.* révélateur) qui peut être caractérisé de la façon suivante <sup>5</sup> :

5. Reinganum et Wilde (1986) analysent le cas où le plaignant a une information privée sur  $D$  : ici, nous faisons porter l'asymétrie d'information sur  $p$  de façon à rendre la comparaison plus aisée entre les approches en termes de signal et de filtrage. De façon plus précise, Reinganum et Wilde montrent que les deux fonctions  $S^*(p)$  et  $\rho^*(p)$  constituent un équilibre séquentiel du jeu de négociation avec plaignant informé. Les jeux de signal conduisant de façon « naturelle » à une multiplicité d'équilibres (croyances « autoréalisatrices »), ils montrent qu'avec un critère de raffinement de l'équilibre séquentiel (éliminant les équilibres mélangeant), les stratégies décrites à la proposition 6 constituent l'unique équilibre séparateur du jeu. Plus généralement, il existe plusieurs types de modèles stratégiques, qui se distinguent selon que l'asymétrie d'information est *unilatérale* (Bebchuk, 1984 ; Reinganum et Wilde, 1987), ou *bilatérale* (Daughety et Reinganum, 1994 ; Chopard, Cortade et Langlais, 2009 ; Schweizer, 1999), ou selon que l'information privée porte sur la probabilité de succès du plaignant au procès (Bebchuk, 1984), le montant du préjudice accordé par le juge (Reinganum et Wilde, 1987), les préférences des parties (Farmer et Pecorino, 1994 ; Langlais, 2008a, b) ou bien le montant des dépenses judiciaires engagées (Chopard, Cortade et Langlais, 2009).

**Proposition 6**

L'offre amiable et la probabilité de procès, en fonction du type du défendeur, sont définies pour tout  $p \in [\underline{p}, \bar{p}]$  par :

$$s^*(p) = pd - K_p \quad (8)$$

$$1 - \hat{\rho}(p) = 1 - \exp \left\{ -(\bar{p} - p) \left( \frac{d}{C_p + C_d} \right) \right\} \quad (9)$$

Les défendeurs ayant les types les plus faibles ont une probabilité d'être au procès plus grande que les types les plus élevés.

Compte tenu de l'offre amiable, la croyance optimale du plaignant sur le type du défendeur  $\eta^* > 0$  vérifie (en utilisant  $\frac{\partial G}{\partial \eta} = 0$  pour une solution intérieure) :

$$s = \varphi(s)d - K_p \Rightarrow \varphi(s) = \frac{s + K_p}{d}$$

Par ailleurs, on peut montrer en utilisant la condition de premier ordre ( $\frac{\partial L}{\partial \rho} = 0$ ) que la meilleure offre du défendeur conduit à l'équation dynamique :  $(s - u_d(p))\rho' + \rho = 0$ .

Les croyances étant exactes à l'équilibre, on a  $\varphi(s) = p$ , d'où  $s^*(p) = pd - K_p$ , qui est une fonction croissante de  $p$ , pour tout  $p \in [\underline{p}, \bar{p}]$ . On peut alors réexprimer l'équation dynamique décrivant les croyances à l'équilibre du défendeur sous la forme :  $(C_p + C_d)\rho' - \rho = 0$ . La solution de cette équation différentielle est une fonction exponentielle :  $\rho(s) = K \exp \left\{ \frac{s}{C_p + C_d} \right\}$ . En utilisant comme conditions initiales que  $\rho(\bar{p}) = 0$  (seule l'offre la plus forte n'est jamais rejetée) et que  $\bar{s} = \bar{p}d - K_p$  (pas de distorsion en haut de la distribution ; voir Macho-Stadler et Pérez-Castrillo, 1997), on détermine l'expression de la constante  $K = \exp \left\{ -\frac{\bar{s}}{C_p + C_d} \right\}$  ; on en déduit alors que la probabilité d'un accord amiable est donnée par :  $\rho^*(s) = \exp \left\{ -\left( \frac{\bar{s} - s}{C_p + C_d} \right) \right\}$ , qui est une fonction croissante de  $s$  (avec là aussi la condition d'équilibre  $\eta^* = \rho^*(s)$ ) pour tout  $s \in [\underline{p}d - K_p, \bar{p}d - K_p]$ .

On peut finalement exprimer cette probabilité en fonction du type du défendeur en notant que  $\bar{s} - s = (\bar{p} - p)d$ , soit pour tout  $p \in [\underline{p}, \bar{p}]$  :

$$\hat{\rho}(p) = \exp \left\{ -(\bar{p} - p) \left( \frac{d}{C_p + C_d} \right) \right\}$$

qui est une fonction croissante de  $p$ . La probabilité de procès (9) s'en déduit : on vérifie qu'elle correspond à une fonction décroissante de  $p$ .

Le modèle de signal présente ainsi quelques singularités par rapport au modèle de filtrage. La compensation négociée à l'amiable est cette fois fixée au niveau du consente-

ment à recevoir du plaignant : ceci reflète la propriété usuelle d'un équilibre en stratégies mixtes : la probabilité  $\rho^*(s) = \eta^*$  est choisie de telle sorte que le plaignant soit indifférent entre aller au procès ou régler le litige à l'amiable (condition (8)). Ensuite, il y a révélation complète de l'information privée à l'équilibre : le défendeur fait une offre qui révèle sa vraie probabilité de gagner le procès. Par ailleurs, la distribution finale des cas au procès découle de la probabilité de rejet de l'offre qui est décroissante avec  $p$  : même si la distribution initiale est uniforme, la distribution finale est de type exponentiel. Enfin, tous les cas de litiges (hormis celui impliquant le type le plus élevé de défendeur  $\bar{p}$ , qui a le moins de chances de gagner le procès) ont une probabilité positive de se retrouver au procès, puisque le plaignant randomise sa décision entre accepter et rejeter.

Néanmoins, le modèle avec signal rejoint la conclusion du modèle avec filtrage sur un point important : lorsque le défendeur a une information privée sur  $p$ , les litiges qui sont résolus par le juge sont associés à une compensation espérée plus faible que ceux qui sont résolus par négociation.

## 4.5 LA RÉGULATION ÉCONOMIQUE DE L'ACCÈS À LA JUSTICE

Nous comparons tout d'abord ici l'apport des différentes approches. Nous montrons que l'analyse de statique comparative du modèle optimiste et du modèle stratégique donne des résultats qualitativement proches. Toutefois, nous montrons ensuite qu'elles sont difficilement conciliables lorsqu'on aborde la question de la régulation de l'accès à la justice. Nous discutons alors deux questions : est-il préférable d'accroître les dommages payés aux victimes plutôt que d'augmenter la part des coûts judiciaires supportée par les défendeurs ? Dans quelle mesure est-il justifié que le plaignant reçoive intégralement le dommage payé par le défendeur ?

### 4.5.1 Le choix d'une règle d'allocation des coûts

Dans les différents modèles présentés ci-dessus, l'impact du choix d'une règle d'allocation des coûts découle de l'analyse de statique comparative. Or, dans le modèle optimiste comme dans les deux modèles avec asymétrie d'information, la statique comparative du taux de procès dépend de l'évolution du ratio  $\frac{C_p + C_d}{d} = \frac{C_p + C_d}{D + \beta C_p + \alpha C_d}$ .

#### A. Approche optimiste

La pertinence de l'étude de statique comparative est limitée dans le modèle optimiste en raison de la discontinuité de la solution : soit la condition (5) est vraie et il y a procès ; soit elle ne l'est pas et il y a arrangement amiable entre les parties. Supposons toutefois qu'é-

tant donné l'ensemble des litiges, la distribution des écarts  $p^p - p^d$  est uniforme et notons  $\epsilon = \frac{C_p + C_d}{D + \beta C_p + \alpha C_d}$ . Tous les litiges vérifiant  $p^p - p^d > \epsilon$  vont au procès, pendant que tous ceux qui vérifient  $p^p - p^d \leq \epsilon$  concluent un arrangement à l'amiable. Par conséquent, lorsque le ratio  $\frac{C_p + C_d}{D + \beta C_p + \alpha C_d}$  augmente (respectivement, diminue), le cas  $\epsilon$  augmente (diminue) aussi et le nombre de procès diminue (augmente).

L'effet de la règle américaine, anglaise ou française sur la fréquence des procès est donc facile à identifier puisque :

$$\frac{C_p + C_d}{D} > \frac{C_p + C_d}{D + \beta C_p + \alpha C_d} > \frac{C_p + C_d}{D + C_p + C_d} \quad (10)$$

Ceci implique alors que le terme à droite de (5) sous la règle anglaise (cas où  $\alpha = 1 = \beta$ ) est inférieur à celui obtenu sous la règle américaine (cas où  $\alpha = 0 = \beta$ ) : la règle anglaise induit donc plus de procès que la règle américaine. La règle française (cas où  $\alpha > 0$  et  $\beta > 0$ ) aura un effet intermédiaire.

## B. Approche stratégique

Pour le modèle de filtrage, on voit que le terme de gauche dans la condition (7),  $\frac{1-F}{f}$ , est par hypothèse décroissant en  $p$ , alors que le terme de droite ne dépend pas de  $p$ . Ceci implique alors que si  $\frac{C_p + C_d}{d}$  augmente (hausse de  $C_p$ ,  $C_d$ , ou baisse de  $D$ ) alors le type marginal  $p^*$  décroît et la fréquence des procès  $F(p^*)$  diminue<sup>6</sup>.

Pour le modèle de signal, l'effet est aussi aisé à étudier. La probabilité de procès donnée par (9) dépend à nouveau du ratio  $\frac{C_p + C_d}{d}$ . Si  $\frac{C_p + C_d}{d}$  augmente, alors  $\exp \left\{ -(\bar{p} - p) \left( \frac{d}{C_p + C_d} \right) \right\}$  augmente ; par conséquent la probabilité de procès  $1 - \rho^*(s)$  diminue.

Finalement, dans les deux modèles stratégiques, ceci entraîne que :

### Proposition 7

Lorsque l'information privée porte sur  $p$ , la règle américaine induit moins de procès que la règle anglaise, et la règle française a un effet intermédiaire.

6. L'impact d'un changement de paramètre sur la compensation amiable (condition (6)) dépend en revanche de deux effets : l'effet direct (toutes choses égales par ailleurs) du paramètre sur  $S^*$ , auquel s'ajoute un effet indirect (induit) qui résulte de la modification du type marginal  $p^*$ . On peut alors vérifier qu'une hausse de  $D$  va entraîner une augmentation de  $S^*$  (effets directs et induit positif). En revanche, l'impact des coûts sur  $S^*$  va dépendre fortement de la règle de réallocation des coûts du procès qui est appliquée. Ceci se retrouve dans les autres modèles stratégiques. Nous laissons cette question de côté.

L'intuition de ce résultat peut s'expliquer ainsi. Par exemple dans le modèle de filtrage, la valeur de l'enjeu au procès  $d$  dépend de la règle d'allocation qui est choisie :  $d$  est le plus élevé sous la règle anglaise, et le plus faible sous la règle américaine. Par ailleurs, l'efficacité de la demande d'arrangement, *i.e.* sa capacité à séparer deux types de défendeurs donnés, est mesurée par son impact sur la probabilité de procès :  $\frac{d}{dS} F(p(S)) = f(p(S)) \times \frac{1}{d}$  : elle est donc plus faible sous la règle anglaise que sous la règle américaine – en d'autres termes, plus l'enjeu au procès est important, plus le problème d'antisélection est sévère (plus il est difficile de séparer deux types de défendeurs en augmentant la compensation amiable demandée). Au total, la règle anglaise induit donc plus de procès que la règle américaine.

#### 4.5.2 Réconcilier les approches naïve et stratégique ?

La similitude des prédictions en statique comparative suggère une grande proximité entre le modèle optimiste et le modèle stratégique. Néanmoins, les deux approches restent difficilement conciliables : d'une part, leurs implications empiriques sont distinctes, nous y revenons en section 4.7 ; d'autre part, elles conduisent à des préconisations en matière de régulation de l'accès à la justice qui sont difficilement conciliables.

Dans l'interprétation optimiste, les parties qui ont des prédictions exogènes sur le résultat du procès, choisissent toujours une solution qui est socialement efficace pour résoudre leur litige : celle pour laquelle le surplus collectif est maximum. Dans ces conditions, un changement de l'environnement économique aura un effet sur le partage des litiges entre procès et négociation favorable à la réduction du coût social des accidents – mais il n'y aura aucun impact informationnel (ni réajustement des croyances individuelles, ni actualisation de l'information).

À l'opposé, l'approche stratégique prédit que tous les litiges qui vont au procès obligent les parties concernées à supporter des coûts de transaction mais en permettant la révélation *ex post* de leur information privée. À l'inverse, la négociation économise les coûts de transaction mais permet à la partie informée de ne pas révéler *ex post* son information (et de bénéficier d'une rente informationnelle).

Cet effet informationnel introduit alors des distorsions dans le coût social des accidents ainsi que dans les incitations à la prévention des accidents. Considérons par exemple, le cas où le plaignant a une information privée sur la valeur de son préjudice : les victimes dont le préjudice est inférieur au préjudice marginal, vont recevoir une compensation excessive par rapport à ce qui serait socialement souhaitable. *Ex ante* ceci va induire un excès de précaution de la part des offenseurs potentiels : l'économie réalisée sur les coûts du procès peut alors être compensée par un accroissement du coût social de la prévention, et le coût social des accidents pourrait finalement augmenter. Inversement, les défendeurs qui possèdent une information privée sur leur responsabilité et anticipent qu'ils pourront verser aux victimes une compensation espérée inférieure à celle qui serait socialement efficace, auront moins d'incitation à investir dans la prévention. La fréquence des accidents

augmentant, le nombre de litiges augmentera, et le coût social des accidents pourrait là aussi augmenter en fait.

Par conséquent, en présence d'une asymétrie d'information, la négociation entre les parties a un effet ambigu. Elle permet une diminution du coût des litiges pour les parties qui parviennent à un accord amiable (mettant aussi un frein aux comportements de *rent seeking*), mais elle produit en même temps une externalité informationnelle négative en permettant la non-divulgence de l'information privée.

A contrario, un procès entraîne des coûts de transaction mais produit toujours une ou plusieurs externalités informationnelles positives : la valeur sociale d'un litige particulier est supérieure à la somme des valeurs privées des parties directement impliquées : le verdict rendu transmet une information aux offenseurs et aux victimes potentiels, à propos des comportements nuisibles, dangereux, etc. Par définition, la négociation entre deux parties ne peut produire que de la valeur privée et confidentielle. Par construction, l'approche optimiste ne permet pas de capter ces effets informationnels.

Ceci explique que, pour l'essentiel, l'analyse de la régulation de l'accès à la justice a été développée dans le cadre des modèles stratégiques dont l'interprétation converge sur ce point crucial. Nous nous appuyerons maintenant sur ceux-ci pour examiner les points suivants.

### 4.5.3 La substitution dommages/coûts

L'existence d'externalités informationnelles est un argument traditionnel en faveur de la régulation d'une activité. Toutefois, une intervention fondée sur un seul instrument (les dommages ou les coûts) n'élimine pas les effets pervers décrits ci-dessus, puisqu'elle affecte de façon contraire le comportement de chacune des parties. Dans ces conditions, il peut être socialement plus efficace d'utiliser de façon conjointe deux instruments : par exemple, on peut accroître le montant des dommages accordés au plaignant et réduire la part des dépenses juridiques du plaignant qui est supportée par le défendeur. Ces différentes questions ont fait l'objet de nombreux débats, particulièrement à l'occasion de réformes des procédures judiciaires entreprises aux États-Unis par exemple<sup>7</sup>.

Considérons un litige où le plaignant a une information privée sur ses dépenses en cas de procès, notées  $C \in [0, \bar{C}]$ . Sa distribution est représentée par la fonction de répartition  $H(C)$  ( $h > 0$  étant la densité) qui est de connaissance commune. La probabilité  $p$ , le montant de la compensation accordée par le tribunal  $\sigma D$  (où  $\sigma > 1$  est un multiplicateur de dommage), et la règle d'allocation des coûts (on considérera la règle dite « pro-plaignant » :  $\alpha = 0$  et  $\beta > 0$  ; Shavell, 1982) sont aussi de connaissance commune. Le bénéfice espéré au procès du plaignant est donc égal à  $p\sigma D - (1 - p\beta)C$ .

De façon à nous concentrer sur l'argument essentiel, nous ignorerons ici les possibilités de négociation avant procès. On montre que (Kaplow, 1993) :

7. Voir par exemple : Baye, Kovenock et de Vries (2005), Choi et Sanchirico (2004), Chen et Wang (2006), Farmer et Pecorino (1999), Katz (1987), Landeo et Nikitin (2005), Plott (1987), Polinsky et Che (1991).



**Proposition 8**

Si un multiplicateur de dommages est appliqué en échange d'une réduction du transfert d'une partie des coûts du plaignant vers le défendeur, il est possible d'inciter les offensifs à faire des efforts de prévention tout en dissuadant les plaignants de s'engager dans des recours judiciaires coûteux. On obtient alors une baisse à la fois du coût total des accidents et du coût social des litiges.

Le plaignant décide de poursuivre ou pas son offensif en fonction de son type  $C$  : si son gain anticipé au procès est tel que :  $p\sigma D - (1 - p\beta)C > 0$ , alors il initiera une action ; mais si  $C \geq \widehat{C} \equiv \frac{p\sigma D}{1 - p\beta}$ , il renoncera. Considérons la règle de responsabilité stricte (voir chapitre 2). En notant  $\bar{C} = \frac{1}{H(\widehat{C})} \int_0^{\widehat{C}} Ch(C)dC$ , le coût anticipé du procès pour le défendeur est donné par :  $u_d(\bar{C}) = p(\sigma D + \beta\bar{C}) + C_d$ , ce qui peut encore s'écrire :

$$u_d(\bar{C}) = \frac{p}{H(\widehat{C})} \int_0^{\widehat{C}} (\sigma D + \beta C) dH(C) + C_d \quad (11)$$

Le coût social espéré du litige est quant à lui défini comme la somme des coûts du procès conditionnellement aux types de plaignants qui vont effectivement au procès, soit :

$$W = \bar{C} + C_d \quad (12)$$

On vérifie que pour maintenir constant le seuil  $\widehat{C}$ , il est nécessaire de réduire  $\beta$  et d'augmenter  $\sigma$  tel que :  $\left(\frac{d\sigma}{d\beta}\right)_{\widehat{C}} = -\frac{p\sigma}{1 - p\beta} = -\frac{\widehat{C}}{D}$  ; le coût social (12) reste alors constant (si  $\widehat{C}$  est constant alors  $\bar{C}$  est constant), et l'effet sur le coût total anticipé du défendeur s'écrit :

$$\left(\frac{\partial u_d}{\partial \beta}\right)_{\widehat{C}} = \frac{p}{H(\widehat{C})} \int_0^{\widehat{C}} \left(D \left(\frac{d\sigma}{d\beta}\right)_{\widehat{C}} + C\right) dH(C)$$

avec  $\left(D \left(\frac{d\sigma}{d\beta}\right)_{\widehat{C}} + C\right) = -\frac{1}{1 - p\beta} (\sigma p D - (1 - p\beta)C)$ . Or, pour tout  $C \geq \widehat{C}$ , on a  $p\sigma D - (1 - p\beta)C \geq 0$  puisque c'est le gain espéré d'un plaignant au procès (il est nul en  $\widehat{C}$ , et positif ailleurs). On obtient donc  $\left(\frac{\partial u_d}{\partial \beta}\right)_{\widehat{C}} < 0$ .

Ceci signifie qu'accroître les dommages payés par le défendeur tout en réduisant le transfert des coûts juridiques entre le plaignant et le défendeur au cas où ce dernier perd le procès, laisse le coût social des litiges inchangé mais accroît le coût anticipé du défendeur. Ceci est socialement bénéfique car le défendeur est incité à augmenter ses efforts de prévention *ex ante*.

L'intuition de ce résultat est que les plaignants qui ont des dépenses légales élevées (caractéristique du plaignant ici) sont favorisés par le transfert de ces coûts au défendeur. Mais ceci incite alors un plus grand nombre de plaignants à aller au procès, et fait augmenter le coût de règlement des litiges : d'une part, parce qu'il y a plus de procès ; d'autre part, parce que les nouveaux plaignants ont des caractéristiques de coûts plus élevées que ceux qui auraient de toute façon entrepris un recours. Il est alors préférable du point de vue social de substituer au transfert des coûts une augmentation des dommages accordés en cas de victoire au plaignant (*via* un multiplicateur de dommages, ou des dommages punitifs) <sup>8</sup>.

#### 4.5.4 Le découplage de responsabilité

Une solution alternative est de déconnecter le montant des dommages payés par le défendeur, du montant effectivement perçu en compensation par le plaignant <sup>9</sup>.

Considérons à nouveau que le plaignant a une information privée sur ses dépenses en cas de procès, notées  $C \in [0, \bar{C}]$ , distribuée selon  $H$  et  $h > 0$  qui sont de connaissance commune. Nous laissons de côté la négociation avant procès, et introduisons la règle de coût américaine (sans perte de généralité). Considérons que le dommage *espéré* reçu par le plaignant en cas de procès gagné est  $\Delta$ . Un plaignant ne poursuivra l'offenseur que si son type vérifie  $\Delta > C$ . Le plaignant marginal est donc défini par  $\hat{C} = \Delta$ , et la probabilité de procès  $H(\Delta)$ .

Considérons toujours la règle de responsabilité stricte. Nous admettrons que le coût de la prévention est simplement égal à  $x$ . *Ex ante*, le niveau de prévention optimale  $x^*$  choisi par l'offenseur est celui qui minimise son coût en cas d'accident :

$$p(x)H(\Delta)(D + C_d) + x \quad (13)$$

où  $D$  est le dommage qu'il doit verser (à l'État) s'il perd le procès ; on supposera de façon habituelle (voir chapitre 2) que  $p' < 0$  et  $p'' > 0$ . On supposera également que le défendeur est soumis à une contrainte financière telle que  $D \leq \bar{D}$ .

Le coût social *ex ante* de l'accident (incluant le coût du procès) est alors défini par :

$$p(x) \left( \ell + \int_0^{\Delta} C dH(C) + H(\Delta)C_d \right) + x \quad (14)$$

en notant  $\ell > 0$  le préjudice subi par le plaignant en cas d'accident. Les niveaux socialement efficaces de  $\Delta$  et  $D$  sont obtenus en maximisant (14) sous la contrainte de l'effort

8. Remarquons que l'on peut aussi maintenir constant le niveau de dissuasion du défendeur en diminuant  $\sigma$  et en augmentant  $\beta$  ; dans ce cas, on peut montrer que la baisse de la compensation doit être supérieure à  $\frac{d\sigma}{d\beta} = -\frac{p\sigma}{1-p\beta}$ . Ceci induit un seuil de dissuasion des plaignants inférieur à  $\hat{C}$ , et le coût social des litiges diminue.

9. Dans un autre ordre d'idées, Polinsky et Rubinfeld (1993) proposent d'accorder des dommages punitifs aux plaignants qui gagnent leur procès, mais de sanctionner les plaignants qui le perdent : ceci maintient un niveau de dissuasion vis-à-vis du défendeur tout en réduisant la fréquence des procès.

réalisé par l'offenseur  $x^*$ , qui est croissant en  $\Delta$  (voir chapitre 2). On montre que (Polinsky et Che, 1993 ; Polinsky et Rubinfeld, 1988) :

**Proposition 9**

- i) Le dommage optimal payé par le défendeur doit être le plus élevé possible, i.e.  $D^* = \bar{D}$ .
- ii) La compensation optimale reçue au procès par le plaignant vérifie  $\Delta^* \rightarrow 0$  si  $\ell \rightarrow 0$ , et  $\Delta^* \rightarrow \bar{C}$  si  $\ell \rightarrow \infty$ .

Remarquons que ceci suggère de façon générale qu'on doit choisir  $\Delta^* \neq \ell$  : les dommages compensatoires (i.e. une compensation juste égale au préjudice subi) ne sont pas optimaux (Polinsky et Rubinfeld, 1988). De façon typique, le résultat de découplage de responsabilité à la Polinsky et Che reproduit la stratégie de dissuasion des activités criminelles à la Becker (voir chapitre 5).

Pour le mettre en évidence, supposons que  $D < \bar{D}$  et que la compensation reçue par le plaignant est fixée à  $\Delta$ . On peut vérifier qu'il existe un  $D' > D$  et un  $\Delta' < \Delta$  qui représentent le même coût au procès pour le défendeur :  $H(\Delta)(D + C_d) = H(\Delta')(D' + C_d)$ . D'après (13), ceci n'affecte pas la décision de prévention du défendeur ; et d'après (14), ceci permet de réduire le coût espéré du procès  $\int_0^\Delta C dH(C) + H(\Delta)C_d$ . Il n'est donc pas efficace de choisir  $D < \bar{D}$ .

Sachant que  $D^* = \bar{D}$ , et en notant  $x^* = x(\Delta)$ , la condition de premier ordre caractérisant  $\Delta^*$  s'écrit :

$$-p'(x^*)x'(\Delta^*) \left( \ell + \int_0^{\Delta^*} C dH(C) + H(\Delta^*)C_d \right) = p(x^*)h(\Delta^*)(\Delta^* + C_d) + x'(\Delta^*) \quad (15)$$

Le terme de gauche s'interprète comme le bénéfice marginal social procuré par un accroissement de  $\Delta$  : celui-ci résulte de l'accroissement de l'effort de prévention, qui permet une baisse de la probabilité d'accident ; cette dernière réduit alors le coût total de l'accident (terme entre parenthèses : préjudice plus coûts du procès). Le terme de droite est le coût marginal social de l'augmentation de  $\Delta$ , qui se décompose entre l'augmentation du coût privé de la prévention, et le coût additionnel supporté par le défendeur et le plaignant marginal au procès ; en effet, la fréquence des procès augmente avec  $\Delta$ . De façon usuelle, le niveau socialement efficace de  $\Delta$  est atteint lorsque ces deux termes sont égaux.

Si  $\ell \rightarrow 0$ , le coût de l'accident pour le défendeur comme le coût total d'un procès est d'autant plus faible que  $\Delta$  est faible. Le coût social est alors minimisé en faisant tendre  $\Delta^*$  vers 0 aussi. Les incitations à la prévention dans ce cas sont uniquement maintenues par  $D^* = \bar{D}$  – et dans ce cas, le dommage payé par le défendeur est supérieur à celui reçu par le plaignant. Inversement, si  $\ell \rightarrow \infty$ , il est socialement utile que le défendeur augmente (sans limite ici) ses efforts de prévention. Comme  $D^* = \bar{D}$  est le dommage maximum dont le défendeur peut s'acquitter, la seule façon d'obtenir qu'il réalise un effort important, est d'accroître la fréquence des procès en cas d'accident – le plaignant marginal va alors augmenter jusqu'à  $\bar{C}$ .

Plus généralement, la condition (15) donne la compensation optimale du plaignant  $\Delta^*$  comme une fonction  $\Delta(\ell, \bar{D})$  mais l'étude de statique comparative montre qu'il

n'existe pas de résultat clair sans restrictions supplémentaires – en particulier,  $\Delta$  n'est pas une fonction monotone de  $\ell$ .

Choi et Sanchirico (2004) proposent une analyse où en cas d'accident (malgré l'effort de prévention de l'offenseur), le plaignant supporte un coût fixe (information privée) d'accès aux services de justice. Les deux parties choisissent leurs dépenses de procès. Ils montrent alors qu'en général, le découplage à la Polinsky et Che n'est pas socialement efficace. La justification en est que les dépenses judiciaires du défendeur sont déterminées en fonction de la compensation qu'il devra verser en cas de procès, alors que celles du plaignant dépendent de la compensation qu'il recevra : toute manipulation de l'une et l'autre introduit donc des effets opposés sur les dépenses judiciaires des deux parties, qui se repercutent sur les incitations *ex ante* à la prévention du défendeur. En particulier, la réduction du dommage que le plaignant peut espérer recevoir en cas de victoire au procès, permet une diminution du nombre de procès. Il en résulte certes une baisse du coût social des litiges, mais simultanément, elle incite le défendeur à réduire ses efforts de prévention : donc, il y aura un plus grand nombre d'accidents. La solution peut alors passer par la limitation des dommages payés par le défendeur (et non pas de choisir le montant maximum possible) et à l'inverse l'augmentation de la compensation accordée au plaignant.

## 4.6 L'OFFRE ALTERNATIVE DE SERVICES DE JUSTICE

Les modes alternatifs de résolution des litiges (MARL) constituent un instrument, indirect, de régulation de la demande de justice. En proposant une offre différenciée de services de justice, l'objectif est de réduire les externalités de congestion qui apparaissent au niveau des tribunaux.

Leur développement a été initié dans les années 1970 en Amérique du Nord, puis en Europe et en France dans les années 1980. En France, l'article 21 du nouveau code de procédure civile stipule ainsi que le juge a toujours pour mission de favoriser la conciliation des intérêts des parties, en leur proposant des solutions amiables. Le règlement amiable peut aussi s'effectuer sans l'intervention préalable du juge ; mais celui-ci intervient pour entériner la convention conclue entre les parties : la procédure dite d'homologation (médiation, conciliation) ou d'*exequatur* (arbitrage) va lui donner la force de la chose jugée. On présente ici la médiation et l'arbitrage, et on discute leurs avantages respectifs.

### 4.6.1 Le choix d'un MARL

Shavell (1995a) met l'accent sur la distinction entre les accords amiables contraignants et les accords amiables non contraignants. Les premiers sont caractérisés par le fait que la proposition du tiers s'impose aux parties et met définitivement fin au conflit. Dans les seconds, au contraire, la proposition du tiers est sujette à l'acceptation des parties. Ainsi, l'arbitrage appartient à la première catégorie puisque l'arbitre tranche le litige de manière définitive ; la médiation et la conciliation sont dans la seconde. Ces deux procédures peuvent échouer et les parties auront de nouveau la possibilité de négocier ou d'aller au procès.

Trois points essentiels du recours aux MARL doivent ici être mis en avant. Tout d'abord, les MARL « se situent » après le dépôt de la plainte (présupposant un litige important, qu'un juge serait susceptible de trancher). Ensuite, les MARL se situent avant le procès : le résultat anticipé du procès, s'il avait lieu, influence le comportement des parties au cours d'un MARL. Enfin, une fois la plainte déposée, le plaignant est confronté à différentes options : le procès, les MARL non contraignants (médiation), la négociation, les MARL contraignants (arbitrage). Le choix du recours à l'un ou l'autre de ces modes de résolution du différend sera fondé sur l'évaluation, au niveau individuel, des coûts et des avantages de chaque procédure, mais est soumis à l'acceptation des deux parties. Celles-ci ne réussiront à s'accorder sur le choix d'un MARL que si un tel accord est supérieur au sens de Pareto à tout autre. Une procédure  $j$  est supérieure au sens de Pareto à une autre procédure  $j'$  si sa valeur espérée nette est supérieure à celle de  $j'$  :

$$V_j = u_{pj} - u_{dj} > u_{pj'} - u_{dj'} = V_{j'}$$

Il est possible aux parties d'établir ainsi un « classement » des procédures afin de déterminer celle qui est préférable aux yeux des parties – sachant que la négociation a une valeur espérée nette nulle (le plaignant reçoit ce que paie le défendeur, si les coûts de négociation sont supposés nuls).

Pour Shavell (1995b), le choix d'un MARL dépend de sa capacité à prédire le résultat du procès – un élément clé de l'analyse est donc l'information qu'ils fournissent aux deux parties. Si les MARL prédisent parfaitement le résultat du procès, ils seront choisis dès lors que leur valeur espérée est positive. S'il s'agit de MARL non contraignants, ils seront suivis d'un accord amiable si leur résultat est plutôt favorable au demandeur. Si leur résultat est plutôt défavorable au demandeur, alors celui-ci mettra fin aux poursuites.

Si les MARL n'ont aucune valeur prédictive quant au résultat du procès, les MARL non contraignants ne seront jamais utilisés : les rendre alors obligatoires n'aboutit qu'à accroître le coût de la résolution du conflit. Si la valeur espérée nette des MARL contraignants est positive, alors les parties y auront recours. Sinon, une négociation immédiate aura lieu. Chappe et Doriat-Duban (2003) appliquent cette grille d'analyse dans le cas des conflits individuels du travail en France.

## 4.6.2 Le rôle des tiers

Le choix de recourir à un MARL peut notamment s'expliquer par la crainte d'échouer dans la négociation. Les parties n'ont bien souvent aucune expérience de la négociation et peuvent appréhender d'affronter seules la partie adverse. Les MARL offrent alors une solution moins coûteuse que le procès. Le rôle des tiers est donc important dans le choix des MARL ; celui-ci est différent selon que l'on considère un MARL contraignant ou non contraignant. Nous considérons d'abord le rôle de l'arbitre, puis celui du médiateur.

### A. L'arbitre

L'arbitre est rémunéré pour chaque affaire traitée. Son utilité dépend donc du nombre d'arbitrages qu'il effectue. Bien qu'en situation de conflit, les parties établissent leur sélection

sur des critères communs (Bloom et Cavanagh, 1986) en fonction de la réputation d'un arbitre : disponibilité, connaissance du milieu et impartialité sont les caractéristiques recherchées. Dans ce contexte, l'arbitre est conduit à rendre des décisions qui maximisent sa probabilité d'être choisi ultérieurement : il cherche donc à s'approcher le plus possible des attentes des parties, avec le meilleur compromis entre ce qu'il pense être juste au regard des faits et les prétentions des parties (Bazerman et Farber, 1985 ; Chappe, 2000 ; Farber, 1981).

Le résultat de l'arbitrage est donc l'aboutissement d'interactions complexes entre les stratégies de propositions des parties et les faits qui sous-tendent le différend. Tous les arbitres se comportent ainsi, car aucun n'a intérêt à se démarquer. Ce constat permet à Ashenfelter (1987) de faire l'hypothèse d'arbitres statistiquement interchangeables. Chaque arbitre cherche à reproduire le comportement de ses pairs dans des circonstances similaires, puisque ceci signifie une moins grande incertitude attachée à la sentence arbitrale : la possibilité d'une décision isolée et inattendue est réduite. De ce fait, le coût du risque associé à une sentence d'arbitrage diminue.

## B. Le médiateur

L'intervention du médiateur a pour objectif d'aider au rapprochement des parties lorsque celles-ci n'y parviennent pas seules ou craignent de ne pas y parvenir seules, en faisant simplement des propositions afin d'aider à l'accord amiable. Le rôle du médiateur est donc avant tout d'éviter l'échec des négociations, qui peut être dû à des problèmes informationnels ou cognitifs (Mnookin, 2004).

Le rôle du médiateur sera alors de collecter et de distribuer l'information, notamment afin de s'assurer que les parties prennent bien conscience des gains mutuels de la médiation. Contrairement au juge qui est tenu par le principe du débat contradictoire, le médiateur est libre de diffuser ou de ne pas diffuser une information qu'il a obtenue. Il pourra garder confidentielle toute information n'allant pas dans le sens d'un rapprochement des parties. Par ailleurs, les informations révélées au médiateur ne peuvent être utilisées lors de l'éventuelle procédure judiciaire, en cas d'échec de la médiation : sinon, ceci priverait la médiation de tout sens.

Les obstacles cognitifs à la négociation tiennent au ressenti des individus quant à leur situation et aux propositions faites. L'attitude face au risque, l'aversion pour les pertes et les effets de présentation en sont les principaux responsables. À cela s'ajoute la tendance humaine à la réaction dévaluatoire face à une proposition émise par la partie adverse (Ross et Mnookin, 2004). Par le dialogue, le médiateur va chercher à limiter ces obstacles.

### 4.6.3 L'efficacité des MARL

L'efficacité des MARL est évaluée sur deux points : les incitations à une transaction amiable et les incitations à la prise de précautions. Les MARL peuvent aussi jouer un rôle important dans la transmission d'informations.

## A. Incitations à transiger

L'un des biais bien connu qui résulte de l'arbitrage est « l'effet glaciation » : les deux parties anticipant que la décision de l'arbitre dépend de leurs prétentions, le demandeur formule une proposition susceptible d'augmenter la sanction alors que le défendeur tente de convaincre l'arbitre de diminuer le montant des dommages. L'analyse de l'arbitrage en termes d'équilibre de Nash conduit à la conclusion que les prétentions des parties s'opposent totalement – à équidistance d'une sentence estimée juste. En ce sens, les économistes considèrent la procédure d'arbitrage comme inefficace. Cet effet de glaciation ne se produit pas devant le médiateur en raison de la possibilité de revenir devant le juge (Deffains, 2001).

La présence de l'effet 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 (voir par exemple, Zeng, Nakamura et Ibaraki, 1996).

Ceci s'est traduit aux États-Unis par une évolution des règles de l'arbitrage. Depuis de nombreuses années, la plupart des arbitrages sont effectués selon une procédure dite « entre offres finales ». Le choix de l'arbitre y est restreint aux seules propositions des parties, et l'arbitre n'est plus libre de sa sentence : il doit obligatoirement choisir l'une des exigences formulées par les parties. Cette restriction a pour objectif de contraindre les parties à faire un compromis et à émettre des propositions proches. L'analyse théorique de cette méthode montre qu'elle permet la convergence, non pas la similitude, des propositions (Farber, 1980).

## B. La prise de précautions

L'objectif premier des MARL est de réduire les coûts associés au règlement des litiges. Parmi ces coûts figurent les coûts liés à la prise de précaution. En effet, le but ultime du système judiciaire est d'inciter les parties à prendre les précautions nécessaires pour éviter tout conflit. Dans cette optique, l'analyse des MARL nécessite de distinguer les accords amiables *ex ante* (c'est-à-dire pris avant l'apparition du litige) des accords amiables *ex post* (pris après l'apparition du litige). Cette dichotomie se retrouve notamment dans l'arbitrage. Lorsque celui-ci est décidé une fois le litige survenu, les parties établissent un compromis d'arbitrage. Lorsque l'arbitrage est décidé dans l'éventualité d'un litige, les parties signent une clause compromissoire qui stipule le recours à l'arbitrage en cas de litige. L'intérêt des MARL *ex ante* est double. D'une part, ils renforcent les incitations à des comportements visant à réduire la probabilité d'occurrence d'un litige. Par essence, les MARL *ex post* n'influent pas sur ces comportements puisque leur recours est décidé après l'apparition du litige. D'autre part, les MARL *ex ante* permettent l'acquisition d'information (voir Chappe, 2002).

## 4.7 LES RÉSULTATS EMPIRIQUES

Kessler et Rubinfeld (2007) donnent une synthèse de travaux empiriques réalisés dans différents domaines du droit civil (notamment : contrats, accidents, droits de propriété). Ils concluent que les raisons expliquant les fluctuations à long terme du nombre de litiges et du nombre de jugements, sont relativement spécifiques à chacun de ces domaines. Eisenberg et Lanvers (2008) estiment qu'il n'y a aucune preuve robuste que, au niveau agrégé, la fréquence des arrangements amiables ait enregistré un changement significatif dans le long terme. Clermont et Eisenberg (2002) proposent une revue des travaux empiriques consacrés à chacune des six phases d'une procédure en civil (*forum shopping*, phase pré-jugement, négociation et accord amiable, procès, jugement et appel). De façon plus synthétique, les paragraphes suivants illustrent quelques résultats importants relatifs aux prédictions théoriques discutées précédemment.

### 4.7.1 La sélection des cas et la prédiction des 50 %

La grande majorité des études consacrées à l'hypothèse de sélection se concentrent essentiellement sur l'estimation de la fréquence des procès ou du taux de réussite du plaignant. En revanche, l'hypothèse d'anticipations rationnelles des parties (suggérée par Priest et Klein), ou la présence d'asymétries d'information sont beaucoup plus rarement testées.

Priest et Klein (1984) concluent en faveur de la prédiction d'un taux de réussite du plaignant proche de 50 %. À l'opposé, Hughes et Snyder (1995), Katz (1987), Wittman (1985) estiment qu'il est variable selon la nature du litige et le domaine du droit concerné, mais qu'il est proche de 20 %. Clermont et Eisenberg (2002), Eisenberg et Lanvers (2008) rejettent aussi la prédiction des 50 %. Waldfogel (1995) argumente que la prédiction des 50 % n'est qu'un résultat limite du modèle de Priest et Klein, supposant un faible nombre de procès, mais que lorsque celui-ci est important, le taux de succès du plaignant diverge dans un sens ou dans l'autre de la prédiction des 50 %, en fonction du standard et de l'incertitude qui affecte les parties. Waldfogel estime alors une relation entre la fréquence des procès et le taux de victoire des plaignants, selon le type de litiges (contrats, droits de propriété, accidents) et celui des juges/tribunaux. Il conclut que les résultats sont favorables au modèle optimiste.

La mesure empirique du taux de succès du plaignant pose néanmoins des problèmes méthodologiques qui n'ont été soulevés que plus récemment : la décision d'un tribunal peut donner intégralement satisfaction au plaignant, ou ne lui accorder qu'une partie de sa demande. Par exemple, certaines analyses réalisées en France sur les statistiques de litiges en droit du travail montrent qu'un tribunal des Prud'Hommes peut décider en faveur d'un salarié (plaignant) qui conteste le motif de son licenciement à titre principal, mais condamner l'employeur (défendeur) à verser des indemnités plus faibles que celles exigées par le salarié à titre accessoire. Le traitement des abandons de procédure ou des rejets pour non-recevabilité posent aussi des problèmes en raison du manque d'information sur leurs causes, car celles-ci ne sont pas spécifiées dans les documents administratifs (Serverin, 2000). Eisenberg et Lanvers (2008) s'interrogent sur ce que mesure le taux d'arrangements



amicales : est-ce une proxy du nombre de cas résolus sans décision finale d'un juge, ou une proxy du taux de succès des plaignants ? Ils argumentent en faveur de la deuxième interprétation pour les États-Unis, car le nombre de cas de litiges qui se concluent par un jugement est faible et décroît régulièrement, avec un taux de succès du plaignant qui est inférieur à 5 %. En outre, ils montrent que la fréquence de ces accords est très variable d'un État à l'autre (71,6 % pour la Pennsylvanie et 57,8 % pour la Géorgie en 2001-2002), mais aussi d'une catégorie de litige à l'autre (le plus élevé : 87,2 % pour les dommages accidentels ; le plus faible : 27,3 % pour les juridictions d'appel). L'utilisation d'un taux agrégé d'accords amiables est donc extrêmement fragile. En outre, bien qu'il existe peu d'éléments permettant d'établir des comparaisons internationales, Eisenberg et Lanvers (2008) estiment qu'il existe aussi une variabilité très importante d'un pays à l'autre.

### 4.7.2 Biais de sélection ou biais de jugement ?

Un autre type de littérature a cherché à expliquer les caractéristiques des cas jugés par les tribunaux en tenant compte de l'orientation pro-plaignant ou pro-défendeur des jugements. Eisenberg et Fairber (1997) réalisent une étude sur 200 000 cas de litiges devant des juridictions civiles américaines. Ils montrent que la sélection ne se fait pas de façon aléatoire : elle semble dépendre fortement des caractéristiques du plaignant, mais beaucoup moins de celles du défendeur. D'une part, ils trouvent que la fréquence des procès est plus élevée lorsque le plaignant est un individu que lorsqu'il s'agit d'une personne morale (entreprise ou institution). D'autre part, le taux de succès en cas de procès des individus est inférieur à celui des personnes morales, suggérant que les premiers présentent des cas qui sont en général moins robustes que les seconds.

L'utilisation des méthodes expérimentales a permis d'apporter un autre éclairage sur la question du biais de sélection des litiges et des chances de succès de chaque partie au procès. Babcock et Loewenstein (1997) montrent par exemple que, dans le contexte de litiges devant une juridiction civile, les individus participant à l'expérience sont sujets à une forme de biais d'optimisme comparatif, appelé le biais de représentation de soi (*self-serving bias*) : ils interprètent systématiquement les faits dans un sens qui leur est personnellement favorable, qu'ils jouent le rôle du plaignant ou celui du défendeur (voir également le chapitre 11). Viscusi (2001) construit des scénarios hypothétiques concernant des dommages accidentels (accidents non mortels), et compare le verdict rendu par des jurés et des juges (en termes de responsabilité de l'offenseur et de compensation accordée à la victime). Il montre que les jurés sont beaucoup moins aptes à utiliser le raisonnement en termes de risque/coûts que sous-tend l'utilisation de la règle de négligence (responsabilité pour faute) : ceci s'expliquerait non pas en raison de compétences juridiques plus limitées, mais parce qu'ils sont plus sensibles aux biais de perception du risque que les juges. Par exemple, 10 % des jurés contre 3 % des juges, attribuent à la vie humaine une valeur infinie : ceci montre à la fois une incapacité ou un refus de procéder à une analyse de risque complexe, et un effet d'ancrage sur un objectif de risque nul. En outre, les verdicts des jurés semblent moins fondés sur les dommages effectifs que sur des dommages potentiels, manifestant ainsi un biais d'ancrage sur « le scénario du pire » (s'il s'était produit) : de fait, ils attribueraient un prix à la sécurité nécessitant des dépenses de prévention qui sont irréali-

sables compte tenu de la multiplicité des risques et des ressources disponibles pour la sécurité.

Dans un autre ordre d'idées, certaines études montrent que les conditions macro-économiques ont une forte influence sur les décisions de certaines juridictions spécialisées dans le droit du travail (Ichino, Polo and Rettore, 2003 ; Marinescu, 2005) ou le droit des faillites (Rachlinski, Guthrie and Wistrich, 2007). Dans les phases d'expansion économique, les décisions de ces juridictions sont plutôt favorables aux défendeurs (employeurs, créanciers), alors que les biais semblent s'inverser dans les phases de récession, devenant plus favorables aux plaignants (employés, débiteurs).

### 4.7.3 Existe-t-il des asymétries d'information ?

Jusqu'à présent peu de travaux ont cherché à tester l'hypothèse d'anticipations rationnelles, ou la présence d'asymétries d'information. Un argument qui a souvent été invoqué pour rejeter l'existence d'asymétries d'information est que, dans tous les systèmes judiciaires, les règles de procédure favorisent la transmission d'information entre les parties (échange des pièces et dossiers de plaidoirie) dans la phase de préparation du jugement. À l'issue de ce « processus de découverte », comme le nomme Shavell (1989), les asymétries d'information devraient donc avoir largement disparu, qu'elles portent sur le degré de responsabilité du défendeur ou sur la valeur du préjudice subi par le plaignant. L'étude empirique de Waldfogel (1998) conclut ainsi que les asymétries sont présentes dans la phase de préparation du jugement ; mais il rejette l'hypothèse qu'il en existerait au moment du procès. Sur données françaises, Deffains et Doriat-Duban (1999) mettent aussi en évidence l'existence d'un effet *dead-line* significatif dans la phase préparatoire du jugement, conformément à la prédiction de Spier (1992).

Toutefois, au moment du jugement, il peut subsister des éléments qui créent une asymétrie de l'information : il s'agit soit de l'habileté avec laquelle chaque partie exploitera les éléments de connaissance commune (Osborne, 1999), soit de leur capacité/volonté respective de s'engager dans une procédure contentieuse, longue et coûteuse, reflétant ainsi leur attitude vis-à-vis du risque (Langlais, 2008a ; Swanson et Mason, 1998). Osborne (1999) met en évidence qu'il existe de l'asymétrie d'information au moment du procès, et qu'elle est plutôt favorable aux défendeurs. Il conclut que rien n'atteste empiriquement que cet avantage résulte d'une meilleure information du défendeur sur son degré de responsabilité (hypothèse de Bebchuk, 1984). Cet avantage semblerait plutôt s'expliquer en termes de coût d'acquisition et de production de l'information, et refléterait la capacité et l'habileté de chaque partie (de son avocat) à constituer un dossier et réunir des preuves dans la phase de préparation du procès. Par exemple, un litige sur un contrat est associé à un coût de production de l'information qui est faible pour chaque partie (nombreux documents disponibles) ; en revanche, dans le cas d'un accident automobile, produire de l'information peut être coûteux pour une partie non expérimentée, surtout face à une autre partie qui l'est davantage (une compagnie d'assurance). Osborne montre alors que le mode de rémunération de l'avocat est une proxy du pouvoir prédictif du résultat du procès dont dispose chaque partie. Ainsi, les plaignants rémunèrent en majorité leur avocat sur la base de rému-

nération contingentes (en fonction du dommage obtenu) : ceci leur permet de minimiser le risque du recours dans une situation où ils ont un désavantage informationnel au départ, et où la production d'information sera beaucoup plus coûteuse pour eux. À l'inverse, les défendeurs versent presque toujours des honoraires fixes ou à l'heure.

#### 4.7.4 La régulation de la demande de justice

Bien que la controverse sur l'influence de la règle d'allocation des coûts tienne une place importante dans la littérature théorique, très peu de travaux empiriques ont été consacrés à cette question. L'une des raisons est que les conditions idéales pour tester ces effets se rencontrent rarement : il faudrait pouvoir observer un changement de règle purement exogène (non anticipé), et estimer son impact sur le taux de réussite du plaignant, la fréquence des procès, etc.

L'étude qui fait référence en ce domaine reste celle de Hughes et Snyder (1995) : ils analysent les conséquences en matière de responsabilité médicale de l'adoption en 1980 de la règle anglaise par l'État de Floride. Leur étude porte sur 5 années, et conclut que celle-ci a contribué à accroître à la fois la proportion des cas abandonnés en cours de procédure par le plaignant, et la proportion de ceux résolus à l'amiable. Simultanément, le taux de succès au procès des plaignants a augmenté (de 11,4 % sous la règle américaine à 21,6 % sous la règle anglaise) et le montant des dommages qui leur ont été accordés par les tribunaux a augmenté. Les auteurs remarquent alors que cette observation remet en cause le résultat du modèle optimiste, selon lequel la règle anglaise dissuade les recours opportunistes plus efficacement que la règle américaine, et favorise davantage qu'elle les recours associés à des demandes de compensation de faibles montants mais avec une probabilité élevée de succès. En même temps, ils observent qu'avec le changement de règle, les dépenses légales ont augmenté (pour 8 catégories de sévérité de cas, sur 9).

L'étude de Viscusi (2001) déjà mentionnée ci-dessus cherche aussi à évaluer la façon dont les jurés et les juges appliquent les dommages punitifs. Viscusi montre que les jurés ont tendance à condamner les défendeurs, même si ceux-ci n'ont pas été négligents, lorsque ceux-ci ont explicitement procédé à une analyse coûts/risques pour déterminer leur investissement dans la sécurité. Dans un scénario de dommage à la propriété (respectivement, à la personne), 74 % (resp. 96 %) des jurés contre 18 % (resp. 69 %) des juges appliquent des dommages punitifs, avec une fréquence qui augmente avec le montant du préjudice. Viscusi préconise alors l'abandon de l'utilisation des dommages punitifs, dans la mesure où ils ne semblent jouer aucun rôle en termes d'incitation à la prévention, au contraire de ce que prédit la théorie.

Landeo, Nikitin et Babcock (2007) proposent de tester expérimentalement les effets du découplage entre le dommage payé par le défendeur et la compensation reçue par le plaignant. Ils calibrent un modèle de signal avec dépenses légales endogènes (Landeo et Nikitin, 2005), où le coût de la prévention constitue l'information privée des défendeurs. Ils montrent que les résultats expérimentaux sont en général qualitativement proches de ceux prédits par la théorie : le découplage entraîne une réduction de la fréquence des procès, des dépenses légales ainsi que de la compensation obtenue par négociation. En

revanche, les ordres de grandeurs pour les taux de litiges et les compensations négociées surestiment ceux qui sont obtenus par calibration (ce que les auteurs attribuent à l'aversion au risque, ou aux biais de perception du risque) ; par ailleurs, les dépenses de prévention des défendeurs sont insensibles au découplage (alors que la théorie prédit qu'elles devraient baisser).

## 4.8 CONCLUSION

Le chapitre a été consacré à la résolution des litiges lorsqu'il existe une possibilité de les porter devant une juridiction de première instance. Naturellement, de nombreuses questions ont été omises ici. La question de la *neutralité* du droit sur les comportements individuels a reçu notamment une attention particulière dans la littérature ; nous y revenons plus loin dans la deuxième partie de cet ouvrage.

Nous n'avons pas abordé non plus la question des erreurs de jugement, ni par conséquent l'analyse du rôle des juridictions d'appel (voir Shavell, 1995b, 2004 ; Daughety et Reinganum, 2000). De même, nous avons laissé de côté la vaste littérature consacrée aux avocats, qui cherche à justifier les différents schémas de rémunérations permettant de résoudre les problèmes d'agence dans leurs relations avec leurs clients. De ce point de vue, l'extension de l'usage des rémunérations contingentes ou conditionnelles a suscité un débat, à la fois théorique et empirique, concernant leurs effets sur les actions collectives que nous n'avons fait que mentionner ici (voir Deffains, Doriat-Duban et Langlais, 2008). Daughety et Reinganum (2005, 2009) présentent également des développements récents sur les actions collectives, et plus généralement sur l'impact des externalités créées par la négociation (accords confidentiels, clause de la nation la plus favorisée) ou par les règles de procédures (précédents, responsabilité jointe). Ces questions nécessiteraient d'être traitées de façon plus extensive.

## RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- ANDERSON, J. (1981), « The impact of arbitration : a methodological assessment », *Industrial relations*, **20** : 129-148.
- ASHENFELTER O. (1987), « Arbitrator behavior », *American Economic Review*, **77** : 342-346.
- BAR-GILL O. (2005), « The evolution and persistence of optimism in litigation », *Journal of Law, Economics & Organization*, **22** : 490-507.
- BAYE M., KOVENOCK D. & DE VRIES C. (2005), « Comparative analysis of litigation systems : an auction-theoretic approach », *The Economic Journal*, **115** : 583-601.
- BAZERMAN M. & FARBER H. (1985), « Arbitrator decision making : when are final offers important ? », *Industrial and Labor Relations Review*, **39** : 7689.
- BEBCHUK L. A. (1984), « Litigation and settlement under imperfect information », *Rand Journal of Economics*, **15** : 404-415.
- BEBCHUK L. A. (1996), « A new theory concerning the credibility and success of threats to sue », *Journal of Legal Studies*, **25** : 1-25.

- BLOOM D. & CAVANAGH C. (1986), « An analysis of the selection of arbitrators », *American Economic Review*, **76** : 408-421.
- CAROLL S., HENSLER D., ABRAHAMSE A., GROSS J., WHITE M., ASHWOOD S. & SLOSS E. (2002), « Abestos litigation costs and compensation », *Documented Briefing*, RAND Institute for Civil Justice, The Manhattan Institute Center for Legal Policy.
- CHAPPE N. (2000), « Le recours à l'arbitrage : évaluation et perspectives économiques », dans DEFFAINS B., *Analyse Économique des Modes Alternatifs de Règlement des Litiges*, GIP « Droit et Justice ».
- CHAPPE N. (2002), « The informational role of the arbitration clause », *European Journal of Law and Economics*, **13** : 27-34.
- CHAPPE N. & DORIAT-DUBAN M. (2003), « La résolution des conflits individuels du travail, conciliation versus médiation », *Revue d'Économie Politique*, **113** : 549-568.
- CHE Y-K & YI J.G. (1993), « The role of precedents in repeated litigation », *The Journal of Law, Economics & Organization*, **9** : 399-424.
- CHEN K-P & WANG J-S (2006), « Fee-shifting rules in litigation with contingent fees », *The Journal of Law, Economics & Organization*, **23** : 519-546.
- CHOI A. & SANCHIRICO C. (2004), « Should plaintiffs win what defendants lose ? Litigation stakes, litigation effort and the benefits of decoupling », *Journal of Legal Studies*, **33** : 323-354.
- CHOPARD B., CORTADE T. & LANGLAIS E. (2009), « Trial and settlement negotiations between asymmetrically skilled parties », à paraître dans *International Review of Law and Economics*.
- CLERMONT K. & EISENBERG T. (2002), « Litigation realities », *Cornell Law Review*, **88** : 119-154.
- COOTER R., MARK S. & MNOOKIN R. (1982), « Bargaining in the shadow of law : a testable model of strategic behavior », *Journal of Legal Studies*, **11** : 225-379.
- DAUGHETY A. & REINGANUM J. (1994), « Settlement negotiations with two-sided asymmetric information : model duality, information distribution and efficiency », *International Review of Law and Economics*, **14** : 283-298.
- DAUGHETY A. & REINGANUM J. (2000), « Appealing judgments », *Rand Journal of Economics*, **31** : 502-525.
- DAUGHETY A. & REINGANUM J. (2005), « Economic theories of settlement bargaining », *Annual Review of Law and Social Science*, **1** : 35-59.
- DAUGHETY A. & REINGANUM J. (2009), « A dynamic model of lawsuit joinder and settlement », *Working Paper*, Department of Economics and Law School, Vanderbilt University.
- DARI-MATTIACCI G., LANGLAIS E., LOVAT B. & PARISI F. (2007), « Crowding out in productive and redistributive rent seeking », *Public Choice*, **133** : 199-229.
- DEFFAINS B. (1997), « L'analyse économique de la résolution des conflits juridiques », *Revue Française d'Économie*, **3** : 57-101.
- DEFFAINS B. (2001), « Comparative efficiency of alternative dispute resolution in common and civil law countries », *Global Jurist Frontiers*, **1** : Article 3.
- DEFFAINS B., DEMOUGIN D. & FLUET C-D (2007), « Économie des procédures judiciaires », *Revue Économique*, **58** : 1265-1290.
- DEFFAINS B. & DORIAT-DUBAN M. (1999), « The dynamics of pretrial negotiations : is there a deadline effect in the French legal system ? », *International Review of Law and Economics*, **20** : 447-470.
- DEFFAINS B. & DORIAT-DUBAN M. (2001), « Équilibre et régulation du marché de la justice : délais versus prix », *Revue Économique*, **52** : 949-974.
- DEFFAINS B., DORIAT-DUBAN M. & LANGLAIS E. (2008), *Économie des Actions Collectives*, PUF.

- DEFFAINS B. & LANGLAIS E. (2006), « Incentives to cooperate and the discretionary power of courts in divorce law », *Review of Economics of the Households*, **4** : 423-439.
- DIXIT A. (1987), « Strategic behavior in contests », *American Economic Review*, **77** : 891-898.
- EISENBERG T. & FARBER H. (1997), « The litigious plaintiff hypothesis : case selection and resolution », *RAND Journal of Economics*, **28** : S92-S112.
- EISENBERG T. & LANVERS C. (2008), « What is the settlement rate and why should we care ? », *Cornell Legal Studies Research Paper No. 08-30*.
- FARBER H. (1981), « Splitting-the-difference in interest arbitration », *Industrial and Labor Relations Review*, **35** : 70-77.
- FARBER H. & BAZERMAN M. (1986), « The general basis of arbitrator behavior : an empirical analysis of conventional and final-offer arbitration », *Econometrica*, **54** : 1503-1528.
- FARMER A. & PECORINO P. (1994), « Pretrial negotiations with asymmetric information on risk preferences », *International Review on Law and Economics*, **14** : 273-281.
- FARMER A. & PECORINO P. (1999), « Legal expenditures as a rent-seeking game », *Public Choice*, **100** : 271-288.
- FARMER A. & PECORINO P. (2002), « Pretrial bargaining with self-serving bias and asymmetric information », *Journal of Economic Behavior & Organization*, **48** : 163-176.
- FARMER A. & PECORINO P. (2005), « Civil litigation with mandatory discovery and voluntary transmission of private information », *Journal of Legal Studies*, **34** : 137-159.
- GOULD J. (1973), « The economics of legal conflicts », *Journal of Legal Studies*, **2** : 279-300.
- HENSLER D., CAROLL S., WHITE M. & GROSS J. (2001), « Abestos litigation in the U.S. : a new look at a old issue », *Documented Briefing DB-362.0-ICJ*, RAND Institute for Civil Justice, The Manhattan Institute Center for Legal Policy.
- HUGHES J. & SNYDER E. (1995), « Litigation and settlement under the English and American rules : theory and evidence », *Journal of Law and Economics*, **38** : 225-250.
- ICHINO A., POLO M. & RETTORE E. (2003), « Are judges biased by labor market conditions ? », *European Economic Review*, **47** : 913-944.
- KAPLOW L. (1986), « Private versus social costs in bringing suit », *Journal of Legal Studies*, **15** : 371-385.
- KAPLOW L. (1993), « Shifting plaintiff's fees versus increasing damage awards », *Rand Journal of Economics*, **24** : 625-630.
- KATZ A. (1987), « Measuring the demand for litigation : is the English rule really cheaper ? », *The Journal of Law, Economics & Organization*, **3** : 143-176.
- KESSLER D. & RUBINFELD D. (2007), « Empirical study of the civil justice system », chapitre 5 dans POLINSKY M. & SHAVELL S., *Handbook of Law and Economics (volume 1)*, Amsterdam-Oxford, North-Holland, Elsevier.
- KLEMENT A. (2003), « Threats to sue and cost divisibility under asymmetric information », *International Review of Law and Economics*, **23** : 261-272.
- LANDEO C. & NIKITIN M. (2005), « Split-award tort reform, firm's level of care, and litigation outcomes », *Mimeo*, University of Alabama.
- LANDEO C., NIKITIN M. & BABCOCK L. (2007), « Split-awards and disputes : an experimental study of a strategic model of litigation », *Journal of Economic Behavior & Organization*, **63** : 553-572.
- LANDES W. (1971), « An economic analysis of the courts », *Journal of Law and Economics*, **14** : 61-107.

- LANGLAIS E. (2008a), « Indemnisation des préjudices et fréquence des procès en présence d'une asymétrie d'information sur l'aversion au risque des parties », *Recherches Economiques de Louvain*, **74** : 191-218.
- LANGLAIS E. (2008b), « Asymmetric information, self-serving bias and the pretrial negotiation impasse », *WP Economix No. 2008-30*, CNRS, Paris X-Nanterre.
- LEE J. (2003), « Precedents and timing : a strategic analysis of multi-plaintiff litigation », *mimeo*, Birkbeck College, University of London.
- MACHO-STADLER I. & PEREZ-CASTRILLO D. (1997), « *An Introduction to the Economics of Information* », Oxford University Press.
- MARINESCU I. (2005), « Are judges sensitive to economic conditions ? Evidence from UK employment tribunals », *Working paper*, London School of Economics.
- OSBORNE E. (1999) « Who should be worried about asymmetric information in litigation ? », *International Review of Law and Economics*, **19** : 399-409.
- PARISI F. (2002), « Rent-seeking through litigation : adversarial and inquisitorial systems compared », *International Review of Law and Economics*, **22** : 193-216.
- PLOTT C. (1987), « Legal fees : a comparison of the American and the English rules », *Journal of Law, Economics, and Organization*, **3** : 185-192.
- POLINSKY A. & CHE Y-K (1991), « Decoupling liability : optimal incentives for care and litigation », *RAND Journal of Economics*, **22** : 562-570.
- POLINSKY A. & RUBINFELD D. (1988), « The welfare implications of costly litigations for the level of liability », *Journal of Legal Studies*, **17** : 151-164.
- POLINSKY A. & RUBINFELD D. (1993), « Sanctioning frivolous suits : an economic analysis », *Georgetown Law Journal*, **82** : 397-435.
- PRIEST G.L. & KLEIN B. (1984), « The selection of disputes for litigation », *Journal of Legal Studies*, **13** : 1-55.
- RACHLINSKI J., GUTHRIE C. & WISTRICH H. (2007), « Heuristics and biases in specialized judges : the case of bankruptcy judges », *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, **163** : 167-198.
- RAND INSTITUTE FOR CIVIL JUSTICE (2003), *Trial Lawyers inc. A report on the lawsuit industry in America 2003*, The Manhattan Institute Center for Legal Policy.
- REINGANUM J.F. & WILDE L.L. (1986), « Settlement, litigation and the allocation of litigation costs », *Rand Journal of Economics*, **17** : 557-566.
- ROSS L., MNOOKIN R. H. (1995), « Barriers to conflict resolution », dans K.J. ARROW, R.H. MNOOKIN, L. ROSS, A. TVERSKY, R. WILSON (Eds.), *Barriers to conflict resolution*, New York : Norton.
- RUBIO N. (2005), *Analyse économique de l'indépendance des juges. Le cas de la France*, Thèse de Doctorat, Université Paul Cézanne, Aix-Marseille 3.
- SCHWEIZER U. (1989), « Litigation and settlement under two-sided incomplete information », *Review of Economic Studies*, **56** : 163-178.
- SERVERIN E. (2000), *Les litiges du travail au temps du jugement prud'homal*, Université Jean Monnet, Saint-Etienne, Rapport pour le Ministère de la Justice.
- SHAVELL S. (1982a), « Suits, settlement and trial : a theoretical analysis under alternative methods for the allocation of legal costs », *Journal of Legal Studies*, **11** : 55-81.
- SHAVELL S. (1982b), « The social versus the private incentives to costs in bring suit in a costly legal system », *Journal of Legal Studies*, **11** : 333-339.
- SHAVELL S. (1989), « Sharing of information prior to settlement or litigation », *Rand Journal of Economics*, **20** : 183-195.

- SHAVELL S. (1995a), « Alternative dispute resolution : an economic analysis », *Journal of Legal Studies*, **24** : 1-28.
- SHAVELL S. (1995b), « The appeal process as a means of error corrections », *Journal of Legal Studies*, **24** : 379-426.
- SHAVELL S. (1996), « Any frequency of plaintiff victory at trial is possible », *Journal of Legal Studies*, **25** : 493-501.
- SHAVELL S. (2004), « The appeals process and adjudicators incentives », *Discussion Paper No 485-08/2004*, John Olin Center for Law, Economics and Business, Harvard Law School.
- SPIER K. (1992), « The dynamics of pretrial negotiation », *Review of Economic Studies*, **59** : 93-108.
- SPIER K. (2007), « Litigation », chapitre 4 dans POLINSKY M. & SHAVELL S., *Handbook of Law and Economics (volume 1)*, Amsterdam-Oxford, North-Holland, Elsevier.
- SWANSON T. & MASON R. (1998), « Nonbargaining in the shadow of the law », *International Review of Law and Economics*, **18** : 121-140.
- VISCUSI K. (1995), « Insurance and catastrophes : the changing role of the liability system », *The Geneva Papers on Risk and Insurance Theory*, **20** : 157-176.
- VISCUSI W. (2001), « Jurors, judges and the mistreatment of risk by the Courts », *Journal of Legal Studies*, **30** : 107-142.
- WALDFOGEL J. (1995), « The selection hypothesis and the relationship between trial and plaintiff victory », *Journal of Political Economy*, **103** : 229-260.
- WALDFOGEL J. (1998), « Reconciling asymmetric information and divergent expectation theories of litigation », *Journal of Law and Economics*, **41** : 451-476.
- WANG G.Y., KIM J-Y & YI J-G (1994), « Litigation and pretrial negotiation under incomplete information », *Journal of Law, Economics and Organization*, **10** : 187-200.
- WITTMAN D. (1985), « Is the selection of cases for trial biased ? », *Journal of Legal Studies*, **14** : 185-214.
- ZENG D.-Z., NAKAMURA S. & IBARAKI T (1996), « Double-offer arbitration », *Mathematical Social Sciences*, **31** : 147-170.